

DROIT PROSPECTIF

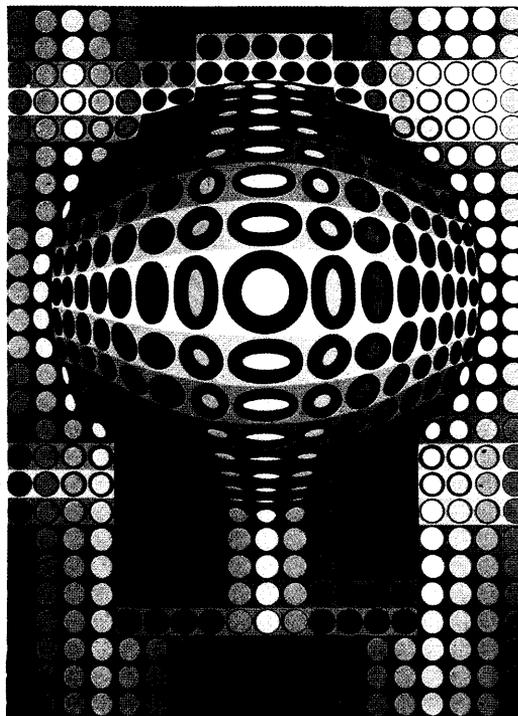


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I - Études

— Libertés publiques

— Jean-Yves NAUDET et Laurent SERMET, « Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique ».

— Droit de l'Administration

— Marceau LONG, « La modernisation de l'Administration »

Suite page 4 de couverture.

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1990 - 1

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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1990-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XV - 40 (15ème année - 40e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE 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 de l'Université de Bordeaux I Correspondant 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 Doyen honoraire 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 Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
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 (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur J.-L. BERGEL	M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur D. BERRA	M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur F. BOULAN	M. le Doyen C. LOUIT
M. le Professeur J. BOURDON	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-Y. CHEROT	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur Y. DAUDET	M. le Professeur C. MOULY
M. le Président Ch. DEBBASCH	M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE	M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Professeur F. BOULAN	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Président L. FAVOREU	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. M. GARCIN	M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1990

Abonnement de Soutien : 400 F
Abonnement (France) : 300 F

Abonnement étranger : 350 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 9

I - ETUDES

LIBERTES PUBLIQUES

- Jean-Yves NAUDET et Laurent SERMET, Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique..... 15

DROIT DE L'ADMINISTRATION

- Marceau LONG, La modernisation de l'Administration 53

- Jean-Louis MESTRE, Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires..... 77

DROIT COMMERCIAL

- Anne ENSMINGER, La loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises dans son complexe médiatique : contes de faits, mécomptes du droit ? 95

HISTOIRE DES IDEES ET PHILOSOPHIE DU DROIT

- Antoine LECA, La souveraineté du peuple dans "Le Songe du Vergier".....137

- Alain SERIAUX, Les sources du droit : vision jusnaturaliste.....167

II - ACTUALITES DOCTRINALES

- **A propos de l'ontologie juridique**
(Alain SERIAUX).....173

- **Philosophie juridique européenne : les institutions**, sous la Direction de Jean-Marc TRIGEAUD
(Présentation par Alain SERIAUX).....179

- Stéphane PIEDELIEVRE, **Les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales en droit français** (Présentation par Emmanuel PUTMAN).....183

- Marc BILLIAU, **La délégation de créance, essai d'une théorie générale de la délégation en droit des obligations** (Présentation par Emmanuel PUTMAN).....187

- Jacques MOREAU, **Droit administratif**
(Présentation par Jean-Claude RICCI).....191

- Jean-François LACHAUME, **Les grandes décisions de la jurisprudence** (Présentation par Jean-Claude RICCI)193

EDITORIAL

TOUJOURS L'EUROPE ?...

- L'Europe est sous les feux de l'actualité politique, juridique et culturelle. L'Europe de l'Est cesse d'être à l'Est... Elle connaît des bouleversements difficilement imaginables il y a quelques mois à peine. Son entrée dans le concert des Nations démocratiques est de nature à donner à l'Europe (de l'Ouest...) une configuration, une dimension et une mission jusque-là non soupçonnées : l'importance du culturel dans l'existence des nations, le primat de la liberté sur les valeurs marchandes, le retour d'un certain renouveau religieux, la fin du parti unique, l'éradication de la version lénino-stalinienne du marxisme, en sont quelques-uns des aspects les plus marquants.

Il n'est pas douteux que le branle ainsi donné à l'écriture d'un nouveau chapitre de l'histoire européenne est très lourd de conséquences. Des concepts sont édifiés pour en rendre compte : la "Maison Commune" de Gorbatchev n'est pas sans analogies avec l'Europe de l'Atlantique à l'Oural" de Ch. de Gaulle, voire avec celle d'"Europe chrétienne" de Jean-Paul II.

Mais n'aura-ce point également une influence décisive sur l'Europe déjà en partie construite, celle du Traité de Rome ?... Comment, quand ?... Seul l'avenir pourra répondre à ce qui est pour l'instant une Espérance.

- L'Europe est encore à l'honneur, au plan juridique cette fois, avec l'essentiel revirement de jurisprudence qu'a constitué, le 20 octobre 1989, l'arrêt du Conseil d'Etat donnant son plein effet à l'article 55 de la Constitution. Il importe peu de savoir par quels cheminements obscurs, et sans doute contradictoires, les juges du Palais-Royal en sont arrivés au point déjà atteint près de quinze ans auparavant par la Cour de cassation, ni dans quelle mesure ils ont entendu les nombreux "appels du pied" en ce sens adressés par le Conseil constitutionnel.

En faisant ainsi entrer dans le domaine de l'effectivité le droit international, c'est surtout à l'Europe que le Conseil d'Etat rend service. C'est, en effet, dans ce cadre qu'existent les règles les plus précises et les plus contraignantes, susceptibles par conséquent d'avoir une incidence législative pouvant aller jusqu'au conflit ouvert.

En même temps, débute une ère nouvelle dans les rapports entre juridictions internes, à l'instar de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ouvre un très vaste champ d'action dans un secteur où, par définition, le juge constitutionnel intervient relativement peu. Mais les arrière-pensées, velléités de conquête, et querelles de préséance sont de peu de poids au regard de ce qui est en jeu. L'entrée en force (spécialement du droit européen), dans le système français de la hiérarchie des normes, de règles externes à celui-ci et cela, au besoin, contre la loi déclarée conforme à la Constitution, met en pleine lumière des questions auxquelles on ne pourra plus se dérober longtemps : Quel est le statut de la Constitution -et, partant, du juge constitutionnel-, dans les Etats-membres de la C.E.E. ? Quelle est la légitimité du principe de supériorité des normes non démocratiquement établies (directives...) sur les lois votées par les parlements nationaux ? Quel avenir s'offre aux parlements nationaux, face à l'Assemblée européenne ? Quelle structure finale l'Europe choisira-t-elle, alors que d'ores et déjà, en certains domaines au moins, les Etats-membres de la C.E.E. ont moins de pouvoir que l'Etat-membre d'un Etat fédéral classique ?

Rien n'est joué, tout est en place pour un scénario qui sera ce que les Européens le feront, ici encore l'Avenir est devant nous, tapi dans l'ombre de l'Espérance.

Jean-Claude RICCI

R. R. J. 1990 - 1

Pages 11 à 170

- 1 -

ETUDES

LIBERTES PUBLIQUES

**LE DROIT DE PROPRIETE GARANTI
PAR LA CONVENTION EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME
FACE A L'ANALYSE ECONOMIQUE**

Par

Jean-Yves NAUDET

*Maitre de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III,
Docteur d'Etat ès-Sciences économiques*

Laurent SERMET

*D.E.A. de Droit International Public de l'Université
d'Aix-Marseille III*

SOMMAIRE

Introduction	17
I - Les aspects convergents à l'analyse économique de la propriété	20
1.1. - Les caractères de la propriété	20
1.1.1. - Le caractère personnel	21
1.1.2. - Le caractère exclusif	23
1.1.3. - Le caractère transférable	25
1.2. - Le champ de la propriété.....	26
1.2.1. - Les biens matériels.....	29
1.2.2. - Les créances.....	29
1.2.3. - Les propriétés incorporelles.....	30
1.3. - L'indemnisation en cas de privation ou d'atteinte excessive	32
1.3.1. - L'indemnisation en cas de privation..	33
1.3.2. - L'indemnisation en cas d'atteinte excessive.....	35
II - Les aspects divergents de l'analyse économique de la propriété	36
2.1. - Le caractère conditionnel du droit de propriété	37
2.1.1. - Atteinte dérivant du pouvoir d'imposition.....	38
2.1.2. - Réglementation et atteinte excessive..	40
2.1.3. - Privation.....	42
2.2. - Les finalités des limites au droit de propriété..	43
2.2.1. - Les justifications économiques.....	43
2.2.2. - Les notions d'utilité publique et d'intérêt général.....	46
Conclusion	50

INTRODUCTION

La collaboration entre juristes et économistes n'est pas nouvelle. Elle est la règle dans les pays anglo-saxons, où notamment l'analyse économique du droit a fait ses preuves (1).

En France, l'idée même d'une collaboration a pu longtemps paraître anachronique, après la séparation des Facultés de Droit et d'Economie. Pourtant, les esprits ont rapidement évolué et certains colloques entre juristes et économistes, à commencer par ceux d'Aix et de Corté, reproduits dans cette revue (2), ont fait avancer le débat. Chacun admet désormais que cette collaboration est indispensable, en particulier pour mieux mesurer l'efficacité économique des techniques juridiques (3).

Les principes sont désormais posés. Il faut maintenant aller plus loin : les juristes ont écouté les analyses des économistes et ont réagi. Pour autant "est-ce à dire qu'il suffit aux juristes de faire cercle autour des économistes pour entendre la bonne parole ? A l'évidence, c'est d'une véritable association dont nous avons besoin" (4) (5).

Cette association ne peut se faire que sur des bases solides : du côté des économistes, l'analyse économique s'impose mais le débat sur le critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit est complexe (6) ; du côté des juristes, les sources du droit sont déterminantes, mais les débats doctrinaux sont eux aussi essentiels.

(1) Voir en français : "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", par Ejan Mackaay, in Revue Internationale de droit économique, 1986, T. 1, N° 0, pp. 43-88. De manière plus ponctuelle : R. Van Den Bergh, Le droit civil face à l'analyse économique du droit, R.I.D.E., 1988, n° 3, pp. 229-294.

En anglais voir essentiellement :

- Richard A. Posner, Economic analysis of law, Boston-Toronto, Little Brown and Co, 1973, (3ème Ed., 1986).

- Henry Manne, The economics of legal relationships, Reading in the theory of property rights, West, 1974.

- B.A. Ackerman, The economic foundations of property law, Little Brown, 1975.

- Ejan Mackaay, Economics of information and law, Kluwer, 1982.

- J. Buchanan, The limits of liberty : between anarchy and leviathan, University of Chicago Press, 1975.

(2) L'analyse économique du droit, deux colloques : Aix-en-Provence, mai 1986 ; Corte, janvier 1986 - Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif - Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987-2.

(3) "La coopération des juristes et des économistes coule de source pour ainsi dire", J.-P. Centi, Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? in L'analyse économique du droit, op. cit., p. 456.

(4) C. Atias, Editorial, L'analyse économique du droit, op. cit., p. 410.

(5) On remarquera d'ailleurs des tentatives en sens inverse constituant le "pendant de l'analyse économique du droit". Voir notamment : P. Verloren Van Themaat, L'économie à travers le prisme du juriste, R.I.D.E., 1989-2.

(6) J.-P. Centi, op. cit., pp. 455-476.

Le terrain de la propriété semble être un lieu de rencontre privilégié des deux disciplines : pour les économistes, l'analyse de la propriété est essentielle pour comprendre les mécanismes de la création de richesses ; du côté des juristes, le droit de propriété a toujours été une préoccupation majeure (7). Ainsi, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme le mentionnent de façon quasi-systématique (8).

Ainsi en est-il de la Convention européenne des droits de l'homme qui réunit 23 Etats de l'Europe occidentale (dont tous ceux de la C.E.E.), qui l'ont ratifiée et accepté, par ailleurs, que chaque citoyen puisse saisir la Commission européenne des droits de l'homme de ce qu'il pense être une violation des droits protégés par la Convention (9). Certes, si un Etat est condamné, les décisions sont exécutées à terme, mais il n'est pas tenu de changer sa législation ; il le fera ne serait-ce que parce qu'il risque d'être à nouveau condamné pour la même situation (10).

(7) Avec l'apparition, en 1804, du Code civil, la propriété est devenue un des domaines principaux d'étude du droit privé. Cet intérêt semble toujours actuel : voir Zenati, Les biens, P.U.F., Collection Droit fondamental, 1988, 396 p. On assiste également à un renouveau de l'analyse du droit de propriété par le droit public, dans le cadre du droit constitutionnel, voir Nationalisation et Constitution, sous la direction L. Favoreu, P.U.A.M. et Economica, 1982, ou en droit international public. Voir Bindschedler, "La protection de la propriété privée en droit international public", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1956-II, pp. 173-298.

(8) C'est ce que souligne R. Higgins, "The taking of property by the State : recent developments in international law", Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, 1986, tome 176. Voir plus particulièrement Ch. V. "The taking of property and human rights", pp. 355-375.

Pour une confrontation des différents textes, on pourra consulter : L. Sermet, Le droit de propriété garanti par le Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, annexe V, La place du droit de propriété dans le corpus international des droits de l'homme, Mémoire de D.E.A., Aix 1989.

(9) Tous les Etats membres permettent à chaque citoyen de bénéficier du droit de saisir la Commission, à l'exception de la Finlande qui a ratifié tout récemment la Convention et dont l'acceptation prochaine du droit de recours individuel ne fait aucun doute.

En revanche, l'accès à la Cour dépend en premier lieu de l'acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour. Aujourd'hui tous les Etats l'ont accepté, y compris la Turquie en octobre 1989. Cependant, la saisine de la Cour ne repose pas sur l'initiative d'un particulier mais sur la Commission ou tout Etat membre.

Ce système de contrôle, tout à fait nouveau en droit international, repose sur la notion de garantie collective qui fait que la Convention "en sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, crée des obligations objectives", arrêt Irlande c/Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A, n° 25.

La Convention ne vise pas l'uniformité absolue des droits internes mais une garantie minimale des droits de l'homme dans les différents Etats membres.

(10) C'est le cas par exemple de la législation belge ; traitant différemment les enfants naturels et légitimes, au bénéfice de ces derniers, condamnée en 1979 par la Cour. Arrêt Marckx, série A, n° 31. Néanmoins, ce n'est qu'en 1986 que la Belgique a changé sa législation après de nombreux recours analogues devant les organes de la Convention. Voir par exemple, De Mot et al. c/Belgique, requête 10961/84, Décision du 13 mai 1986 (non publiée).

En ce qui concerne plus précisément la propriété, l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention, adopté par les Etats membres du Conseil de l'Europe en 1952, précise :

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes".

Les économistes sont souvent sceptiques devant ces règles qui leur apparaissent générales et dont la portée pratique leur échappe : il revient au juriste de préciser, notamment à l'aide de la jurisprudence, les garanties que le texte apporte. Pour sa part, le juriste ne mesure pas toujours l'ensemble des implications économiques des règles de droit. Il revient à l'économiste d'expliquer en quoi une règle de droit est déterminante pour atteindre tel ou tel optimum économique.

Le but de cet article est d'unifier cette double dimension en passant le cas précis de la propriété garantie par la Convention au crible de l'analyse économique des droits de propriété.

La jurisprudence en la matière paraît aujourd'hui assez développée pour qu'il soit possible de se livrer à ce type d'analyse.

En premier lieu, l'arrêt Marckx a précisé l'objet de l'article 1, estimant qu'en "reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété" (11). De la protection contre la confiscation arbitraire des biens évoquée notamment dans les travaux préparatoires, on est passé à une garantie du droit de propriété en tant que tel. L'évolution paraît notable : partant d'une simple protection des biens, on arrive à la garantie d'un droit fondamental qui ouvre la porte à une interprétation économique.

En second lieu, l'arrêt Sporrang et Lönnroth a posé, en quelque sorte, une méthodologie de l'article 1 en contribuant à définir sa portée (12). La Cour avance qu'il existe trois normes de protection de la propriété.

(11) Arrêt Marckx, 13 juin 1979, série A, n° 31, parag. 63.

En outre, par cette interprétation la Cour a levé les difficultés inhérentes au texte de l'article 1 lui-même, dues à une dissymétrie entre les versions française et anglaise.

(12) Arrêt Sporrang et Lönnroth, 23 septembre 1982, série A, n° 52, parag. 61.

La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété. Elle découle de la première phrase de l'article 1. La seconde vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions : elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux Etats le pouvoir de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Cela incite la Cour à distinguer trois catégories d'atteintes à la propriété, découlant chacune de ces trois normes. En outre, il semble qu'on puisse avancer une quatrième catégorie d'atteinte à la propriété, celle qui dérive du pouvoir d'imposition de l'Etat.

Comment l'analyse économique peut-elle interpréter la portée de la jurisprudence en la matière ? Il semble que certains aspects essentiels de celle-ci apparaissent convergents à l'analyse économique de la propriété, alors que d'autres vont en sens contraire, entraînant nécessairement un bilan nuancé quant à la confrontation de cette jurisprudence à l'analyse économique des droits de propriété.

I - LES ASPECTS CONVERGENTS A L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA PROPRIETE

La convergence paraît s'exprimer sur trois plans : celui des caractères de la propriété, puis de son champ et enfin du problème de l'indemnisation.

1.1. - Les caractères de la propriété

Pour les économistes, la situation de départ qui permet de comprendre le "pourquoi" de la propriété est naturellement la situation générale de rareté qui caractérise l'économie et définit son domaine propre. La rareté pose un problème d'arbitrage entre les hommes qui veulent contrôler et user de ressources limitées. Le régime de la propriété permet de résoudre les conflits tenant aux biens et à leur usage. Il s'agit simplement, à cause de la rareté, d'organiser "des relations codifiées entre les hommes qui ont rapport à l'usage des choses" (13).

La question fondamentale que soulèvent les économistes ne porte pas sur ce principe général : il faut bien que des règles existent, organisant un mode ou un autre d'arbitrage en la matière, car : "des droits de propriété correctement définis facilitent les échanges" (14).

(13) S. Pejovich, *Liberian's reforms and property rights in the Soviet Union*, *Journal of law and economics*, avril 1969.

(14) J.-P. Centi, op. cit., p. 457.

Ce que l'analyse économique de la propriété met en avant, c'est l'existence de certaines formes de droits de propriété ("Property rights"), permettant de tirer le plus d'avantages possible, en termes d'efficacité productive, des ressources rares. Ces droits de propriété assurant une gestion optimale doivent être à caractère personnel, exclusif, transférable (15). Il faut donc vérifier si la jurisprudence des organes de la Convention va dans ce sens, en retenant ces trois éléments fondamentaux de l'analyse économique des droits de propriété.

1.1.1. - Le caractère personnel

Pour l'analyse économique de la propriété, ce droit est d'abord attaché à la personne, en tant que telle. Il ne s'agit donc pas de droits délégués (par exemple par l'Etat, qui pourrait à tout moment les remettre en cause) ou attribués directement à un groupe, mais d'un droit de la personne humaine.

D'un certain point de vue on peut parler d'un fondement individualiste, ou du moins individuel, qui est essentiel dans le domaine économique : c'est une conception conforme à l'idée que se font les économistes "du droit inaliénable de chaque individu à la pleine et entière propriété de soi" (16). C'est surtout un

(15) Sur l'analyse économique de la propriété et le concept de "Property rights", c'est-à-dire des droits de propriété, au sens large, sur l'utilisation des ressources rares, voir notamment :

- H. Demsetz, Some aspects of property rights, Journal of law and economics, vol. 9, 1964, pp. 61-70.
- H. Demsetz, Toward a theory of property rights, American economic review, vol. 57, 1967, pp. 347-359.
- E. Furubotn et S. Pejovich, Property rights and economic theory : a survey of the recent literature, Journal of Economic literature, vol. 10, 1972, pp. 1137-1162.
- E. Furubotn et S. Pejovich, (Ed.), The economics of property rights, Cambridge, Ballinger, 1974.
- G. Calabresi et A. Melamed, Property rules, liability rules and inalienability : one view of the Cathedral, Harvard Law Review, vol. 85, n° 6, avril 1972.
- A. Randall, Property rights and micro economics, Natural resource Journal, 15, 1975, pp. 729-474.
- S. Rose-Ackerman, Inalienability and the theory of property rights, 85, Columbia Law Review, 931, 1985.
- Yves Simon, Le marché et l'allocation des ressources - Une contribution de la théorie des droits de propriété, in J.J. Rosa et F. Aftalion, L'économique retrouvée, Economica, 1977, pp. 250-295.
- Henri Lepage, Pourquoi la propriété, Pluriel, 1985.

Le véritable fondement de la théorie moderne des droits de propriété se trouve chez Ronald Coase, The nature of the firm, Economica, novembre 1937, pp. 386 - 405.

(16) H. Lepage, op. cit., p. 20.

Pour une discussion de cette notion, voir C. Atias, La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face, in L'analyse économique du droit, op. cit., pp. 477-496.

"La propriété ne saurait être un attribut de la personne parce qu'elle doit être définie par des règles générales -sans acception de personnes- et parce que la libre circulation des biens exige qu'elle puisse être détachée de la personne de son titulaire" (p. 496).

fondement qui permet d'appliquer le plus efficacement possible les règles du calcul individuel, de type microéconomique, et notamment des calculs de maximisation sous contrainte, tels qu'ils sont définis par l'analyse économique. Le droit de propriété doit être attaché à la personne, parce que c'est la personne qui compare coûts et avantages d'une décision et qui subit, de manière responsable, les conséquences positives ou négatives de l'usage des biens (profit ou perte) (17).

De leur côté, les droits garantis par la Convention (et donc le droit de propriété) ne sont pas non plus, pour leur part, attribués aux individus au moyen d'un statut juridique particulier et révocable, mais rattachés à la seule qualité de personne humaine. Cette qualité, la Commission l'a expressément reconnue dans l'affaire Autriche contre Italie : "Considérant (...) que les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers" (18).

Par là, la Commission a rejeté le principe de réciprocité du droit international. Selon ce principe un Etat est tenu de s'exécuter si l'Etat avec lequel il est lié s'exécute également. Ici, au contraire, la jouissance des droits de l'homme n'est pas conditionnée par l'attitude des Etats ; il importe peu que la réciprocité des obligations contractées par les Etats les uns envers les autres soit observée : c'est donc la primauté de la valeur de la personne humaine qui oblige les Etats.

Dans le cas précis de la propriété, le caractère lié à la valeur de la personne humaine a provoqué des réticences au cours des travaux préparatoires (19) et ce débat n'est pas complètement

(17) Même si pour un nombre croissant d'économistes, ce qui prime et légitime la propriété n'est pas d'abord son efficacité (vision utilitariste), mais "sa conformité à la nature de l'homme" (vision propriétaire), au moins au sens de conforme à la liberté de l'homme. (J. Garelo, *Droit et économie : quel droit, quelle économie ?* in *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 629).

Le droit de propriété est donc d'abord conforme à la nature humaine et ensuite seulement, la personne-propriétaire peut effectuer des calculs efficaces de maximisation, mais cela n'est qu'une conséquence et non l'élément de légitimation de la propriété.

(18) Requête 788/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 139 s.

(19) Au cours des débats de l'Assemblée Consultative précédant l'adoption de la Convention, l'introduction du droit de propriété a suscité de nombreuses contestations. Les travaux préparatoires sont retracés par "Collection des Travaux Préparatoires de la Convention", M. Nijhoff, La Haye 1985, vol. I à VIII. Ainsi en est-il de l'amendement proposé par A. Philip qui proposa de réduire la protection du droit de propriété aux "biens d'usage personnel". Voir *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. I, p. 247. Mais l'introduction du droit de propriété dans la Convention était également contestée par une autre tendance qui l'excluait, car contraire aux objectifs de la Convention. En effet, il aurait fallu également introduire

clos, comme en témoignent certaines opinions dissidentes (20). Néanmoins cette contestation reste marginale et ne se reflète pas directement dans la jurisprudence. On en trouvera cependant des effets dans la conditionnalité du droit de propriété.

1.1.2. - Le caractère exclusif

Sur le plan économique, l'exclusivité est l'élément le plus évident -et le plus traditionnel- attaché à la propriété. L'analyse économique moderne du droit de propriété ne fait au fond que reprendre et développer les thèses d'Aristote ou de Thomas d'Aquin selon lesquelles chacun se soucie au plus haut point de ce qui lui appartient en propre et néglige ce qui ne lui appartient pas. Dans cet esprit, "chacun donne à la gestion de ce qui lui appartient en propre des soins plus attentifs qu'il n'en donnerait à un bien commun à tous ou à plusieurs ; parce que chacun évite l'effort et laisse le soin aux autres de pourvoir à l'oeuvre commune" (21).

En effet, l'exclusivité empêche autrui de bénéficier d'une propriété ou de ses revenus (ou de les détruire). Seul le propriétaire en tire avantage (ou inconvénient). Il est donc incité à gérer de manière optimale, par ses efforts personnels, les biens qu'il possède, puisqu'il est directement -et à titre privatif- seul à bénéficier ou à pâtir d'une bonne ou mauvaise gestion de son bien. Le lien est direct entre les efforts et les avantages qui en résultent, et les ressources seront ainsi mieux exploitées et mieux orientées.

L'affirmation de cette exclusivité a été à l'origine du développement économique, par exemple dans le domaine agricole ou dans celui de la propriété intellectuelle. L'efficacité économique dépendra donc de la définition précise de l'exclusivité et de sa protection juridique, qui réduira l'incertitude ou le risque entraîné par un effort productif ou une innovation. Le marché est d'autant plus efficient que les droits de propriété

le droit au travail, à la santé... Voir l'amendement de Lord Layton, Travaux Préparatoires, vol. II, pp. 49-57.

(20) Ainsi en est-il de H.G. Schermers, membre hollandais de la Commission. Dans l'affaire Inze, rapport de la Commission du 4 mars 1986, version ronéotypée, p. 22-23, relative à une législation discriminatoire en Autriche visant le partage successoral d'une exploitation agricole, il avance :

"On pourrait même avancer qu'il est inique et contraire aux règles générales des droits de l'homme que les enfants de parents riches bénéficient en outre d'un capital à la mort de leurs parents (...). La manière dont un héritage se partage est plus proche du droit d'hériter que du droit fondamental de l'homme à la protection de ses biens et doit donc être exclue de l'étendue du droit fondamental de l'homme".

On trouvera en outre une présentation plus étendue de ses idées dans : Mélanges en l'honneur de G. Wiarda, Carl Heymanns, Cologne, 1988, p. 565 s. "The international protection of the right of property".

(21) Thomas d'Aquin, Somme théologique, IIa IIae, q.66.

sont exclusifs : une mauvaise délimitation des droits de propriété rend l'allocation des ressources rares par le marché moins optimale (22). Cela pose notamment la question des externalités.

Le caractère exclusif n'est pas rigoureusement établi par la jurisprudence de la Convention. Cela peut s'expliquer par deux raisons : d'abord, il ne s'agit pas d'un élément fondamental pour la jurisprudence, qui vise à régler principalement les conflits entre l'Etat et les particuliers et non strictement entre particuliers (23). Aussi ce caractère exclusif se déduit plus qu'il n'est affirmé.

Ensuite, les organes de la Convention seraient réticents à consacrer dans le caractère exclusif le caractère absolu de l'usage de la propriété, en raison de la conditionnalité du droit de propriété. Ainsi, dans une décision du 11 décembre 1973, la Commission a justifié la législation qui contraint le propriétaire bailleur à effectuer lui-même l'entretien des parties communes et donc le contraint à un certain usage de sa propriété (24).

Il est cependant possible de déduire l'exclusivité de l'usage par le propriétaire dans d'autres décisions. Dans l'affaire Banér, le requérant est propriétaire riverain d'un lac et a, de ce fait, la jouissance exclusive de pêcher sur la partie du lac que sa propriété borde. Or, une loi a détruit cet usage exclusif. La Commission a reconnu que cette destruction constituait une atteinte à la propriété, même si dans le cas d'espèce elle l'a justifiée (25).

De même, il semble que le caractère d'exclusivité puisse être dégagé dans des affaires relatives au droit de pension. Dans

(22) Voir en particulier H. Demsetz (1967), op. cit. et R.H. Coase, *The problem of social cost*, *Journal of law and economics*, octobre 1960, pp. 1-44.

(23) Il convient de souligner cet aspect du contrôle opéré par les organes de la Convention qui fait que les droits et libertés reconnus le sont au bénéfice des particuliers contre les atteintes de l'Etat. Celles-ci peuvent être directes (ex. expropriation ou nationalisation), ou indirectes. Dans ce dernier cas, il s'agit de situations où une personne privée porte atteinte à la propriété d'une autre personne privée par l'intermédiaire notamment d'une loi, instrument de l'Etat. Ce n'est que dans ce cas là que la compétence des organes de la Convention peut être avancée. C'est ce que la Commission (affaire Bramlied et Malmström, Requêtes 8588/79 et 8589/79, Décisions et Rapports (D.R.) 29, p. 64 s.) a relevé :

A propos des "partages successoraux, notamment en matière agricole, les liquidations de certains régimes matrimoniaux, et surtout les saisies et les ventes de biens dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, (...), la Commission doit néanmoins s'assurer qu'en réglementant les effets, quant aux biens, des rapports entre particuliers, le législateur n'introduit pas un déséquilibre tel qu'il aboutit à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d'une autre".

Ainsi, seule une situation relevant de la théorie de l'abus du droit de propriété ne pourrait fonder la compétence de la Commission.

Sur ce problème en général, on pourra se reporter à J. Raymond, "L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers". *Mélanges en l'honneur de G. Wiarda*, Carl Heymanns, 1988, Cologne, pp. 547-554.

(24) X c/R.F.A., Requête 5593/72, décision du 11 décembre 1973, Recueil des décisions 45, p. 113.

(25) Banèr c/Suède, Requête 11763/85, décision du 9 mars 1989, (non publiée).

l'affaire X contre Pays-Bas (26), la Commission a estimé que : "le versement de contributions obligatoires à une caisse de pension peut créer dans certaines circonstances un droit de propriété sur une partie de ces fonds et que ce droit pourrait être affecté par la manière dont les fonds sont répartis". C'est donc parce que le titulaire possède une part identifiable et exigible, donc privative, sur le capital commun, que la Commission détermine qu'il y a bien.

1.1.3. - Le caractère transférable

Pour l'analyse économique, l'exclusivité conduit chacun à faire le meilleur usage possible des biens qu'il possède ; mais rien ne dit que cet usage sera optimal : il dépend des capacités de gestionnaire, d'innovateur ou d'entrepreneur du propriétaire, qui peuvent être inférieures à celles d'un autre individu.

Il faut donc un caractère supplémentaire à la propriété pour être assuré que celle-ci sera gérée de manière optimale par celui qui est susceptible d'en faire le meilleur usage, parce qu'il a une capacité ou une motivation plus fortes que les autres. C'est la libre transférabilité des droits et de leurs attributs (27) (28), c'est-à-dire en fait la liberté des contrats passés par le propriétaire avec d'autres (29), qui assure ce mécanisme de réallocation permanente des droits de propriété vers les plus compétents (30). L'échange, en lui-même, devient un acte productif, créateur.

Pour l'économiste, cette libre transférabilité peut évidemment porter sur l'ensemble du bien (vente) ou sur certaines prérogatives du propriétaire (location), dans la mesure où le droit de propriété est vu comme un "panier d'attributs" qui peut être décomposé en droits élémentaires, chacun étant transférable. Les procédures juridiques sont alors fondamentales pour assurer une protection efficace de ces contrats sans incertitude ainsi que des

(26) X c/Pays-Bas, Requête 4130/69, décision du 20 juillet 1971, Recueil des décisions 38, p. 9.

(27) On remarquera seulement que cette allocation des ressources par le marché devient moins efficace quand les coûts de transaction augmentent. C'est ce qui justifie l'organisation des ressources à l'intérieur d'une entreprise au lieu de procéder en permanence, grâce au système de prix, à des échanges sur les marchés. Voir Coase, 1937, op. cit.

(28) Pour une discussion, voir Susan Rose-Ackerman, L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété, in L'analyse économique du droit, op. cit., pp. 533-581.

(29) "La libre transférabilité se confond avec la reconnaissance du principe juridique de la liberté contractuelle", H. Lepage, op. cit., p. 85. Sur la théorie économique des contrats, voir notamment : Steve Cheung, "Transaction costs risk aversion and the choice of contractual arrangements", *The Journal of law and economics*, 1969. Et aussi, "The structure of a contract and the theory of a non exclusive resource", *Journal of law and economics*, 1970-3.

(30) Voir notamment : Armen Alchian, Some economics of property rights, in A. Alchian, *Economic forces at work*, Liberty Press, Indianapolis, 1977.

mécanismes de recours fiables, en assurant le respect par toutes les parties. Le bénéfice économique de la propriété ne sera complet que si les droits de propriété sont bien délimités et si les règles de propriété sont suffisamment stables et établies, sinon les coûts de transaction deviennent trop élevés (31) (32).

La jurisprudence, pour sa part, a consacré de façon claire la faculté pour le propriétaire de disposer de ses biens. Ainsi, dans l'affaire Marckx, la Cour a estimé que "le droit de disposer de ses biens est un élément traditionnel du droit de propriété" (Arrêt Marckx, parag. 63). Par là, la Cour a admis la multiplicité des formes permettant au propriétaire d'entrer en relation juridique avec autrui.

Une valeur patrimoniale est le préalable à la libre disposition du bien (33). Or la recherche de la valeur économique du bien est parfois le critère adopté par la Commission pour déterminer s'il y a bien. Dans l'affaire Bramelid et Malmström, elle cherche si une action de société anonyme est un bien et observe : "une telle action est un objet de caractère complexe : (...) des droits (notamment de vote) y sont attachés, elle représente (...) un titre de propriété médiate sur la fortune de la société. En l'espèce, les actions avaient indubitablement une valeur économique, en conséquence les actions étaient des biens". (34)

1.2. - Le champ de la propriété

L'analyse économique n'a cessé d'élargir le champ de la propriété. Il est clair aujourd'hui que les économistes ne s'en tiennent pas à la seule vision matérielle de la propriété. La propriété peut concerner ce qui est matériel ou immatériel, corporel ou incorporel : ce qui compte, en définitive, c'est le caractère privatif du bien auquel on peut appliquer les caractères personnel, exclusif et transférable qui définissent la propriété.

(31) L'atténuation de la libre transférabilité réduit donc l'efficacité de l'allocation des ressources.

(32) A l'extrême, lorsque les droits de propriété sont parfaitement délimités et les coûts de transaction nuls, on aboutit à une allocation optimale des ressources quelle que soit la répartition initiale des droits entre individus. C'est le fameux théorème d'invariance de Coase.

Voir A.H. Coase, octobre 1960, op. cit.

Mais s'il existe en pratique des "incidents" qui portent atteinte à l'efficacité; "il incombe au droit de combattre ces différentes causes d'inefficacité" (R. Van Den Bergh, op. cit.). Le droit doit réduire les coûts de transaction en garantissant, par exemple, que les contrats seront respectés ou en permettant une amélioration de l'information (qui est, par définition, imparfaite).

(33) "Les droits sont négociables. Ils ont une valeur mesurable en argent". J.-Y. Chérot, *Trois thèses de l'analyse économique du droit*, Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, 1987, op. cit., p. 450.

(34) Affaire Bramelid et Malmström, Requêtes 8588/79 et 8589/79, D.R. 29, p. 64 s.

Les économistes attachent une grande importance à ce concept large de propriété, appliqué à des domaines autres que les seuls biens matériels. La propriété est, à leurs yeux, à la base du développement économique : dès lors que l'on passe à des productions faisant appel à des innovations, à des inventions techniques, il faut protéger de telles "propriétés". Comment motiver suffisamment les inventeurs, si le fruit de leurs innovations peut être exploité par tous ? C'est là que l'analyse économique (35) montre comment le monopole temporaire accordé à un inventeur pour l'exploitation industrielle de son invention (dans l'Angleterre du 17^e siècle) a été à la base de l'efficacité de la révolution industrielle anglaise (36). De même, une bonne définition du champ de la propriété est essentielle dans tous les domaines liés aux économies ou déséconomies externes, à commencer par leurs conséquences sur l'environnement : c'est l'insuffisante précision des droits de propriété qui est la cause de la dégradation de l'environnement ; c'est la création ou la précision de nouveaux droits de propriété qui résoudra ces difficultés (37).

Pour les économistes, la propriété peut même aller au delà, puisqu'elle peut inclure la propriété de soi-même, au sens où l'on investit en "capital humain" (38) (en éducation par exemple) (39) (40) et où l'on tire de manière exclusive les

(35) Voir - D.C. North, R.P. Thomas, The rise of the western World, Cambridge University Press, 1973.

- D.C. North, Structure and change in economic history, W.W. Norton and company, New York, Londres, 1981.

(36) Sans parler du rôle des "enclosures" dans la Révolution agricole du XVII^eme siècle. "Les propriétaires de terres encloses sont en effet sûrs de recueillir personnellement l'intégralité des gains permis par les nouvelles cultures", H. Lepage, Demain le capitalisme, Pluriel, n° 8322, 1978, Ch. 3, p. 118.

(37) Sur la protection de l'environnement et de la nature et la propriété, voir notamment :

- R.J. Smith, Privatizing the environment, Policy review, Héritage Foundation, 1982, n° 20.

- J. Burton, Externalities, property rights and public policy : private property rights or the spoliation of nature, in S. Cheung, The myth of social cost, Institute of Economic affairs, Londres, 1978.

- J. Baden et R. Stroup, Externality, property rights and the management of our national forests, The journal of law and economics, octobre 1973.

- R. Stroup - J. Baden, Property rights and natural resource management, Literature of liberty, vol. 12, n° 4, sept.-déc. 1979.

- J.-P. Beckwith, Parks, property rights and the possibilities of private law, Cato Journal, 1981, vol. 1, n° 2.

- G. Hardin, Tragedy of the commons, in Managing the commons, G. Hardin et J. Baden, Contributing Eds, San Francisco, W.A. Freeman and Co, 1977.

(38) Voir G. Becker, Human capital : a theoretical and empirical approach, Columbia University Press, 1964.

(39) Voir même l'investissement dans ses propres enfants et donc de l'analyse économique de la fertilité. Voir par exemple J.-Y. Naudet, "Une reformulation de la théorie économique de la fécondité : le modèle "Becker-Barro"", Centre d'analyse économique, Faculté d'Economie Appliquée, Aix, décembre 1989.

bénéfices de cet investissement. Mais cet aspect de la question n'est pas abordé en tant que tel par le juriste. Par contre, il ne manque pas de s'interroger sur le champ de la propriété tel que la jurisprudence l'a établi peu à peu. Pour l'ordre juridique européen, le champ de la propriété rejoint clairement le sens large que les économistes lui donnent aujourd'hui, s'apparentant également en cela au droit international (41).

Pour les organes de la convention, le concept de bien s'apparente à une notion autonome (42), c'est-à-dire que la détermination du champ de la propriété leur revient exclusivement. En ce sens, la Commission et la Cour ne sont pas liées par les qualifications nationales. Il peut donc y avoir un conflit entre une conception nationale et la conception européenne (43). En outre, les biens protégés sont des droits de caractère civil au sens de l'article 6 parag. 1 de la Convention et bénéficient à ce titre de la protection apportée par cet article (44). Néanmoins, pour les organes de la Convention, le champ de la propriété garantie exclut nettement la propriété publique, pour laquelle l'utilisateur n'a pas l'exclusivité et a fortiori la transférabilité (45).

(40) L'analyse économique, longtemps limitée aux phénomènes matériels, s'est étendue à l'ensemble des phénomènes marchands avant de déborder sur tous les comportements humains, y compris les relations non marchandes. C'est "l'économie généralisée", (H. Lepage, Demain le libéralisme, Pluriel, n° 8358, 1980, Ch. I).

(41) En droit international, est susceptible d'être considéré comme un bien ce qui est un droit acquis. En ce sens, Böckstiegel, "Die Allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über Eigentumsentziehung. Eine Untersuchung zu Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechts Konvention", de Gruyter, Thèse Berlin, 1963, 158 p.

(42) Ganshof van der Meersch, "Le caractère "autonome" des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme", in Mélanges en l'honneur de G. Wiarda, Carl Heymanns, Cologne, 1988, p. 547-554.

(43) Le caractère autonome du champ de la propriété peut être dégagé dans l'affaire Van Marle et autres, rapport de la Commission du 8 mai 1984, parag. 98 où il est question de savoir si la clientèle est un bien. L'argumentation du gouvernement des Pays Bas tendait à l'exclure du champ de la propriété car d'après une décision de la Cour Suprême des Pays-Bas il s'agissait d'une entité non transférable (défaut de transférabilité) dont les éléments échappent au contrôle de l'entrepreneur. La Cour n'a pas suivi cette interprétation.

(44) L'article 6, parag. 1 de la Convention dispose : "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle". Dans l'arrêt Sporong et Lönnroth, Série A, n° 52, parag. 79, la Cour très clairement annonce : "le droit de propriété des requérants revêt sans conteste un caractère civil".

(45) Il est certain que la Convention exclut du champ de la propriété garantie la propriété publique. La Commission l'a affirmé notamment dans l'affaire X c/Autriche, Requête 9465/81, D.R. 39, p. 85 s. Le droit pour un agriculteur de participer à des terrains communautaires, grevés d'une servitude de droit public, retirant le caractère de transférabilité, n'est pas considéré comme un bien.

De même : - 16 communes autrichiennes et certains de leurs conseillers municipaux c/Autriche, Requête 5767/72, Annuaire 17, p. 339.

- Moureaux et autres c/Belgique, Requête 9267/81, D.R. 33, p. 97.

1.2.1. - Les biens matériels

Il est clair qu'à l'heure actuelle la jurisprudence protège l'intégralité des biens meubles et immeubles (46). De même, sont protégés les différents droits réels ayant pour partie leur origine dans une loi (47) ou déterminés par contrat (48).

1.2.2. - Les créances

On distinguera deux catégories de créances selon qu'elles sont détenues sur un autre particulier ou sur une personne publique (49).

En ce qui concerne les droits personnels découlant des relations entre deux personnes privées, la Commission a consacré un droit de créance comme un bien (50). De même elle a qualifié les parts sociales de bien (51).

Quant aux droits personnels détenus sur une personne publique, il apparaît que, pour être qualifiés de biens, ils doivent conférer à leur titulaire un usage exclusif et représenter une valeur patrimoniale. C'est ainsi que la Commission a inclu dans le champ de la propriété les droits de pension lorsque leurs destinataires peuvent revendiquer une part déterminée et exclusive sur le fonds (52). Cela vise de fait les cas où le système de sécurité sociale fonctionne sur un mode de capitalisation.

De même, la Commission a reconnu expressément que l'indemnité en cas d'expropriation constituait, au profit de l'exproprié, une créance détenue sur l'Etat. Elle rentre donc dans le champ de la propriété garantie (53).

(46) Dans l'affaire *Wiggins c/Royaume-Uni*, Requête 7456/76, décision du 8 février 1978, D.R. 13, p. 40, le gouvernement du Royaume-Uni plaidait pour que seule la propriété mobilière soit reconnue comme bien, ce qui fut repoussé par la Commission.

(47) Arrêt *James* du 21 février 1986, Série A, n° 98. Il s'agit en l'espèce d'un bail emphytéotique, ou de très longue durée, qui "doit s'inscrire sur un cadastre", arrêt *James*, parag. 11.

(48) Voir *S. c/Royaume-Uni*, Requête 10741/84, décision du 13 déc. 1984, D.R. 41, p. 226 s.

(49) Cette distinction sera retenue mais il est nécessaire de souligner qu'elle est simplement utile pour les besoins de la présentation. Tout d'abord, il s'agit dans les deux cas de "droit de caractère civil" au sens de l'article 6, parag. 1 de la Convention. En outre, la qualification de personne publique dépend essentiellement des systèmes juridiques nationaux.

(50) *X. c/Autriche*, Requête 5479/72, décision du 10 juillet 1973, Recueil des décisions, vol. 44, p. 54 s.

(51) *X. c/Royaume-Uni*, Requête 3039/67, décision du 29 mai 1967, Recueil des décisions 23, p. 66-71.

(52) Voir la décision, déjà citée, *X c/Pays-Bas*, Requête 4130/69, décision du 20 juillet 1971, Recueil des décisions 38, p. 9.

(53) *Consorts D. c/Belgique*, Requête 11966/86, décision du 8 décembre 1988, (non publiée).

1.2.3. - Les propriétés incorporelles

La jurisprudence a développé le concept de droits relatifs à l'exercice d'une profession et a abordé la question de la propriété intellectuelle.

Les organes de la Convention se refusent à garantir les revenus découlant de l'exercice d'une profession, car la faillibilité du droit (c'est-à-dire sur le plan économique le caractère aléatoire du revenu en raison du risque commercial) empêche la formation d'un droit acquis (54).

Dans les affaires van Marle et Tre Traktörer AB, la Commission et la Cour se sont penchées sur la question du "goodwill". Sa définition exacte suscite des difficultés (55); néanmoins le Conseil de l'Europe suggère que ce terme vise la clientèle, l'achalandage et la valeur de la raison sociale. Ces termes, pris individuellement, sont chacun de sens plus restreints car ils ne se réfèrent qu'à une partie de ce qui constitue le "goodwill" anglais qui les englobe tous les trois (56).

Habituellement, en droit international, le "goodwill" n'est pas protégé (57). Pour sa part, la Cour dans l'affaire van Marle, considère que le "goodwill" doit être qualifié de bien. En effet, à propos de la profession de comptable, la Cour avance "les intéressés ont réussi à constituer une clientèle revêtant à beaucoup d'égards, le caractère d'un droit privé s'analysant en une valeur patrimoniale, donc en un bien, au sens de la Convention" (arrêt van Marle et autres, parag. 41) (58). De même, la Cour a relevé que "le cabinet et la clientèle de l'avocat représentent des

(54) L'aléatoire conduit la Commission à refuser de qualifier de biens les honoraires des notaires dont l'espérance vient à être réduite par la loi. Affaire X. c/R.F.A., Requête 8410/78, décision du 13 décembre 1979, D.R. 18, p. 216.

(55) Dans l'arrêt van Marle et autres, arrêt du 26 juin 1986, série A, n° 101, la Cour traduit le goodwill par clientèle, parag. 123. Dans l'arrêt Tre Traktörer AB, arrêt du 7 juillet 1989, la Cour traduit goodwill par fonds de commerce, parag. 43, version ronéotypée, à paraître dans Série A, n° 159.

(56) Voir Le Petit termophile, n° 86, août 1986, publication interne du service de traduction du Conseil de l'Europe.

(57) Voir affaire Oscar Chinn, Cour Permanente de Justice Internationale, 12 décembre 1934, série A/B, n° 63, p. 88 : "La Cour sans méconnaître le changement de situation de M. Chinn (...) ne saurait apercevoir dans la situation primitive, qui comportait la possession d'une clientèle, un véritable droit acquis".

(58) L'opinion dissidente commune à Sir Vincent Evans et à M. Gersing, juges, relative à l'applicabilité de l'article 1 du Protocole dans l'affaire van Marle est tout à fait intéressante car elle insiste sur le caractère aléatoire du "goodwill" pour l'écartier du champ de la propriété. "En ce qui concerne la perte de clientèle qui aurait résulté des mesures incriminées, le "goodwill" peut dans certaines circonstances former un élément de valeur économique des affaires d'un individu (...) nous ne pensons pas qu'il faille considérer les espérances professionnelles comme un élément de leurs biens".

éléments patrimoniaux et relèvent à ce titre du droit de propriété" (59).

Enfin un dernier aspect du "goodwill" mérite attention : la licence ou l'autorisation nécessaire à l'exploitation d'un commerce. Sur ce point la jurisprudence a évolué.

A l'origine, la licence, en tant que telle, n'est pas considérée comme un bien, car "le titulaire d'une autorisation ne saurait être considéré comme ayant une espérance raisonnable et légitime de poursuivre ses activités s'il ne remplit plus les conditions dont l'autorisation est assortie" (60). En conséquence, la jurisprudence excluait la licence du champ de la propriété. La licence était alors considérée au seul titre de l'article 6, comme droit de caractère civil.

Par la suite, la démarche de la Commission et de la Cour a contribué à intégrer la licence au goodwill en la considérant comme un élément nécessaire au maintien des activités économiques et non plus en tant que telle. Dans une affaire relative au retrait d'une autorisation exigée pour la vente de boissons alcoolisées, la Cour remarque que les intérêts économiques liés à la gestion de l'entreprise constituaient des biens au sens de l'article 1 du Protocole. En outre, le maintien de la licence figurait parmi les conditions principales de la poursuite des activités et le retrait a eu des incidences négatives sur le fond de commerce et la valeur du restaurant concerné.

Autrement dit, la licence n'est toujours pas considérée en elle-même comme un bien, mais dans la mesure où elle s'agrège au "goodwill" son retrait représente une atteinte au droit de propriété (arrêt *Tre Traktörer AB*, version ronéotypée, parag. 53) (61).

En ce qui concerne la propriété intellectuelle (droits d'auteurs, copyrights, brevets...) la jurisprudence n'a pas eu l'occasion expresse de l'examiner sur le plan de l'article 1 du Protocole additionnel et donc de la qualifier de bien. Ainsi par exemple dans l'affaire *X* contre Autriche, l'examen d'un brevet ne s'est situé que sur le plan de l'article 6 car le requérant n'avait demandé à bénéficier que du respect du droit à un tribunal (62).

Pour la doctrine cependant, il semble clair que la propriété intellectuelle fait partie de la propriété garantie par l'article 1 (63). En outre, on soulignera que la propriété

(59) Affaire *H. c/Belgique*, arrêt du 30 novembre 1987, série A, n° 127, parag. 43.

(60) *M. c/R.F.A.*, Requête 10748/84, décision du 7 octobre 1985, D.R. 44, p. 203.

(61) Dans son opinion dissidente, M. le juge Pinheiro-Farinha, relative à l'arrêt, refuse de confirmer l'évolution jurisprudentielle en soulignant les caractères "non transmissible et révocable" de la licence.

(62) *X c/Autriche*, Requête 7830/77, décision du 13 juillet 1978, D.R. 14, p. 200.

(63) Voir exemple *W. Peukert*, "Europäische Menschenrechtskonvention Kommentar", Engel, Kehl 1985, 405 p.

intellectuelle se définit par le droit exclusif d'utiliser une invention et présente un caractère patrimonial, donc transférable, ce qui en fait un bien.

Cette extension virtuelle est fondamentale aux yeux de l'analyse économique des droits de propriété, dans la mesure où elle peut contribuer à corriger les externalités positives. En effet, si l'on prend l'exemple d'un brevet, une absence de protection de la propriété conduira chacun à attendre que les autres fassent les efforts de recherche et d'innovation, pour en bénéficier ensuite en utilisant cette invention. C'est en cela qu'on parle d'externalité positive car, sans claire délimitation de la propriété, chacun peut "bénéficier" des efforts des autres ; personne n'a intérêt à innover le premier. Au total, la production peut s'en trouver affaiblie.

Au contraire, une claire protection de ce type de droit de propriété, et notamment du droit exclusif pour l'inventeur de décider qui pourra utiliser son invention et comment (par l'exclusivité et la transférabilité), permet de corriger l'externalité positive.

Plus généralement, il est fondamental de souligner la convergence entre la jurisprudence de la Convention et l'analyse des droits de propriété. C'est vrai non seulement en ce qui concerne le champ de la propriété garantie, mais surtout par le rôle structurel joué par les caractères d'exclusivité et de transférabilité dans la définition première de tout bien. En garantissant ainsi plus largement la propriété, la jurisprudence assure les conditions d'une meilleure allocation des ressources économiques, en diminuant les coûts de transaction et donc en contribuant à maximiser la rentabilité personnelle des activités de l'innovateur. Inversement, une moins bonne garantie accroîtrait au contraire les coûts de l'activité innovatrice (64).

1.3. - L'indemnisation en cas de privation ou d'atteinte excessive

Pour l'analyse économique, la question fondamentale, pour accroître l'efficacité des ressources productives, est de protéger les droits de propriété en empêchant une autre personne de se les approprier. Mais si cette appropriation se produit, d'une manière ou d'une autre, et si elle ne peut être annulée, il faut au minimum qu'il y ait une indemnisation qui permette un dédommagement du titulaire. Le droit à indemnisation est une façon, au moins minimale, de protéger les droits de propriété. Sans cela, il n'y a pas que spoliation pure et simple.

En outre, si les coûts de transaction sont prohibitifs, cela réduit la transférabilité et le marché peut ne pas réaliser une

(64) Voir H. Lepage, Demain le capitalisme, op. cit., pp. 147-148.

affectation optimale des ressources. Dans ce cas, les atteintes à la propriété, dans le but affirmé d'une affectation plus efficace des droits, doivent être clairement limités par une obligation de dédommagement.

Aucune privation ne peut donc en toute hypothèse avoir lieu sans une juste indemnisation du propriétaire initial des droits. La jurisprudence prend en compte l'exigence d'indemnisation du propriétaire dans deux cas de figure : la privation de propriété et l'atteinte que nous qualifierons d'excessive. Il existe en effet un certain nombre de doutes quant à la dénomination exacte de cette atteinte (65).

On laissera en revanche de côté le cas où l'indemnisation intervient à titre de règlement amiable entre les parties (66), car il ne s'agit pas toujours, d'un point de vue économique, d'une véritable contractualisation entre les parties, mais plus d'une concession de l'Etat, liée généralement à des considérations plus politiques qu'économiques.

1.3.1. - L'indemnisation en cas de privation

En cas de privation, l'indemnisation est véritablement consacrée comme un principe. Il s'exprime en deux temps.

D'une part, dans l'affaire *Lithgow*, relative à la nationalisation des industries navales et aéronautiques au Royaume-Uni, la Cour avance "sans le versement d'une somme (...) une privation de propriété constituerait normalement une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1" (67). La Cour estime également que le défaut d'indemnisation en cas de privation aurait pour conséquence que "l'article 1 du Protocole additionnel n'assurerait qu'une protection

(65) F. Sudre, in "La protection de la propriété privée par la Cour européenne des droits de l'homme", Recueil Sirey Dalloz, 1988, p. 71-78 parle d'atteinte à la substance, terme non explicitement employé par la Cour. Quant à P. Van den Broeck, "The protection of property rights under the European Convention on Human Rights", in Legal issues of european integration, 1986, p. 52 s. il estime qu'il s'agit d'une atteinte qui n'est ni une privation ni une réglementation.

(66) Dans l'affaire *Arrondelle c/R.U.*, Requête 7889/77, rapport de la Commission (article 30) du 13 mai 1982, il s'agissait d'une requête visant à démontrer l'incidence de la proximité d'un aéroport sur l'usage et la libre disposition d'une propriété. Une offre d'achat avait été proposée d'un montant de £ 47.500, alors qu'elle estimait la valeur de la propriété à £ 65.000, la requérante réclamait à l'Etat une indemnisation de £ 17.500.

Le Gouvernement fit la proposition suivante, qui fut acceptée : "Le Gouvernement, sans pour autant reconnaître une quelconque violation de la Convention, aimerait offrir à la requérante un versement de £ 7.500, effectué à titre gracieux, si elle déclare que sa requête est satisfaite". On remarque la volonté explicite du Gouvernement de situer la solution du litige hors du droit afin de ne pas créer de précédent jurisprudentiel.

(67) Arrêt *Lithgow et autres*, arrêt de la Cour du 8 juillet 1986, série A, n° 102, parag. 120.

largement illusoire et inefficace du droit de propriété" (arrêt Lithgow et autres, parag. 120).

Cette interprétation est claire et enlève un certain nombre d'incertitudes.

Ainsi, en l'absence de réserve formulée par un Etat, au moment de la signature de la Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, le principe de l'indemnisation est inhérent à la privation de propriété (68).

En dehors de réserves d'application territoriale (69), la seule réserve présentant un intérêt en matière d'indemnisation a été émise par le Portugal : "l'article 1 du Protocole additionnel ne sera appliqué que dans les limites de l'article 82 de la Constitution de la République portugaise qui détermine que l'expropriation des possesseurs de latifundia, des grands propriétaires, chefs d'entreprises ou actionnaires, pourrait ne donner lieu à aucune indemnisation". Il est significatif, du point de vue de la protection de la propriété et grâce l'influence de la Convention sur les institutions portugaises, de relever que cette réserve a été enlevée le 11 mai 1987.

En outre, il est clair que l'opinion dissidente du juge Thor Vilhjalmsson, qui refuse le principe d'indemnisation est marginale (70).

D'autre part, une fois le droit à indemnité établi, la Cour affirme que la privation exige "une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien" (arrêt Lithgow et autres, parag. 121). Dans une affaire postérieure, la Commission a précisé la notion de montant raisonnable. Le montant de l'indemnisation satisfait le rapport de proportionnalité s'il n'est pas établi "une disproportion manifeste entre la valeur de la propriété et l'indemnité octroyée" (71).

Néanmoins, le principe de l'indemnisation rencontre une limite provenant des principes généraux du droit international. Ceux-ci constituent en effet un motif de discrimination entre

(68) Le principe de l'indemnisation en cas de privation est également présenté comme nécessaire au maintien du principe de proportionnalité exigé pour chaque atteinte à la propriété. C'est ce qu'a très justement écrit M. Jörundsson, membre de la Commission, dans son opinion dissidente relative à l'affaire Lithgow et autres : "En cas d'expropriation ou de nationalisation, le dit principe fondamental de l'article 1 (le principe de proportionnalité) exige inévitablement que l'individu soit dédommagé de la perte financière qu'il a subi. A défaut, il ne saurait y avoir de juste équilibre entre l'intérêt général et celui du propriétaire".

(69) En vertu de l'article 4 du Protocole additionnel tout Etat peut, par déclaration expresse, étendre l'application du Protocole aux territoires dont il assure les relations internationales.

(70) Opinions dissidentes de M. le juge Thor Vilhjalmsson, affaires James et a., série A, n° 98, et Lithgow et a., série A, n° 102. Pour rejeter le principe de l'indemnisation, il se fonde sur une interprétation littérale de l'article 1.

(71) Affaire Scott's of Greenock (Est'd 1711) Ltd et Lithgow limited c/R.U., Requête 9482/81, rapport de la Commission du 17 décembre 1987, parag. 90.

étrangers et ressortissants nationaux au détriment de ces derniers. On l'appelle discrimination à rebours (72). Le contenu des principes généraux du droit international signifie que les étrangers bénéficient en cas de privation d'une indemnité prompte, adéquate et effective. Cette interprétation est confirmée par une résolution du Comité des ministres, du 19 mars 1952, qui estime que les principes généraux du droit international "dans leur acception actuelle, comprennent l'obligation de verser aux non-nationaux une indemnité en cas d'expropriation" (73).

Pendant longtemps, la jurisprudence a interprété cette expression en ce sens que l'article 1 ne prévoyait pas d'indemnité au profit des ressortissants nationaux. Par la suite, dans l'affaire Lithgow, elle avance "dans le cas d'une privation de propriété réalisée au titre d'une réforme sociale ou d'une restructuration économique, il peut exister de bons motifs de distinguer, en matière d'indemnisation, entre ressortissants et non ressortissants" (arrêt Lithgow et autres, parag. 116). Il est clair que la Cour, en posant cette distinction, affirme implicitement que les nationaux ont droit eux aussi à une indemnité.

1.3.2. - L'indemnisation en cas d'atteinte excessive

En cas d'atteinte excessive -violation du droit de propriété garanti par l'article 1-, la Cour est également amenée à indemniser le propriétaire. Elle le fait cette fois sur la base de l'article 50 de la Convention (74). Le seul cas établi est l'affaire Sporong et Lönnroth (75). La méthode de l'indemnisation préconisée par la Cour est simple (76). Elle a d'abord déterminé

(72) Une large majorité de la doctrine estime, contrairement à la Cour, que le recours aux principes généraux du droit international ne doit pas être un motif de discrimination entre étrangers et ressortissants nationaux.

Pour une approche approfondie de ce problème, on consultera l'article de M. le juge Russo "L'applicabilité aux nationaux des «principes généraux du droit international» visés à l'article 1 du Protocole n° 1", *Mélanges en l'honneur de G. Wiarda*, Carl Heymanns, Cologne, 1988, p. 547s.

(73) Voir *Travaux Préparatoires*, vol. VIII, p. 205.

(74) L'article 50 se lit comme suit : "Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable".

(75) Ayant déjà statué sur le fonds, arrêt Sporong et Lönnroth, série A, n° 52, la Cour s'est penchée sur le problème de l'indemnisation à partir de l'exigence de "satisfaction équitable" au titre de l'article 50 et a rendu un second arrêt, série A, n° 88, le 18 décembre 1984.

(76) Les requérants et le Gouvernement suédois se sont opposés sur la méthode à suivre pour calculer le montant de l'indemnisation. Les requérants avancent qu'il fallait prendre en compte la progression probable de la plus-value des immeubles calculée à partir de la dégradation de la conjoncture économique depuis les années 50, l'augmentation des coûts de construction en termes réels, l'évolution des valeurs

la durée, puis les éléments du préjudice. En ce qui concerne ces derniers (entrave à la libre disposition des biens, obstacles à l'obtention de prêts hypothécaires, dépréciation des immeubles, impraticabilité de tout projet de rénovation,...) elle conclut : "le préjudice subi comporte des éléments indissociables dont aucun ne se prête à un calcul exact. La Cour les apprécie dans leur ensemble et en équité" (arrêt Sporrong et Lönnroth, série A, n° 88, parag. 32).

Au total, la jurisprudence a permis de préciser les divers aspects de l'indemnisation, qui n'étaient pas expressément affirmés par l'article 1 du Protocole additionnel. La propriété est ainsi mieux protégée, tout au moins dans sa valeur.

Mais, en même temps, surtout lorsqu'il y a privation, le propriétaire, même indemnisé, a été dépossédé de son bien. Sur ce point, ce qui intéresse l'analyse économique, ce n'est donc pas le principe d'une indemnisation équitable, qui n'est pas économiquement contestable, mais le principe même de la privation. L'indemnisation est naturelle pour l'économiste, mais elle n'est au mieux qu'un pis aller face à une privation vis-à-vis de laquelle il s'interroge nécessairement.

Plus généralement, il y a déjà là l'amorce d'une divergence entre l'analyse économique de la propriété et les aspects juridiques. Ce qui intéressera l'économiste, c'est de savoir au nom de quoi les droits de propriété ont été contestés dans leur ensemble ou au moins limités. La rédaction même de l'article 1 ouvre la porte à un tel débat, puisqu'elle précise explicitement que la privation est justifiée par l'utilité publique et que les Etats peuvent réglementer l'usage des biens dans l'intérêt général.

II - LES ASPECTS DIVERGENTS DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA PROPRIETE

Parler de divergence entre le droit de propriété tel qu'il est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et l'analyse économique peut sembler excessif, étant donné l'ampleur des caractères communs, mis en évidence dans la première partie. Pourtant, des divergences sont réelles : pour les juristes, le droit de propriété est habituellement un droit

marchandes immobilières. La Cour rejette cette méthode car "extrême ou maximale que les faits de la cause ne permettent pas d'étayer" Arrêt Sporrong et Lönnroth, Série A, n° 88, parag. 29. Le Gouvernement fonde son calcul sur la comparaison entre les valeurs des immeubles en début et fin de période. La Cour estime la méthode "à la fois rigide et incomplète" Arrêt Sporrong et Lönnroth, Série A, n° 88, parag. 30. Pour un commentaire, on consultera V. Berger, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 1 du Protocole n° 1" in Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell' Uomo, Padoue, Cedam, 1989.

conditionnel, alors que pour l'analyse des droits de propriété, même sous sa forme la plus modérée, toute atteinte au droit est en elle-même un affaiblissement de la propriété et donc de ses conséquences économiques positives. De la même façon, aucun juriste ne sera surpris par les justifications habituelles de ces limites, en termes d'utilité publique ou d'intérêt général. Or ces notions sont en elles-mêmes contestables pour l'économiste, qui préfère mettre en avant des justifications liées à des imperfections du droit de propriété lui-même.

2.1. - Le caractère conditionnel du droit de propriété

A. Drzemczewski classe les droits protégés par la Convention en trois catégories (77) :

- Les droits absolus. Ils ne souffrent d'aucune dérogation et visent par exemple l'interdiction de la torture (article 3)

- Les droits minimaux. Ils sont considérés comme le plus petit dénominateur commun acceptable, dans tous les Etats membres.

On citera ainsi le droit à un procès équitable (art. 6) et le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5).

- Les droits conditionnels. Il s'agit de droits ou libertés spécifiques, mais dont l'exercice est soumis à des restrictions expressément énumérées et conformes à l'intérêt général. Il en est ainsi pour le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), le droit à la liberté de religion (art. 9).

Dans cette logique, partagée par une partie de la doctrine et la jurisprudence, le droit de propriété rentre dans la catégorie des droits conditionnels (78).

Ce point de vue des juristes ne manque pas de laisser les économistes perplexes, tant le mode de raisonnement sur ce point part de classifications différentes. En effet, pour les économistes, c'est sans doute le droit de propriété qui serait considéré comme un droit premier, surtout si la propriété est étendue à soi-même, à son corps comme aux revenus qui en découlent, aux biens matériels ou à la propriété intellectuelle. Après tout, dans cette optique, la question de la torture pourrait être résolue par la propriété de son corps.

(77) Voir A. Drzemczewski, "La situation des étrangers au regard de la C.E.D.H.", Dossiers sur les droits de l'homme, n° 8, Strasbourg, 1985, p. 14.

(78) Citons par exemple, l'opinion du juge Walsh, dans l'arrêt Sporong et Lönnroth, Série A, n° 52 : "L'article 1 du Protocole n° 1 ne représente pas une garantie contre toutes les activités de l'Etat qui peuvent influencer sur la valeur marchande d'un bien (...). Ses dispositions envisagent la privation et la réglementation. Il est donc clair que l'article ne considère pas le droit de propriété comme absolu. Au contraire, il prévoit que l'intérêt privé s'incline devant l'intérêt général dans la mesure où cela peut se révéler nécessaire".

Sans entrer dans ce débat, sans réelle portée pratique, il est certain que les économistes auront du mal à considérer le droit de propriété comme une sorte de droit de second rang. Plus que le caractère conditionnel, c'est plutôt cette classification "en seconde catégorie" qui semblera contestable. Nous avons vu en effet que le droit de propriété est défendu par l'analyse économique non seulement pour des raisons utilitaristes (efficacité) mais avant tout pour des raisons liées à la nature humaine et à sa liberté, qui s'exprime notamment dans la possession et la mise en valeur de biens.

Par contre, la conditionnalité de la propriété ne pose guère de problèmes de principe, si l'on veut bien dépasser l'apparence des mots. En effet, les droits de propriété, dans la conception économique, ne sauraient être confondus avec le droit d'en faire n'importe quel usage : on peut posséder un bien, mais tout usage n'est pas légitime, notamment lorsqu'il menace la personne d'autrui ou sa propriété. Au minimum, il existe une conditionnalité du droit de propriété en raison des droits de propriété des autres. Il n'y a donc pas de réponse économique simple à la question de la conditionnalité, et il faut passer ici en revue les différentes catégories d'atteintes prévues par le texte et développées par la jurisprudence.

En dehors du cas très particulier résultant du pouvoir d'imposition de l'Etat, on insistera sur le fait que la distinction entre les différentes catégories d'atteintes se fait en définitive par l'intermédiaire des caractères d'exclusivité et de transférabilité.

2.1.1. - Atteinte dérivant du pouvoir d'imposition

Le pouvoir d'imposition représente un attribut de la souveraineté de l'Etat. On peut raisonnablement avancer (79) que les organes de la Convention ne contrôlent pas la décision d'imposition elle-même, mais la proportionnalité entre le montant de l'impôt et la capacité contributive de l'imposé (80).

Le problème du pouvoir d'imposition se situe autour de sa définition. Ainsi, la Commission a admis, au moins théoriquement, que l'atteinte dérivant du pouvoir d'imposition

(79) La lecture de l'article 1 du Protocole, deuxième alinéa, confirme cette interprétation : "les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires (...) pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes".

(80) La Commission a clairement posé l'application du principe de la proportionnalité en matière d'atteinte dérivant du pouvoir d'imposition de l'Etat dans la décision Svenska Managementgruppen A.B. c/Suède, Requête 11036/84, décision du 2 décembre 1985, D.R. 45, p. 211 "une obligation financière née de la levée d'impôts ou de cotisations peut nuire à la protection de biens si elle constitue un fardeau excessif pour l'intéressé ou compromet radicalement sa situation financière".

peut représenter une privation de propriété (81). Telle est également l'une des thèses soutenue par le professeur Epstein (82). Finalement, pour appréhender à l'aide de la jurisprudence le pouvoir d'imposition, on peut considérer ses caractéristiques principales. Il peut être affecté et il est essentiellement variable (83).

Au total, il y a donc une ouverture théorique qui aurait pu avoir des prolongements pratiques dignes d'intérêt sur le plan économique : lorsque le taux de l'impôt est excessif (par exemple lorsque l'impôt marginal sur les revenus de l'épargne en Angleterre pouvait atteindre 98 %), les économistes parleront à coup sûr d'atteinte à la propriété. Mais, en pratique, aucune jurisprudence n'est venue concrétiser ce principe et le mouvement de défiscalisation (et notamment de recul de la progressivité de l'impôt) (84) s'est produit en Europe indépendamment de toute influence de la part de la Convention.

Plus généralement, il y a derrière cette jurisprudence une réticence à toucher à ce qui apparaît aux organes de la Convention comme une prérogative toute naturelle de l'Etat. Manifestement, les thèses d'économistes comme Hayek sur la contradiction entre le droit de posséder un bien (ou un revenu) et l'impôt (thèse développée notamment à propos de la redistribution des revenus et donc du "droit à la justice sociale", suivant laquelle il ne peut y avoir deux droits sur un même bien ou revenu) est ici hors des préoccupations de la jurisprudence. Il est vrai que les économistes eux-mêmes sont divisés, car, en dehors de quelques libertariens, et encore, tous admettent, même s'ils sont partisans de l'Etat minimal, que l'impôt a sa raison d'être.

(81) Affaire W, X, Y et Z c/Autriche, décision du 27 septembre 1976, requête 7427/76, D.R. 7, p. 148. La Commission estime : "l'obligation faite aux employeurs, de percevoir des impôts et contributions sur le salaire de leurs employés et de les verser aux administrations compétentes, peut être considérée comme une privation de propriété. Cependant, même s'il y a des pertes subies à l'occasion de l'exécution de cette obligation, celle-ci est nécessaire pour assurer le paiement des impôts ou contributions".

(82) Epstein, "An Outline of Takings" University of Miami Law Review, vol. 41/3, 1986. "All regulations, all taxes (...) are takings of private property".

(83) La destination d'un impôt n'a pas pour conséquence de détruire sa qualité d'impôt. Pour la Commission, "l'annonce de l'objet de la dépense n'altère nullement son caractère propre d'impôt" X. c/Autriche, Requête 6087/73, décision du 13 mai 1976, D.R. 5, p. 10. Dans une décision plus récente, la Commission a insisté sur le fait que les systèmes de taxation sont inévitablement différents selon les groupes de payeurs. Voir Lindsay c/R.U., Requête 11089/84, Décision du 11 novembre 1986 (non publiée).

(84) Dans la logique du "supply side", c'est-à-dire de l'économie de l'offre ("L'impôt tue l'impôt").

2.1.2. - Réglementation et atteinte excessive

La distinction entre réglementation et atteinte excessive (85) se fait par le recours aux caractères de transférabilité et d'exclusivité. En effet, toutes deux ne portent pas sur le bien lui-même, mais sur les caractères de la propriété.

Ainsi, la Commission a-t-elle estimé que la législation fédérale allemande qui interdit l'ouverture de magasins le dimanche est une réglementation de l'usage de la propriété (atteinte à l'exclusivité) (86). De même en est-il de la législation autrichienne qui restreint la liberté contractuelle en matière de baux d'habitation (atteinte à la transférabilité) (87).

Dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, la Cour a dégagé l'existence d'une atteinte excessive dérivant du renouvellement de permis d'expropriation de très longue durée frappant les immeubles des requérants (88). Pour une partie de la doctrine, ainsi que pour l'opinion dissidente à l'arrêt, cette qualification est très contestée, voire contestable (89).

La Cour, pour sa part, a relevé que : "les requérants ont pu continuer à user de leurs biens et que si les ventes d'immeubles touchés à Stockholm par des permis d'exproprier et des interdictions de construire ont été rendues plus malaisées, la possibilité de vendre a subsisté (...) il y a eu plusieurs dizaines de ventes" (90). Elle conclut : "les effets incriminés dérivent tous de la diminution de la disponibilité des biens en cause" mais "les effets des mesures en question ne sont pas tels qu'on puisse les assimiler à une privation de propriété" (arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52, parag. 63).

(85) Une incertitude existe quant à la qualification de l'atteinte excessive. Elle se manifeste, on l'a vu, dans sa dénomination. En outre, on peut lui reprocher le fait qu'elle soit fondée sur la première phrase de l'article alors que celui-ci ne prévoit manifestement que deux catégories d'atteintes à la propriété (privation ou réglementation) fondées sur les 2ème et 3ème phrases de l'article 1. D'après nous, il s'agit plus d'une situation que d'une catégorie d'atteinte à la propriété où la Cour aurait défini la substance ou la nature de la propriété.

(86) X. c/R.F.A., Requête 1307/61, Recueil des Décisions 9, pp. 53-56.

(87) X. c/Autriche, Requête 8003/77, décision du 3 octobre 1978, D.R. 17, p. 80.

(88) Les requérants *Sporrong et Lönnroth* ont respectivement subi les permis d'exproprier pendant une durée de 23 et 8 ans et des interdictions de construire pendant 25 et 12 ans. Arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 88, parag. 11-14, 20, 58.

(89) On lira avec intérêt l'opinion dissidente commune à MM. Zekia, Gremona, Thor Vilhjalmsen, Lagergren, Sir V. Evans, Mac Donald, Bernhardt et Gersing dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52. On remarquera également le caractère sibyllin par lequel la Cour fonde l'atteinte à la propriété, après avoir écarté l'hypothèse d'une privation ou d'une réglementation. "En revanche, les permis d'expropriation n'entendaient pas limiter ou contrôler cet usage. Représentant une étape initiale dans le processus de privation de propriété, ils ne tombaient pas sous le coup du deuxième alinéa. Il faut les examiner au regard de la première phrase du premier" (Arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52, parag. 65).

(90) Arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52, parag. 63.

Mais comment distinguer l'atteinte excessive de la réglementation puisqu'en définitive elles portent toutes les deux sur les caractères de la propriété ?

Le seul critère que l'on puisse avancer est celui de l'intensité dans l'atteinte à la propriété où la prise en considération de la durée et de son caractère quasiment définitif, peut conduire à la classer dans l'une ou l'autre des catégories. Ainsi, une réglementation constitue pour le propriétaire en règle générale une atteinte moins radicale aux attributs de sa propriété que l'atteinte excessive.

Le rapport de la Commission dans l'affaire Mellacher et autres semble confirmer cette interprétation (91). A l'origine de cette affaire on trouve trois requêtes contestant la législation autrichienne limitant la liberté contractuelle en matière de baux d'habitations en cours. Dans le premier cas, le loyer de l'appartement a été ramené à 77,9 % du montant du loyer originel. Dans les deux autres cas, le loyer a été respectivement ramené à 20 % et 17,5 % du loyer originel. Pour le premier cas, la Commission a estimé justifiée la réduction du loyer de l'ordre de 20 % en tant que réglementation conforme à l'intérêt général ; en revanche, pour les deux autres cas, la Commission a estimé que la réduction de loyer était excessive, même compte tenu de la marge d'appréciation des Etats en matière de législation du contrôle des loyers (affaire Mellacher et autres, Rapport de la Commission, parag. 221-225).

On peut faire plusieurs observations sur cette jurisprudence. La première tient à la distinction introduite entre atteinte excessive et réglementation qui ne semble pas s'imposer.

La seconde tient au fait que la jurisprudence fonde implicitement son raisonnement sur les notions clefs d'exclusivité et de transférabilité, c'est-à-dire sur les caractères de la propriété.

Mais on peut ajouter aussi une certaine divergence avec l'analyse des droits de propriété. Il y a manifestement dans toutes ces affaires une atteinte à la liberté des contrats : cette atteinte est-elle disproportionnée ou non, telle est la question de la jurisprudence. Mais elle ne se pose pas la question du principe même des atteintes à la propriété.

Certes, on peut observer une évolution dans le fait que la jurisprudence s'est, ces dernières années, beaucoup plus préoccupée du droit de propriété que de la faculté de l'Etat d'intervenir dans la propriété. Cette évolution garantit mieux la propriété, mais les économistes ne pourront s'empêcher de se demander quelle est la différence entre l'excessif et l'acceptable

(91) Affaire Mellacher et autres, Requêtes 10522/83, 11011/84 et 11070/84, rapport de la Commission du 11 juillet 1988.

(en quoi une réduction de 20 % d'un loyer par rapport au prix du marché est-elle acceptable ? Comment fixer la limite objective et sur quels critères ?) et pourquoi certaines atteintes sont possibles.

La première interrogation pose le problème de la proportionnalité. En effet, pour chaque atteinte à la propriété, la Cour a estimé dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* qu'elle "doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu" (arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52, parag. 69). Ce principe de la proportionnalité, a-t-elle ajouté, "se reflète aussi dans la structure de l'article 1" (92).

En plus des conditions de finalité et de légalité, le recours au principe de la proportionnalité renforce le contrôle par les organes de la Convention des différentes catégories d'atteintes à la propriété et conforte le droit de propriété en recherchant au cas par cas si l'atteinte à la propriété respecte le juste équilibre entre l'intérêt général et les droits de l'individu.

Le problème de fond, par rapport à l'analyse économique des droits de propriété, n'est donc plus dans ces divers concepts, peu contestables en eux-mêmes, mais dans la justification de l'atteinte à la propriété, c'est-à-dire dans sa finalité.

2.1.3. - *Privation*

Elle vise principalement le transfert du bien du propriétaire vers une personne publique ou privée (93). Par conséquent, l'exercice des attributs d'exclusivité et de transférabilité sont purement et simplement annihilés.

Relevons en outre que la Cour dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth* a avancé la notion d'expropriation de fait (arrêt *Sporrong et Lönnroth*, Série A, n° 52, parag. 63). Elle la définit par l'équivalence dans ses effets à une privation. Ainsi il y aurait expropriation de fait sans transfert du bien si les attributs d'exclusivité et de transférabilité étaient irrévocablement et complètement supprimés. Ce serait le cas par exemple pour des

(92) En pratique, les organes de la Convention effectuent un contrôle de la proportionnalité différencié selon les catégories d'atteintes à la propriété. Pour une présentation du principe de proportionnalité par les organes de la Convention, voir L. Sermet, *Mémoire D.E.A.*, op. cit., pp. 99-106.

(93) Dans l'arrêt *James et autres*, Série A, n° 98, l'atteinte à la propriété ; introduction par voie législative d'un droit d'emption de l'emphytéote dans les baux en cours, conduit à transférer l'immeuble à une autre personne privée. Dans l'arrêt *Lithgow et autres*, Série A, n° 102, les parts sociales nationalisées des requérants ont été transférées à *British Aerospace* et *British Shipbuilders*, deux entreprises publiques.

habitations situées à proximité d'un aéroport et rendues de ce fait inhabitables et invendables (94).

Dans le cas de la privation, la question de fond n'est donc plus celle de l'indemnisation, qui a été réglée comme nous l'avons vu, mais à nouveau celle des finalités de cette privation et plus généralement des atteintes à la propriété.

2.2. - Les finalités des limites au droit de propriété

C'est sans doute dans le domaine des finalités que l'analyse économique et la jurisprudence se séparent le plus nettement : l'une admet des limites au droit de propriété pour des raisons liées à certaines "faiblesses" du marché, l'autre part de considérations relevant de l'intérêt général.

2.2.1. - *Les justifications économiques*

La question des finalités, examinée sous l'angle économique, est simple dans son principe, mais complexe dans ses applications.

En effet, sur le plan théorique, il existe effectivement des situations dans lesquelles les droits de propriété et le marché (par l'intermédiaire de la transférabilité) ne peuvent assurer un optimum économique. Il est évident que des faiblesses existent. Par contre, les économistes dénoncent le glissement quasi-automatique vers une intervention correctrice de l'Etat dans chaque cas de non efficience du marché ou des droits de propriété. Or l'intervention publique (par exemple celle sur les loyers ou relative à la protection de l'environnement) n'a aucune raison a priori d'être plus efficace que le marché. Si ce dernier est imparfait, l'intervention publique peut l'être aussi.

De manière plus précise, plusieurs catégories de "faiblesses" du marché peuvent justifier une limitation de ces droits de propriété (95) : il s'agit, de façon non limitative, des externalités, des faiblesses d'information, ou encore des biens publics.

(94) Si un règlement amiable n'était pas intervenu dans l'affaire Baggs, au niveau de la Commission, les organes de la Convention auraient vraisemblablement qualifié l'atteinte en question d'expropriation de fait. On relève dans le rapport de la Commission du 8 juillet 1987 que l'exercice des attributs de la propriété est réduit à néant. Les problèmes de bruit et de pollution ont été qualifiés de "terribles" ou d'"intolérables" par plusieurs rapports d'experts, empêchant clairement d'habiter la propriété. Quant à la libre disposition "l'autorisation a été refusée au requérant de vendre sa propriété à usage commercial pour en tirer un prix raisonnable".

(95) Pour une thèse visant à justifier, sur le plan économique, ces limitations des droits de propriété, voir S. Rose-Ackerman, *L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété*, op. cit.

Les externalités constituent un avantage ou un inconvénient causé à quelqu'un qui n'est pas le propriétaire ou n'est pas directement concerné par un échange. Il peut s'agir positivement des "passagers clandestins" (96), qui profitent d'une action entreprise par d'autres (par exemple en matière d'information, notamment de publicité) (97), ou négativement des nuisances apportées par un propriétaire à l'environnement (pollution, bruit, etc...).

Pendant longtemps, les économistes (dans la ligne de Pigou) ont estimé que ces externalités nécessitaient une intervention publique- et donc une limitation du droit de propriété- pour les "corriger". Or, on admet tout à fait aujourd'hui que d'autres procédures sont possibles, à commencer par des négociations volontaires entre les parties en cause ou, si les externalités sont positives, par des "pratiques restrictives". En outre, la propriété doit reposer sur le principe essentiel de la responsabilité financière des propriétaires et notamment des entrepreneurs, vis-à-vis des externalités négatives subies par d'autres (98). Or cette question de responsabilité ne relève pas d'abord d'une intervention publique, mais des tribunaux, si un accord amiable n'a pas été trouvé.

Il est vrai que le problème peut être plus complexe si les coûts de transaction sont très élevés, rendant peu efficace, et en tous cas coûteuse, la libre négociation. Mais il faut également souligner que toute démarche concernant les externalités (par exemple dans le but de réduire la pollution et de restaurer un meilleur état de l'environnement) est aussi nécessairement coûteuse : un taux "zéro" de pollution n'a aucun sens, car il faudrait y consacrer l'intégralité des ressources. En ce sens, la négociation aboutit à un équilibre qui définit un taux de dégradation de l'environnement acceptable par les uns et les autres (par exemple avec une indemnité compensatrice) (99) (100).

(96) "Free rider".

(97) Voir G. Stigler, *The economics of information*, in *The organisation of industry*, Richard D. Irwin, 1968. C'est pour réduire le volume des effets externes à cause des "passagers clandestins" que les entreprises pratiquent des techniques d'intégration verticale, des accords sélectifs (exclusivité), des prix dirigés, etc... Ces techniques, si décriées, ont en fait pour but de réduire à tous les niveaux les phénomènes de "passager clandestin" pour accroître l'efficacité du marché.

(98) Et en n'oubliant pas que les externalités sont réciproques. Si le pollueur doit réparer le dommage causé à autrui, cela limite sa propre possibilité d'action. Voir R. Coase, *The problem of social cost*, op. cit.

(99) Si une industrie pollue l'environnement, la solution ne consiste pas à "l'obliger" à consacrer l'essentiel de ses ressources -au risque de la mettre en faillite- à restaurer cet environnement. L'équilibre consistera à trouver un taux "optimal" de pollution, que ceux qui subissent cette externalité pourront accepter, moyennant une indemnité. Voir H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit., Ch. IX, Capitalisme et écologie.

De même, on insiste parfois sur la nécessité d'interventions publiques dans le cas de faiblesses d'information. Il s'agit par exemple des cas d'information imparfaite, notamment d'asymétrie d'information (le consommateur étant supposé sous informé, notamment sur les faiblesses des produits). Or, là encore, ces faiblesses évidentes n'impliquent pas automatiquement une intervention sur les droits de propriété.

Tout d'abord, toute l'analyse économique récente reconnaît l'irréalisme des hypothèses d'information parfaite : l'information a un coût : elle est aussi limitée, donc imparfaite. Mais, en même temps, l'information est un service utile (par exemple pour le consommateur) : elle a ainsi un prix que celui-ci sera prêt à payer s'il veut l'acquérir (101). Il y a donc un marché de l'information, qui ne nécessite pas un traitement particulier de la part des pouvoirs publics. De la même façon, les biens publics conduisent habituellement à envisager comme seule solution le recours à l'intervention publique. Or, sans entrer dans les détails de l'analyse, bien des économistes ont fait observer qu'un bien public pouvait parfaitement être réalisé par un producteur privé.

Il ne convient pas d'entrer ici dans l'étude précise de ces justifications à la limitation au droit de propriété. Même si le débat entre économistes est ouvert sur ces divers points, nous avons seulement voulu suggérer que certaines justifications économiques à l'intervention de l'Etat dans la propriété existent. Mais ces justifications n'ont peut-être pas la force qu'on leur donne habituellement : les soi-disants faiblesses du marché sont souvent, par exemple en matière de pollution et de protection de l'environnement, liées à une mauvaise définition des droits de propriété et donc de la responsabilité des propriétaires.

L'économiste aura tendance à dire que les faiblesses apparentes des droits de propriété, dans l'allocation des ressources, ne doivent pas d'abord être résolues en réduisant les

(100) On peut aller jusqu'à imaginer des marchés, où l'on pourrait acheter ou vendre des "droits de pollution", faisant apparaître le vrai coût de la pollution et de la protection de l'environnement.

(101) L'information imparfaite renouvelle toute l'analyse économique du déséquilibre.

Voir par ex. - E.S. Phelps and Al., Microeconomic foundation of employment and inflation theory, New-York, 1970.

- A.A. Alchian, Information costs, pricing and resource unemployment, in Phelps, op. cit.

- R. Clower, The keynesian counterrevolution. A theoretical appraisal, in Clower, Monetary theory Penguin Books, 1973.

- J.-P. Giran, Recherche d'information et déséquilibre, Economica, 1979.

Pour une application au marché du travail, voir :

- J.-Y. Naudet, Fondements microéconomique de la redistribution de la force de travail en Europe, Centre d'analyse économique, Aix, novembre 1989.

droits de propriété, mais au contraire en les étendant et en les définissant mieux (102).

On est naturellement très loin, avec ces analyses économiques, de la jurisprudence européenne : la divergence ici ne saurait surprendre, parce qu'elle tient simplement aux spécificités des deux approches. L'économie pose surtout les bases d'une réflexion générale, relative à l'allocation des ressources et à leur optimisation. La jurisprudence de la Convention est confrontée à des cas concrets. La traduction juridique des raisonnements propres à l'analyse économique est souvent rendue difficile, voire impossible.

Cependant, il est intéressant de souligner qu'à partir de logiques si différentes, certains points de rencontre existent. C'est ainsi que l'on peut déceler la prise en compte d'externalités négatives dans l'affaire *Baggs*. Les propriétés proches de l'aéroport subissent le bruit des avions. Le compromis réalisé montre effectivement la responsabilité de l'aéroport dans la production de ces externalités négatives et la volonté d'indemniser les propriétaires (103), sans conduire à supprimer le degré élevé de nuisance. C'est un cas typique où l'on arrive, non à la suppression de la nuisance, mais à son maintien, moyennant une indemnisation.

2.2.2. - *Les notions d'utilité publique et d'intérêt général*

Il est certain que, dans la majorité des cas, l'intervention dans la propriété privée est justifiée par les organes de la Convention par des considérations plus générales.

Utilité publique et intérêt général fondent le pourquoi d'une intervention dans la propriété. Ils délimitent, avec l'exigence de légalité, la marge d'appréciation de l'Etat. En effet, en vertu de celle-ci, ce sont les autorités nationales qui sont chargées de la mise en oeuvre des droits et libertés définis dans la Convention. Le contrôle du juge international intervient donc à titre subsidiaire.

On a pu soutenir que le champ de l'intérêt général était plus large que celui de l'utilité publique (104). La Cour a rejeté

(102) Les économistes ont d'ailleurs envisagé de nombreux domaines d'application, pour l'extension des droits de propriété allant des parcs naturels aux forêts en passant par la mer ou les bords de mer.

(103) A l'origine du compromis se trouve l'adoption, par le Royaume-Uni, de l'Airport Act 1986 qui vise à acheter les propriétés, dont celle de *Baggs*, atteintes par le bruit. Les modalités d'indemnisation de la loi sont tout à fait intéressantes et rejoignent les considérations de l'analyse économique puisque la prise en compte des externalités négatives se fera par l'achat au gré à gré ou, faute d'accord sur le prix, par la fixation d'un prix par des arbitres indépendants (Rapport de la Commission du 8 juillet 1987).

(104) Voir par exemple l'argumentation des requérants dans l'affaire *James*, rapport de la Commission du 11 mai 1984, parag. 50.

cette différence estimant : "quand bien même il existerait des différences, à l'article 1, entre les notions d'utilité publique et d'intérêt général, (...) on ne saurait établir entre elles aucune distinction fondamentale" (arrêt James et autres, parag. 43).

La condition d'utilité publique a, par exemple, été considérée comme remplie par la législation britannique nationalisant les actions de l'industrie sidérurgique (105), car : "la loi incriminée a été promulguée pour donner une base économique saine à l'industrie sidérurgique britannique (...)". Dans ces conditions, "le Royaume-Uni n'a pas excédé la marge d'appréciation normale dans la détermination des mesures qui sont d'utilité publique".

En outre, la Cour a élargi la notion d'utilité publique et relève qu'"un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime d'ordre social, économique ou autre peut répondre à l'utilité publique, même si la collectivité dans son ensemble ne se sert pas ou ne profite pas du bien dont il s'agit" (106). Elle a fait donc rentrer dans le champ de l'utilité publique des considérations "sociales" liées en l'occurrence au problème du logement.

La Cour a même précisé : "Eliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique. Or les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait abandonner la satisfaction aux forces du marché" (arrêt James et autres, parag. 47). Cependant, en vertu de la marge d'appréciation des Etats, la condition d'utilité publique présente un caractère variable dans l'espace (107) et dans le temps.

En particulier, dans l'affaire *Scotts' of Greenock*, les requérants contestent les conditions de la privatisation d'actions leur ayant antérieurement appartenues avant d'être nationalisées. La Commission avance que l'objectif de la nationalisation "était de réorganiser complètement cette industrie pour la faire repartir sur des bases lui permettant de redevenir concurrentielle (...). Etant donné l'aspect politique d'une mesure telle que la nationalisation d'une industrie, il est inévitable, dans une société démocratique, que la perception politique de cette démarche,

(105) Voir, X c/R.U., Requête 3039/67, Recueil des décisions 23, pp. 66-71.

(106) Arrêt James et autres, Série A, n° 58, parag. 45.

(107) C'est ce qu'a fort bien rappelé M. Delmas-Marty dans son article "Droit contre droits", paru dans *Le Monde*, édition Libér, n° 1, pp. 69-71, octobre 1989. L'auteur fonde la structure juridique européenne sur une double logique de subordination (comme l'est généralement l'ordre juridique national) et de coordination (comme se présente fréquemment l'ordre juridique international) et ajoute : "D'autres domaines (...) impliquent la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation, donc la mise en oeuvre d'une logique de coordination qui se fonde moins sur un principe de hiérarchie que sur un principe d'harmonie, pourrait-on dire, où la prééminence de la norme européenne se limite à un effet d'incitation qui se traduit pour les Etats en une obligation de proximité (et non d'identité)".

donc la démarche elle-même, varie au fil du temps. La Commission ne considère donc pas établie que la revente mette en doute l'utilité publique de la nationalisation au moment où elle a eu lieu" (108).

La Cour a justifié l'intérêt général de la législation visant à réglementer l'exercice d'une "profession qui importe à l'ensemble du secteur économique" : en l'occurrence celle de comptable (109). Plus généralement, la jurisprudence a estimé qu'en matière de règlement d'urbanisme, dont l'essence même est de réglementer l'usage des biens, y compris les biens privés, la condition d'intérêt général pouvait être remplie dès lors que l'atteinte à la propriété respectait le principe de proportionnalité (110).

Ceci étant, le champ de l'utilité publique ainsi que celui de l'intérêt général est vaste par nature mais n'est pas illimité. C'est ce qu'a avancé la Cour dans l'affaire James : "la Cour respectera le jugement du législateur sauf si celui-ci est manifestement dépourvu de base raisonnable". La Cour a donc délimité, à cette occasion, le champ de la marge d'appréciation en faisant porter son contrôle sur l'opportunité de l'utilité publique elle-même. Un jugement manifestement dépourvu de base raisonnable serait tel que la Cour ne pourrait y souscrire en aucun cas (111).

Soulignons en outre que la Commission a expressément admis que, parallèlement à la privation de propriété, lorsque l'Etat intervient pour réglementer l'usage des biens, sa marge d'appréciation n'est pas non plus illimitée (112).

Le débat sur la notion d'intérêt général entre l'analyse économique et la jurisprudence de la Convention risque de tourner court, si l'on s'en tient à la présentation habituelle qu'en font les économistes : à la limite, si chaque individu maximise sa propre satisfaction, on aboutira à une situation optimale, car toute amélioration de la satisfaction d'un individu ne peut se faire qu'au détriment de celle d'un autre. L'intérêt général, dans cette optique, n'a guère de sens, puisque la situation atteinte "spontanément" est optimale. Aucune limitation à l'exercice des droits de propriété ne peut être alors légitimée dans ce cadre : "dans cette perspective, il n'y a pas d'autre objectif au-dessus ou

(108) *Affaires Scotts' of Greenock (Est'd 1711) Ltd et Lithgows Limited c/R.U.*, Rapport de la Commission du 17 décembre 1987, parag. 104.

(109) Arrêt Van Marle et autres, Série A, n° 101, parag. 43.

(110) Arrêt Sporong et Lönnroth, Série A, n° 52, parag. 69 in fine.

(111) Cette interprétation paraîtra à la fois prudente (manifestement déraisonnable) et audacieuse (l'utilité publique est variable). On relèvera la ressemblance entre le contrôle opéré par la Cour et le Conseil Constitutionnel qui sanctionne l'erreur manifeste d'appréciation.

(112) *Affaire Mellacher et autres*, Requêtes 10522/83, 11011/84 et 11070/84, Rapport de la Commission du 11 juillet 1988, parag. 206.

au-delà des objectifs purement individuels (du type "intérêt général") (113).

Si l'on veut poursuivre le débat, on peut cependant faire quelques remarques sur la notion d'intérêt général ou d'utilité publique retenue par la jurisprudence.

Ce qui frappe en premier lieu l'économiste, c'est la faiblesse des raisonnements "économiques" sous-jacents. Ainsi, affirmer que le logement est primordial pour l'homme ne pose pas de problèmes de principe ; ajouter que, dans ces conditions, on ne saurait en abandonner "la satisfaction aux forces du marché" paraît plus surprenant. Rien, dans le marché du logement, ne justifie cette affirmation. En effet, si l'offre, la demande et le prix sont libres, un équilibre sera trouvé sur le marché du logement.

Ce qui peut arriver, c'est que des personnes aux revenus trop faibles ne pourront se procurer un logement sur le marché. Si la Cour a voulu dire que le logement était "un droit", c'est du côté d'un éventuel revenu minimum qu'il faut se tourner pour assurer ce "droit" : ce ne sont pas les "forces du marché" qui sont en cause dans le domaine du logement, mais l'insuffisance des revenus pour les plus démunis ; c'est éventuellement une politique de redistribution qui serait nécessaire, et non un affaiblissement du marché lui-même ; ce n'est donc pas du côté de la réglementation du marché (ou de la construction, ou des loyers) que se trouve la solution (114).

La deuxième remarque que l'on peut faire porte sur le flou des définitions retenues. Certes, on comprend bien la notion d'absence manifeste de base raisonnable ainsi que celle de proportionnalité. Mais sur quelles bases objectives reposent, en pratique, ces deux notions ?

Or, ce qui domine ces notions, c'est la relativité : la notion d'intérêt général évolue dans le temps et l'espace. Chaque Etat a une large marge d'appréciation contribuant à une définition nationale de l'intérêt général (115). La jurisprudence, au fond, ne

(113) J.-P. Centi, op. cit., pp. 457-458.

(114) On connaît par exemple le rôle désastreux des contrôles de loyers sur l'équilibre du marché : ils provoquent inévitablement des pénuries. Si les loyers sont libres, la pénurie disparaît. Il peut alors persister une difficulté "d'accès au logement" pour de faibles revenus. On peut souhaiter à ce propos une redistribution des revenus du type "allocation-logement". Mais, en aucun cas, ici, les "forces du marché" ne sont en cause. Voir par exemple : C. Atias, F. Guillaumat, H. Lepage, Les vraies clefs de la location, Institut économique de Paris, 1984.

(115) Qui définit alors la notion d'intérêt général : l'analyse du "marché politique" (développée par certains économistes de l'Ecole du "Public Choice", comme J. Buchanan) montre que l'Etat n'est pas désincarné, mais soumis à des pressions et que, parfois, la notion d'intérêt général peut camoufler les poids électoraux d'intérêts particuliers. Il s'agit alors de gagner sur le "marché politique" ce que l'on n'a pas pu gagner sur le "marché économique".

remet en cause celle-ci que si un Etat va, à ses yeux, manifestement trop loin.

CONCLUSION

Fondamentalement, si la propriété est bien protégée, dans son ensemble, par la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats conservent en pratique une certaine marge de manoeuvre, qui dépend de la conception qu'ils se font de l'intérêt général et, finalement, de leur propre rôle dans l'économie du pays. En ce sens, si la Convention garantit largement la propriété, rejoignant en cela les exigences de l'analyse économique, elle ne détermine par pour autant les bases d'un système économique donné.

Telle n'est d'ailleurs pas la mission de la Convention européenne des droits de l'homme ! Certes, en garantissant le droit de propriété comme droit de l'homme, elle s'écarte manifestement des systèmes de propriété collective généralisée ; c'est l'une des multiples raisons qui rendent problématique l'adhésion des plus rigides des pays de l'Est à la Convention.

En dehors de cette réserve, le contrôle de la Cour n'intervient qu'à titre subsidiaire, puisque ce sont les Etats qui décident des interventions dans la propriété. Dans ces conditions, chaque gouvernement définit librement le caractère mixte ou libéral du système économique.

Au total, il serait dommage de se focaliser sur les divergences entre l'analyse économique des droits de propriété et la jurisprudence : elles tiennent avant tout aux spécificités de l'économie et du droit qu'il serait réducteur de vouloir nier. De plus, la rigueur de l'analyse économique, comme celle de la jurisprudence, n'empêchent pas un minimum d'incertitudes.

Ce qui nous a paru essentiel et digne d'être souligné, c'est l'ampleur des rapprochements potentiels, sur le terrain de la propriété, entre deux démarches a priori distinctes. Sans doute faut-il y voir une convergence logique, car elles reposent, toutes deux, sur l'idée que l'Homme doit occuper la place centrale dans la société.

DROIT DE L'ADMINISTRATION

LA MODERNISATION DE L'ADMINISTRATION

CONFERENCE DE MONSIEUR MARCEAU LONG

Vice-Président du Conseil d'Etat

Après trente ans de fonctions très différentes de l'Administration, d'expériences administratives de l'Etat, et après sept années de présidence soit d'office (l'O.R.T.F.), soit de société d'économie mixte (Air-Inter), soit d'entreprise publique (Air-France), j'ai retrouvé, en 1987, dans mon corps d'origine le service immédiat de l'Etat à un moment où Etat et administration sont d'une façon ou de l'autre mis en cause -en France et dans bien des pays de tous les continents : moins d'Etat, trop d'Etat, modernisation de l'Etat, modernisation de l'administration ! Ayant eu la chance de servir l'Etat et le secteur des entreprises publiques et d'avoir entretenu des relations, parfois même des rapports d'affaire, avec bien des services publics ou entreprises à l'étranger, je suis avec passion ce grand débat autour de la réforme de l'Etat et de l'administration, mes réflexions se nourrissant notamment des changements que nous avons vécus depuis une quarantaine d'années.

C'est en faisant le point de ces évolutions que nous pourrons préciser l'objectif de modernisation de l'Etat.

--*

Créé pour gérer les activités "régaliennes", le modèle administratif, resté longtemps cohérent et stable, a su s'adapter lorsqu'il a fallu gérer non plus seulement les activités traditionnelles, mais dans les années 40, 50, 60, celles qu'imposaient les contraintes de la guerre, de la reconstruction, de l'expansion industrielle. L'administration sut prendre en mains les changements qu'impliquaient la recherche d'objectifs de développement et de solidarité de l'Etat-Providence : consciente des évolutions que ces missions nouvelles impliquaient, elle se fit même "missionnaire" (administration "de mission"), restant fidèle à

sa philosophie de l'intérêt général et aux principes d'organisation répondant à sa finalité. Elle absorba l'accroissement prodigieux de ses tâches, de ses moyens et de son personnel, sans blocage, et accompagna le mouvement de la société pendant les Trente Glorieuses.

Mais dans les années qui suivent le premier choc pétrolier, un monde nouveau naît des courants qui le secouent en profondeur. Le système administratif doit alors affronter des défis qui se précisent dans les 15 dernières années :

- celui de la *rareté* : la croissance du P.I.B. s'est très fortement ralentie : le taux des prélèvements par l'Etat est devenu un problème politique. Pour faire *tout autant*, ou même mieux, *avec moins*, il faut donc *plus de productivité* ;

- celui de la *concurrence* : l'administration n'avait pas à la craindre tant qu'elle gérait les monopoles régaliens ou les grands services publics classiques, monopole *de fait*, mais bien des services publics nouveaux correspondent à des *monopoles moins sûrs d'eux-mêmes* : songeons à la radio-télévision, -et il m'incomba, dernier Président de l'O.R.T.F., de mettre en oeuvre, en 1974, la première forme de structure concurrentielle-, aux télécommunications. Le service public doit se mesurer avec des concurrents, soutenus même par les autorités politiques, si elles y trouvent un avantage de commodité ou d'économie...

- celui du *marché unique* de la Communauté européenne, qui sera surtout un marché de services, car l'Europe est un autre défi : son unité met les Etats en concurrence, et le plus coûteux a peu de chances d'attirer les initiatives ;

- celui, enfin, de l'état d'esprit des gens que l'on appelait des "administrés" ou des "usagers", qui ont accepté pendant longtemps le magistère de l'administration, mais qui, mieux instruits, organisés pour défendre leurs intérêts et leurs droits, conçoivent le service public comme le service du public : ils veulent comprendre, participer, avoir la qualité de service à laquelle prétendent les clients dans une société de consommation.

Dans cette situation nouvelle, l'Etat et le monde des administrations cherchent des réponses.

*_*_*_*_*

C'est volontairement que j'emploie le mot "monde" : car il y a une infinie diversité des administrations, tout comme d'ailleurs des entreprises -l'autre monde dans lequel sont recherchées des solutions à certains défis communs aux deux-.

Cette diversité, en ce qui concerne les administrations, tient d'abord, aux *missions* : les unes sont *régaliennes*, du type de la défense, de la justice, de la police, des finances ou de la diplomatie, les autres sont des "prestataires de services", comme celle des P.T.T. Certaines *gèrent directement* des activités, d'autres ont pour tâche *d'encadrer, de stimuler, d'animer*.

Les différences, quant à la *taille*, ne sont pas moins importantes. Les *moyens*, enfin, dont disposent les administrations varient, mais pour partie seulement, en fonction de leur dimension. De grandes administrations ont des *crédits relativement modestes* ; de petites cellules disposent parfois de *moyens d'envergure*.

Ces différences, quant à la mission, à la taille et aux moyens, rendent délicate toute analyse d'un monde dont quelques chiffres donnent la dimension : 2.600.000 fonctionnaires de l'Etat (1), près de 1.200.000 d'agents des collectivités locales. Nous laissons de côté, bien entendu, le personnel des entreprises du secteur public, celui des Caisses de sécurité sociale. Les seules dépenses de personnel de l'Etat s'élevaient en 1988 à 590 milliards, soit autour de 40 % du budget de l'Etat et de 11 % du revenu national. Comment ce vaste monde échapperait-il à une grande diversité de manière d'être et d'aptitude à répondre aux défis ?

*

Ces différences sont particulièrement perceptibles au regard de la modernité : certains services sont à la pointe, les autres à la traîne, qu'il s'agisse de méthodes de travail, de politique de gestion, de techniques de contrôle et d'évaluation, d'utilisation des moyens de l'informatique. Mais ne trouvons-nous pas aussi, dans les entreprises, des distances tout aussi grandes entre les "performantes" et les autres ?

*_*_*

La recherche de la modernité ne date cependant pas d'aujourd'hui. L'administration, comme tout ce qui existe, qui vit, n'échappe pas à la nécessaire adaptation au milieu et celle de la France n'est nullement affligée à cet égard d'un vice structurel. Elle a été longtemps considérée comme l'une des meilleures du monde. Serait-elle aujourd'hui dépassée ? Tous ceux qui ont eu à traiter avec les administrations des U.S.A., de l'Angleterre, de l'Allemagne, de l'Italie savent que les rapports avec ces administrations ne sont pas faciles. Y aurait-il là, à la fin du

(1) dont 1.000.000 pour l'Education nationale, 450.000 pour la Défense et 450.000 pour les P.T.T.

XXème siècle, ce que Michel Crozier appelle une "crise générale des administrations publiques" ? Pour les trois pays qu'il a spécialement étudiés, Suède, Japon, Etats-Unis, il note une "convergence frappante des réflexions sur le caractère central de la crise de l'Etat et de sa nécessaire modernisation dans le contexte du changement accéléré du monde". L'on sait ainsi qu'en Angleterre, Mme Thatcher, a lancé d'audacieuses réformes de l'une des plus anciennes administrations d'Europe.

*_*_*

Les sociologues ont recherché les causes profondes des tensions qui peuvent exister entre la société française et l'appareil d'Etat. Ils les voient dans le contraste entre *les changements de cette société* -un tissu social déhiérarchisé et décloisonné, des moeurs et modes de vie infiniment variés et flexibles, la recherche de l'expression de soi, de l'autonomie individuelle- *et la persistance des formes de l'organisation et du commandement* : qu'il s'agisse des institutions de l'Etat, massives, hiérarchiques, fortement encadrées et réglementées, bureaucratiques... S'il y a des blocages, comment "déverrouiller" ? N'oublions, en tout cas, pas que notre système "a fait ses preuves" même s'il est imparfait. Evitons les bouleversements aux effets imprévisibles ; ne rêvons pas de refaire la société et les hommes, mais préparons sérieusement des actions de réforme précises, suivies auxquelles nous donnerons la durée. Seul ce patient travail peut ramener plus d'harmonie entre les structures institutionnelles et la société.

*_*_*

Nous n'avancerons pas en nourrissant des procès : procès des "politiques", des "technocrates", des "fonctionnaires" ou en faisant la chasse aux "nantis" et aux "privilegiés" -d'autant plus que les chasseurs oublient toujours leurs propres privilèges ! Je crois plutôt qu'il nous faut préparer un consensus à la fois sur la nature des problèmes et les méthodes d'approche des solutions possibles.

La recherche de plus d'efficacité pour un moindre coût, dans la chaîne qui va de la préparation aux applications de la décision doit s'appuyer sur les études et essais d'innovations, techniques ou de méthode faites en France ou à l'étranger et surtout sur une véritable politique des personnels, disons des "ressources humaines" et être accompagnée d'une meilleure communication, nous faisant avancer vers la transparence, mythe et réalité de notre époque.

*_*_*_*_*

L'efficacité tient d'abord à la qualité des décisions prises et appliquées.

La décision

Les méthodes suivant lesquelles les administrations participent à la prise de décision ont fait l'objet depuis longtemps de nombreuses études. *Le Conseil d'Etat*, qui dispose d'un très large champ d'observation de ces méthodes et de leurs résultats par l'exercice de ses fonctions consultatives et, a posteriori, par le jugement des recours contentieux, a fait à plusieurs reprises des recommandations au gouvernement *dans son Rapport annuel*.

La *Commission du Plan* créée par M. Stoleru pour rechercher une plus grande efficacité des politiques publiques définit, dans le même esprit, la stratégie de préparation de la décision publique :

- *évaluation préalable des données* par les administrations, leurs organismes d'études, les corps de contrôle : quelle est la réalité de la situation existante ? Quels sont les besoins et les motifs d'un changement ? Quelles sont les solutions possibles ? Leurs avantages, leurs difficultés d'application, leur coût économique, leur coût financier, leur cohérence avec les différentes politiques qui vont être concernées par ce changement ?
- *expérimentation*, si elle est possible, soit pendant une certaine période, soit pour dans tel service témoin, telle ville, tel département, telle région.
- *définition des consultations nécessaires*, y compris celles d'organismes extérieurs aux services publics, et l'examen des avis recueillis.

*_*_*

La décision s'appuie le plus souvent sur une loi ou des décrets.

A bien des reprises, le Conseil d'Etat a appelé l'attention du Gouvernement sur le nombre excessif des textes, leur qualité insuffisante, ou leur trop lente application. Depuis deux ans leur nombre se stabilise, au moins en ce qui concerne les textes législatifs, qui ont retrouvé leur seuil de 10 ans plus tôt.

Il faudrait d'abord toujours s'assurer, avant d'en préparer un nouveau, que les dispositions en vigueur ne suffisent pas : tâche parfois délicate surtout lorsqu'il faut tenir compte de l'application des règlements communautaires et de la traduction en droit interne des directives de la C.E.E. : or ce droit privé couvrira en 1993 les 2/3 du "droit économique" !

Ces textes, plus simples et plus clairs, doivent être plus stables. Il est anormal d'avoir à modifier des textes peu de temps après leur publication. Des réformes successives et rapprochées, parfois même avant que le texte précédent entre en vigueur, révèlent une mauvaise conception et une préparation insuffisante : les études médicales ont fait l'objet de cinq lois en dix ans ! Ne parlons pas du droit de l'urbanisme !

La programmation des décrets nécessaires a fait l'objet de grands progrès depuis quelques années : le calendrier établi par le Secrétariat Général du Gouvernement des réunions interministérielles, éventuellement des arbitrages des consultations nécessaires et de la signature, est respecté en général. Le Parlement a prévu, de son côté, dans certaines lois qu'au terme d'un certain délai le Gouvernement dressait le bilan de son application. Ainsi la loi sur le R.M.I. incorpore un dispositif continu d'évaluation. Le Conseil d'Etat a déjà procédé à des évaluations des lois de 1978 et 1979 sur l'informatique, les fichiers, et la liberté, sur l'accès aux documents administratifs, sur la motivation des actes. Il devrait être appelé par le Gouvernement et le Parlement à le faire plus souvent. L'Assemblée Nationale procède actuellement à la désignation d'un député qui sera -vient de dire Michel Sapin, le Président de la Commission des Lois- "le poil à gratter du Gouvernement" : pourquoi les textes d'application ne sont-ils pas encore parus ? Qui saisira la Commission compétente de ses conclusions quant au bien fondé des motifs de retard ? La Conférence des présidents de commissions de l'Assemblée saisira le Gouvernement des cas les plus flagrants mettant en cause la valeur même de la loi. M. Sapin souhaite aussi, dans ses propositions à l'Assemblée, que chaque Commission évalue l'état d'une législation déjà appliquée depuis longtemps mais dont certains aspects peuvent, à l'examen, nécessiter des compléments ou des révisions.

*_*_*

Mais l'Etat n'agit pas que par lois et règlements... Signe de l'évolution du vieil imperium, à la décision unilatérale est substituée la voie contractuelle, lorsqu'elle est possible.

La sortie de la réglementation des prix a constitué une illustration marquante du passage progressif de la décision unilatérale à un régime de quasi-contrat, sous surveillance de la puissance publique, avant d'arriver à la liberté.

Le recours au contrat s'est beaucoup développé : ainsi, le coeur du Plan 1989-1992 est constitué des contrats de plan, conclus entre l'Etat et les régions : ils prévoient des investissements de 54 milliards. C'est également par des contrats

qu'ont été définis des projets tels que le tunnel sous la Manche ou la réalisation, en Seine-et-Marne, du Parc d'Euro-Disneyland. Dans des domaines bien différents, la création de nouvelles chaînes de télévision s'est faite par des contrats.

*_*_*

Mais quelle autorité publique a compétence pour *prendre la décision* ou signer le *contrat* ? La question ne se pose évidemment pas lorsque la décision est une loi : c'est le Parlement - ou un décret, c'est le Gouvernement. Mais beaucoup de décisions ne nécessitent pas la loi ou le décret. Quant aux contrats, les autorités qui peuvent engager une collectivité publique sont nombreuses et diverses en fonction de la nature du contrat, des obligations souscrites quant à leur type et à leur montant. Or, les structures administratives sont complexes : "ça se bouscule un peu" disait aux journalistes, le 14 mai, le Président de la République, faisant allusion à la superposition commune-département-région-Etat...

La définition des responsabilités est liée aux différents niveaux de décentralisation.

La décentralisation

La loi du 2 mars 1982, complétée notamment par les lois de transfert de compétences, précisées par près de 300 décrets d'application, ont redessiné les rapports entre l'Etat et les collectivités locales : suppression des tutelles administratives, financières et techniques, transfert par l'Etat de ses pouvoirs en matière, notamment, d'urbanisme, de constructions scolaires, de formation professionnelle, d'action sociale.

Après les années de fondation -car les réformes de 82 et 83 ont fait l'objet d'une foule de mesures de mise en oeuvre : textes, conventions, règlement de problèmes financiers, immobiliers, de personnel-, les années 86 et 87 ont marqué une pause ; puis, dès 1988, a commencé une nouvelle phase marquée par des compléments politiques, des ajustements techniques, ainsi que par de premières évaluations des réformes.

Les compléments politiques intervenus en 1988 ne sont que la transposition de principes dont l'application n'est pas particulière aux seules collectivités locales : c'est la recherche de la "transparence financière" par la création, pour les collectivités territoriales importantes, d'une Commission vérifiant l'évolution des patrimoines des maires, présidents de conseils généraux, des présidents d'Assemblée territoriale dans les territoires d'Outre Mer, etc... ; c'est aussi la lutte contre la fraude électorale.

Les premiers ajustements techniques concernent notamment : la modernisation du régime financier et comptable des régions par les autorisations de programme pour leurs dépenses d'investissement ; et la mise en place de premières agences techniques départementales pour apporter aux communes qui la souhaiteraient une aide juridique, technique et financière. Des mesures qui exprimeraient une prudente orthodoxie, limitant les risques pour les finances locales d'aides trop libéralement accordées, avaient été prises, mais vont être modifiées par un projet de loi dont vient d'être saisi le Conseil d'Etat, relatif à l'action des collectivités territoriales en faveur du développement économique local. Il s'agit d'adapter le cadre législatif de cette action à la lutte pour l'emploi et au développement des initiatives locales dans le sens d'une participation accrue des collectivités à la vie économique locale :

- en diversifiant le régime des aides directes des régions et surtout des départements aux entreprises ;
- en associant les collectivités locales au renforcement des fonds propres des entreprises ;
- en favorisant les sociétés d'économie mixte locale, notamment en matière de services de proximité en milieu rural ;
- en permettant à ces collectivités de soutenir les activités culturelles locales.

Ce projet est important non seulement sur le plan économique, mais aussi politique. Sur ce plan, en effet, et les réflexions que vient de faire, le 14 mai à Solutré, le Président de la République permettent de penser que le chantier n'est pas fermé : l'allusion faite à la complexité de nos structures est claire : lorsque deux ou trois niveaux de décentralisation sont intéressés par un projet, l'on peut constater bien des fois soit des divergences de vue et d'intérêts pouvant compromettre la réalisation de projets, soit, si l'accord se fait, l'intervention de relais inutiles, de transmissions du type "boîte aux lettres" et, à la fin, des financements croisés dont le montage est lourd et bien complexe : notons cependant que la capacité d'investissement de nos collectivités locales les met en très bonne place en Europe : plus de 133 milliards de francs en 1988.

*_*_* .

Il semble bien, en tout cas, si l'on en croit les sondages du "Monde" de juillet 1988, que la décentralisation -telle qu'elle est, et même si elle nécessite encore compléments et mises au point- a l'assentiment des Français. Ils ne portent pas sur le plan local toutes les controverses sur l'interventionnisme et la privatisation, se prononcent à une large majorité pour la gestion publique des

services locaux, sont favorables à l'intervention des communes pour relancer l'économie locale et contribuer à créer des emplois, souhaitent l'accroissement des missions et des moyens des polices municipales. Ils estiment enfin que la décentralisation a amélioré leurs rapports avec les administrations en matière d'environnement, d'urbanisme, d'aide sociale, de culture, et d'intervention économique à fin de développement.

*_*_*

Une autre constatation politique touche aux élus locaux. Ils ne sont plus seulement considérés comme des médiateurs entre l'Etat et les collectivités, et choisis en raison de l'efficacité de leurs démarches. Ils doivent être de bons gestionnaires capables d'assurer la vie et le bon fonctionnement de la collectivité communale ou départementale : le choix des électeurs n'est peut-être pas le même que lorsqu'il s'agit des représentants de la Nation au Parlement.

Sur le plan de l'évaluation, et sans hasarder des appréciations qui doivent être faites pour chaque politique publique, observons pour l'essentiel :

1 - que pour la planification, la coordination entre le Plan de l'Etat et les Plans Etat-régions n'est pas encore établie. Ils ne couvrent pas exactement la même période (1989-1992 pour le premier ; 1989-1993 pour les seconds), et surtout les contrats Etat-Région sont signés pour la plupart alors que le Plan de l'Etat est en cours de discussion au Parlement ;

2 - qu'en ce qui concerne les personnels, la très forte progression des effectifs de la fonction publique territoriale est préoccupante -près de 1.200.000 agents au 1er janvier 1986, soit plus du doublement des effectifs de 1979- et qu'elle est due beaucoup plus à la progression des services départementaux et régionaux qu'à ceux des communes ; cette progression a eu pour effet d'augmenter considérablement les dépenses de fonctionnement des collectivités ; il semble cependant qu'elles soient maintenant en voie de stabilisation et que les maires arrivent dans l'ensemble à les maîtriser -vient de déclarer P. Richard, le président du directoire du Crédit local de France- ;

3 - que le problème des finances locales n'est sans doute pas absolument réglé : la pression fiscale a été stabilisée, mais un déplacement s'est produit dans les recettes ; celles de la taxe professionnelle ont diminué de 6 à 7 %, cependant qu'augmente la fiscalité sur les ménages (taxe d'habitation et taxe foncière) de 40 à 50 %. Cependant, 50 % des investissements directs sont autofinancés et les élus locaux ont l'obsession -déclare P. Richard- de

demander moins à l'emprunt et de ne pas augmenter les charges des contribuables.

4 - que les transferts de l'Etat représenteront, en 1989, le quart des budgets locaux. Cette progression au regard des recettes fiscales réduit certes les inégalités entre les collectivités riches et celles qui sont pauvres, mais il n'existe pas de péréquation réelle et les écarts, qui vont de 1 à 10 par exemple, pour la dotation globale d'équipement, ne sont guère liés à une politique d'aménagement du territoire.

*_*_*

Il reste le problème de la taille de ces collectivités. Celle du département est bonne ; il faut étudier celle des régions, peut-être un peu trop petites (2) ; s'il ne peut plus être question de mettre en cause nos 36.000 communes, il est indispensable d'organiser des mécanismes de coopération intercommunale. Or, les efforts faits à cet égard depuis une dizaine d'années ont été en fait suspendus, alors que cette coopération est le seul moyen dont nous disposons pour pallier les difficultés de gestion nées de l'émiettement en 36.749 communes. La centralisation et les pouvoirs de tutelle de l'Etat dissimulaient bien des inconvénients de cette situation, car les préfets assumaient directement certaines politiques intercommunales, ou évitaient les choix trop incompatibles. Les nouvelles compétences ont été données aux communes sans condition relative à leur coopération et l'Etat hésite à utiliser les pouvoirs qui lui restent, alors que des facilités plus grandes ont été données aux communes de se retirer des établissements de coopération intercommunale.

Il subsiste encore les agences d'urbanisme, les comités locaux d'expansion économique, les sociétés d'économie mixte d'aménagement pour harmoniser les politiques des communes en matière d'urbanisme, d'habitat, d'équipement. Mais ce sont des institutions qui doivent leur existence et leur efficacité à des ministères, ou à la Caisse des Dépôts... Quant à la coopération conventionnelle -par exemple, pour des prestations de service- elle n'a qu'un succès limité.

C'est donc à l'Etat surtout -peut-être aussi aux régions et aux départements- de relancer des procédures, de préférence contractuelles, pour inciter les communes à prendre en compte la dimension véritable des problèmes locaux, au-delà de l'horizon proprement communal. La coopération interrégionale peut être,

(2) Il existe un projet qui n'est pas officiel, et qui est soutenu par des hommes politiques venant de divers horizons de "France de dix régions" dont l'ambition serait de leur donner la "taille européenne" -argument discutable car l'histoire des pays de la C.E.E. leur a légué à tous des régions de taille très dissemblable-.

de la même façon, une manière de corriger les effets des dimensions trop inégales de nos régions. C'est une exigence dans une Europe où les collectivités territoriales de nos voisins ont des structures presque toujours plus larges, plus solides, et mieux adaptées aux réalités de notre époque.

*_*_*

La déconcentration

. *Au sein même de l'Etat, la définition des responsabilités et des compétences est fort complexe.* Le requérant avisé, ou bien conseillé, recherche d'abord si l'acte qu'il attaque n'est pas entaché d'incompétence, notamment si le signataire avait bien une délégation régulière. Mais surtout, les responsabilités sont trop concentrées. La décentralisation a certes été accompagnée de mesures de *déconcentration*. Mais elles n'ont pas été significatives. Trop d'administrations -je songe notamment à certaines directions régionales- ne servent que de courroie de transmission. La déconcentration devrait permettre d'une part de recentrer les administrations centrales sur leurs missions essentielles, et, d'autre part, de donner des pouvoirs réels aux préfets -gestion de personnel, globalisation des dotations financières, moyens d'expertise et d'évaluation-, qui sont, "sur le terrain", proches des services et de leurs partenaires. J'ai constaté, dans les entreprises que j'ai connues, que les affaires ne remontent pas autant que dans l'administration vers le sommet : les directeurs, les cabinets. Elles sont traitées et réglées au niveau où elles doivent l'être.

*_*_*

. Le partage des responsabilités s'est également opéré au travers de *nouvelles formes d'administration*. L'évolution la plus marquante est l'apparition des *autorités administratives indépendantes* qui jouent, maintenant, un rôle central dans trois domaines principaux :

- *la régulation de l'économie de marché*

avec des organismes tels que la Commission des opérations de bourse, le Conseil de la concurrence, la Commission bancaire ;

- *l'information et la communication*

la Commission Informatique et Libertés, le Conseil Supérieur de l'audiovisuel, la Commission des Sondages ;

- *les relations de l'administration et des citoyens*

le Médiateur et ses délégués départementaux ont été saisis en 1988 de 16.000 demandes et le Médiateur propose des

réformes destinées à créer des relations plus confiantes entre les services publics et leurs utilisateurs. Ses interventions et ses suggestions de réforme sont comprises et bien des fois acceptées par l'Etat. Signalons aussi, toujours dans le domaine de ces relations, le rôle d'ouverture de la Commission d'accès aux documents administratifs.

Placées en dehors des structures administratives traditionnelles, ces autorités exercent leur mission dans des points sensibles. Leurs pouvoirs réels tiennent autant à leur indépendance, à leur objectivité, à leur autorité morale qu'à leur statut juridique.

*_*_*

Que nous soyons assujettis, administrés, utilisateurs, clients ou consommateurs, l'on est en droit d'exiger la meilleure utilisation des ressources mises à la disposition des services publics.

Le coût et le rendement des services publics ne sont pas une préoccupation nouvelle puisque le Comité central d'enquête créé en 1946 pour les apprécier continue à se réunir régulièrement sous l'autorité du Premier Président de la Cour des Comptes. Mais l'efficacité du secteur public apparaît, plus qu'il y a 40 ans, nécessaire à la bonne santé de l'économie.

On a pris conscience de l'importance de données telles que l'évolution de la masse salariale du secteur public, du volume des commandes, marchés et travaux publics, de la masse des paiements par les personnes publiques. *Les contraintes de la rigueur budgétaire s'imposent plus que jamais.* A une période de forte croissance, au cours de laquelle l'augmentation régulière des prélèvements obligatoires était tolérée, a succédé une conjoncture moins favorable, qui a conduit à *rechercher la stabilisation, voire la réduction de ces prélèvements*, et à imposer, en conséquence, des mesures d'économie, des réductions des effectifs, de redéploiements des dépenses. Les responsables doivent s'interroger sur la signification réelle de telle ou telle mission, la priorité de tel ou tel objectif, quels sont les moyens vraiment incompressibles ?

Une évaluation plus fine des coûts est d'autant plus nécessaire qu'ils pourront être comparés, au sein de la Communauté européenne, notamment ceux des services publics prestataires de services (postes et télécommunications, transports, services de santé...) par rapport à ceux des prestataires publics et privés des autres Etats. Un surcoût n'est acceptable que s'il est imposé par d'impératives raisons d'intérêt général. Existent-elles vraiment ?

*_*_*

L'une des causes de surcoût des services publics est souvent la complexité, la lenteur et la lourdeur de leurs procédures.

La société administrative ne va pas dans le sens de la simplification. L'interministérialité croissante, la multiplication des échelons de décision, l'imbrication des données nationales et communautaires, la nécessité de mettre en harmonie des positions souvent différentes : tout cela fait naître des obstacles sérieux à la rapidité -et à l'efficacité-. Les fonctionnaires, de leur côté, appartenant à des services spécialisés, connaissant bien les procédures et les règles de fond n'en voient pas toujours la complication. Mais les interlocuteurs de l'administration -et l'opinion publique en général- méconnaissent de leur côté la difficulté, et parfois le coût immédiat, des simplifications : car, elles en ont un et en outre "débusquent" souvent les bénéficiaires de la complexité abrités dans l'obscurité, et qui se défendent ! Ceux qui réclament la simplicité sont parfois les premiers à proposer des réglementations tatillonnes ou corporatives pour se protéger.

Il ne faut enfin pas oublier que l'Etat est en charge d'autres intérêts légitimes inhérents à sa mission et qui sont prioritaires : le respect de la légalité et des engagements communautaires et internationaux, qui peuvent imposer des formes, des délais, des consultations et des règles de fond complexes. D'autre part, bien des "rigidités" sont aussi des *garanties* : les règles d'engagement des dépenses, des contrats et marchés, de l'urbanisme -et même des statuts des fonctionnaires. Elles garantissent soit le bien fondé de la dépense, soit les droits des cocontractants, soit le droit de se défendre, soit l'égalité devant le service public, la neutralité de l'administration...

Il arrive, il est vrai, que le surcoût social ne soit pas une contrepartie justifiée, mais soit dû à des pratiques stratifiées avec les années : on n'utilise plus les marges de souplesse qu'offrent les textes, l'on recule devant de nécessaires mises à jour comportant toujours des risques ! Ainsi, en est-il pour la fonction publique : sans mise en cause des garanties du statut général, il doit être possible de revenir à un juste équilibre des droits et des obligations souvent compromis par des pratiques trop laxistes.

*_*_*

Même après l'élimination, ou la réduction des surcoûts, l'exécution des décisions conduit presque toujours à *la dépense*, étroitement réglementée et contrôlée. Ces règles et ces contrôles sont-ils bien compatibles avec la recherche de l'efficacité ? Une

présomption de méfiance inspire trop souvent les modalités d'application de principes cependant fondés : individualisation des crédits et spécialisation de la dépense, principe d'annualité et règles de report et d'annulation de crédits, contrôle a priori du contrôleur financier et, en temps réel, du comptable sur l'ordonnateur... Faute d'actualisation de certaines modalités, on accepte des circuits parallèles. Ainsi, pour prendre un exemple, lisons-nous, dans le rapport Bonnemaïson sur l'administration pénitentiaire, au sujet des subventions versées aux associations qui animent la politique culturelle et sportive qu'une fraction non négligeable des moyens des établissements est gérée dans un cadre privé n'offrant pas de garantie suffisante, alors qu'il s'agit de deniers publics par leur origine. Pour certains, cette comptabilité parallèle représente 15 % de leurs moyens de fonctionnement...

Pour adapter le droit aux nécessités d'une gestion efficace, la Commission du Plan suggère que *certaines* fonctions, actuellement prises en charge par les ministères, le soient par des Agences ou des unités administratives qui devraient *avoir des objectifs de fonctionnement et atteindre des résultats* -ceux-ci pourraient faire l'objet de contrats auxquels seraient attachées des dotations globalisées et les instruments de contrôle de gestion seraient mis en place : tableaux de bord, indicateurs de suivi, comptabilité analytique... Les règles seraient différenciées en fonction de la nature des services. Je dois dire que le retour, après des années de contrôle d'Etat des entreprises publiques, au contrôle a priori est éprouvant et donne le sentiment de revenir dans le vieux monde !

*_*_*

Mais toute réforme du type "Agence d'exécution" -d'ailleurs inspirée de l'exemple britannique- est inséparable de *la création ou du perfectionnement d'un système d'évaluation par des instances indépendantes* des actions à conduire, des organismes qui les conduisent -et finalement de la politique choisie-.

Nous ne manquons certes pas de procédures de contrôle : parlementaires, juridictionnelles, administratives, mais la plupart tendent à vérifier la régularité et à sanctionner des fautes de gestion plus qu'à évaluer des résultats.

*_*_*

Le Royaume-Uni fut dans une situation semblable jusqu'à la loi sur l'Audit de 1983, qui a donné au Contrôleur général chargé de superviser les activités des administrations centrales, des pouvoirs accrus, et l'a fait assister par le *Bureau national*

d'Audit qui effectue des audits de rentabilité. Il reçoit les travaux du *Bureau d'expertise de rentabilité*, créé, autour des années 80, par *Lord Rayner*, conseiller personnel du Premier Ministre. Ce *Bureau d'expertise* évalue dans de brefs délais les gestions par secteurs bien individualisés ; ses conclusions sont soumises au Secrétaire permanent du Département ; si elles sont approuvées, elles sont mises en application dans les 12 mois. Plusieurs centaines de contrôles ont été ainsi effectuées. Ils ont permis d'établir les données sur la base desquelles sont calculés les prix virtuels nécessaires à l'application *d'indices de performance pour l'évaluation de décisions non commerciales*. C'est le fondement du système qui donne le coût de chaque activité d'un département ministériel. Ces innovations auraient permis d'économiser dans les six dernières années près de un milliard de livres. Il est vrai que Mme Thatcher les a accompagnées par une réduction effective de plus de 100.000 emplois du Civil Service ! Devons-nous suivre ? Restons-nous sceptiques ?

-_-

Nous n'avons pas eu, en France, de telles initiatives -qui ont bouleversé la "culture" du Civil Service et dont les résultats sont d'ailleurs encore très discutés-. Nous connaissons cependant des procédures d'évaluation.

La Cour des Comptes, notamment, a reçu de la loi cette mission. *Elle s'assure du bon emploi des crédits et des fonds ou valeurs gérés par les services de l'Etat* -ce qui va bien au-delà de la régularité des recettes et des dépenses. Le "bon emploi", c'est l'évaluation des politiques publiques. Toute entreprise évalue le coût et l'efficacité de la politique qu'elle engage, dans son intérêt particulier : l'Etat fait cette évaluation dans l'intérêt général. C'est plus complexe car, par exemple, il devra additionner le coût des transports en commun, des encombrements, du temps perdu, de la grogne qui en résulte, des accidents pour avoir une vision globale de la rentabilité collective. L'évaluation, même si elle n'est pas faite a priori, peut permettre au gouvernement d'infléchir une politique, voire d'y mettre fin. Ainsi la Cour a-t-elle présenté en 1983 l'évaluation de la politique charbonnière, en 1988, celle de la politique relative aux maladies mentales, etc...

Mais d'autres organismes font des évaluations "a priori" dans des secteurs précis : le Comité de recherche sur les politiques sociales, rattaché au Commissariat au Plan, le Comité national d'évaluation des établissements publics scientifiques, culturels, professionnels de la loi du 24 janvier 1984.

Bien plus ambitieuse, la loi du 8 juillet 1983, s'inspirant d'exemples étrangers, a créé un *Office parlementaire d'évaluation*

permettant au Parlement de discuter des *choix scientifiques et technologiques* : c'est une délégation parlementaire commune aux deux chambres assistée d'un Conseil scientifique de 15 membres. Si la délégation éprouve des difficultés, elle peut demander à l'Assemblée les prérogatives d'une Commission parlementaire d'enquête pour 6 mois.

*_*_*

Les initiatives ont été accompagnées de la promotion du management : des "contrats de performance", des "projets d'administration" ont associé, dans certains services, les agents à la modernisation de la gestion, pour les mobiliser autour des changements nécessaires, à la recherche d'un service meilleur pour un coût égal ou moindre. La rentabilité ne peut pas être acquise au détriment de la qualité -d'autant que les gens ont été rendus exigeants par la concurrence des entreprises autour du rapport qualité-prix en matière de services marchands. L'administration doit aussi, de ce fait, être plus exigeante à l'égard d'elle-même pour répondre à la demande d'utilisateurs, informés ou parfois "désinformés" surabondamment et qui ont une image du service, de ce qui lui est dû et de ce qu'ils doivent.

*_*_*_*_*

Les progrès des administrations et des services peuvent et doivent s'appuyer sur des innovations, celles de la technologie et celles des principes et méthodes de gestion. Le support majeur est celui qu'offrent *les technologies de l'information* dont l'irruption a transformé le secteur tertiaire.

Il faut une bonne connaissance de toutes les possibilités des techniques, adaptées à la gestion au-delà des utilisations classiques de *l'informatique lourde et des microordinateurs* devenues familières ; je songe, par exemple, aux réseaux interprofessionnels d'échanges électroniques de données, qui suppriment papier et bandes magnétiques entre partenaires en relations suivies, aux fichiers portables, aux systèmes experts appliqués à la gestion -logiciels adaptés aux analyses économiques et financières et précieux pour la prévision, comme pour l'application des réglementations et des contrôles... Il n'est guère de "modernisation" de quelque secteur que se soit qui ne s'appuie sur la nouvelle technologie de l'information : en un autre domaine, par exemple, celle des Bourses de valeurs à Chicago, du "Big Bang" de Londres, des marchés en continu de Paris. L'actualité nous offre un autre cas intéressant. D'après le rapport Bonnemaison sur la modernisation du système pénitentiaire, la

création d'un système de surveillance électronique est l'élément essentiel d'un système qui, tout en imposant à certaines catégories de délinquants des restrictions de liberté, ne pose pas de problème de réinsertion. C'est l'emprisonnement à domicile, mis en oeuvre dans certains Etats des U.S.A., et expérimenté en Angleterre : un émetteur récepteur, fixé à la cheville ou au poignet, émet des signaux codés, donnant, notamment, l'alerte s'il est enlevé ou trafiqué ; un ordinateur central enregistre les signaux, notamment ceux des déplacements, et édite une feuille qui permet un contrôle permanent. Cela coûterait 2 à 3 fois moins cher que la prison et toutes ses conséquences. Est-ce valable ? Au moins faut-il savoir que la technologie rend possible ce dispositif !

L'utilisation de ces possibilités nouvelles devrait toujours être liée à une *"mise à plat"* des missions, des fonctions, des organigrammes, des rapports avec les autres services publics, avec les partenaires extérieurs et tous les utilisateurs. Pour avoir souvent plaqué des technologies d'avant-garde sur ce qui existe, sans évaluation préalable et sans les réformes d'accompagnement nécessaires, bien des erreurs, des choix malheureux ont été faits, bien des moyens coûteux sont sous-utilisés, et beaucoup d'argent aurait pu être mieux employé.

Tout comme ces innovations, l'investigation et l'essai d'autres procédures ou techniques de gestion peuvent créer un état d'esprit rompant avec le scepticisme ou le confort des habitudes.

Peut-être, à cet égard, ne nous intéressons-nous pas assez à ce que peuvent nous apprendre *d'autres administrations*. Certes ce qui nous vient des Etats-Unis est entouré du prestige de l'efficacité ; bientôt ce sera, et c'est déjà, ce qui nous vient du Japon. Nous faisons quelques essais d'acclimatation de systèmes -contrats de performances, cercles de qualité- par un effet de mode, parfois sans avoir suffisamment étudié leurs conditions de fonctionnement dans le contexte d'institutions et d'un environnement économique si différents : lorsque la transplantation ne réussit pas, comme ce fut le cas pour la R.C.B., nous n'approfondissons guère les raisons de l'échec ! Mais si les innovations viennent de pays plus proches, elles aiguissent moins notre curiosité : c'est le cas pour ce qui est au Royaume-Uni depuis dix ans : par exemple, de la transformation des services de gestion -surtout de prestations de services- en agences ayant une large autonomie qu'il s'agisse du recrutement, de la rémunération de leur personne, de leurs ressources, et soustraite au contrôle de la Trésorerie remplacé par un contrôle de gestion du type de celui des entreprises. Et cependant, ceci se passe près de nous dans un pays qui a une tradition de service public aussi profonde que la nôtre ! Je note aussi le faible écho de communication fait outre-

Manche pour faire passer le message du Gouvernement, aux administrations, et aux agents du Civil Service, et à l'opinion publique.

L'on ne peut, cependant, changer administrations et services publics sans une véritable politique de ce que l'on appelle maintenant "*la gestion des ressources humaines*".

*_*_*_*_*

Je pense d'ailleurs que les mots employés restent au-dessous d'une ambition, qui dépasse de loin la "gestion".

Une approche actuelle établit un lien entre les demandes des utilisateurs et les aspirations des agents. Elles ne paraissent pas incompatibles. Des agents mieux formés, plus satisfaits de leur sort, mieux payés ne seront-ils pas mieux à même de répondre aux besoins de tous ?

*_*_*_*_*

Les agents de l'Etat, des collectivités locales, des services publics ne sont pas plus que les autres, réticents à l'égard du changement. Ils sont aussi fiers que les autres de bien faire leur métier et de pouvoir se parer de la modernité. Ils ne répugnent pas à ce que, avec des solutions adaptées aux différentes fonctions, le déroulement normal de la carrière comprenne des périodes de mise à jour des connaissances, d'apprentissage de nouvelles techniques, et d'enrichissement des qualifications. Les progrès faits dans l'art de la communication doivent permettre de les convaincre qu'il ne s'agit pas de restreindre leurs garanties, mais de les mettre à l'aise à l'égard de tous dans leur poste, de leur offrir de nouvelles possibilités de carrière, de joindre au sens du service public -qui doit les animer- les qualités reconnues à de bons professionnels.

Or, si les systèmes de recrutement ne sont guère mis en cause, la formation aux différents métiers est de qualité bien inégale. Correctement assurée, dans l'ensemble pour les catégories recrutées au niveau de l'enseignement supérieur, souvent par des écoles de formation et d'application, elle l'est moins, dans la plupart des ministères, pour les autres catégories. Et cependant, elles ont le plus gros contingent des agents en contact avec le public derrière les guichets, de ceux qui reçoivent les appels téléphoniques, de ceux qui assurent l'accueil, des métiers de secrétariat - depuis l'opératrice sur machine à traitement de texte jusqu'à la secrétaire de direction-, de bien des tâches d'exécution relevant de la bureaucratie : où et comment apprend-on ces métiers ? Et de plus, même lorsque la formation à l'entrée dans le service

est de qualité, c'est la demande de formation continue qui n'est pas toujours bien satisfaisante : mieux assurée dans les corps techniques ou dans les corps militaires, elle attend toujours des réponses, notamment dans l'administration générale. Il ne peut s'agir que de solutions très différenciées, n'impliquant pas forcément création d'organisme nouveau, mais recourant à ce qui existe déjà en matière de possibilités de formation, de perfectionnement, de stages d'initiation ou de qualification.

--*

Si la qualité, dans l'ensemble, des agents des services publics n'est guère contestée -on leur reproche plutôt en France d'"aspirer" trop de gens parmi les meilleurs- la critique porte sur la trop grande homogénéité, et donc celle de leur recrutement, notamment par l'E.N.A. : cependant sur 15 administrateurs civils, 9 seulement sont issus de l'E.N.A., et parmi ceux-ci, 5 du premier concours largement ouvert à toutes les grandes écoles (littéraires, scientifiques, commerciales), 4 du concours réservé à la promotion interne. Les autres proviennent de tours extérieurs très ouverts. De plus les décideurs de l'administration se trouvent largement recrutés aussi parmi les ingénieurs de l'Ecole Polytechnique et de ses Ecoles d'application (Mines, Ponts et Chaussées, Génie Rural et Eaux et Forêts). L'on ne peut donc accuser de "monolithisme" l'encadrement des services publics, sans mettre en cause aussi celui des cadres supérieurs du secteur privé qui viennent souvent des mêmes grandes Ecoles, creusets, autant que l'Université, de mobilité sociale.

--*

Mais précisément, la mobilité -tout court- ferait aussi défaut dans les *déroulements de carrière*. Elle existe cependant mais ne peut être la même pour tous partout. Sans doute faudrait-il plus de mobilité verticale entre administrations centrales et services extérieurs qui n'ont pas toujours les états-majors nécessaires, et il est vrai que les obstacles statutaires sont trop difficilement surmontables. Quant à la mobilité "horizontale", celle des administrateurs civils a montré, depuis 25 ans, ses mérites, ses difficultés et ses limites. Elle apporte beaucoup à ses bénéficiaires et aux administrations, mais rend parfois difficile la gestion ; sa généralisation doit être étudiée de près. De toute façon, il ne peut y avoir un "marché" du type de celui des cadres supérieurs des entreprises, car les administrations n'ont pas la même souplesse, ni les mêmes moyens pour attirer, accueillir, retenir, se séparer de collaborateurs.

Enfin, lorsque l'on évoque les déroulements de carrière, dans les services publics, l'on néglige toujours leur diversité : les magistrats, les enseignants ne peuvent avoir les parcours, ou les critères de développement de carrière des fonctionnaires d'autorité ou de gestion. Mérite ou ancienneté ? Il faut traiter séparément les différents niveaux de la hiérarchie et les types de carrière. Certes, la carrière se fait, en partie, à l'ancienneté. Mais celle-ci, sous des formes diverses, est prise en considération dans beaucoup d'entreprises. Il reste que les avancements de grade, les changements de corps, les affectations à tel ou tel emploi de responsabilité dépendent plus des mérites que du temps de service : la capacité à renouveler ses connaissances, la faculté d'adaptation, le désir d'aller devant de nouvelles tâches, les qualités du comportement et du caractère, le sens des contacts avec les partenaires entrent en compte et deviennent même déterminants à certains niveaux et pour certaines fonctions.

Reste la question du volume des effectifs. Les procédés mécanistes de réduction utilisés depuis quelques années ont atteint leur limite. A volume égal, les redéploiements d'un service à l'autre, d'un ministère à l'autre, nécessitent une homogénéisation des conditions de travail et charges, du contrôle des obligations de service, du rendement des agents. L'infinie diversité des administrations en fait une tâche immense, et que l'on n'ose affronter... si bien que les solutions forfaitaires, malgré leurs injustices, ont encore des chances de durer.

C'est cette diversité des solutions impliquant à la fois une politique d'ensemble et une application diversifiée, conduite par chaque ministre, adoptée par grande direction, qui fait la richesse de la gestion des hommes au sein de l'Administration. Les responsables de cette gestion sur le plan national ne doivent cependant pas négliger les progrès de l'idéologie individualiste qui a modifié la vision du monde des agents de la fonction publique, qui s'alignent sur celle du secteur privé. A force d'entendre que le salaire est le reflet de la valeur et du mérite personnel et de voir affichés les salaires des cadres pour susciter l'émulation, ils réclament des salaires comparables à leurs équivalents du secteur privé, lorsqu'ils estiment être de valeur comparable. Or, ils ont l'impression de "gagner moins". Pour eux, le "partage de la prospérité nationale", c'est à côté des problèmes sociaux, aussi le rétablissement de l'égalité entre les deux secteurs, qui doit accompagner la rénovation d'une fonction publique performante.

La prise de conscience par l'Etat -et par nous tous- de la priorité qu'il doit donner à sa politique d'ampleur est la condition de cette "mobilisation collective", de cette "modernisation cogérée", de cette "gestion sociale" que veut le Premier Ministre. "Il doit y avoir -vient-il de dire- dans l'exercice d'un métier du

service public des responsabilités à prendre, une dignité à trouver, une carrière à faire". Il est vrai que beaucoup d'agents ne perçoivent plus ce qu'ils sont, voudraient que leur utilité soit mieux reconnue et sont à la recherche d'une "légitimité" sociale.

Si les services veulent être compris, faire passer des messages valorisant pour eux et leur personnel, avoir une bonne image, ils doivent non seulement bien *faire*, et nous *faire savoir* : c'est-à-dire ne pas se borner à réagir, après un incident, mais produire une information positive et régulière. Car on leur demande non seulement d'être meilleurs, de coûter moins, mais aussi d'être -c'est le mot- "transparentes". La transparence : mythe ? ou réalité ? Commençons par quelques réalités.

Rompant avec une longue tradition, trois grandes lois des années 1978 et 1979 et des initiatives à l'origine de pratiques nouvelles, dont les effets se renforcent mutuellement, ont, en effet, profondément modifié les règles d'accès aux documents, dossiers et décisions de l'administration.

La loi du 6 janvier 1978, en même temps qu'elle créait la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés, ouvrait les fichiers et permettait aux personnes fichées d'obtenir rectification des mentions inexacts, incomplètes, équivoques ou périmées. La loi ouvre même ce droit d'accès et, le cas échéant, de rectification au regard des fichiers des services de la police et de la gendarmerie. La C.N.I.J. a donné toute leur portée à ces dispositions protectrices.

La loi du 17 juillet 1978 a posé, de façon plus générale, le *principe du droit d'accès aux documents administratifs*. La Commission d'accès aux documents administratifs, qui est saisie d'environ 2.500 dossiers par an, garantit l'exercice de ce droit et conseille les services.

La loi du 11 juillet 1979 a complété le dispositif en exigeant la *motivation des décisions individuelles défavorables*, telles les mesures de police, les sanctions, les décisions qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit, celles qui opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance... La loi du 17 janvier 1986 a ajouté les refus d'autorisation. L'administration, devant lever le voile sur ses motifs, facilite le dialogue avec ceux qui veulent en savoir plus pour défendre leurs intérêts propres ou ce qu'ils croient être l'intérêt général.

A ces trois lois fondamentales, il faut joindre d'autres textes dans le même esprit :

- la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature et créant les études *d'impact*, préalables aux opérations ayant des incidences sur l'environnement ;
- la loi du 12 juillet 1983 qui a unifié le régime des enquêtes publiques ;

- ou la loi de finances de 1987 renforçant, conformément aux suggestions du rapport Aicardi, les garanties des contribuables face à l'administration fiscale.

*_*_*

Des évolutions dans les pratiques et comportements vont dans le même sens. Aussi tout ce qui a été fait pour mieux informer le public et personnaliser davantage les rapports doit-il être souligné. Aux centres interministériels de renseignements administratifs (C.I.R.A.), qui avaient été créés dans 7 grandes villes, et qui répondent à des milliers d'appels téléphoniques chaque jour, s'ajoutent les centres "administration à votre service" ouverts dans les préfectures. Les Administrations publient un nombre croissant de brochures d'information et le Premier Ministre un Guide des services d'accueil et de renseignements. Des services spécialement chargés des relations avec le public ont été créés dans les ministères aux missions les plus "régaliennes" : au ministère de la Défense (le Service de l'information et des relations publiques des Armées), au ministère de l'Economie et des Finances. L'on s'efforce aussi de faciliter la communication entre les agents et les utilisateurs des services en levant l'anonymat : pour personnaliser les relations et les rendre plus simples. Il faut vaincre bien des réticences : tout ceci demande du temps, mais se fait progressivement... Dans le même esprit, la mission "qualité" de M. Raveleau a lancé, en 1987, des recherches de mobilisation des agents autour de slogans tels que celui des "cinq zéros" : "zéro papier, zéro défaut, zéro panne, zéro délai, zéro incompréhension", ou de cette conjugaison : "J'assure l'accueil, tu assures les délais, il assure la sécurité : la qualité, chacun s'y met et tout le monde y gagne" !

Nous ne sommes pas mal placés dans la "longue marche" vers plus de "transparence". Si le Royaume-Uni s'est lancé plus ardemment que nous sur les méthodes d'appréciation de la rentabilité, il se pose encore les questions que nous nous posions, il y a 10 ans, au sujet de la communication des dossiers et de la motivation. Sans doute ne peut-on arriver jamais à la transparence totale, qui est un mythe. Qu'y a-t-il donc derrière ce mythe ? Une administration qui fait connaître ses raisons de décider, qui "communique" facilement et simplement, peut espérer être de ce fait soustraite à la hargne et au harcèlement ; elle retrouve une "légitimité". La société y gagne, l'administration aussi. Tout le monde se réclame d'un objectif où l'on voit un progrès de la démocratie, une condition de la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques, une exigence de la modernisation de l'Etat. La science politique est parvenue à

distinguer une approche de "gauche", -celle des exigences de la démocratie- et une approche de "droite" -plus attentive à la réforme administrative-. Les priorités sont sans doute différentes suivant que l'on exerce ou non le pouvoir... Car il est inévitable que subsistent des *zones plus ou moins larges de confidentialité*, non seulement dans *l'intérêt de l'Etat* mais *dans celui du respect de la vie privée de chacun*, une "liberté" en plein développement ! car si l'on souhaite une administration qui soit transparente, on ne veut nullement être transparent pour l'administration !

Les efforts des services publics vers la transparence, même très réels, seront d'ailleurs ralentis par des causes structurelles. D'une part, les structures administratives sont complexes, mais après tout pénètre-t-on plus facilement les organigrammes des grandes entreprises ? D'autre part, entre les nombreux acteurs de l'administration, il y a des positions différentes et parfois même de véritables concurrences, au sein d'un même ministère ! Des zones d'ombre essaient de voiler ces compétitions. Il y en a aussi au sein des entreprises et elles essaient de les dissimuler lorsqu'il n'a pas paru possible -ou parfois opportun- de les faire totalement disparaître !

Y a-t-il d'ailleurs un organisme vivant, qu'il soit administration ou entreprise, société ou syndicat, association, qui puisse exister sans une part de secret ou de confiance ?

Tout ceci explique le temps et la distance qui séparent information, dialogue, communication, transparence, mais nous avançons et c'est indispensable alors que nous pensons que le rythme de changement s'accélère.

*_*_*_*_*

Nous avons préparé, conduit, appliqué ou accompagné bien des réformes depuis 15 à 20 ans, qui ont souvent greffé méthodes, procédures, institutions sur ce qui existait, entassant les apports nouveaux sans les réajustements qui auraient dû accompagner cette démarche pragmatique. Le moment historique est peut-être arrivé de convaincre nos administrations qu'elles doivent s'engager dans une évolution plus profonde et que leur adhésion est une condition du succès des changements. Nous sentons que l'architecture du système de forces dans lequel nous vivons est fortement ébranlée, mais que son poids, sa masse, les liens innombrables créés entre tous les composants -institutionnels ou humains- sont si impressionnants que les plus hautes autorités hésitent à prendre le risque de traiter les problèmes de fond, sachant mal à quelle remise en cause globale et à quelles réactions en chaîne, elles s'exposent. Il n'y a cependant pas d'incompatibilité entre les nouveaux objectifs de modernité et

dans notre tradition d'administrations fortes et de services de qualité. La modernisation ou l'actualisation se fera : la maîtriserons-nous ? Cela implique pour une longue durée, peut-être 10 ou 15 ans, des initiatives précises et cohérentes, conduites en dehors des modes et des dogmes -n'excluant aucun domaine interdit- ainsi qu'un immense effort de communication. Peut-être finirons-nous par avoir la réponse à la fameuse question : l'Etat doit-il faire moins ? ou plus ? Nous devrions savoir, en tout cas, comment il peut faire mieux : retrouver par plus d'efficacité ce qu'il ne veut, ou ne peut plus prélever sur le revenu national, et donc la marge de moyens d'action lui permettant de rester le gardien de la cohérence et de l'intérêt général.

Samedi 20 mai 1989

LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES FRANCAISES ET LA GARANTIE DES FONCTIONNAIRES

Par

Jean-Louis MESTRE

*Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

L'expression "garantie des fonctionnaires" désigne ordinairement la protection particulière dont "les agents du gouvernement" ont joui à l'encontre des poursuites des administrés, jusqu'au décret-loi du 19 septembre 1870, sur le fondement de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII : "Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires".

Cette disposition ne constituait pas une pure innovation. L'article 61 de la loi des 14-22 décembre 1789 avait soumis à l'autorisation préalable de l'administration départementale "la dénonciation" devant les tribunaux, des "délits d'administration" dont un citoyen actif prétendait qu'un administrateur municipal s'était rendu coupable. La loi des 7-14 octobre 1790 avait défendu de traduire aucun "administrateur" devant les tribunaux, à raison de sa fonction, à moins qu'il n'y eût été renvoyé par l'autorité supérieure. La disposition de la constitution de l'an VIII avait donc pour effet d'étendre à l'ensemble des "agents du gouvernement" une protection qui ne préservait jusque là que les "administrateurs". Et cette protection devenait une "garantie constitutionnelle" (1). De la sorte, l'article 75 de la Constitution

(1) L'expression de "garantie constitutionnelle" (sous-entendu des fonctionnaires) était d'ailleurs l'expression la plus couramment employée au XIXe siècle (Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence par

de l'an VIII se présente comme l'une des nombreuses manifestations du renforcement des prérogatives administratives sous le Consulat (2).

Tocqueville a même relevé, à juste titre, dans son ouvrage célèbre, *L'Ancien Régime et la Révolution*, un rapprochement avec la pratique de l'Ancien Régime, sous lequel les poursuites diligentées contre les agents du roi faisaient généralement l'objet d'une "évocation qui dessaisissait les juges ordinaires au profit des intendants ou du Conseil du roi" (3).

Pour assurer strictement le respect de cette disposition constitutionnelle par les juges judiciaires, l'article 129 du Code pénal de 1810 prévoit les peines susceptibles d'être prononcées à l'encontre des juges qui "auraient, sans autorisation du gouvernement, rendu des ordonnances ou décerné des mandats contre ses agents ou préposés prévenus de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions". D'autre part, une série d'arrêtés consulaires et de décrets firent passer, de l'an X à 1806, aux directeurs généraux ou aux administrateurs supérieurs de plusieurs grands services publics tels que l'Enregistrement, les Postes, les Eaux et Forêts, les Monnaies, les Douanes, les Droits réunis ou les Poudres et Salpêtres, le pouvoir d'autoriser les poursuites contre les membres de ces services. Les préfets furent investis de la même faculté vis-à-vis des percepteurs (4).

Mais, l'obligation ainsi imposée à tout administré d'obtenir du Conseil d'Etat ou du supérieur hiérarchique la permission d'agir en justice contre un "agent du gouvernement" a soulevé de très vives critiques. "Devenu odieux", souligne F.-P. Bénéoit, "l'article 75 fut érigé en symbole de l'arbitraire et en thème à discours politique... Cela permet de comprendre pourquoi, quinze jours à peine après la chute du Second Empire, les hommes de la Révolution du 4 septembre abrogèrent l'article 75 par un décret-loi du 19 septembre 1870. C'est une deuxième Bastille qui était

M.D. Dallog, Paris, 1855, tome 32, verbo "Mise en jugement des fonctionnaires publics", p. 287, n° 20).

(2) Voir J.-L. Mestre, Le renforcement des prérogatives de l'administration sous le Consulat et l'Empire, Mélanges Montané de La Roque, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, tome II, pp. 607-632.

(3) Livre II, Chapitre IV. Sur la responsabilité des agents royaux et des administrateurs municipaux envers les particuliers, sous l'Ancien Régime, voir J.-L. Mestre, Introduction historique au Droit administratif français, Paris, P.U.F., Collection "Droit fondamental", 1985, pp. 258-259 et 277, n° 159 et 174.

(4) Ces textes, qui "altéraient la règle constitutionnelle", furent pris pour diminuer la tâche du Conseil d'Etat et éviter que celui-ci ne se prononce trop tardivement sur les demandes, au détriment des requérants. Il n'en reste pas moins que le fait de remettre au supérieur hiérarchique l'examen de la demande, au lieu et place d'une section du Conseil d'Etat, risquait de réduire les garanties d'impartialité auxquelles pouvaient prétendre les administrés (C. Durand, Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien, Paris, P.U.F., 1949, pp. 173-174 ; Répertoire Dallog, op. cit., pp. 315-316, n° 135-143).

démantelée" (5). Les républicains français suivaient l'exemple de l'Espagne, qui avait abrogé une telle garantie par l'article 30 de la Constitution de 1869 (6).

Il est impossible de vérifier de façon incontestable si les critiques qui étaient adressées au Conseil d'Etat lorsqu'il refusait l'autorisation de poursuivre étaient vraiment fondées, du fait de la disparition de ses archives en 1871 (7). Mais il reste intéressant de s'interroger sur l'attitude des juridictions judiciaires. Celles-ci détenaient malgré la disposition de l'article 129 du Code pénal, dont l'interprétation leur revenait, le pouvoir de tenir en échec l'application de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Elles en ont d'ailleurs été conscientes. Si elles ne l'ont pas fait, et *a fortiori* si elles ont étendu la portée de cet article 75, il est juste de leur reconnaître une part de responsabilité dans le procès intenté au système de la garantie des fonctionnaires.

Pour établir cette éventuelle part de responsabilité, il convient d'analyser l'attitude qu'ont adoptée ces juridictions en face des différents moyens dont elles disposaient pour limiter, dans l'intérêt des administrés, les effets de la "garantie constitutionnelle".

Le premier de ces moyens, non d'un point de vue chronologique, mais à raison de son importance, consistait dans la faculté de considérer, à partir de la Restauration, que l'abrogation de la Constitution de l'an VIII entraînait celle de son article 75. Les autres revenaient à restreindre, selon des modalités diverses, l'étendue du champ d'application de ce texte.

(5) Le Droit administratif français, Paris, Dalloz, 1968, pp. 718-719, n° 1313-1314. L'annulation s'étendait à "toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre".

(6) Voir J.-L. Mestre, "La connaissance des Droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869", Annuaire européen d'Administration publique, tome VIII, Paris, C.N.R.S., 1986, p. 727.

(7) Certains éléments dont on dispose permettent de penser que ces critiques ont été excessives. Les statistiques fournies par Ducrocq dans l'édition de 1877 de son Cours de Droit administratif, sur la base du compte général des travaux du Conseil d'Etat, indiquent en effet qu'au cours de la période 1852-1865, c'est-à-dire au coeur de l'Empire autoritaire, au moment où les critiques étaient les plus vives à l'encontre des "abus" provoqués par la garantie des fonctionnaires, 79 permissions d'agir au pénal sur 189 se soldèrent par un acquittement ou par un abandon des poursuites devant la juridiction répressive. Le Conseil d'Etat ne faisait donc pas preuve d'une hostilité quasi systématique à l'égard des particuliers, comme on l'en accusait (p. 578, n° 683). Sous le 1er Empire, les poursuites pénales avaient été autorisées "le plus souvent" : voir C. Durand, op. cit., p. 175, et "Une application de la garantie des fonctionnaires sous le Premier Empire", Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1946, pp. 3-20 (poursuite autorisée contre un préfet). Il est vrai qu'en revanche les autorisations d'actions civiles étaient nettement moins nombreuses.

I - LE MAINTIEN DE LA "GARANTIE CONSTITUTIONNELLE" APRES L'ABROGATION DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII

L'opinion selon laquelle l'abrogation de la Constitution de l'an VIII a entraîné celle de son article 75 est soutenue par l'un des plus éminents membres de la Cour de cassation, Henrion de Pansey. Jurisconsulte déjà réputé à la fin de l'Ancien Régime, il avait siégé simultanément à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat sous l'Empire, et devait devenir premier président de la Cour de cassation en 1828, quelques mois avant son décès. Dans son ouvrage, paru en 1822, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, il indique brièvement mais fermement : "Je ne parle pas de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Comme la disposition de cet article est organique, et que la prérogative qu'elle conférait au Conseil d'Etat faisait partie de ses attributions constitutionnelles, l'article, le Conseil et la Constitution ont dû nécessairement épouser le même sort" (8).

Cette position est adoptée, le 22 juin 1824, par la Cour de Limoges, mais elle se heurte à la censure de la Cour de cassation. Dès le 30 novembre 1821, la section criminelle avait approuvé le tribunal de Quimper, qui avait affirmé que l'article 75 "continuait d'être en vigueur". La section avait posé en principe que l'article 75 de la "loi" (*sic*) du 22 frimaire an VIII "n'avait point été aboli par la charte constitutionnelle" : ce texte est "inclusivement relatif à l'ordre administratif, et ne se réfère nullement à l'ordre politique". En condamnant ensuite, le 29 juillet 1824, la décision de la Cour de Limoges, la section criminelle précise que l'article 68 de la charte de 1814 a déclaré que "les lois alors existantes qui ne sont pas contraires à la charte restaient en vigueur jusqu'à ce qu'il y fût légalement dérogé". Or l'article 75 "n'a rien de contraire à la charte" (9).

Cette position est bien accueillie par la majorité de la Doctrine. Elle obtient l'approbation des principaux pénalistes - Mangin, Legraverend, Bourguignon, Lesellyer, Faustin Hélie- et des publicistes Serrigny et Dufour. Ces auteurs admettent que l'article 75 n'ait pas été abrogé par la charte de 1814. Ils ajoutent qu'il n'est qu'une conséquence de la séparation des fonctions administrative et judiciaire, qu'il reprend des règles posées auparavant et enfin qu'il s'harmonise avec l'article 129 du Code pénal.

L'opinion contraire est cependant soutenue par Toullier, qui estime qu'on ne peut prétendre que la Constitution de l'an

(8) In *Oeuvres judiciaires du Président Henrion de Pansey*, Paris, Imprimerie et librairie générales de jurisprudence, 1844, Chapitre XI, pp. 208-209.

(9) Décisions reproduites par le *Répertoire Dalloz*, p. 288, n° 22.

VIII soit une "loi actuellement existante", et qui fait valoir que les lois édictées en la matière avant l'an VIII n'exigeaient pas l'autorisation du Conseil d'Etat. Quant à Cormenin, il souligne la restriction des attributions du Conseil d'Etat opérée en 1814 (10).

Que penser avec le recul du temps de la position de la Cour de cassation ? Pourquoi n'a-t-elle pas suivi Henrion de Pansey dans une argumentation qui avait le mérite de la logique : l'abrogation de la Constitution de l'an VIII entraîne celle de son article 75 ? Pourquoi, au contraire, a-t-elle toujours parlé de la "loi du 22 frimaire an VIII" ? Pour dénier à ce texte toute valeur constitutionnelle, comme Louis XVIII datait ses actes à compter de l'époque présumée de la mort de Louis XVII ? Peut-être (11). Plus sûrement, pour éviter une remise en cause de la forme qu'avait prise la séparation de l'administration et de la justice. Admettre la disparition de la "garantie des fonctionnaires", c'était livrer les serviteurs de l'Etat -et donc ceux du nouveau régime, dont la stabilité n'était pas tellement assurée- à toutes les poursuites que pouvaient inspirer les rancunes, les passions. Certes, les Chambres elles-mêmes avaient, en réaction contre la rigueur des principes napoléoniens, supprimé l'exigence de l'autorisation administrative des poursuites intentées à l'encontre des employés des Contributions indirectes, par l'article 144 de la loi du 8 décembre 1814, et des employés des Douanes, par l'article 55 de la loi du 28 avril 1816. Mais, ces abrogations ponctuelles ne prouvaient-elles pas *a contrario* que la nécessité d'une autorisation restait requise dans l'esprit du législateur, pour toutes les autres poursuites contre des "agents du gouvernement" ? On comprend que la Cour de cassation se soit montrée prudente et n'ait pas voulu prendre l'initiative d'un bouleversement qui aurait pu apparaître comme une remise en cause de la séparation des fonctions judiciaire et administrative, voire comme un retour à la lutte des Parlements contre les agents royaux (12). Mais ce faisant, la Cour de cassation ne renonçait-elle pas à la mission fondamentale de la juridiction judiciaire, celle de garantir les droits et les libertés des individus ? Elle s'inclinait devant le

(10) La controverse doctrinale est reproduite au Répertoire Dallog, pp. 287-288, n° 21.

(11) Mais, sous l'Empire lui-même, la chambre civile de la Cour de cassation avait employé le terme de "loi" à propos de l'article 75 (23 octobre 1809, Sirey, Collection nouvelle, volume 3, p. 116).

(12) Un arrêt de la section criminelle du 23 mai 1822, qui n'aborde pas expressément le problème de l'éventuelle caducité de l'article 75, définit en ces termes l'objet de cet article : "protéger et conserver le mouvement et la force de l'action administrative, en accordant l'indépendance nécessaire à ceux que le gouvernement avait immédiatement ou médiatement chargés de sa direction" (S. 1822, I. 296). Sur les conflits entre les juridictions de "l'ordre judiciaire" et les administrateurs avant 1789, voir J.-L. Mestre, Introduction historique, op. cit., pp. 189-226, n° 124-141.

"privilège" des fonctionnaires, sans tenter de le remettre en question.

Or, ce "privilège" faisait précisément l'objet de vives critiques de la part des parlementaires libéraux. Sortis vainqueurs en 1830 de leur épreuve de force contre Charles X, ils précisent, dans l'article 69 de la nouvelle charte, qu'il sera pourvu par une loi spéciale à "la responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir". Mais, le projet de loi présenté en 1835 n'est pas adopté, après une vigoureuse défense de la garantie des fonctionnaires par Vivien (13). De plus, dès 1832, les Chambres avaient maintenu l'article 129 du Code pénal lorsqu'elles avaient procédé à la révision de ce dernier. La jurisprudence de la Cour de cassation sort donc confortée de l'échec de la tentative de réforme parlementaire, et la Cour de Rennes s'y conforme dans une décision du 30 mai 1835 : elle rejette l'argument selon lequel l'article 75 serait devenu caduc (14).

Le débat reprend après la Révolution de février 1848 et la proclamation de la Seconde République. La chambre criminelle de la Cour de cassation refuse une fois de plus de considérer comme abrogé l'article 75. Elle exhume habilement - République oblige - un "décret de la Convention nationale, d'ailleurs conforme au droit public de tous les temps, en date du 21 septembre 1792", selon lequel "les lois non abrogées doivent être exécutées provisoirement jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné". Or, "aucun acte du gouvernement provisoire n'a dérogé aux lois antérieures sur la garantie constitutionnelle". Celle-ci, maintenue sous l'empire des chartes de 1814 et de 1830, "tient au principe de la séparation des pouvoirs". Elle succède à l'article 61 de la loi du 14 décembre 1789 et répond aux lois révolutionnaires et au Code pénal qui interdisent aux juges de citer devant eux les administrateurs (15).

Pas plus que sous la Monarchie de Juillet, le législateur ne parvient à transformer en lois des projets modifiant la garantie des fonctionnaires (16). Celle-ci sera confirmée, après le coup d'Etat du prince-président, par l'article 13 du décret des 30

(13) Moniteur Universel, 10, 25, 27 mars et 2 avril 1835.

(14) Répertoire Dalloz, p. 288, n° 22 et 23 ; G. Dufour, Traité général de Droit administratif appliqué, Paris, Delamotte, 1845, tome IV, pp. 6-7 ; Faustin Hélie, "De la mise en jugement des fonctionnaires publics", Revue de Législation et de jurisprudence, 1847, pp. 430-435.

(15) S. 1848. I. 464. La Cour visa l'article 127 (2°) du Code pénal, alors que l'article 129 concernait plus précisément l'hypothèse de la violation de la garantie des fonctionnaires.

(16) Moniteur Universel du 9 mars 1849, des 7, 10 mars et 22 juin 1850. Cependant l'article 119 de la loi du 15 mars 1849 déclara que les agents du gouvernement prévenus de délits électoraux pouvaient être poursuivis sans qu'il soit besoin d'obtenir d'autorisation. Cette exception fut considérée comme tacitement abrogée sous le Second Empire.

janvier-18 février 1852, qui confiera expressément au Conseil d'Etat "l'autorisation des poursuites contre les agents du gouvernement".

En dehors de toute décision de justice, il est possible de connaître les opinions de deux magistrats sur le maintien de la "garantie constitutionnelle" sous la Seconde République. Le premier, c'est le conseiller à la Cour de cassation C.G. Hello, qui fait paraître en 1849 un ouvrage intitulé : Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'Etat actuel de la science sociale et politique (17). Le second est un jeune substitut d'Aix-en-Provence, L. Féraud-Giraud, qui fera une brillante carrière puisqu'il prendra sa retraite en 1894 comme président de chambre honoraire à la Cour de cassation (18). Tous deux sont favorables à cette garantie, parce qu'elle assure aux fonctionnaires une "juste" protection contre "des accusations irréfléchies, des récriminations passionnées, des attaques inconsidérées" et parce qu'elle donne à l'administration "une indépendance et une liberté complètes vis-à-vis du pouvoir judiciaire". Hello ajoute toutefois qu'il serait préférable de ne pas remettre le soin de se prononcer au Conseil d'Etat : "Confiez le soin de l'examen à une institution qui statuera dans un esprit tout administratif, mais qui se détachera du Conseil d'Etat". Ce simple "changement de nom et de forme" mettrait fin aux appréhensions et aux critiques de l'opinion publique.

A la fin du Second Empire, au contraire, un conseiller à la Cour d'Angers, E. Poitou, rédige un long et vibrant réquisitoire contre ce "véritable instrument de despotisme" qu'est l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (19). Il approuve "le vénérable président Henrion de Pansey" et "le sage Toullier" d'avoir contesté avec de "puissantes raisons" la survie de cette disposition et déploré que l'on ait interprété le silence de la charte de 1814 "dans le sens du maintien du régime antérieur". Il entend le principe de la séparation des pouvoirs à l'inverse de ses collègues : "On répète sans cesse que juger la légalité d'un acte administratif, c'est juger l'administration. Eh ! Pas le moins du monde, c'est statuer sur une question judiciaire... En sortant de la loi, (l'acte) sort du domaine administratif pour tomber dans le domaine judiciaire". Il écarte les arguments fondés sur l'intérêt de l'administration et du gouvernement : "Je ne vois pas en quoi la considération du gouvernement est intéressée à l'impunité des

(17) Bruxelles, Meline, pp. 324-330.

(18) "De la mise en jugement des fonctionnaires publics", Revue de Législation et de Jurisprudence, 1851, pp. 70-89. Sur sa carrière, voir J.-L. Mestre, Les Conseillers généraux des Bouches-du-Rhône de 1852 à 1879, mémoire de Maîtrise-ès-Lettres, Aix, 1970, (dactyl.), p. 50.

(19) La liberté civile et le pouvoir administratif en France, Paris, Charpentier, 1869, pp. 144-213.

actes illégaux ou criminels de ses agents, et ce qu'elle peut y gagner". Enfin, il soutient qu'on exagère le risque de poursuites malveillantes ou abusives, alors que "nul ne songe à assurer (au simple citoyen) une protection, à garantir son droit, à faire en sorte au moins qu'il ait des juges quand sa personne, sa fortune ou sa liberté ont souffert" (20).

Un point précis de jurisprudence cristallise le heurt entre la conception dominante et cette opinion soucieuse de protéger "le modeste particulier, que les fonctionnaires traitent souvent de Turc à Maure". L'absence d'autorisation de poursuite délivrée par le Conseil d'Etat constitue une exception d'ordre public, qui peut être opposée par le fonctionnaire en tout état de cause, même en appel ou en cassation, s'il a précédemment négligé de le faire. Elle peut -et même doit- être soulevée d'office par la juridiction saisie. Certes, cette position est justifiée par le fait que la garantie constitutionnelle est "la conséquence logique de la séparation actuelle des pouvoirs entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative ; elle a été introduite pour assurer l'indépendance de la marche du gouvernement, plus encore que dans l'intérêt privé de ses agents" (21). Il n'en reste pas moins que les juges judiciaires adoptent ainsi une position très favorable aux fonctionnaires, comme lorsqu'ils refusent de limiter l'étendue du champ d'application de la garantie dont ceux-ci disposent.

II - L'ETENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA GARANTIE DES FONCTIONNAIRES

Les juridictions judiciaires possédaient trois moyens pour limiter la portée de la garantie des fonctionnaires. Le premier revenait à distinguer les actions civiles des poursuites pénales, et à considérer que les premières ne tombaient pas sous le coup de l'article 75. Le second consistait à entendre de façon restrictive la liste des personnes au service de l'administration pouvant se prévaloir de la qualité d'"agent du gouvernement". Le troisième revenait à interpréter strictement la notion de "faits relatifs à leurs fonctions". De ces trois facultés qu'elles détenaient, les juridictions judiciaires ont-elles usé dans l'intérêt des administrés ?

(20) Pp. 149-152, 166-171, 178-185.

(21) Jurisprudence constante : Pau, 15 déc. 1832 (S. 1836.2.108) ; Metz, 30 nov. 1834 (S. 1836.2.107) ; Colmar, 13 juin 1835 (S. 1836.2.22) ; Cass. crim. 11 mars 1837 (S. 1837.1.310) ; Cass. civ., 30 juil. 1861 (S. 1861.1.847) ; Nancy, 7 mars 1868 (S. 1869.2.38).

A - Le refus de distinguer action civile et poursuite pénale

Pendant les premières années de la Monarchie de Juillet, trois Cours d'appel ont considéré que les fonctionnaires mis en cause par des administrés ne pouvaient se prévaloir de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qu'en cas de poursuites pénales (22). Elles ont invoqué divers arguments pour justifier leur position. Elles posent d'abord en principe que "l'on doit toujours restreindre les lois qui créent une exception", celles "qui gênent et modifient le libre exercice de droits qui appartiennent à chacun". Or, les termes mêmes de l'article 75 semblent ne viser que les poursuites pénales : "Cette disposition... ne saurait s'appliquer à une action civile, que l'on intente, que l'on forme, que l'on exerce". C'est user d'une "locution inexacte" que dire "poursuivi pour des faits civils". L'article 75 n'est donc applicable qu'en cas de poursuites pour des crimes ou délits. D'ailleurs, "les inconvénients auxquels on a voulu obvier ne se rencontrent nullement, ou du moins ne présentent jamais la même gravité toutes les fois qu'il ne s'agit d'appeler un fonctionnaire en justice que pour des faits civils".

Mais, ces décisions restent isolées. Dès 1811, la Cour de Nîmes avait rejeté cette solution, en assurant que l'article 75 et les décrets et arrêtés soumettant les poursuites intentées contre divers fonctionnaires à l'autorisation de leurs supérieurs hiérarchiques ne distinguaient pas entre l'action criminelle et l'action civile (23). La Cour de Pau revient en 1835 sur la position qu'elle avait adoptée quatre ans plus tôt. Elle affirme catégoriquement : "Le mot *poursuite*, employé par la loi, est une expression générique, qui embrasse toutes sortes d'attaques judiciaires" (24). Les Cours de Metz, Colmar, Angers et Nancy se rallient à cette conception (25), que la Cour de cassation consacre à six reprises entre 1840 et 1862 (26). Ces juridictions font valoir que l'article 75 a une portée générale, qu'il ne pose aucune distinction "entre les crimes, les délits ou les faits purement civils". "Il est dans la nature même de cette garantie d'être applicable à toutes les contestations judiciaires". D'ailleurs, "il serait toujours facile d'éluder la loi en poursuivant devant les tribunaux civils les fonctionnaires qu'on ne pourrait poursuivre

(22) Pau, 14 juil. 1831 (S. 1832.2.376) ; Paris, 7 mai 1833, qui confirme un jugement du tribunal de Melun (S. 1833.2.274) et Limoges, 14 déc. 1837, qui contredit les conclusions de l'avocat-général Decous (S. 1838.2.136).

(23) 1er fév. 1811, S. 1811.2.441.

(24) 28 août 1835 et 23 déc. 1835 (S. 1836.2.102).

(25) Metz, 30 nov. 1834 (S. 1836.2.107) ; Colmar, 13 juin 1835 (S. 1836.2.22) ; Angers, 8 juin 1843 (S. 1843.2.527) ; Nancy, 7 mars 1868 (S. 1869.2.38).

(26) 8 août 1840 (S. 1841.1.543) ; Req., 16 fév. 1847 (S. 1848.1.190) ; Civ., 16 déc. 1855 (*Journal du Palais*, 1857, p. 265) ; Civ., 16 juin 1858 (S. 1858.1.766) ; Civ., 30 juil. 1861 (S. 1861.1.847) ; Civ., 5 mai 1862 (S. 1862.1.703).

devant les tribunaux criminels... et (cela) irait jusqu'à les placer sous la menace de la contrainte par corps dans certains cas".

Quelques mois avant la chute du Second Empire et l'abrogation de la garantie des fonctionnaires, la première chambre de la Cour d'Aix remit en question le bien-fondé de cette solution, en suivant les conclusions du premier avocat général Desjardins. Elle reprit l'argument selon lequel il ne fallait appliquer "cette protection accordée aux fonctionnaires (qui) les met en dehors du droit commun (et) que bien des nations étrangères n'ont pas jugé nécessaire d'introduire dans leur droit public... que dans les cas expressément prévus par la loi". Elle se livra également à l'exégèse de la formule "ne peuvent être poursuivis" en assurant qu'elle paraissait "se référer à une action criminelle dans l'acception générale du mot, tout au plus à une action en dommages-intérêts qui en serait la conséquence légale". Elle ajoute que les autres articles du titre VI de la Constitution de l'an VIII ne concernaient que les poursuites pénales intentées à l'encontre des membres des assemblées, des ministres et des juges. Mais elle n'osa pas tirer la conséquence de son argumentation, "attendu qu'une interprétation plus large a été donnée par la jurisprudence à cet article 75" (27). Interprétation qui, sans aucun doute, était favorable aux fonctionnaires au détriment des administrés, comme l'a été aussi, dans une large mesure, celle de la formule "agent du gouvernement".

B - Une conception extensive de la notion d'"agent du gouvernement"

Il serait évidemment injuste de reprocher aux juridictions judiciaires le nombre élevé de bénéficiaires de la garantie de l'article 75 : environ 250.000 sous le Premier Empire, selon Benjamin Constant (28). Comme nous l'avons vu, l'expression d'"agent du gouvernement" avait été retenue par le constituant de l'an VIII de préférence au terme d'"administrateur" précisément pour étendre la portée de cette garantie. Nous avons vu également que divers arrêtés consulaires et décrets avaient subordonné à l'autorisation du supérieur hiérarchique l'exercice des actions contre les agents de différents services depuis l'Enregistrement jusqu'aux Poudres et Salpêtres (29). La véritable question est de savoir si la jurisprudence des juridictions judiciaires a adopté une

(27) 10 février 1870 (S. 1870.2.118).

(28) Cité par E. Poitou, *op. cit.*, p. 149.

(29) La constitutionnalité de ces textes était toutefois contestable, puisqu'elle écartait l'intervention du Conseil d'Etat prévue par l'article 75 (C. Durand, *op. cit.*, p. 174).

conception extensive de cette notion d'"agent du gouvernement". De façon générale la réponse est affirmative.

Elle l'est lorsqu'on regarde les définitions que la Cour de cassation a données de cette notion. La première de ces définitions, qui se trouve dans un arrêt du 26 décembre 1807, a pourtant été fort restrictive : l'article 75 ne peut concerner "que des fonctionnaires publics qui sont tellement sous la dépendance du Gouvernement, qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs". Cependant, en l'espèce, il s'agissait d'écarter les prétentions du greffier d'un tribunal qui excipait du fait qu'il avait été nommé par l'empereur. Et on sent la Cour de cassation inquiète d'une telle revendication, que pourraient aussi formuler, à ce compte, ajoute-t-elle, les huissiers et les notaires qui restent "en tout, maîtres de leurs actions..., qui n'ont que des fonctions indépendantes à remplir" (30). Par la suite, la Cour de cassation se montre de moins en moins restrictive, et le 8 mai 1846, elle assure que sont agents du gouvernement les personnes désignées par ce dernier pour exercer "une portion quelconque d'autorité publique" (31). On est ainsi passé d'une interprétation fort restrictive à une autre, extensive.

Cet élargissement de la définition de la notion d'agent du gouvernement correspond à l'évolution des solutions adoptées à l'égard de certaines catégories de membres de l'administration qui tenaient à bénéficier de la garantie des fonctionnaires.

D'abord, à l'égard des maires (32). Le 23 mai 1822, la section criminelle de la Cour de cassation avait adopté la solution préconisée par son président, Barris, et par Henrion de Pansey (33). Elle avait distingué les deux qualités essentielles en vertu desquelles les maires pouvaient agir : "Les maires sont investis de diverses fonctions essentiellement différentes dans leur nature et dans leur origine. Les unes sont une branche de l'administration publique, et ils les exécutent comme délégués du gouvernement, dont ils sont en cette partie les agents ; à l'égard des faits relatifs à ces fonctions, l'art. 75... est évidemment applicable". A l'inverse, ils ne peuvent invoquer cet article lorsqu'"ils agissent pour les intérêts de la commune et comme ses mandataires légaux", car "ils ne sont pas dans ces fonctions les agents du gouvernement". Ils peuvent seulement invoquer l'article 61 de la loi du 14 décembre 1789, qui prévoyait comme on l'a vu

(30) S. 1807.2.326.

(31) D.P. 1846.4.299.

(32) Voir l'excellente étude de Jean-Marc Duval, L'octroi au maire du bénéfice de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, mémoire de D.E.A., Faculté de Droit d'Aix, 1978, dactyl.

(33) Du pouvoir municipal, op. cit., chapitre XI, pp. 207-209.

l'autorisation de "l'administration départementale", et encore seulement en cas de "malversations qui auraient blessé les intérêts généraux de la commune". Cette autorisation n'est point requise, précise la section criminelle, "pour la poursuite des griefs personnels à un individu" (34).

Cette solution, qui avait *a priori* le mérite de la logique, était favorable aux administrés, dans la mesure où elle écartait l'exigence de l'autorisation préalable dans la plupart des cas où un litige naissait entre eux et le maire de leur commune. Mais elle fut abandonnée, dès 1827, par un autre arrêt, qui décida que, même "dans l'exercice de celles de ses fonctions qui n'embrassent que les intérêts communs des habitants de la commune", l'autorisation requise par l'article 75 était nécessaire. En effet, expliqua la chambre criminelle, même dans ce cas, le maire "n'est pas seulement le représentant de ces intérêts et le mandataire de la personne civile qui se forme de la réunion de ces habitants, mais le délégué de la couronne auprès de la corporation municipale... Le roi est le tuteur né (35) de toutes les communes du royaume, le protecteur et le conservateur de leurs droits et de leur intérêts ; et le maire, nommé par lui, soit médiatement (36), soit immédiatement, réunit, en sa personne, la double qualité de procureur fondé de la commune et d'agent du gouvernement" (37).

Cette nouvelle solution présentait l'avantage de supprimer les difficultés pratiques qu'avait entraînées la décision de 1821 : il était parfois difficile, en effet, de distinguer en quelle qualité le maire avait agi. Mais elle était incontestablement défavorable aux administrés, puisque ceux-ci étaient désormais toujours tenus d'obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat pour pouvoir saisir la juridiction civile ou pénale du procès qu'ils désiraient intenter à leur maire, pour des faits relatifs à ses fonctions administratives. Et même du procès qu'ils envisageaient d'intenter aux héritiers de ce dernier, toujours à raison des fonctions qu'il avait exercées (38).

D'autres solutions paraissent également procéder d'une conception extensive de la notion d'agent du gouvernement : on y inclut, par exemple, les gardes forestiers communaux (39) ou les préposés des ponts à bascule (40). Parfois même, la Cour de cassation s'est montrée plus favorable aux agents publics poursuivis que le Conseil d'Etat : elle a jugé qu'un vérificateur

(34) S. 1822.1.296.

(35) C'est-à-dire le tuteur de droit.

(36) Par l'intermédiaire du préfet, pour les communes de moins de 5.000 âmes.

(37) Cass. crim. 15 déc. 1827, S. 1828.1.171.

(38) Nancy, 7 mars 1868, S. 1869.2.38.

(39) Nancy, 18 déc. 1847, D.P. 1849.2.6.

(40) Cass. crim., 8 mai 1846, D.P. 1846.4.299.

des poids et mesures était un agent du gouvernement, alors que le Conseil d'Etat a donné un avis contraire (41).

Doit-on alors admettre entièrement la critique de E. Poitou : "Depuis 1807 jusqu'à nos jours, on peut suivre, dans les arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, le progrès continu de cette interprétation bénévole et de ces définitions de plus en plus élastiques" ? (42). Non, car il est arrivé à plusieurs reprises que la jurisprudence judiciaire retire à certaines personnes la qualité d'agents du gouvernement. Tel fut le cas pour les fabriciens (43) et les agents voyers (44). Il est arrivé aussi qu'elle refuse toujours cette qualité à certaines catégories de personnes au service des autorités publiques -comme les militaires, les gendarmes, les sergents de ville, les officiers de la garde nationale-, s'attirant même les critiques d'un auteur éminent comme Faustin Hélie (45). De façon générale, si les juridictions judiciaires ont adopté une conception extensive de la notion d'agent du gouvernement, elles ne l'ont pas fait de manière systématique. Mais leur attitude n'a pu qu'accroître les ressentiments des administrés. Comme la position qu'elles ont adoptée, jusqu'au Second Empire, dans l'interprétation de l'autre condition posée par l'article 75.

C - Une interprétation extensive de la formule "faits relatifs aux fonctions" jusqu'au Second Empire

Les poursuites engagées contre les agents du gouvernement n'étaient soumises à autorisation que lorsqu'elles concernaient "des faits relatifs à leurs fonctions". Cette formule a été interprétée, elle aussi, de façon extensive pendant plus d'un demi-siècle. Mais, sous le Second Empire, la Cour de cassation s'est montrée plus rigoureuse, dans l'intérêt des auteurs des poursuites.

A l'origine, les juridictions judiciaires, et spécialement la Cour de cassation, ont opté pour une interprétation très large de l'expression employée par le constituant. Peu importe que le fait incriminé soit, par nature, étranger à la fonction de l'agent du gouvernement. Il suffit qu'il ait été accompli à l'occasion de l'exercice de cette fonction. "Il suffit, indique Féraud-Giraud, qu'il y ait corrélation entre les fonctions et le fait motivant

(41) Crim. cass., 9 fév. 1810 ; C.E., avis du 29 sept. 1812 (Répertoire Dalloz, op. cit., pp. 307-308, n° 491).

(42) Op. cit., p. 153.

(43) Décision de revirement : Cass. crim. 3 mai 1838, S. 1838.1.655.

(44) Décision de revirement : Nancy, 9 juil. 1845, confirmée par Cass. crim., 6 sept. 1845, D.P. 1845.1.382.

(45) Répertoire Dalloz, pp. 306-307, n° 82, 88, 89, 90 ; et E. Poitou, op. cit., p. 153, n. 2.

l'action" (46). Ce magistrat donne l'exemple de deux décisions de la Cour de cassation, souvent citées, qui ont jugé qu'on ne pouvait poursuivre sans autorisation : la première, un receveur qui avait frappé, chez le receveur général, un contribuable contre lequel il avait décerné une contrainte (47) ; la seconde, le préposé d'un pont à bascule qui avait blessé un maire qui lui demandait de procéder à nouveau au pesage d'une voiture (48). Comme l'explique Féraud-Giraud, "l'agent, dans ces deux cas, n'avait point reçu mission de battre le contribuable, ni le maire ; mais c'était bien l'agent qui, à cause de ses fonctions, dans leur exercice, par suite de cet exercice, commettait un délit ou un crime". E. Poitou cite un arrêt comparable, rendu en faveur d'un préposé des douanes, qui "avait commis un attentat à la pudeur avec violence, à l'occasion d'une visite faite sur les vêtements d'une femme" (49).

La Cour de cassation s'est même contentée, à deux reprises semble-t-il, de retenir le fait que le délit incriminé avait été commis pendant la durée des fonctions (50). Dans la seconde de ces deux affaires, jugée en 1823, elle a ainsi décidé que l'autorisation était nécessaire pour poursuivre des gardes forestiers qui avaient commis des délits de chasse, sans permis de port d'armes, "dans l'exercice de leurs fonctions".

Mais la Cour de cassation est ensuite revenue, au cours du Second Empire, sur de telles positions, trop favorables aux fonctionnaires. Elle a renversé sa jurisprudence à propos des délits commis par les gardes forestiers, en approuvant en 1854 un arrêt de la Cour de Grenoble : "attendu, en fait, que le délit de chasse, soit en temps prohibé, soit sans permis de port d'armes, n'est pas, de la part du garde forestier qui l'aurait commis dans l'exercice de ses fonctions, un fait relatif à la fonction publique" (51). Trois ans plus tard, la Cour de cassation affirme que le fonctionnaire qui a usé de "l'influence que donnent ses fonctions" pour faire commettre un crime peut être poursuivi pour complicité sans qu'il soit besoin d'obtenir l'autorisation prévue par l'article 75 (52). En 1864, comme le relève l'annotateur anonyme du Sirey, la Cour formule le principe qui commande sa jurisprudence nouvelle de façon particulièrement précise : "Il ne suffit pas ... que les faits incriminés se soient produits pendant

(46) Op. cit., pp. 76-77.

(47) Cass. crim., 6 mars 1806, S. 1806.2.902 ; Répertoire Dalloz, p. 316, n° 147 et p. 310, n° 110.

(48) Cass. crim., 8 mai 1846, D.P. 1846.4.299 ; Répertoire Dalloz, p. 317, n° 148.

(49) Op. cit., p. 155, n. 1 : Cass. crim. 6 juil. 1826.

(50) Cass. crim. 3 nivôse an XI et 4 oct. 1823, Répertoire Dalloz, p. 316, n° 146, p. 308, n° 94 et p. 304, n° 73-2°.

(51) Cass. crim., 2 mars 1854, S. 1854.1.278. Voir aussi, dans le même sens, Cass. civ., 16 déc. 1855, Journal du Palais, 1857, p. 265.

(52) Cass. crim., 3 oct. 1857, S. 1857.1.875.

que (l'agent) remplissait sa mission ; il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'article 75, que ces faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes, qu'ils soient un acte de la fonction elle-même, avec laquelle ils s'identifient, et dont ils constituent un exercice, bien qu'abusif" (53). Deux ans plus tard, les hauts magistrats tirent la conséquence de ce principe, dans une autre affaire d'attentat à la pudeur : "Le crime d'attentat à la pudeur, imputé au demandeur (en cassation), était étranger à ses fonctions ; il importe peu que ce fait ait été commis pendant la durée de son service ; il suffit qu'il n'ait été ni un excès, ni une application quelconque du pouvoir dont il était revêtu pour que la garantie fût sans objet" (54). De la sorte, la Cour de cassation a modifié, sous le Second Empire, sa jurisprudence pour restreindre l'étendue de la garantie des fonctionnaires. Elle a répondu ainsi pour une fois aux plaintes et aux aspirations des administrés.

*_*_*_*

Au terme de cette étude, il apparaît clairement que les juridictions judiciaires portent une part de responsabilité dans le discrédit qui a frappé le système de la garantie des fonctionnaires qu'elles n'ont pas osé considérer comme abrogé à l'avènement de Louis XVIII. Elles ont donné à l'article 75 de la Constitution de l'an VIII un vaste champ d'application, refusant d'en limiter la portée aux seules poursuites pénales, interprétant de façon extensive les notions d'"agents du gouvernement" et -tout au moins jusqu'au Second Empire- de "faits relatifs aux fonctions".

Leur attitude procède sans aucun doute du désir de respecter le principe de la séparation des fonctions administrative et judiciaire, tel qu'il découlait des textes de la Révolution de 1789. Les juridictions judiciaires ont considéré qu'elles devaient respecter les nouveaux principes fondamentaux du droit public, comme elles l'ont fait en matière de contentieux des collectivités locales : reconnues compétentes tout au long du XIXe siècle pour connaître de ce contentieux, elles l'ont résolu en invoquant souvent de façon expresse des "principes de droit public" (55). De plus, les membres de ces juridictions pouvaient méditer sur les méfaits de la lutte qui avait opposé jusqu'à la fin de l'Ancien Régime les Parlements et les agents du roi. Très vraisemblablement, les magistrats dont les décisions ont fait jurisprudence -spécialement les membres de la Cour de cassation-

(53) Cass. crim., 31 mars 1864, S. 1864.1.248.

(54) Cass. crim., 22 nov. 1866, S. 1867.1.187.

(55) Voir J.-L. Mestre, "Des précédents de la jurisprudence Giry (Les Juridictions judiciaires et le contentieux des Collectivités locales au XIXe siècle)", Revue du Droit public et de la Science politique, 1980, pp. 5-33.

n'ont pas voulu entamer la force de l'administration établie par Napoléon. Cette force leur apparaissait d'autant plus nécessaire qu'elle contrebalançait la contestation politique et sociale à laquelle tous les régimes devaient faire face. Dans l'esprit de ces magistrats, seuls les détenteurs du pouvoir politique pouvaient prendre le risque de restreindre la puissance de leur administration en réduisant de façon notable la portée de la garantie des fonctionnaires ou même en supprimant celle-ci.

DROIT COMMERCIAL

**LA LOI SUR LE REDRESSEMENT ET LA
LIQUIDATION JUDICIAIRES DES
ENTREPRISES
DANS SON COMPLEXE MEDIATIQUE :
CONTES DE FAITS, MECOMPTES DU
DROIT ?**

Par
Anne ENSMINGER
Laboratoire de Sociologie Juridique
Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris

"Rien ne change plus certainement
que l'actuel, surtout quand tout le
monde en parle"
Ernst JUNGER, Abeilles de verre

1. LES ALEAS DE LA MEDIATISATION

1.1. La providence comme enjeu

1.1.1. Figures de proue : un pour tous

1.1.2. La collectivité pourvoyeuse : tous pour un

1.2. Une fantasmagorie à deux visages

1.2.1. Voyants rouges, voyants verts : daltonisme
comptable

1.2.2. Des contes bleus aux romans noirs : le miroitement
infra-rationnel

1.3. Conclusion - Un héroïsme au petit bonheur

2. SERVITUDES ET GRANDEURS LEGISLATIVES

2.1. La loi distancée ?

2.1.1. Le syndrome César Birotteau

2.1.2. Un intervenant passif, le public

2.2. Une loi prospective

2.2.1. A chacun son métier : le défrichage professionnel

2.2.2. Sirènes d'alerte : l'intéressement au déchiffrement

2.3. Conclusion - Les comédiens sans le savoir

CONCLUSION

Dans une société non de communication, ainsi qu'on se complait à le répéter -comme s'il avait pu en aller différemment pour les autres, même ignorantes de l'écriture-, mais dans laquelle la sanction informationnelle, guettant l'événement et l'officialisant jusqu'à le recréer, sinon le créer de toutes pièces (1), est sans cesse sanctionnée à son tour, critiquée au sein même de ses propres structures, le législateur est-il censé ignorer la manière dont les médias laissent ou ne laissent pas ignorer la loi qu'il a produite ? Telle est la question qui, au fond, justifie d'entrée l'étude qu'on va lire. Il s'agit d'explorer une zone spécifique de l'aire -grandissante- de confusion -accélérée- entre les deux notions de public et de citoyens, partagées l'une et l'autre entre réalité et fantasmes. Si, en droit, toute loi intéresse tout citoyen, en information -or le citoyen est fondé à s'imaginer qu'il lui suffit d'être public pour ne pas trop ignorer la loi- on constate un partage délibéré entre des lois censées entrer dans les préoccupations du "grand public", et d'autres qui en concerneraient seulement quelques étroites fractions. D'où une différence d'amplitude considérable dans les échos que la presse d'information générale décide de donner à tel ou tel débat législatif, à la promulgation de tel ou tel texte. L'existence d'une presse spécialisée limite, dira-t-on, les inconvénients de cette hiérarchisation : c'est déjà prendre le parti de cautionner des harmonies présentées comme pré-établies par la médiatisation elle-même. Sans entreprendre de discuter la pertinence des critères à l'oeuvre dans cette bipartition ordinaire, nous choisirons d'aborder la question de la médiatisation juridique par sa face la plus abrupte, en confrontant presse nationale généraliste et législation réputée "technique", à savoir les textes qui organisent, depuis trois ans, le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises.

Ils entrent, à plusieurs titres, dans le cadre des expériences législatives dont le suivi médiatique peut s'avérer fécond au bout du compte. En premier lieu, c'est une étape juridique non négligeable : la loi du 25 janvier 1985 réalise la refonte complète de ce que même les spécialistes nomment encore, par simple commodité, "le droit de la faillite", et qui avait pour lors presque vingt ans d'âge. Le législateur, soucieux d'afficher ses ambitions sociales et, pourquoi pas, généreuses, n'a pas lésiné sur les innovations terminologiques. L'occasion n'est pas mauvaise pour apprécier la capacité des relais d'information à retransmettre, en cette matière, euphémismes et périphrases. Deuxième avantage : cette loi est indiscutablement en prise directe sur l'actualité économique, voire politique, comme on voit au double sens du mot "affaires". Voilà qui lui ouvre d'emblée au moins deux des ru-

(1) Voir Ph. Breton et S. Proulx, L'explosion de la communication. La naissance d'une nouvelle idéologie, Paris, La Découverte/Boréal, 1989, 286 p.

briques documentées et régulières les mieux représentées dans la presse généraliste, quotidienne ou hebdomadaire, et suffit à rendre significative la fréquence et la nature des citations ou des allusions. En troisième et dernier lieu, cette loi nous permettra d'appréhender à plein le dédoublement problématique d'un Droit trivial, par lequel tout le monde passerait, et d'un Droit doublement réservé, où n'interviendraient que des techniciens fort discrets (2). Car elle nous met en présence d'un écart ahurissant entre le microcosme de ceux dont l'intervention s'avère décisive en cas de difficultés d'entreprise, et le macrocosme de ceux sur lesquels se feront sentir les répercussions d'un échec économique. Préoccupée au premier chef de prévention, et par là de transparence informationnelle, la loi s'attaquait à rude partie, et les réticences des médias risquaient de redoubler ici celles des professionnels du secret.

En cherchant à évaluer la diffusion de cette loi auprès d'un public non spécialisé, et la place qu'elle occupe dans la communication économique contemporaine, cette étude ne prétend pas à l'exhaustivité, et a encore moins vocation à présenter, de la loi considérée, une image acceptable par les spécialistes. La déformation, les lacunes, les abus, les silences, sont le pain quotidien de la presse, avec la documentation, le courage, la volonté de faire savoir. Autant il advient que l'opinion et l'information se renforcent, autant il arrive qu'elles divisent leurs effets. Aussi notre terrain n'est-il vraiment ni ce que dit la loi, ni ce que dit la presse, mais ce que la presse dit de et autour de la loi, quand elle en parle, ce qui nous amènera forcément à faire, non de fausses fenêtres, mais de fausses sorties, en dessinant, chaque fois que cela sera nécessaire, le paysage économique-médiatique sans lequel un examen des aspects informationnels intéressant cette loi resterait, à vrai dire, sans portée.

1. LES ALEAS DE LA MEDIATISATION

Si courte qu'elle soit, la période considérée -janvier 1986, juin 1989- présente trois caractères qui, déjà, en font un bon échantillon pour l'auscultation médiatique. Triple rupture, en fait, puisqu'on a assisté, durant cet intervalle, à deux renversements de majorité parlementaire, à un krach boursier suivi d'un redressement de tendance, et à une indiscutable évolution dans la culture économique dominante au Parti Socialiste.

Après élimination délibérée de la presse dite spécialisée, comme *Les Echos*, *Le Nouvel Economiste*, *L'Indicateur de l'entreprise* ou *Tertiel*, le corpus documentaire a été constitué en

(2) Voir P. Lascoumes, Les affaires ou l'art de l'ombre. Les délinquances économiques et financières et leur contrôle, Paris, Le Centurion, 1986, 288 p.

deux grands massifs. D'un côté, sans nous interdire des sondages ponctuels dans d'autres quotidiens, nous avons procédé au dépouillement systématique du journal *Le Monde* ; c'est que la recherche entreprise nous a semblé requérir, pour des raisons d'efficacité évidentes, la prise en compte de cette fameuse valeur de "référence", qu'il ne s'agit pas d'interpréter comme une quelconque supériorité d'ordre social ou culturel, mais de rapporter à une stratégie d'information qui réalise un bon compromis "entre l'organisation événementielle et l'organisation thématique" (3). De l'autre côté, afin que fussent représentées les deux grandes formes opposées d'"effet de réel" entre lesquelles se partagent les quotidiens (4), mais sans alourdir par trop le corpus, nous avons choisi de faire coïncider la référence à la singularité et un "empan temporel" différent : quatre hebdomadaires, *Le Point*, *Le Nouvel Observateur*, *L'Express* et *L'Événement du Jeudi* ont fait l'objet du même type d'investigation. Enfin, la représentativité des composantes documentaires nous a paru convenablement équilibrée, entre un quotidien consommateur d'actualité rapide et les hebdomadaires davantage tentés par des anabases historiques, fussent-elles tout affectives et peu soucieuses de chiffres. Au milieu, et au meilleur lieu, on n'oubliera pas de situer les colonnes qui, dans *Le Monde*, abritent des "Débats" et, régulièrement, une "Chronique économique" dans laquelle est inlassablement tissé le lien entre le front mouvant des affaires et la sédimentation récente de notre économie. Il convient, pour être complet, d'y ajouter le supplément *Le Monde Affaires* du samedi. On aurait tort d'objecter que ce sont là, déjà, des paroles de spécialistes : leur technicité relative ne risque pas de les marginaliser, dans la mesure où elles prennent place au sein d'une gerbe d'informations générales et ordonnées, et où elles sont en contact étroit avec tout l'environnement que constitue une communication journalistique plus immédiatement accessible : la liqueur est plus forte, mais elle vient des mêmes fruits (5).

Pour réussir une percée médiatique, la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises était affectée d'un trop sérieux handicap et de fond,

(3) Pour l'exposé détaillé des effets induits par les diverses modalités de production informationnelle, on se reportera à l'excellente étude de M. Mouillaud et J.-F. Tétu, *Le journal quotidien*, Presses Universitaires de Lyon, 1989, 204 p. ; la stratégie du journal *Le Monde* "consiste à intégrer la pointe d'un événement, exprimée par le titre, dans une problématique existante", de sorte que l'"effet de réel" ainsi créé "relie, d'emblée, l'information et la référence" (p. 189).

(4) Idem, p. 190 : "le lecteur est renvoyé, non à la référence des classes d'événements, mais à la référence brute, impensée, du fait singulier".

(5) On remarquera que l'information radiophonique, sur France-Inter, offre un feuilletage très comparable : "informations" d'heure en heure, "Chronique économique" quotidienne, émissions comme "Challenge" ou, chaque samedi, "Rue des Entrepreneurs", d'ailleurs réalisée avec la collaboration du *Nouvel Observateur*.

et de forme. On rappellera d'abord qu'elle "n'est qu'un des volets d'une réforme d'ensemble du Droit de la faillite que domine l'idée d'entreprise" (6). Il ne faut ni la confondre avec sa soeur aînée, la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (7), ni oublier qu'elle est assortie d'une soeur jumelle, la loi n° 85-99, du 25 janvier 1985 aussi, qui organise les professions d'administrateur judiciaire, mandataire-liquidateur et expert en diagnostic d'entreprise (8). Impossible, ensuite, de la désigner tout uniment par l'éponyme de son plus actif promoteur, le grand public risquant de connaître surtout, en fait de loi Badinter, celle du 5 juillet 1985, relative aux accidents de la circulation. On ne sera donc pas étonné de voir les médias abrégé ou rendre plus évocateur un intitulé a priori aussi énigmatique qu'encombrant : les deux formules les plus fréquemment adoptées sont "loi sur le redressement judiciaire" et "loi sur les entreprises en difficulté". Or il est à noter que l'expression "entreprises en difficulté", à la différence de la précédente, ne reproduit pas les termes de la loi du 25 janvier 1985, mais évoque ceux de la loi du 1er mars 1984 "difficultés des entreprises". En fait, l'euphémisme vient de plus loin, déjà favorisé par le fait que la loi du 13 juillet 1967 congédiait le terme de "faillite" et contribuait à répandre une autre variante, "défaillance". Si bien qu'on ne se tromperait pas beaucoup en concluant, ici, à un alignement partiel de la formulation juridique sur un mot de passe médiatique acclimaté depuis les années 70. Ainsi le législateur a-t-il cru bon de juxtaposer, en 1984, une réforme des vocables, destinée à mieux souligner celle des procédures ("règlement amiable"), et l'adoption de lambeaux de terminologie commune ("difficultés des entreprises"). Il n'en reste pas moins que, vingt ans après, le substantif "faillite" traîne toujours dans les journaux, perpétué par la routine et la commodité. On licencie plus malaisément un mot qu'un salarié, d'où peut-être ces inextinguibles licences journalistiques, qui font cohabiter expressions rigoureuses et approximations (9).

(6) Voir Y. Chaput, Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, Paris, P.U.F., 1987, 405 p. ; n° 1.

(7) Du même auteur, on consultera Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, P.U.F. 1986, 281 p. Nous avons relevé la confusion dans Le Monde, 13 juin 1986, p. 28 : "la loi de 1984 (sic) sur les entreprises en difficulté permettant de leur porter assistance pendant une période de trois mois renouvelable". La mention du délai permet de comprendre qu'on a voulu faire ici allusion à la période d'observation dans la procédure générale (article 8 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985).

(8) Même si la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires est la seule qui soit expressément citée par les journalistes, les trois textes sont évidemment inséparables dans une étude qui prend en compte l'esprit général de cette réforme.

(9) Un seul exemple : Le Monde Affaires, 8 avril 1989, p. 8, "La faillite, nous voilà !" (à propos de la cessation des paiements de la B.P.P.) et p. 21, "Le numéro un des accessoires de montagne est en redressement judiciaire". Rappelons que le mot

Si malgré tout, les désignations n'ont pas été trop gravement trahies, c'est sans doute que, pour une fois, le monde juridique faisait un beau cadeau au monde médiatique : en introduisant le mot "entreprises" dans l'intitulé des lois de 84 et de 85, le législateur enrichissait le croisement du Droit et de l'Economie d'une touche psychologisante, avec tout ce que cela suppose de volontarisme, et tout le contexte moral qui, d'un seul coup, se trouve engagé. La notion, trop "fuyante" au gré des juristes dogmatiques (10), avait été éludée dans la loi de 1967 ; mais elle trouve une consistance par agglutination, au carrefour des principaux enjeux économique-juridiques : le crédit, le capital, la fiscalité, la propriété. Plus que les euphémismes "redressement" ou "difficultés", cette escapade de la terminologie juridique au-delà de ses frontières constituait une audace assez opérante en matière de médiatisation pour compenser quelque peu les handicaps susmentionnés.

1.1. La providence comme enjeu

Le recul est désormais suffisant pour que les observateurs aient pu diagnostiquer "l'économisme ambiant, mélange du culte nouveau voué à l'entreprise et de la redécouverte des fonctions éminentes du marchand" (11) tout en récapitulant les temps forts de l'entreprenariat (12). Ils ne se privent pas de souligner, mi-admiratifs, mi-goguenards, comment la gauche-Providence, découvrant en 1983 la faillite de la "relance", sut faire sienne la nouvelle légende du siècle et tenir sa partie au concert des affaires (13). Avec toutefois quelques changements décisifs dans l'instrumentation. Un slogan ingénieux nous semble avoir donné le ton de ce qui prit résolument l'allure non pas d'un rhabillage précipité du capitalisme affairiste, mais de son exorcisme : "les affaires, c'est l'affaire de tout le monde" (14). Il n'était pas trop

"faillite" n'est plus utilisé par le législateur pour désigner une solution économique (il est remplacé en ce sens par "redressement et liquidation judiciaires") mais seulement une sanction, quand il est assorti du qualificatif "personnelle".

(10) Voir Y. Chaput, op. cit., 1987, N° 7.

(11) "La Chronique de Paul Fabra", Le Monde, 11 avril 1989, p. 24. Idem, 18 avril 1989, p. 40 : "Plus que jamais l'entreprise est à l'honneur (...) et tout porte à croire qu'il ne s'agit pas d'un phénomène de mode".

(12) Voir J. Villeneuve, Le mythe Tapie. Chronique des années quatre-vingt, Paris, La Découverte, 1988, 343 p. : p. 218 pour "entreprenariat" et p. 25 : "l'époque est celle du consensus sur l'entreprise".

(13) L'Événement du Jeudi, 25/31 mai 1989, p. 54/56 : "Quand les économistes "de gauche" s'asseoient pour réfléchir".

(14) La formule, qui accompagnait le lancement du Monde Affaires, contenait un double jeu de mots : "chaque vendredi, les affaires, c'est l'affaire de tout Le Monde" (Le Monde, 15 janvier 1987 ; le premier numéro est daté du 24 janvier). J. Villeneuve, op. cit., p. 75/80, date de 1984 la vogue de l'économie et des affaires dans la presse spécialisée, de 1985 dans la grande presse.

maladroit, pour commencer, d'appliquer au malheur en affaires la sollicitude légiférante : le consensus sur l'interventionnisme y pouvait réussir plus qu'ailleurs (15). La libre entreprise ne finit-elle pas, à strictement parler, où commence le déficit ? Entre la chasse aux capitaux, qui implique le contrôle des établissements de crédit, et la déclaration de cessation de paiements, qui la soumet au contrôle du tribunal, l'entreprise s'engage dans un processus de ligotage finalement porté au grand jour par le recours aux procédures collectives. La législation de 1985 a cherché à rendre moins coupantes les mailles judiciaires en insistant sur leurs attaches avec le reste du grand filet juridique qui enveloppe l'économie. D'où la promotion, peu banale, de l'entreprise... en difficulté. C'était après tout la discrète préface d'une dénonciation qui fit grand bruit : opposer avec tant d'insistance chefs d'entreprises et spéculateurs, repreneurs et liquidateurs valait comme exhortation à un "argent" point trop "facile".

Le législateur, quant à lui, donnait doublement l'exemple : techniquement, pour assainir les pratiques de "reprise" déjà en usage (16), il reprenait de fond en comble l'organisation de la procédure ; psychologiquement, il favorisait, dans l'esprit du public, la contamination de deux emplois du même mot, en suggérant que la reprise d'entreprise appellerait la reprise économique si fort souhaitée. La loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, mise en chantier au Parlement à la session d'automne 1983, votée au début de 1985, entrée en vigueur le 1er janvier 1986, comportait, naturellement, des dispositions de droit transitoire : cette progression ne se prêtait guère, en tout état de cause, à un coup de théâtre médiatique (17). Mais les modalités et les effets d'une insertion discrète méritent aussi bien l'attention.

1.1.1. Figures de proue : un pour tous

L'information économique à destination du grand public privilégie une sorte d'héroïsme financier, particulièrement affiché dans les présentations-portraits que les hebdomadaires se plaisent

(15) La loi fut votée "sans opposition : les partis de droite s'étaient abstenus" (Paul Fabra, "Chronique économique", Le Monde, 17 juin 1986, p. 40.

(16) Y. Chaput, op. cit. 1987, n° 7, rappelle qu'à la suite de la réforme de 1967, "la pratique avait assuré (...) un sauvetage de l'entreprise, la liquidation n'interdisant pas de céder à un repreneur unique les éléments nécessaires à l'exploitation. Le moyen juridique étant marginal, son utilisation engendra des abus, alors que l'intervention des repreneurs aurait dû être organisée sérieusement". Il semblerait que la nouvelle législation n'ait pas réussi, en dépit de ses efforts, à éradiquer tout à fait ce genre de détournement, mais cela est une autre histoire.

(17) Nous n'avons pas trouvé dans Le Monde, en janvier 1985, le moindre écho de la promulgation. C'est à partir d'avril 1986 que l'expression "redressement judiciaire" est couramment employée, et il faut attendre la "Chronique" de P. Fabra du 17 juin pour lire un commentaire consacré à la loi nouvelle, sous un titre rien moins qu'engageant : "De plus en plus de faillites".

à confectionner (18). Des lois qui le permettent, l'encouragent ou l'encadrent, il n'est, en revanche, guère fait mention. Le public est convié à une chanson de geste où Roland est capitaine d'industrie : autour de lui, la cour qui n'est pas étrangère aux miracles reste dans le flou. Le héros se bat, à ce qu'on répète, contre des hommes et des chiffres, mais l'infrastructure de ses gesticulations productrices de richesses n'est jamais dévoilée. Il n'en va pas autrement pour les repreneurs d'entreprises en difficulté : le redresseur de torts est devenu redresseur de bilans, mais il semble qu'il n'y ait pas de place pour le sauveur et la loi à la fois. On comprend aisément pourquoi : le premier perdrait de son héroïsme si la seconde était contée, en même temps que les comptes de l'entreprise en perdition. L'aventure économique n'est rendue transparente qu'au prix d'une simplification décisive ; or les lois ne sont pas simples, tout le monde le sait, sans qu'il soit nécessaire de faire bâiller à seulement mentionner cette complexité.

La figure du repreneur, rénovée par l'idéologie socio-libérale, s'est moulée sur un profil de réussite qu'avait élaboré le libéralisme classique : le "patron", au double sens de "dirigeant" et de "modèle" (19). C'est au point que, dans les hebdomadaires, création, développement, sauvetage et conquête d'entreprises sont traités sur le même pied, et, pour un peu, apparaîtraient comme interchangeables. L'exploit le plus prisé c'est l'emploi ; la nature exacte du dynamisme providentiel qui l'assure ne fait pas l'objet d'une attention aussi soutenue. D'autant que les fluctuations économiques donnent parfois une vérité inattendue à ces entrelacements sommaires (20). Il est clair, en tout cas, que la distinction

(18) Voir, par exemple, la rubrique "Le leader de la semaine", dans Le Point (de l'été 1986 jusqu'à l'automne 1987), et surtout, depuis la semaine du 28 février au 6 mars 1986, "L'Obs Economie", qui figure aujourd'hui encore dans Le Nouvel Observateur.

(19) On trouvera un bilan humoristique du succès médiatique remporté en France par le personnage, ces dernières années, dans l'éditorial de J.-D. Bauby, "La patrie des patrons" (Elle, 15 mai 1989).

(20) De l'antithèse créations/défaillances d'entreprises (par exemple, Le Point, 12/18 mai 1986, p. 108 : "Qu'est-ce qui fait courir -et chuter- les nouveaux patrons ?"), on glisse à l'expression "marché de la reprise", et certains poursuivraient volontiers le parallèle jusqu'à la cotation en Bourse (Le Point, 23/29 juin 1986, p. 77 : J.-L. Bouchard, P.D.G. d'Econocom, suggère au gouvernement la création d'un troisième marché boursier, avec deux sections, une "maternité" et un compartiment "urgences", la première pour les "entreprises en démarrage", la seconde pour les "entreprises en difficulté, avant ou après dépôt de bilan"). Le néologisme "redresseur" -qui ne se confond pas avec repreneur, puisqu'il peut s'appliquer aux dirigeants d'entreprises nationalisées (Le Nouvel Observateur, 31 oct./6 nov. 1986 : "Les dix commandements des super-patrons. Tout sur les recettes, les méthodes, les astuces, les brutalités des grands redresseurs d'entreprises") -montre suffisamment en quoi, et en quoi seulement, la reprise aura les faveurs des médias. Enfin, une succession d'échecs et de succès dans la vie d'un même patron finit de brouiller les frontières : Le Nouvel Observateur (21/27 nov. 1986, p. 51), sous le titre "Pineau-Valencienne : l'arrosé arroseur" raconte "l'histoire édifiante d'un manager qui, après avoir conduit la plus grande faillite industrielle française, a reconstitué une force de frappe

instituée par le législateur, depuis plus de vingt ans, entre l'homme et l'entreprise trouverait malaisément sa traduction dans ce type d'expression médiatique, qui ne se départit pas d'une intuition somme toute fort sociologique, selon laquelle l'entreprise, c'est l'homme (21). Et le fait que sa transmission déclenche souvent l'apparition de graves difficultés fortifie cette présentation (22). Peu important ici les détails qui composent la légende dorée des patrons, digne pendant économique du feuilleton mondain pour altesses et gens du spectacle (23). Il est plus intéressant d'explorer les raisons de la concurrence victorieuse que les chefs d'entreprise, et spécialement les repreneurs, font, dans les comptes rendus médiatiques, à la référence législative. Sans doute ne faut-il pas sous-estimer les confusions que favorise la polysémie du mot "loi" : les allusions aux "lois du marché" sont tellement envahissantes qu'on s'étonnera presque de savoir l'agent économique soumis à d'autres lois. Mais de là, il n'y a qu'un pas à faire pour assimiler celui qui domine les lois du marché à celui qui fait sa loi sur ce marché, donc à la figure d'un législateur. Un idéal juridique incarné par le repreneur de choc, telle serait, offerte par la grande presse, la simplification ingénieuse dont les trois principaux aspects ne pourraient qu'enthousiasmer le public. En premier lieu, le héros économique apparaît comme un individu à idées. On s'extasie sur les "montages" astucieux qu'il sait mettre en oeuvre, on s'émerveille de ce qu'il fasse soudain du plein -des bénéfiques- avec du vide -le déficit-, et crée le nouveau à partir de fatales routines. Avec lui, une loi de l'esprit s'impose à la matière, tout comme le Droit domine immatérielle-

financière d'une soixantaine de milliards de francs" ; les démêlés au sein du groupe L.V.M.H. sont l'occasion de rappeler que B. Arnault, lui aussi, a un passé de repreneur (Le Nouvel Observateur, 25/31 mai 1989, p. 81/83 ; L'Événement du Jeudi, 1er/7 juin 1989, p. 24). La trajectoire de repreneur la plus rectiligne est celle de B. Tapie, dont le nom a pris, de ce fait, valeur générique : ainsi a-t-on vu fleurir un "Tapie suédois" (Le Monde, 14 avril 1987, p. 36), un "Tapie du social" (idem, 2 mars 1988, p. 41), et deux "Tapie du Nord" (Le Monde, 29 mars 1989, p. 10, à propos de Jean-Louis Borloo, Le Canard Enchaîné, 24 mai 1989, p. 7, à propos de B. Arnault, repreneur de Boussac).

(21) Voir P. Bourdieu, La noblesse d'Etat, éd. de Minuit, 1989, 569 p. : p. 449 : "les personnes, dans ce qu'elles ont de plus personnel, sont, pour l'essentiel, la personification des exigences réellement ou potentiellement inscrites dans la structure du champ, ou, plus précisément, dans la position occupée à l'intérieur de ce champ".

(22) Voir D. Adès, Entreprise cherche repreneur, Aubier/France-Inter, 1986, 200 p. ; "Une enquête de la Caisse nationale des marchés de l'Etat montre que 10 % des défaillances d'entreprises ont pour cause la transmission" (p. 54) et "en France, il y a encore bien du chemin à parcourir pour que la petite ou moyenne entreprise puisse survivre aux hommes qui l'ont fondée" (p. 55).

(23) Que l'on pense aux métaphores galantes qui viennent spontanément sous la plume des journalistes : "prétendants" à telle reprise (Le Figaro, 20 mai 1987, p. 20), "marieurs d'entreprises", voire "entremetteurs pour capitaux" (Le Monde Affaires, 28 mai 1988, p. 8). Mais il y a mieux : "les entreprises aussi auront leur nuit des césars. Présidée par A. Madelin, et retransmise sur TF1, elle aura lieu le 30 novembre". (Le Figaro, 3 novembre 1987, p. 20).

ment le fait. C'est donc la première parenté du héros avec la loi, une affinité épistémologique. En second lieu, l'individu témoigne d'une belle générosité : son talent pour appréhender les emmèlements et les chocs en retour économiques lui sert à conjurer le mauvais sort dont on sait les conséquences désastreuses sur les "petits". Il met ses idées au service de la cohésion sociale, il est bienfaiteur comme la "bona lex", aux vertus pacificatrices. C'est la deuxième parenté, qu'on dira sociologique (24). En troisième et dernier lieu, le héros est décidément promotionnel : il est conscient de son poids et de ses responsabilités médiatiques, il sait que nul chef d'entreprise qui réussit n'est censé ignorer qu'il ne peut rester ignoré. C'est sa troisième parenté -paradoxe, puisque médiatique- avec la loi. Comment s'étonner, après cela, que l'homme dont la presse a fait le paradigme du repreneur soit devenu législateur (25) ? Le juriste a beau savoir que les conditions des reprises ne sont plus les mêmes, il y a des remous médiatiques qui perdurent (26) et prolongent les malentendus. De même, l'économiste a beau souligner l'absurdité des métaphores biologiques et médicales appliquées aux entreprises (27), les journalistes tiennent au rapprochement, qui évoque à la fois les incidences de la prospérité des entreprises sur les conditions de vie de leurs concitoyens, l'importance du temps, ou plutôt de l'urgence, la technicité, déroutante pour le profane, des sciences de gestion, et enfin de puissants mouvements de solidarité. Le redressement d'une entreprise suppose la maîtrise de tant de facteurs qu'une analyse exigeante ne se satisfait pas longtemps du seul charisme personnel. Derrière le guérisseur, on débusque vite l'assistance publique, et, à l'occasion des transfusions de capitaux, le donneur

(24) L'idéalisation peut aller très loin. Ainsi, dans Le Nouvel Observateur, 18/24 avril 1986 : "Bernard Tapie Wonderboy" (p. 64) : "Comment n'a-t-on pas encore compris sa dimension apostolique ? (...) Tapie a construit son empire comme s'il écrivait un nouveau Nouveau Testament (...). Il y a une cohérence des paraboles dans toutes ses entreprises : lumière et mesure". Pour la démythification, on lira Isabelle Musnik, Tapie, les secrets de sa réussite, Paris, Plon, 1986, 261 p. (p. 67/84 : "Les douze recettes pour choisir une entreprise") et Jeanne Villeneuve (op. cit., p. 173 : "Comment tirer parti d'une entreprise en difficulté" ; p. 312/313, l'auteur raconte comment le repreneur au grand coeur mit à profit la "faillite Paccard" : de cela, il n'y eut aucune trace dans les journaux).

(25) Sa plus belle réussite pourrait bien être d'avoir "repris" (à son compte) les formules qui reflétaient tant d'engouement pour ses pareils : "gérer la France comme une entreprise", par exemple (Le Monde, 8 mars 1986, p. 2, titre d'un livre de B. Krief et J. Darmon, chez J.-Cl. Lattès). Le rôle qu'ont pu jouer, dans cette aventure médiatique, les connotations du nom propre n'est pas non plus négligeable : tapi, ange gardien des entreprises, il envoie les difficultés au tapis, et son tapis volant lui permet de se mettre bien au-dessus de la mêlée. Ce n'est peut-être pas un hasard si le dernier jeu à succès (créé en 1987) s'appelle, justement, "Tapis vert".

(26) Tapie n'a plus racheté d'entreprises depuis 1986 : c'est dire que son activité de repreneur s'est déroulée, pour l'essentiel, dans le cadre de la législation de 1967.

(27) Voir Luc V.-A. Marco, Le flux économique des faillites en France (1820-1983). Essai sur la mortalité des entreprises (thèse pour le Doctorat d'Etat ès Sciences économiques présentée à l'Université de Paris I), 1984, 520 p. ; p. 14/17.

universel de subsides. Les entreprises dont le sauvetage devient une "affaire d'Etat", les difficultés au carré (d'entreprises et de régions), c'est une autre aubaine pour les médias.

1.1.2. La collectivité pourvoyeuse : tous pour un

A juxtaposer deux thématiques du sensationnel -d'un côté les ruines brutales, les faillites en chaîne, de l'autre les fortunes fulgurantes, les spéculations thaumaturgiques-, la grande presse encourage dans le public une vision simpliste, pour tout dire ubuesque, des flux économique-financiers. L'Etat draine et redistribue les richesses, on le sait, mais il y a, dans le décalage entre les deux opérations, le nombre des institutions-écrans, l'ignorance générale touchant le budget, de quoi nourrir un fantasme du "trésor" -le double sens est important-, Jarry dirait de "la Chambre à sous". Plus on fait de publicité aux sacrifices économiques consentis au nom de la collectivité, plus on engage à surestimer le potentiel de comblement et à solliciter l'intervention étatique. Jusqu'au raisonnement, tout politique, suivant lequel le pouvoir trouve toujours l'argent qu'il veut trouver.

On rencontrera dans les journaux au moins trois acceptions de la notion de "collectivité", dès lors qu'autour de l'entreprise sont évoqués concurremment le cercle des partenaires et rivaux, la pyramide des institutions de secours et la masse indistincte des contribuables. Lorsque les médias font état des "difficultés", c'est, en général, qu'elles ont atteint l'étape judiciaire, avec la déclaration de cessation des paiements, désignée dans la pratique par le terme "dépôt de bilan". Le sens en est clair : l'entreprise est arrivée au bout de son crédit. Plus que sur les créanciers privés, eux-mêmes entrepreneurs assujettis à l'engrenage des délais et des termes, l'attention se fixe alors sur les partenaires décisifs que sont les banquiers, pour en invoquer l'occulte puissance (28). Il serait inutile d'entrer dans les débats qui mettent en cause la plus ou moins grande "bonne volonté", ou la "responsabilité" des banques en matière de défaillances d'entreprises (29). Mieux vaut souligner et les pressions qu'elles ont subies de la part des pouvoirs publics pour que leur ingérence de fait dans la marche des entreprises ne tourne pas à la prise d'otages économiques, et l'insistance avec laquelle on les prie de se regarder au miroir de l'Allemagne (30). Révélatrice de cette

(28) Voir, par exemple Le Nouvel Observateur, 23/29 mars 1989, p. 67/69, "Antoine Bernheim, l'homme qui les fait rois".

(29) Un seul exemple : Que choisir ?, mars 1989, p. 8/9, rapporte qu'une entreprise de prêt-à-porter a été ruinée par la technique bancaire des "dates de valeur".

(30) Le Monde, 28 mars 1989, p. 13 : "Quand les banquiers deviennent actionnaires" : idem, 23 mai 1989, p. 31 : (Allemagne) "Les banques gardiennes des firmes" et Le Monde Affaires, 27 mai 1989, p. 8 : "Banques : entreprises sous tutelle".

évolution, l'offensive médiatique des banques s'est réorientée en termes de dynamisme managérial : "gagner", ce n'est plus tant gagner de l'argent que gagner la bataille économique, ou un tournoi de tennis (31). On voit comment la solidarité, si délicate à obtenir, entre créanciers et débiteurs fait déboucher sur les équilibres subtils de l'"économie mixte". En même temps que le plus important employeur, l'Etat est, à double titre, le plus gros créancier : à cause des sommes pour lesquelles ses services peuvent consentir des moratoires, et à cause des directives qu'il est à même de donner aux organismes de crédit. La crise économique a rendu banales ces interventions "exemplaires". Faire savoir que chaque "canard boiteux" pouvait se métamorphoser en cheval de Troie pour repreneurs et investisseurs étrangers, c'était justifier les redressements complaisants ; mais c'était aussi préparer le terrain informationnel en faveur de la nouvelle législation, qui veut faire apparaître le tribunal comme un tuteur, et non un tueur d'entreprises. Les solutions judiciaires échappent largement au compte rendu journalistique : aussi les controverses prennent-elles plutôt naissance lorsque les libéralités étatiques paraissent exorbitantes. Dénoncer les "chasseurs de primes" (32) revient fréquemment à laisser entendre que leurs dupes-complices sont des chasseurs de voix (33). Quant à l'ensemble des contribuables, il est touché, sans toujours s'en douter, par la perversion de la procédure de liquidation judiciaire, que certains chefs d'entreprises utilisent comme stratégie de gestion pour se débarrasser à bon compte de leurs créances (34). Certes, le retourne-

(31) Voir les derniers slogans de la BNP.

(32) Le Monde, 27/28 juillet 1986, p. 1 et 16 (c'est à propos des chantiers de la Normed que nous avons trouvé par deux fois, mais sous la plume du même journaliste, les seules références juridiques précises : ici, une allusion à "l'article 83 de la loi du 15 janvier 1985 sur les entreprises en difficulté" et, dans Le Monde des 7/8 juin 1987, la citation, en note, de "l'article 42 de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises").

(33) Citons deux exemples : Le Monde Affaires, 2 juillet 1988, p. 3 : "La Chapelle Darblay : chantage au dépôt de bilan" ; Pinault, qui évince Cascades, "passe pour avoir été prodigue dans la campagne électorale". Le Monde, 22 avril 1987, p. 36 : "La sauvegarde de l'emploi et les risques", et Le Figaro, 21 mai 1987, p. 8 : "Comment une banale faillite peut-elle devenir une affaire politique ?" : il s'agit de la faillite frauduleuse de la C.I.P.A., dans laquelle le député P.S. Christian Pierret se trouve impliqué. L'article du Monde signale que le député est un ami de B. Tapie, qu'il a créé une société destinée à être une "maternité d'entreprises", qu'il s'est entouré de deux repreneurs, que la C.I.P.A. a eu trop largement recours aux dispositions de la loi Dailly, et qu'elle aurait servi à financer les sept mille cartes de vœux 1985 du député : "on s'étonne du laxisme des banques" qui ont doublé le crédit entre 1984 et 1986, et auraient effectué, pour le compte de l'entreprise, des transferts suspects en Suisse et aux U.S.A.

(34) Le Nouvel Observateur, 19/25 juin 1987, p. 47/52 : "Faillites : l'ardoise-société". "Déposer son bilan peut être aussi une forme de management" : cela s'appelle "la politique de l'ardoise". "On ne demande pas aux repreneurs à la Tapie de payer les ardoises, mais de sauver un maximum d'emplois. Tel était l'un des objectifs de la loi promulguée (sic) le 25 janvier 1985 par R. Badinter, alors Garde des Sceaux du

ment est ironique, qui oblige à dénoncer des pilliers de richesses dans les prétendus créateurs de la prospérité : l'enfer économique est pavé des meilleures intentions législatives, car l'octroi de subventions n'empêche pas que soit sournoisement subtilisé un argent qui aurait dû précisément irriguer les circuits de la solidarité nationale. D'autres trouvent si suspecte la sollicitude gouvernementale à l'égard des entreprises en difficulté qu'ils n'hésitent pas à la taxer de machiavélisme, de nationalisation rampante : ils voient dans les abus le contrecoup d'un interventionnisme mal tempéré et préconisent quelques mesures susceptibles d'assainir, à la base, les échanges économique-financiers (35). Cependant, la polémique sur les nationalisations se prolonge en remarques incisives sur "les désarrois de l'Etat-actionnaire" (36) ou en considérations ombrageuses sur les finalités véritables d'un système fiscal "qui incite les entreprises à conserver leurs profits plutôt que de les distribuer aux actionnaires" (37).

En revanche, même si l'on peut observer, dans la nouvelle législation sur les entreprises en difficulté, un souci incontestable de distribuer plus judicieusement les "deniers publics" en s'adaptant à la logique des affaires, c'est-à-dire en donnant de l'argent sous forme de temps, même si juristes et chefs d'entreprise sont assez rompus à évaluer la force des répités pour ne pas s'y tromper, il n'y a rien là de spectaculaire qui justifie une médiatisation autre qu'allusive. En effet, outre que le temps, fût-il celui des affaires, se prête moins que l'argent à la mise en scène, il s'y prêtera d'autant mieux qu'on pourra le montrer

Gouvernement Fabius (...). Quels que soient les gouvernements, le système de l'ardoise-société peut durer (...). Le système français favorise les gens malhonnêtes". (35) *Le Monde*, 31 août 1988, p. 29 : "La traite des P.M.I.", René Mayer, président d'honneur de la Compagnie Boussac-Saint Frères, expose les retombées nocives du système dit du "crédit fournisseur" sur les entreprises (faillites, et faillites en chaîne, manque de fonds propres, entraves à l'investissement sur le long terme et à la compétitivité), le tissu industriel (anémié, impuissant à se régénérer) et l'économie en général (le paiement par traite alimente l'inflation, en accroissant la masse monétaire sans créer de richesses correspondantes). "Les bénéfiques que trouvent les banques à ces lenteurs et ces difficultés contribuent à conforter le système", et "certains acteurs économiques ont fondé leur prospérité sur l'exploitation systématique de ce mécanisme" (exemple des repreneurs Willot) : quant à "la puissance publique", "les notions de délais et de trésorerie lui sont parfaitement étrangères". Plus qu'en multipliant les "aides morcelées, consommatrices de démarches administratives, (...) le législateur serait dans son rôle en fixant les règles du jeu de telle manière que (...) la distribution (ne puisse plus) épuiser l'industrie. Pour atteindre ce résultat, il faut s'inspirer du droit commercial allemand".

(36) *Le Monde*, 5 avril 1989, p. 1 et 41 : les entreprises nationalisées souffrent de ce que leur personnel dirigeant semble trop dépendant des alternances purement politiques. Du coup, "l'Etat doit être plus capitaliste que les capitalistes pour être un actionnaire légitime".

(37) *Idem*, p. 2 (article de Claude Herteux, Président du groupe Auguste-Thouard) : "la véritable question est de savoir si derrière cela ne se cache pas le spectre de l'économie mixte, d'un système où l'Etat collecterait, gèrerait, dirigerait, distribuerait l'épargne des Français au lieu de la laisser s'orienter librement".

comme un mystère d'accélération, voire d'anticipation (38), et d'autant moins bien qu'il apparaîtra comme ce temps raisonnable et démultiplié qui est celui des procédures, des moratoires et des délais légaux. Les médias n'hésitent pas à solliciter l'attention du public pour des écroulements ou des résurrections d'entreprises, des batailles boursières ou des règlements de comptes, même juridiques, entre dirigeants. Il en va tout autrement dans le cas d'un plan de continuation ou de cession : la maîtrise méthodique du court et du moyen terme, la succession de paliers organisée par la loi sont trop réfractaires à une traduction simultanée en "nouvelles" pour pouvoir s'imposer dans les fastes journalistiques. Peut-être s'étonnera-t-on moins que les "Moïses des entreprises en difficulté" (39) aient fait oublier les Tables de la Loi, si l'on mesure ce qu'avait d'inattendu, pour commencer, un succès d'une telle ampleur, qui reste exceptionnel dans le domaine de la vulgarisation économique. Probablement, l'activité de repreneur, dont la grande presse rendait compte en termes d'opportunités et de rencontres, et qu'elle félicitait de réaliser une certaine cohérence à partir du fragmentaire et du disparate, présentait-elle assez d'affinités superficielles avec son propre style d'information, tout en mouchetures, pour favoriser une rencontre quasiment spéculaire.

1.2. Une fantasmagorie à deux visages

Tout se passe comme si les médias avaient choisi d'isoler, dans le mot "entreprise", sa deuxième moitié, pour la décliner inlassablement : reprises, bien sûr, prises (par les raiders), voire intra-prises (40), autant de surprises qui attestent l'emprise de l'entreprise sur l'économie. Mais faut-il ajouter : sur la loi, autant de méprises ? On ne saurait se prononcer sans avoir parcouru un autre versant du reportage économique, celui qui fait état de rendez-vous manqués avec la providence, d'accrocs irréparables, de reprises ratées.

(38) D'où la séduction exercée sur les imaginations par les "golden boys" (Le Nouvel Observateur, 19/25 sept. 1986, p. 63, "Les louveteaux de Wall Street"), ou des spéculateurs encore plus précoces (idem, 14/20 août 1987, p. 44/45 : "Les petits monstres de la finance : ils ont moins de quinze ans, jouent en Bourse, créent des entreprises, gagnent de l'argent et... n'en prêtent pas à leurs amis"). D'où la complaisance à gloser la passion des hommes d'affaires pour les bolides (terrestres, aériens ou nautiques) : c'est une synecdoque efficace de leur activité, ou du moins de l'idée qu'on est communément invité à s'en faire. Est-il indifférent, de surcroît, que le terme "reprise", dans le langage des automobilistes, désigne la capacité d'accélération ?

(39) Un des nombreux surnoms de B. Tapie.

(40) Le Monde, 14 mai 1986, p. 21 : "La première école française d'intrapreneurs. Des entreprises dans l'entreprise".

Car le déballage en vrac de l'actualité, à peine passé par le crible typographique -gros titres ou entrefilets-, présente l'avantage d'ouvrir brusquement, sur les difficultés des entreprises, quelques "vues de souffrance" susceptibles de contrebalancer les simplifications réconfortantes. Que l'information brute vienne obscurcir la lumière de clignotants réputés infaillibles, ou que le Tribunal de Commerce se révèle une antichambre des Assises, il y a de quoi concevoir que les affaires puissent n'être pas toujours que les affaires. Qu'on n'attende pas pour autant une élucidation sérieuse des tenants et des aboutissants juridiques : les médias renchérissent sur l'opacité qu'ils dénoncent (41). Mythification à rebours, qui troque la fascination contre une inquisition non moins génératrice de fantasmagories. A suivre la presse, les entreprises redressées n'ont pas (ou plus) d'histoire(s), mais les entreprises perdues n'offrent qu'une chronique indéchiffrable. Si un tel parti-pris favorise la mention des lois, c'est dans la mesure où le besoin de Droit s'exaspère devant les dérobades du fait, quand se trahissent, pour être allés trop loin, les "jeux de sociétés" (42).

1.2.1. Voyants rouges, voyants verts : daltonisme comptable

Dire "parlez chiffres" (43) en escomptant un gain de transparence relève d'une illusion réaliste que les pamphlets sur les "comptes fantastiques" ne dissipent jamais complètement. Il n'est, pour en juger, que de constater l'étonnement scandalisé des médias quand il faut se rendre à l'évidence : les erreurs de calcul se calculent, on oublie de consolider les comptes par trop chancelants, la soustraction de chiffres décèle d'ordinaire le chiffre de la soustraction frauduleuse. Pour les entreprises en difficulté, dont la comptabilité se trouve consciencieusement et presque publiquement épluchée, les chiffres ne "parlent d'eux-mêmes" que si, par la grâce d'un repeneur et les coups de pouce des pouvoirs publics, le bilan redevient positif assez vite. Qu'en revanche des complications surgissent, et l'on plonge dans les abîmes de comptabilités à double ou triple fond, que la loi

(41) M. Mouillaud et J.-F. Tétu, op. cit., p. 30/32 : "L'Événement médiatique : un secret ?" "Il en irait ici d'une stratégie médiatique qui injecte de la plus-value à l'information en faisant reculer l'événement dans un fond de ténèbres". Au total, "on peut se demander (...) si l'information n'a pas intérêt au retrait systématique du sens".

(42) Le jeu de mots se trouve dans Le Point, 8/14 décembre 1986, p. 102.

(43) C'est ce que porte un écriteau fixé au mur de la pièce où se tiennent les dactylos, dans le film Topaze (1950). Allusion plaisante non seulement à la règle "time is money", mais aussi à la vénalité du maître des lieux.

s'épuise à contrôler et que, pour une part, elle suscite (44). Le nuancier perpétuel de la presse nous fournira quatre illustrations de ces dégringolades juridiques dans les chiffrages dérobés.

On trouve la forme la plus extrême du décalage possible entre une comptabilité et sa prise en compte juridique dans le cas de ce que les inspecteurs du travail nomment joliment les "entreprises-lucioles" (45) : créations et disparitions-éclair, insaisissables par l'administration. Ces virtuoses des délais anticipent les "difficultés" de la manière la plus radicale, en tablant, pour la durée même de leur existence, sur l'intervalle entre le "feu vert" qu'on leur donne et le passage de leurs comptes au "rouge". Les chiffres-fantômes parleront trop tard, et les profits qu'ils permettent laissent la loi bouche bée.

Le mode est aux auscultations de l'entreprise, qui pourtant ne garantissent pas toujours contre les amères surprises : certains, qui veulent bien "reprendre", ne tolèrent pas que l'audit les ait fait se méprendre, et donnent à leur déconvenue un large retentissement médiatique (46). Non sans arrière-pensées : un chef d'entreprise qui bénéficie, dans sa région, d'une réputation de créateur d'emplois est assuré que son opération de reprise sera favorablement créditée par l'opinion. Surtout quand le conflit l'oppose à un établissement volontiers visé par les procès d'intention. Les journaux se sont considérablement amusés à relater l'aventure du Breton mené en bateau. La banque, pour finir, a évité l'écueil, et les partenaires naviguent de conserve. Il est clair que la médiatisation a pesé d'un bon poids dans la conclusion d'un arrangement à l'amiable. Un journaliste n'a pas été dupe de ces éclaboussures délibérées, quand il s'est étonné du

(44) A cause des interactions, souvent déplorées, entre les principes du système comptable et les règles fiscales (voir, dans Les Echos, 19 déc. 1988, p. 14, le compte rendu des Vèmes assises nationales du Commissariat aux comptes). Il faudrait faire intervenir aussi des considérations sur la réglementation boursière, qui, par ricochet, peut favoriser "le bluff du chiffre d'affaires pour le chiffre d'affaires" ou la tyrannie de "la publication des comptes trimestriels" (Le Monde, 18 avril 1989, p. 40, "Chronique de Paul Fabra : Réalité et bluff de l'entreprise").

(45) Le Monde Affaires, 26 mars 1988, p. 6.

(46) Y. Rocher, le Monsieur Madeleine de La Gacilly, accuse la Banexi, filiale de la B.N.P., de l'avoir trompé sur la situation de l'entreprise "Petit-Bateau", qu'il a rachetée un an plus tôt, et demande à la banque de lui fournir les moyens de son plan de redressement. L'affaire a été suivie dans Le Monde du 27 janvier au 16 mars 1989. (Le Monde, 27 janvier, p. 30 : "Le sauvetage de Petit-Bateau. Y. Rocher en guerre contre la B.N.P." ; 1er février, p. 43 : "Dans l'affaire B.N.P. - Y. Rocher, Petit-Bateau pris en otage" ; 22 février, p. 31 : "Le redressement de Petit-Bateau : M.Y. Rocher lance un ultimatum à la B.N.P." ; 23 février, p. 30 : "L'affaire Petit-Bateau : la B.N.P. rompt ses relations avec M. Yves Rocher" ; 24 février, p. 30 : "Imbroglie juridico-financier : le redressement de Petit-Bateau menacé par la querelle entre M. Rocher et la B.N.P." (on insiste sur les 1.200 emplois menacés, à l'usine de Troyes) ; 15 mars, p. 42 : "Accord B.N.P. - Y. Rocher pour Petit-Bateau" ; 16 mars, p. 41 : "Réconciliation autour d'un plan de redressement" ; il est question d'effectuer des suppressions d'emplois, mais on n'en aura plus de nouvelles).

silence gardé par les commissaires aux comptes (47). Et de fait, le désaccord sur les chiffres du bilan a bien vite cédé la place à la discussion des prêts participatifs. Les chiffres-écrans ont-ils des jambes ?

A force de voir les banques impliquées, pour le meilleur ou pour le pire, dans les redressements et les reprises, à force de les voir mettre en chiffres, puisque c'est leur spécialité, les difficultés des entreprises, c'est avec une stupeur compliquée de rancœur que le public apprend leurs déclarations de cessation des paiements. En l'espace de deux années, les défaillances de trois banques privées libanaises (48) ont ravivé le débat touchant la garantie des dépôts et la question de savoir si une banque est une entreprise comme une autre (49). Les journalistes ont d'autant plus facilement compati au manque d'information du public que les plus scrupuleux ont avoué la perplexité dans laquelle les plongeait la décision de mettre en redressement judiciaire deux de ces établissements (50). Cette initiative pourrait bien s'avérer riche de signification : en affirmant sans équivoque la volonté de traiter la banque comme une entreprise -fût-ce pour lui permettre de bénéficier d'un répit et de l'éventualité d'une reprise-, elle s'inscrit dans une évolution de grande ampleur, au terme de laquelle les établissements bancaires devront accroître la qualité de la garantie procurée par le capital, sous peine d'être défavorisés face à la concurrence internationale (51). La législation sur les entreprises

(47) L'Express, 10/16 mars 1989, p. 49 : "Règlements de comptes : les mystères de Petit-Bateau". Le 4 mars, Y. Rocher a organisé un défilé à Vannes, où se sont rendues dix mille personnes (photo).

(48) Le Monde, 11 mai 1989, p. 26 : "Nouveau dépôt de bilan d'une banque libanaise".

(49) L'affaire a été lancée à propos de la B.P.P. (Banque de Participations et de Placements) par un article virulent de Guy Sorman dans le Figaro-Magazine (11 mars 1989, p. 138 : "L'Etat ferme une banque privée : deux mille clients en otages ?") : il accuse le gouvernement d'être de "mauvaise foi" et de chercher à détourner le public des banques privées vers les seules banques nationalisées. Le Point (13/19 mars 1989, p. 72) enchaînait : "Faillite bancaire : clients piégés" ; "les Français apprennent que leur banque, comme toute autre entreprise soumise à la loi du marché, pouvait déposer son bilan. (...) L'Etat, pensait-on, n'est-il pas derrière les banques, et probablement garant ? Le réveil est brutal". Et de signaler à quel point les petites banques privées risquent de souffrir du climat d'inquiétude engendré à cette occasion. Voir enfin Le Monde Affaires, 8 avril 1989, p. 8 : "La faillite, nous voilà !".

(50) Le Monde, 18 mars 1989, p. 30 : "Après avoir déposé son bilan, la B.P.P. est mise en redressement judiciaire". La loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises bénéficie d'un bref rappel, puis la journaliste signale que "le cas se complique, dans la mesure où il s'agit d'une entreprise relevant à la fois du droit commun des sociétés et de la réglementation bancaire", de sorte que "s'il y a solution de reprise, la décision ultime n'appartiendra pas au Tribunal de Commerce, mais (...) au Comité des établissements de crédit, qui accordera ou non un nouvel agrément". Le tribunal est revenu, ce faisant, sur la décision de la Commission bancaire, qui avait déjà nommé un liquidateur.

(51) Le Monde, 6 juin 1989, p. 37 : "Banques, la fin des illusions". A propos de la réglementation nouvelle décidée par la Banque des règlements internationaux, le

en difficulté s'est révélée, de ce fait, un instrument précieux susceptible d'assurer en douceur la transition.

Il est plaisant, pour finir, de voir l'Etat forcé d'enrayer la contagion de générosité que l'engouement entrepreneurial, rencontrant les ivresses de la décentralisation, avait provoquée au sein des collectivités locales, imprudentes au point de mettre leurs finances en péril et leurs concitoyens à contribution excessive (52). Revers de l'hymne à la manne étatique : quand des difficultés à répétition ne justifient plus une sollicitude risquée (53), ou quand les comptes abusifs ont trop ridiculement abusé les comptables (54). Sans doute ne faut-il pas sous-estimer l'importance de telles dénonciations (55) dans l'affinement progressif des interventions publiques en matière économique. Ne serait-ce qu'en raison des effets pernicieux qu'engendrent, pour finir, ces impasses chiffrées : l'imprévoyance allègue l'imprévisibilité. Déroutés par les messages des voyants économiques, les chefs d'entreprises tendraient à se fier plutôt aux ... voyantes (56). On s'est plu à dire qu'"une entreprise, c'est une liturgie, un dogme et un chantre" (57) ; d'aucuns y introduisent aussi les prophètes. Mais, dans ce culte occulte, la loi n'entend pas jouer le rôle de l'eau bénite de cour.

journaliste évoque les "mauvaises habitudes" des Français qui, au contraire des Américains, attendent du contribuable, par l'intermédiaire des organismes institutionnels, le financement des défaillances bancaires. Il évoque l'affaire des trois banques libanaises, et montre comment, d'un cas à l'autre, les pouvoirs publics se sont acheminés vers des solutions qui, à terme, devraient favoriser une prise de conscience et, notamment, l'élargissement d'une technique éprouvée outre-Atlantique : la titrisation.

(52) *Le Monde*, 23 mai 1987, p. 29 : "Modification des lois de décentralisation : les communes ne pourront plus aider les entreprises en difficulté". Le nombre des défaillances oblige les communes qui avaient garanti les emprunts contractés par les entreprises à déboursier tant d'argent qu'elles sont obligées d'augmenter les impôts locaux.

(53) *Le Monde*, 19 août 1987, p. 17 : "L'implication des communes dans le sauvetage des entreprises. Du dépôt de bilan des porcelaines Giraud à la crise municipale". Pour un plan de redressement, l'entreprise, qui en est à son troisième dépôt de bilan -après l'échec (ou le sabotage ?) d'une reprise par un groupe américain-, a sollicité vainement la caution financière des sept communes formant le bassin d'emploi. Finalement, le maire socialiste a démissionné à la suite d'un conflit avec les ouvriers qui occupent l'usine, et déclare qu'"il n'appartient pas à une municipalité d'intervenir dans une affaire privée". Le journaliste, soucieux de justifier l'attention portée à ce dossier, n'a pas craint d'entrer dans quelques détails législatifs.

(54) *Le Monde*, 26 janvier 1989, p. 39 : "Faillite "exemplaire" près de Longwy".

(55) A propos de cette défaillance, le journaliste prend soin de préciser que la société Tecniméca-Europe avait bénéficié d'aides publiques considérables, et qu'elle avait effectué des dépenses superflues en mobilier de bureau. Suit une note indignée : "Cette affaire soulève à nouveau une question essentielle : comment les autorités publiques (...) et les collectivités locales établissent-elles leurs critères pour accorder ou refuser des primes, donc l'argent des contribuables, à des entreprises qui s'installent dans des régions en difficulté ?".

(56) *Le Nouvel Observateur*, 13/19 mars 1987, p. 60/64 : (U.S.A.) "L'irrationnel au secours de l'entreprise", ou *Le Point*, 15 février 1988, p. 80 : "Wall Street, la voyante à la cote" supputent les risques de voir s'implanter en France de telles pratiques.

(57) Pierre Sautet, ex-patron d'Air-France, cité dans *Le Point*, 17 avril 1989, p. 165.

1.2.2. Des contes bleus aux romans noirs : le miroitement infra-rationnel

Bien qu'elle ait contribué à "dépénaliser" les défaillances d'entreprises, la nouvelle législation se rencontre souvent, au détour des scandales, dans un contexte très classiquement judiciaire, qu'il s'agisse à proprement parler de criminalité d'affaires ou que la passion entrepreneuriale débouche sur des peines imprévisibles. Alors, c'en est fait du pays des merveilles économiques, le chef d'entreprise est toujours un héros, mais capable d'exploits bons ou mauvais, et la presse redécouvre les deux faces du "facinus" latin. Au surplus, elle contribue à élaborer une vision pyramidale et contrastée du monde économique : en haut, le milieu des seigneurs de la finance et de la production, qui échangent, achètent, se dévorent, sans aller presque jamais tête basse au Tribunal ; en bas, celui des petits et des moyens, aux prises avec les banques, le fisc, les salariés, et les gros. Les premiers sont réputés tirer parti avec cynisme de lois qu'ils connaissent à fond - en général parce qu'ils peuvent s'en offrir les plus fins interprètes (58) - et le récit de leurs "difficultés" laisse volontiers disparaître, en fonction du ressentiment exprimé, les convictions des commentateurs. Les seconds, en revanche, suscitent unanimement une sympathie teintée de compassion, et leurs actes de désespoir répréhensibles sont même quelquefois attribués à la méconnaissance des dispositions légales dont ils pouvaient espérer le secours. Quoi qu'il en soit, c'est la capacité de l'anecdote à s'ancrer dans l'imagination du public qui commande le développement et le nombre plus ou moins grand des articles consacrés à telle ou telle affaire : les journalistes détectent infailliblement, dans les faits divers, ceux que leur charge symbolique voue à l'exemplarité et, derrière l'anodin quotidien, la polysémie conductrice de "l'insignifiant profond" (59).

Nous nous contenterons, pour illustrer la première catégorie de contrevenants, d'évoquer l'"affaire Chaumet", dont les copieux rebondissements tinrent les médias en haleine pendant huit mois (60).

(58) Ainsi, Le Nouvel Observateur, 29 juillet/4 août 1988, p. 42, à propos de la reprise d'Isoroy par François Pinault, dans le courant de l'été 1987, mentionne-t-il l'aide décisive de "Gilbert Silberman, l'un des avocats de la place qui utilise le mieux la loi sur le redressement judiciaire, ou plutôt qui a compris qu'elle était pratiquement inapplicable, et que seule la pratique comptait". Le Point, 5/11 juin 1989, dans un article relatif à "Bernard Arnault le conquistador" (p. 90/93), rapporte un mot provocateur de "son éminence grise" Pierre Godé : "Le Droit n'est qu'une petite technique pour aller de l'avant".

(59) La formule est de Michèle Le Doeuff (voir L'étude et le rouet, Paris, Seuil, 1989, 379 p. : p. 108), qui rapporte l'invention du concept à Simone de Beauvoir.

(60) Il n'est pas question de procéder ici à une recension complète. Le cas du journal Le Monde fournira un échantillon éloquent : entre le 15 mai et le 15 décembre 1987,

Une entreprise-vitrine du commerce de luxe national (61), un produit propice aux rêveries sur le revenu (62), un "trou" invraisemblable (63), des implications politiques (64), médiatiques même, puisque *Le Monde* fut menacé de poursuites, enfin des cascades de malversations, les unes prouvées (65), les autres trop aisément présumables (66), tout était réuni, dans ce feuilleton sulfureux (67), pour justifier un défilé de précisions touchant aussi bien des dispositions fiscales, bancaires, cambiales et douanières que la loi sur le redressement judiciaire (68). Même les professionnels des entreprises en difficulté ont pu disposer là d'une tribune inespérée (69). Les "sensibilités" qui se partagent les

on ne compte pas moins de vingt-et-un articles, dont quatre "à la une". Pour finir, A. Barbanel en fit un livre : L'affaire Chaumet, un dossier sous haute surveillance, Paris, Balland, 1988, 273 p.

(61) Le Figaro insiste tout particulièrement sur cet aspect : voir, par exemple, le 20 mai 1987, p. 20 : "Personne ne souhaite laisser tomber une maison qui incarne le luxe et le prestige français". Une référence à l'art teintée de sentimentalisme achève de gommer les réalités commerciales : "C'est dans les salons à lambris du premier étage, sous le portrait de Marie-Louise, qu'est mort Frédéric Chopin".

(62) Les journalistes ont multiplié les titres alléchants : Le Monde, 20 mai 1987, p. 1 et 12 : "Les lourds secrets du diamant" ; Le Point, 29 juin/5 juillet 1987, p. 67 : "Affaire Chaumet : un krach d'orfèvre" ; idem, 6/12 juillet : "Le jeu de piste des diamants".

(63) Dans son jugement du 11 juin 1987, le Tribunal de Commerce de Paris évalue provisoirement l'insuffisance d'actif à plus de 300 millions de francs ; le 10 juillet, il arrête le plan de cession, en donnant la préférence au Groupe Invest Corp (voir Le Monde, 12/13 juillet, p. 7), mais le 5 octobre, ce plan est modifié, en faveur du repreneur, parce que de nouveaux éléments de passif ont été mis au jour, preuve que le juge-commissaire n'a pas été mieux informé que les banquiers (voir Le Monde, 5 juin, p. 44). Il semblerait qu'au total le passif s'élève à deux milliards de francs.

(64) Le Canard Enchaîné du 27 mai, p. 3, sous le titre : "Les malheurs du petit épargnant Chalandon" affirme que "la déconfiture de Chaumet devient une affaire d'Etat". Voir aussi Le Monde, 28 mai 1987, p. 36 : "Monsieur Chalandon et la faillite de la joaillerie Chaumet" ; "la faillite est-elle en train de devenir une affaire politique ?" ; idem, 18 juin : "La triple dimension de l'affaire Chaumet" ; idem, 14 octobre, p. 1 et 31 "Les étranges explications de Monsieur Chalandon".

(65) Le Point, 22/28 juin, p. 71 : "Pierre et Jacques Chaumet ont cru qu'ils étaient au-dessus des lois" ; idem, 6/12 juillet, p. 71/72 ; on évoque leurs "opérations hors-bilan". Le Monde, 15 décembre, p. 44 : "Les frères Chaumet sont inculpés d'exercice illégal de la profession de banquier".

(66) Le Point, 6/12 juillet, fait état de la rumeur selon laquelle les joailliers auraient établi des "certificats d'expertise de bijoux anciens permettant à de gros contribuables d'échapper à l'impôt sur la fortune".

(67) Le Point, 22/28 juin 1987, p. 72 : "une déconfiture balzacienne" ; idem, 29 juin/5 juillet, p. 67 : "une aventure rocambolesque, digne des effondrements financiers du XIXe siècle contés par Balzac et Zola".

(68) Le Monde, 15 mai 1987, p. 40 : nomination d'un mandataire "ad hoc" ; 22 mai, p. 32 : nomination d'un administrateur judiciaire ; 12 juin, p. 32 : dépôt de bilan (on attend un redressement judiciaire) ; 14/15 juin, p. 16 : ouverture d'une information judiciaire contre les frères Chaumet ; 12/13 juillet : reprise.

(69) Le Monde, 4 juillet 1987, p. 14 : "Les commissaires aux comptes s'expliquent" ; 15 octobre, p. 12 : "Le communiqué de l'administrateur judiciaire" ; 21 octobre : "La chancellerie a imposé une modification du communiqué de l'administrateur judiciaire" ; 22 octobre, p. 10 : "Comment l'administrateur judiciaire a informé Le Monde des modifications subies par son communiqué" ; 23 octobre, p. 11 : "Une lettre des avocats des joailliers".

organes de presse déterminent des réactions globales opposées à ce tapage judiciaire : ici, l'on déplore, au nom du tort causé au prestige français, l'impatience des créanciers qui ont ruiné les chances de négociations plus discrètes (70), là on se félicite du jour assez cru que le passage devant le Tribunal a jeté sur l'indulgence des pouvoirs publics vis-à-vis de cette entreprise (71) et, plus largement, sur les alibis d'illégalité que fournissent l'éclat d'un nom et le style feutré du commerce de luxe (72). Pour couronner l'affaire, c'est devant le Parlement que l'imbroglio politico-financier a trouvé un digne épilogue, avec le débat sur "le droit d'être riche" (73). Quant à la haute personnalité impliquée dans le scandale, on la retrouve curieusement liée, trois fois de suite, et dans des conditions fort différentes, à la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises : le Garde des Sceaux avait envisagé de réformer la loi (74) avant d'être dénoncé comme client de Chaumet ; voici que l'ancien ministre, devenu repreneur, trouve la législation finalement assez commode (75).

Lorsque les petits patrons se mettent à aimer trop bruyamment leur entreprise, la presse ne manque pas de mettre

(70) Le Point, 6/12 juillet, p. 71/72, stigmatise "le brutal principe financier américain" qui a poussé les banques créancières à faire saisir les meubles des Chaumet à Neuilly.

(71) Le Monde, 23 juin 1987, p. 1 et 10 : "La loi du silence" ; la joaillerie a bénéficié d'"une sollicitude d'ordinaire refusée aux patrons des P.M.E. en déroute" ; dès la fin de 1986, "on aurait pu mettre le holà" ; idem, 28 octobre, p. 10 ; "Une banqueroute sans équivalent : l'autre mystère Chaumet" ; "pourquoi la joaillerie a-t-elle été aidée en 1987 jusqu'à l'impossible ?". L'enterrement du dossier douanier, en janvier 1987, suscite bien des conjectures.

(72) Nom prestigieux, certes, mais qui, à l'heure de la banqueroute, se prêtait particulièrement bien aux sarcasmes antiphrastiques, même incomplètement formulés : ironie de la chaumière Place Vendôme, provocation que ces diamants à rentes pour tant de chômeurs des houillères, comique enfin de ce chaland ministre, résidant juste en face, et deuxième victime notable, en France, de pierres décidément maléfiques.

(73) Le Monde 23 octobre, p. 11 : "Les suites de l'affaire Chaumet. A l'Assemblée nationale : le droit d'être riche".

(74) Le Monde, 2 août 1986, p. 25 : "M. Chalandon veut réformer la loi de 1985 sur les entreprises en difficulté" ; fort de "son expérience passée de banquier", le ministre critique cette "loi complexe et d'un maniement peu facile", qui "conduit les juges consulaires à aller plus rapidement aux formules de liquidation judiciaire qu'à celles de redressement", et "va nous valoir cent mille chômeurs de plus cette année". Voir aussi Le Figaro, 13 mai 1987, p. 20 : "Entreprises en difficulté : amender la réforme".

(75) Le Monde Affaires, 29 avril 1989, p. 7 : "Chalandon revient aux affaires" ; après avoir repris en location-gérance Pénicaud, près de Saint-Quentin, une société qui en est à son deuxième dépôt de bilan, "l'ancien patron d'Elf-Aquitaine compte reprendre prochainement deux autres entreprises textiles en difficulté" pour constituer un groupe et il déclare avec satisfaction que ce sera "avec un ticket d'entrée bon marché". Le comité d'entreprise n'est pas moins ravi "car A. Chalandon porte ses atouts dans son nom. Vis-à-vis des fournisseurs, il représente un crédit". "Saint Vincent de Paul ou Bernard Tapie du textile ?" demande plaisamment le journaliste ; un autre (L'Événement du jeudi, 16/22 mars 1989, p. 40 : "La question") s'inquiétait avec malice : "Albin Chalandon, qui vient de se porter candidat au rachat d'un groupe textile, a-t-il enfin récupéré les bijoux de famille que sa femme avait confiés en garde à la maison Chaumet ?".

en relation tels scandales délibérés (76) ou tels attentats criminels (77) avec l'angoisse du dépôt de bilan ou l'amertume qui s'en est suivie. On peut glaner une curieuse série de "fantasmagories juridiques" (78) au hasard des éphémérides journalistiques : le corps de lois n'y est pas toujours confiné dans l'emploi de décor. Même au point extrême de la dérive médiatique, le Droit (79)

(76) Le Monde, 6 juin 1986 : "Barricadé dans son usine, un patron "indépendant" en appelle à l'Etat" ; Jean-Claude Ottenwaelter, sous-traitant dans les chemises de haut de gamme, est mis en difficulté à la suite du dépôt de bilan d'une autre entreprise ; il considère que les façonniers devraient faire partie des créanciers privilégiés. Soutenu par ses salariés et le syndicat de l'habillement de la région Midi-Pyrénées, ce "champion de la libre entreprise" affirme vouloir "moraliser" un marché où "certains se mettent du fric plein les poches". Il est prêt à aller en prison et, en attendant, "crie au secours dans un hara-kiri symbolique". Le 13 juin, p. 28, on apprend que l'affaire s'est bien terminée, car "les services techniques de la région et le Tribunal de Commerce n'ont pas été longs à convaincre ce patron que la situation de son entreprise pouvait être redressée".

(77) Le Monde, 27 novembre 1987, p. 30 : "Aux assises de la Vienne, tragédie pour une faillite" ; Pierre Baptiste, un quinquagénaire, tire des coups de fusil, au cours d'une audience du Tribunal de Commerce de Poitiers, sur un avocat-syndic, qui en reste borgne. Cet entrepreneur a été conduit à la liquidation par l'assignation d'un créancier ; or c'est l'avocat de ce créancier qui a été nommé syndic pour régler cette affaire. Il aurait dit à la femme de Baptiste : "Votre mari est fichu, vous devriez divorcer". Et le prévenu a expliqué aux psychiatres que la voix d'un menuisier qui s'était suicidé après une faillite lui avait crié "tire !". Le 28 novembre, p. 11, on nous signale qu'il a fallu initier le jury "aux techniques complexes du Droit commercial", mais qu'à la fin, "ils en savaient plus qu'un étudiant de troisième année de Droit". Autre exemple, dans Le Monde des 18/19 septembre 1988, p. 7 : "Aux assises du Val d'Oise. Le hold-up d'un P.D.G. ou "l'emprunt forcé" de Monsieur Vallet". Cet ancien directeur financier et commercial de Chrysler, qui a voulu monter sa propre entreprise, n'obtient plus de crédit bancaire. Il "braque" successivement trois agences de Caisse d'Epargne pour se procurer des fonds. Dans Le Figaro du 18 septembre 1988, p. 9, sous le titre "Le garagiste pilleur de banques", le journaliste prend parti sans équivoque pour ce "gangster malgré lui", rappelle qu'il a tenté de se suicider quand il s'est vu pris, et cite son avocat : "C'est gênant de juger un honnête homme qui a commis un acte grave. C'est plus facile de juger un garagiste qui vend des épaves !".

(78) La formule est de Jean Carbonnier (voir Flexible Droit, Paris, L.G.D.J. 1983, 368 p. : p. 291).

(79) Qu'on pense, par exemple, à la manière dont la grande presse, et spécialement la presse populaire, a retransmis la nouvelle d'un crime passionnel dont les protagonistes, tous deux juristes, sont passés brutalement du conte de fées à la tragédie. Le Figaro, 2 mars 1989, p. 11 : "Le geste fou de l'homme pressé. Didier Calmels, homme d'affaires, propriétaire d'une écurie de course de F1, a tué sa femme d'un coup de fusil au cours d'une crise de jalousie". Le "jeune P.D.G. en vue", "reprenneur d'entreprises", "plus jeune syndic de France, ami de Bernard Tapie", dirige "un cabinet conseil spécialisé dans la reprise des entreprises en difficulté" : "c'est en même temps un expert-comptable et un bon juriste et fiscaliste qui a trouvé un débouché dans les affaires, tout en nourrissant sa passion du pilotage et du sport mécanique". On explique le crime par "le stress d'un homme finalement trop entreprenant". Avec Paris-Match, 16 mars 1989, p. 54/59, le roman noir prend forme : un historique nous apprend comment "le golden boy de la F1" a "épousé l'avocate de ses rêves" et "vécu son amour comme au volant d'un bolide". Or voici que "ce stratège de la finance, prompt à jauger les situations les plus difficiles" a pour rival heureux "un artiste, dont les victoires ne se mesurent pas en parts de sociétés ni en bilans financiers". L'homme des mécanismes, financiers et automobiles, achoppe sur ce qui n'est pas mécanique, l'amour et l'art. Saisisseur de lois dans son milieu, le voici saisi par les lois dans sa vie privée. La presse sait tirer parti des paradoxes pathétiques : le redresseur d'entreprises s'est montré incapable de redresser sa situation sentimentale,

structure le remodelage fictionnel de l'information. Quoi qu'il en soit, au fur et à mesure que la nouvelle législation s'installe, on perçoit un certain changement de ton dans le compte rendu des procédures. L'humanisation des échecs économiques supportés par les entreprises de taille modeste (80), qui était un des buts explicites du législateur, a trouvé dans les journaux, par le canal de quelques affaires à sensation, un écho largement tributaire de l'affectivité, mais d'autant plus sonore.

1.3. Conclusion : Un héroïsme au petit bonheur

La législation est décidément une piètre héroïne au milieu des grands rôles du répertoire médiatique. Rognée et rabotée dans les pages où se ramasse l'ordinaire de l'économie au jour le jour, elle vole en éclats au fil des shows et des scandales. On la cite au petit bonheur, et, dans le meilleur des cas, on lui sait gré de ne pas trop aigrir les choses, quand le manque d'argent vient défaire le bonheur d'entreprendre. Il reste malgré tout étonnant qu'elle ait à ce point manqué son entrée : sauf, précisément, à avoir pâti de ses beaux atouts médiatiques. Hantise du chômage et entreprophilie (81), c'étaient, sans aucun doute, deux forts chevaux pour haler une loi -mais déjà harassés d'un long cheminement. Le compte rendu d'actualité, qui asservit inlassablement l'information au "surgissement perpétuel d'une différence à l'horizon" (82), s'interdit de familiariser le public avec une matière : il la délaisse vite, de crainte de lasser. En 1986, il eût donc fallu disposer de quelques chevaux de rechange pour éviter à cette législation le contrecoup de la saturation médiatique, l'inertie informationnelle. N'ayant pas vocation à relier explicitement l'ensemble des mécanismes économique-juridiques qu'elle retransmet émiétés, la grande presse ne peut guère appréhender les lois "spéciales", autrement que par leurs entours médiatiques. Les journaux, de surcroît, avaient donné en leur temps une publicité si large aux grands sauvetages d'intérêt national, grands consommateurs de procédures d'exception, que les chances d'attirer l'attention sur l'originalité du nouveau corps de lois se trouvaient singulièrement amoindries. Au bout du compte, c'est parce que la législation venait se couler dans des aspirations générales et déjà rebattues qu'elle a été aussitôt aspirée

l'expert en Droit des affaires n'a pu envisager la sanction juridique de son échec matrimonial.

(80) On trouve clairement exprimée l'idée que le redressement judiciaire est une chance pour une entreprise : ainsi, dans Le Monde Affaires, 8 avril 1989, p. 21 (à propos de l'entreprise Millet).

(81) Le terme est employé dans Le Monde Affaires, 23 mai 1987, p. 31 dans un article intitulé : "L'entreprise, la coqueluche des politiques".

(82) M. Mouillaud et J.-F. Tétu, op. cit., p. 25.

dans la soufflerie médiatique. Comme si, pour une fois, la lettre avait été étouffée par l'esprit.

Mais il faut se garder de confondre ce peu de bonheur dans la diffusion par mentions littérales avec de l'ineffectivité législative. Nous avons déjà souligné quelques incidences ambiguës des stratégies d'information rapide sur la vulgarisation juridique. Rien ne mettait plus sûrement, ici, l'entreprise législative en difficulté médiatique que la nécessité de relier les données économique-juridiques "étroites" aux données "larges", qui en constituent les harmoniques et sans lesquelles les premières restent inaudibles. La législation relative aux difficultés d'entreprise s'imbrique dans un ensemble de mutations socio-économiques serrées de très près par le Droit : remodelage des professions juridiques (83), restructuration des marchés financiers (84), réforme du droit de licenciement (85), redéfinition du rôle des collectivités locales (86), en sont les plus récentes lignes de force. Il y a entre tous ces domaines des intersections constantes, mais insaisissables par la seule technique juridique. Un train de lois peut en cacher bien plus d'un autre, si l'on ne prend pas garde à ce rayonnement diffus qui pourrait s'appeler nomo-activité.

2. SERVITUDES ET GRANDEURS LEGISLATIVES

C'est peu de dire que le monde des affaires ne coïncide pas avec celui du Droit. Peut-être celui-ci est-il concentrique à celui-là, mais peut-être l'inclusion se double-t-elle aussi d'un décentrement. On ne fait pas des affaires pour faire du Droit, ni du Droit pour faire forcément des affaires, même si la compétence juridique s'impose vite en ce domaine. Entre un monde et l'autre, les relations sont aussi tendues qu'étroites. Affaires discutables, lois discutées : les griefs se croisent, ici, manque de

(83) *Le Monde*, 7 avril 1989, p. 28 : "A l'Assemblée nationale. Les députés modifient les conditions d'exercice de certaines professions judiciaires et juridiques".

(84) *Le Monde*, 21 avril 1989, p. 44 : "La réforme de la C.O.B. adoptée par l'Assemblée nationale. Les comités d'entreprise devront être informés des tentatives d'O.P.A.". Le projet de loi relatif "à la sécurité et à la transparence du marché financier" cherche à favoriser la constitution d'actionnariats stables ; plus récemment, devant le Sénat, un amendement Dailly est allé dans le même sens (*Le Monde*, 11/12 juin 1989, p. 19 : "Les sénateurs proposent la fin de l'autocontrôle. La fin des "capitalistes sans capitaux".").

(85) *Le Monde*, 27 mai 1989, p. 8 : "Les députés adoptent le projet de loi sur la prévention du licenciement économique". "Un amendement crée une incitation financière pour les entreprises qui adhèrent à un groupement de prévention agréé, cela afin de renforcer le volet économique du projet de loi consacré au traitement préventif des difficultés des entreprises".

(86) *Le Monde*, 24 mai 1989, p. 8 : "Au conseil des ministres. L'action économique des collectivités territoriales". Le projet de loi relatif à "l'action des collectivités locales en faveur du développement économique local" sera examiné par le Parlement à la session d'automne. Il met en oeuvre une politique d'aide aux entreprises par le développement des sociétés d'économie mixte locales.

rigueur, et là, rigidité excessive. Au monde du Droit, celui des affaires, réputé mouvant, reproche sa relative fixité : on met des bornes, on est borné. Pour être sans grande valeur, l'accusation n'est point sans portée, puisqu'elle recèle l'idée d'un retard historique du Droit sur le fait. Les affaires, c'est au fond ce que l'on a à faire, malgré le devoir-faire indiqué par la morale et le pouvoir-faire établi par le Droit. Les affaires sont la genèse du fait. Ce qui permet de glisser un intervalle dans l'affrontement un peu rapide du Droit et du fait, du défini et du définitif : entre les deux, un accomplissement, le fait se faisant, se défaisant, se refaisant. De telles convulsions ne vont pas sans quelque arythmie. Quoi d'étonnant si le continuum de la pratique heurte son flux aux coudes du canal législatif ?

2.1. La loi distancée ?

La fabrication des lois répond aux interrogations de la vie économique en s'efforçant d'y correspondre, mais au long cours. Dans le cas de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, le problème dépasse très largement tout ce qui a été accumulé depuis 1967, et que l'on peut appeler, si l'on y tient, retard législatif, inadaptation, etc. En réalité, l'arrière-plan du drame d'entreprise survit aux lois ponctuelles, et se superpose à ce que l'on est tenté d'affirmer de leur influence ou de leur nullité. Chaque loi nouvelle endossant, quoi qu'on fasse, quelque chose du passif et de l'actif des lois précédentes, tout à la fois supplantées et prolongées, la question se pose, au sujet de la loi de 1985, de l'évaluation de son insertion culturelle dans l'éternel débat du retard et du rattrapage législatifs. Ce qui ne peut être fait sans une autre évaluation, préalable celle-là, de l'incidence de la culture antérieure sur cette loi même. Ou encore : comment l'esprit vient aux lois.

2.1.1. Le syndrome César Birotteau (87)

Birotteau meurt croqué par les loups de la finance, et honnête. En son temps, cet agneau avait eu la dent dure pour les faillis (88), non certes dans le sens où il se serait enrichi de leurs dépouilles, mais par rigorisme moral. Tout Birotteau est d'ailleurs dans son tic : se hausser sur la pointe des pieds, retomber sur les talons ; monter puis descendre, rechercher la position intenable,

(87) Nous citerons le roman dans l'édition Gallimard de la Comédie humaine (Bibliothèque de La Pléiade, tome V, 1952), sous l'abréviation C.B.P. On consultera avec profit l'article de Y. Guyon : "Une faillite au début du XIXe siècle selon le roman de Balzac César Birotteau", in Mélanges Jauffret 1974, p. 377/391.

(88) C.B.P., p. 468 : "Tous les faillis sont suspects", dit César.

et revenir à la seule assise possible, celle-ci dût-elle emporter un amoindrissement social, à savoir l'assise morale. Parce qu'il croit à la morale des affaires, à l'inverse de Nucingen, pour qui tout se dégrade en "iffires" (89), Birotteau ne sortira pas gras de sa faillite. Il est coulé, mais propre, pour finir lavé et blanchi. Par syndrome Birotteau, nous entendons la conjonction d'une critique désespérée de la loi, d'une impuissance juridique idiopathique, et d'un confinement professionnel plus structurel.

"La loi sur les faillites et sur les déconfitures est à refaire", dit Birotteau (90). Il y a beaucoup de modernité et dans le sentiment grandissant de l'inadéquation du Droit à la réalité marchante du monde marchand, et dans l'insupportable injustice des faillites subies par effet de cascade. D'où deux corollaires : on ne peut toujours se reposer, ainsi qu'avait cru devoir le faire Birotteau au temps de sa prospérité candide, sur des lois établies ; on ne peut renoncer, si grave soit le préjudice, à une enquête étiologique où sont contenus des germes d'excuse. Bref, le drame se noue, dans les deux cas, de façon très psychologique. C'est que le monde du commerce, d'abord médiocre amateur de règlements, puis grand demandeur de justice, tour à tour ou à la fois normophobe et nomophile, ne peut pas ne pas découvrir l'apparente contradiction qui existe entre l'obligatoire valorisation des lois et leur insuffisance inéluctable -deux figures de la nécessité. Il finit alors tôt ou tard par se produire un appel en direction du Droit, même dans les milieux les plus réticents vis-à-vis des réglementations nouvelles. Telle est la condition du juridisme progressiste : le dépassement des lois actuelles s'effectuera par les voies du Droit, et non par les raccourcis d'une pratique a-juridique, anti-juridique dans l'âme sinon bientôt dans le fait. Le boutiquier le sent bien, qui rêve de siéger au Tribunal de Commerce et d'être admis à la Bourse : le commerçant parvenu aussi, qui ambitionne de débattre à la Chambre, voire d'entrer au Cabinet, comme fera Popinot, le gendre de César. Consommateur de législation, consommé par elle au besoin, le commerçant a derrière son comptoir les moyens d'être un jour législateur, pour peu qu'il sache faire naître un arc électrique entre le Code de commerce et les rouleaux d'or. A cette condition, il peut être un critique des lois fécond. Inversement, l'amoindrissement de sa position est aussi l'occasion d'éprouver une impuissance redoublée, celle de la victime des lois qui sent trop combien sa position même de victime lui interdit de saisir le législateur, tant elle a intériorisé la disqualification juridique qui frappe les perdants au jeu -même faussé- de la loi. Le malheur de Birotteau est, au fond, d'avoir dévissé au beau milieu de son ascension législative. Montrant bien

(89) C.B.P., p. 522.

(90) C.B.P., p. 479.

que l'on n'a jamais tant de raisons de critiquer les lois que lorsqu'on n'est plus en mesure de le faire, le roman met à nu cette croix de l'ancienne conception de la faillite : les motifs de se plaindre ne constituent pas un authentique droit à la parole, les mauvais entrepreneurs se plaignent de mauvaises lois. De fait, la faillite en cascade, qui permet de déverser sur autrui l'opprobre de sa propre déconfiture ou de sa filouterie, incite à la déresponsabilisation. Certes, Birotteau est victime simultanément d'une machination spéculative (91) et des dépenses excessives qu'il a consenties pour son fameux bal (92) ; certes, sa faillite intervient dans un contexte économique favorable, avec un outil de travail des plus sains ; certes, on retrouvera 60 % des créances ; tout cela montre assez qu'il s'agit d'une faillite atypique. Mais il n'en demeure pas moins que, même si Birotteau assume intégralement les effets de son imprévoyance ainsi que ceux des sourds méfaits d'autrui, il éprouve fugitivement la sensation d'être le jouet des affaires, emporté par un flot de déterminations malignes propres à éroder peu à peu le sens même des responsabilités commerciales (93).

L'impuissance juridique de Birotteau est conditionnée par ce que Constance, en parlant de la fidélité conjugale de son mari, nomme sa "bêtise" (94), savoir sa probité enfantine. Occasion commode de montrer que la loi engendre simultanément le trop et le pas assez, qu'elle est au fond un élément en soi inerte, outil fort dans les mains fortes. Tout irait bien si cette inertie ne contrevenait grandement à la mobilité du commerce et de l'industrie : ceux-ci s'occupent de la matière, qui n'attend pas, qui suscite une course contre la détérioration, qui donne le perpétuel souci du bon moment (95), de la maturité élémentaire, alors que la loi reste telle qu'on l'a laissée. Ainsi, elle est plus manipulable, elle ne se gâte pas, et son usage habile bénéficie du fait que l'essentiel de l'activité économique est requis par les transformations de la matière. La procédure et la banque peuvent alors travailler de concert à engranger les bénéfiques du commerce et de l'industrie, en les pressurant s'il le faut (96). On rencontrera donc, dans les milieux économiques, des esprits tout pénétrés du respect que leur inspirent les choses du Droit, et d'autres qui

(91) C.B.P., p. 523 : "Une affaire qui commençait à lui paraître ténébreuse" et p. 567 : "Avec un peu d'aide, on s'en serait tiré".

(92) C.B.P., p. 464, Balzac rappelle qu'"un négociant est dans le cas de la banqueroute simple s'il fait des dépenses jugées excessives".

(93) C.B.P., p. 466 : le vieux Ragon le dit bien : "On n'est pas précisément fripon au commencement du désastre, mais on le devient par nécessité".

(94) C.B.P., p. 326.

(95) C.B.P., p. 487 : "En commerce, l'occasion est tout".

(96) C.B.P., p. 540 : "Les événements imprévus sont la vis du pressoir, nous sommes le raisin, et les banquiers sont les tonneaux", dit à Popinot, pour sa gouverne, le vieux Pillerault.

auront tôt compris que l'intemporalité juridique est une vue de l'esprit, juste susceptible d'arrêter la masse des timides, et qu'ainsi il faut jouer de la durée dans les relations que définit le Droit. Telle est la pratique de Du Tillet, qui "prenait son adversaire par le temps" (97). Et c'est bien pour n'avoir pas accordé au facteur temps la place qui lui revenait que Birotteau s'enferme : s'il est vrai que le temps, c'est de l'argent, il faut admettre la réciproque, et l'argent dépensé mal à propos confronte à d'impraticables échéances. Le temps est le domaine commun au Droit et à la finance, ici il s'appelle délais, et là, intérêts. L'infirmité de Birotteau tient dans une incapacité à traiter les lois comme des billets à ordre.

Le confinement professionnel dont pâtit le héros dérive évidemment de ce qui précède. "Tu es parfumeur, sois parfumeur, et non pas revendeur de terrains", lui dit sa femme (98), à quoi fait étrangement écho une parole de Claparon, qui pourrait bien être le mot de la fin : "Il lui arrive ce qui arrivera toujours à ceux qui sortent de leur spécialité" (99). A l'inertie de la loi répond symétriquement une inertie professionnelle relative, la monoculture intensive d'un domaine d'activité, où l'expérience et la renommée compensent partiellement le risque. S'essayant à la spéculation immobilière, Birotteau s'en va maladroitement à l'assaut du capitalisme moderne : c'était assez pour ce villageois que d'avoir régénéré les techniques de vente. Sa faillite est donc aussi celle d'un excursionniste imprudent, attiré au coupe-gorge. Là gît sa responsabilité pleine et entière : un chef d'entreprise n'a pas le droit d'être à ce point gobe-mouches (100), surtout quand la chance a placé à ses côtés une prudente conseillère. Voilà donc une "ubris" qui trouve son prompt châtiment, et Birotteau a, au fond, raison, quand il voit dans la faillite une faute professionnelle. Seulement, il ne tarde pas à y voir autre chose aussi, fatalité et méchanceté mêlées, et c'est ce syncrétisme qui fait problème, jusqu'à nos jours. L'entreprise qui se défait, au moment où elle se désagrège, combine tant de facteurs de perte que la faillite est un agrégat de négativités, une association d'éléments dissociateurs, trop divers, trop indissociablement intriqués pour qu'une absolue condamnation soit toujours à la clé. Le parfumeur s'est évaporé, mais l'homme Birotteau s'est ramassé jusqu'à la rupture d'anévrisme. S'il meurt c'est, paradoxalement, d'avoir pu survivre, fût-ce avec les honneurs, à son émanation commerciale.

Reconnaissons-le, la faillite balzacienne n'est qu'un drame individuel, ou, au pire, familial. C'est une faillite de registres, de

(97) C.B.P., p. 359.

(98) C.B.P., p. 338.

(99) C.B.P., p. 545.

(100) Voir le portrait de Birotteau (C.B.P., p. 364).

cabinets, de Tribunal. C'est même, au bout du compte, une tem-
pête dans une poitrine. Nul doute que Balzac ait grandement
contribué à promouvoir une conception de la faillite qui serait
sociale dans ses causes, et individuelle dans ses effets drama-
tiques. Mais, au-delà des visées morales de l'oeuvre, il surnage un
élément fondamental et on ne peut plus actuel, à savoir la semi-
innocence du failli qui, si l'on en saisit bien toute la portée, ac-
centue considérablement l'innocence de ses victimes inopinées
(101). Ainsi peut-on dire que la candeur -c'est-à-dire la probité
doublée d'imprévoyance- de César Birotteau, sa candeur de pa-
tron, a milité d'une manière non négligeable en faveur de la
masse obscure des salariés. Balzac a peint la faillite frappant la
tête, léguant ainsi à la postérité le plus efficace des arguments a
fortiori.

2.1.2. Un intervenant passif : le public

De ce public, dont on s'arrache l'attention et l'adhésion à
grand renfort d'interventions et de "challenges" en tous genres,
que dire, sinon qu'il est le lieu des ricochets les plus inattendus ?
En son sein, l'électorat recoupe la masse laborante, qui elle-même
chevauche les habitués de la redevance et les consommateurs des
plus divers produits de l'industrie et de la nature. Epistémologi-
quement parlant, le public est donc un élément atone. Pas politi-
quement, puisque les sondages d'opinion donnent une cohérence
fugace à la notion considérée : le paradoxe sur le public tient
dans le déséquilibre entre l'indexation fantaisiste des destinataires
avoués et apparents, et l'identification de ceux, cachés, dont
dépend la marche des affaires. Autrement dit, agir sur ce pré-
tendu public, c'est surtout influencer les décideurs dont le pou-
voir est subordonné au grand nombre, et surtout à l'idée que ces
décideurs se font des idées que ce grand nombre peut concevoir à
leur sujet -d'où l'emploi rationnel de dimensions irrationnelles.
L'opinion publique n'a pas d'opinion spontanément, et son opi-
nion lui importe peu. Existerait-il un observatoire assez expert
pour transformer l'action sociale selon toutes les exigences de la
scientificité utilitariste, que ses conclusions ne susciteraient tou-
jours pas la légitime curiosité de chacun. Au vrai, les sondages ne
comptent vraiment que pour ceux qui les paient, et le "panel"
pourrait bien être une forme moderne -laïcisée, si l'on veut- du
"templum" des haruspices.

Pour retourner positivement la contradiction inhérente à la
ressaisie du divers humain national sous forme de "public", il faut
faire du spectaculaire : s'il y a spectacle, c'est qu'il y a specta-

(101) C.B.P., p. 557 : "Dans cette déroute, où se crie le sauve-qui-peut de la Bérésina, tout est illégal et légal, faux et vrai, honnête et déshonnête".

teurs, et l'on postule l'existence de ceux-ci pour produire celui-là, alors que c'est tout le contraire : le téléspectateur est le résultat plus ou moins heureux d'un télé spectacle -un spectacle distendu. On ne répond pas à une demande, mais on occupe un terrain propre à tout accueillir. Tout concourt à la bouffissure, du fait que les raccourcis journalistiques -au moins dans les titres, ces armes parlantes des médias- conspirent à schématiser des positions déjà simplistes, et auxquelles nulle malice formelle ne peut réinsuffler le sens de la complexité qui en a été initialement banni. Voyons *Le Monde* qui, dès la deuxième émission d'"Ambitions", titrait "Tapie crève l'écran" (102), qui a véhiculé la publicité organisée autour du livre du même Tapie (103), puis celle de l'ouvrage d'I. Musnik consacré à Tapie encore (104), avant de consacrer quelques échos à la polémique Tapie-Edern-Hallier (105). Peu de choses, semble-t-il, et pourtant voici établi le "trivium" des simplifications les plus contestables intellectuellement, en même temps que les plus payantes d'un point de vue promotionnel : information stipendiée, compte-rendu flatteur, "anas" polémiques. Et comment refléter, dans une structure où la quotidienneté domine, les tendances idéologico-économiques autrement que sous forme de mouchetures plus ou moins aléatoires ? Libre au chercheur de les ressaisir par après et d'en faire des constellations. Ainsi entendue, la matière-public est faite de trop d'inconnu, de trop de vide, pour être compacte et, par suite, il lui manquera toujours une énergie projective ; inversement, elle gagne en expansion ce qu'elle perd en constriction, jusqu'à tirer son importance d'un irrésistible ballonnement. Il faut alors compter avec elle pour des raisons purement volumétriques. Or, plus un volume s'accroît, moins on est à même d'en effectuer la saisie synoptique, d'où la crainte permanente qu'une modulation de la configuration s'opère subrepticement. La force du public, c'est l'encombrement. Encore cette force ne lui appartient-elle pas en propre, puisqu'il n'a pas d'existence spontanée, indépendante, unifiée, et qu'il se constitue au fur et à mesure des besoins, tout au long des voies de communication ouvertes par les progrès de la diffusion. Le public n'intervient sur les décisions économiques que dans la mesure où est formalisé ce que l'on présente comme sa conscience économique, ou au moins comme des courants de conscience soit majoritaires, soit impétueux. L'impact n'est plus alors que l'idée qui se dégage des hasards et des volontés conspirant à satisfaire des besoins sur lesquels on peut toujours discuter à l'infini, en faisant s'affronter l'intérêt général et particulier.

(102) 11 avril 1986, p. 27.

(103) 27 mai 1986.

(104) 13 novembre 1986, p. 10.

(105) 28 février 1989, p. 10.

Prise telle quelle, la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises n'avait rien d'un appel au public. Seulement, elle touchait indirectement l'opinion en rejoignant toutes les variations sur l'insécurité économique. Voilà donc que le législateur non seulement a cherché à favoriser les chances de rétablir des situations bien fragiles, mais que, pour ce faire, il a bousculé la catégorie professionnelle des syndics, qui n'avait pas bonne réputation. En un sens, cette loi prenait acte de la mode des repreneurs, en voulant atténuer la contradiction, toute médiatique, entre une nouvelle race de patrons, plus hommes d'affaires qu'empereurs d'industrie, et une profession libérale ancienne, moins soucieuse de produire, de multiplier, que de décompter et de diviser. Il était clair que dans l'affrontement caricatural du Droit et de l'Industrie -c'est-à-dire, aussi, de l'écriture et de la matière, de l'intellectuel et du manuel, de la routine et de l'innovation, de la ruse et de l'effort- une remise à niveau était souhaitable, qui permit de réconcilier les antagonismes plus ou moins mythiques en réduisant tant les écarts d'ordre professionnel que le fossé entre les traitements juridiques et instrumentaux de la production. Le juridique a gagné du terrain, en balisant le parcours imposé aux nouveaux professionnels du redressement : le Droit redescend de l'empyrée universitaire dans le détail de la pratique, on le veut, au plus haut niveau, entraîneur, protecteur, gardien de la production. Le Droit "manager" émane du Droit du "management".

Quant à savoir s'il y a là autant de réalisme que d'idéalisme ou, pour parler plus nettement, autant de pragmatisme que d'idéologie, c'est, on s'en doute, une tout autre question. L'essentiel pour nous, ici, c'est de montrer que le Droit devait bénéficier de l'imagerie médiatique, et qu'ainsi, à la faveur du tapage organisé autour des reprises, il réhabilitait l'idée centrale de sa mission : la fonction régulatrice (106). Or rien de cela n'eût été envisageable si la nature ambiguë de ce que l'on entend par public n'avait recélé de telles possibilités de glissements.

2.2. Une loi prospective

L'activité législative est au coeur d'une équivoque épistémologique. Car on légifère, certes, pour informer une activité de fait, la régler, et c'est la part avouée du processus. Mais on cherche également, par ce moyen, à mieux connaître le milieu sur lequel porte l'interrogation. La conséquence de ce double jeu n'est pas mince, puisque légiférer apparaîtra autant comme un acte d'enquêteur que comme une démarche d'initié. On savait bien que

(106) L. Cohen-Tanugi, "La décennie du droit", *L'Express*, 16 décembre 1988, p. 78 et 81, parle d'"un élargissement de l'image publique du Droit".

la législation était empirique, il faut aussi admettre qu'elle est véritablement expérimentale, que l'expérience porte non seulement sur la qualité des résultats escomptés, mais aussi sur la nature du terrain. Bref, modifier, c'est découvrir, transformer, tester. La législation met en place les conditions d'une observation différenciée, fabriquant de l'"après" pour mieux connaître l'"avant". Autant qu'un acte de gouvernement, elle est un acte de sociologie juridique consciente, qui rend l'observé observable.

Or la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises est d'autant plus engagée dans ce processus inquisiteur qu'elle vise simultanément à transformer certains rapports économiques et à réorganiser des professions bien établies. L'enjeu informationnel était double : mieux connaître les seuils des contraintes et des difficultés qui guettent les entreprises, mieux connaître aussi le milieu de l'administration/ liquidation. Tout cela n'était d'ailleurs possible qu'en faisant effort vers plus de transparence : à l'entreprise de mieux se connaître, fût-ce par des voies et des voix inédites. D'alerte en observation, cette loi est pétrie du souci d'informer, du besoin d'être conscient, de la volonté de savoir. Elle s'inscrit, de toute évidence, dans le cadre d'un mouvement consumériste consommateur d'information, qui a gagné jusqu'au Droit des affaires et qui se traduit, en contraste avec les stratégies traditionnelles des milieux financiers, par une tentation irréprouvable de déballage. Nous formulerons donc l'hypothèse que le calcul législatif a changé de portée et qu'il semble même se complaire, en virtuose, dans les transpositions.

2.2.1. A chacun son métier : le défrichage professionnel

Tant que les dépôts de bilan n'atteignaient pas des proportions trop inquiétantes, et que les incidences sociales n'en apparaissaient pas comme franchement intolérables, on a pu se contenter d'une structure qui n'était pas système. Il devait en aller différemment à partir du moment où, même dans la rhétorique syndicale, le chômage cessait peu à peu de résulter uniquement de la méchanceté patronale ou des tares du capitalisme, s'avérait un bien piètre levier révolutionnaire et contraignait à chercher les voies d'une solution réformiste à la crise, c'est-à-dire à admettre qu'une descente s'imposait au sein même d'une organisation économique et juridique que l'on ne pouvait plus se contenter de récuser en bloc, si l'on voulait être pris au sérieux par des adhérents que touchait la mentalité consumériste. D'où un changement d'état d'esprit dans le monde du travail, qui rendait possible, l'alternance politique aidant, des procédures audacieuses et classiques tout à la fois. L'intervention sur le microcosme des profes-

sionnels du redressement (107), sans innocenter pour autant les dirigeants d'entreprise incompetents ou malhonnêtes, libérait en quelque sorte l'activité patronale présente et à venir du lourd soupçon qui pesait sur elle d'être, en son fond, démiurgique, cela avec la complicité des lois, du milieu, de l'Etat, bref, du système. Or nous avons dit combien, à y regarder de près, le système s'évapore pour laisser transparaître des structures pragmatiques, traditionnelles, coutumières. Le patron n'est pas toujours maître à bord, surtout quand le navire fait eau : il lui faut alors accepter à la barre quelqu'un qui n'est pas chef d'entreprise et qui va commander quand même.

Que le patron en perdition puisse être une victime, voilà qui était connu ; que la loi le reconnaisse, voilà qui n'était pas inédit ; mais qu'elle prenne les mesures techniques susceptibles d'infléchir le jeu en réformant l'interlocuteur des mauvais jours, voilà la nouveauté. Quelle en est la portée, dès lors que l'on se place sur le terrain du savoir et de l'information ? Fragmentaire par essence, elle affecte les partenaires professionnels, patronat, salariés, administration, et, avec plus de délai ainsi que moins de force, les destinataires du relais médiatique. D'une profession suspecte, contrainte à se scinder, que dire, sinon qu'elle criera à l'injustice (108), et s'efforcera de refaire les forces du corps perdu par la constitution de tandems clandestins ? Diderot en avait déjà fait la remarque : "Tant vaut l'homme, tant vaut le métier ; et réciproquement, à la fin, tant vaut le métier, tant vaut l'homme. On fait donc valoir le métier tant qu'on peut" (109). Surtout, il lui faudra surmonter -ce qui ne se fait pas avec la seule expression de l'amertume, voire de l'acrimonie- le fait d'avoir été pointée du doigt par le législateur. Reste à partager le champ professionnel, à en redéfinir pratiquement les zones de fertilité, l'openfield et le bocage, les labours et les moissons. Or il semble que sur les débris de la profession redistribuée se crée une hiérarchie à deux entrées : le primat de l'argent mettrait le mandataire-liquidateur au-dessus de l'administrateur judiciaire, tandis que le prestige attaché à l'imagination renverserait le

(107) On se reportera à l'étude d'Y. Dezalay : "De la faillite au redressement des entreprises en difficulté. La redéfinition de la division du travail entre le notable, l'homme du droit et l'expert, et l'importation du modèle américain du professionnel du conseil aux entreprises", *Droit et Société*, n° 7, 1987, p. 389/411.

(108) Voir par exemple *Le Figaro*, 13 mai 1987, p. 20 : "Les mandataires, qui souhaitent pouvoir jouer un rôle de conseils et d'experts auprès des entreprises en difficulté avant même le déclenchement d'une procédure, estiment que la séparation des professions d'administrateur et de liquidateur est artificielle (...). Ils souhaitent enfin être reconnus comme les véritables spécialistes du sauvetage des entreprises en difficulté, et donc des emplois menacés, et s'inquiètent de l'avenir de leur profession qui a souvent été chargée de tous les maux".

(109) *Le Neveu de Rameau*, Paris, Gallimard, 1951 (Bibliothèque de La Pléiade), p. 420.

classement, toute la partie sulfureuse de l'ancienne profession de syndic étant absorbée par la fonction liquidatrice, grâce à quoi émerge une valeur plus positive, entée sur la pratique dorée et redorée du repreneur d'entreprises. Ainsi, de deux positions au départ antithétiques a-t-on fait naître une situation de choix à haut coefficient de juridicité. L'image du patronat pourra en être, à la longue, durablement modifiée. D'un patronat d'héritage encore vivace, on s'achemine de plus en plus vers un patronat de circonstance, dont l'aspect le plus voyant se traduit dans ce que d'aucuns nomment "la culture managériale", et où le pouvoir peut être provisoirement détenu par des non-proprétaires, pourvu qu'ils soient dûment mandatés, soit par les détenteurs du capital, soit par le Tribunal, comme c'est le cas en matière de redressement d'entreprise.

Comment ne pas voir que cette prédilection pour les missions, combinée avec le cumul et la spécialisation des tâches, s'inscrit dans la perspective beaucoup plus générale d'une nouvelle manière de travailler, affectée d'un caractère précaire pour les uns, "ponctuel" pour les autres (110) ? Il n'est pas indifférent que la même entreprise puisse accueillir, aux deux extrémités de l'échelle du pouvoir, de la rémunération et de la prospérité, des travailleurs intérimaires et un patron "bis". Pour infime qu'elle paraisse au premier abord, la zone de recoupement entre ces phénomènes et l'institution judiciaire des missions d'administrateur n'en est pas moins significative d'un mouvement irrésistible, qui distingue fortement l'entreprise de son dirigeant tout en intégrant la flexibilité de l'emploi. Ainsi la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises concourt-elle à faire envisager l'entreprise comme une structure abritant du travail, produisant de la richesse, et à l'intérieur de laquelle peuvent fonctionner divers tourniquets répartiteurs de responsabilités, distributeurs de salaires : progressivement, le travail ne relève donc plus de l'insertion dans un fragment de secteur, mais de la mobilité au sein d'un milieu. Voilà un accent législatif que les médias n'ont pu mettre en relief, faute d'une cohabitation harmonieuse entre l'attention aux effets secondaires et la tendance à la simplification.

Quand enfin la loi a institué le concours comme voie d'accès aux professions redessinées, elle a alourdi sur elles le

(110) Le Point, 22/28 mai 1989, p. 179, sous le titre : "Intérim : la jeune garde", signale que les missions d'intérim, même pour les cadres de haut niveau, ont augmenté de 36 % en 1988, et concernent un millier d'entreprises, dont beaucoup de banques et de sociétés d'assurances. Il présente "Managers", une société spécialisée dans l'intérim pour cadres. Le P.D.G. adjoint parle de "missions ponctuelles" et insiste sur le fait que "ponctualité (sic) ne signifie pas précarité". On ne sera pas, enfin, trop étonné d'apprendre que le gouvernement envisage de légiférer prochainement sur la question.

contrôle de l'Etat, déjà présent avec la collation des grades universitaires nécessaires à la qualification des juristes. L'existence d'un concours au terme d'une formation universitaire oblige ceux qui s'y destinent à une attitude particulière vis-à-vis du savoir délivré tout au long des années d'études : il y a un effet récurrent de la porte de sortie sur le trajet lui-même, grâce non seulement aux filières intérieures à l'Université, mais aussi aux circuits informels de l'apprentissage et de l'incitation, où se tissent et se retissent choix de société, cultures de milieu, liens familiaux et amicaux noués tant avec des professionnels déjà en place qu'avec des étudiants plus avancés, en passe de réussir. L'institution du concours est alors un moyen d'amorcer la ventilation sociale, d'en canaliser le flux initial, d'influer sur son débit. Quant au déroulement de la carrière, il est exposé à d'autres formes de supervision, comme dans toute économie libérale qui tend fortement à la mixité.

Depuis la promulgation de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, la grande presse, qui a parfaitement saisi les enjeux professionnels du nouveau marché des difficultés d'entreprise, a consacré régulièrement des articles aux professions libérales attachées à l'entreprise périlante (111) ; les professions judiciaires, moins favorisées jusqu'ici, commencent à faire une percée remarquable (112). Il est clair que les professions non-judiciaires ont une meilleure image de marque, parce qu'elles interviennent dans un contexte plus positif. Mais surtout, elles ont un besoin vital des médias. On voit la conséquence : si, pour être bien relayé par les médias en matière économique, le mieux est d'y avoir quelque intérêt, la médiatisation de l'économie a toutes chances de ne pas s'effectuer selon les mêmes modalités que celle de la politique ou de l'actualité au sens le plus courant. C'est aussi pourquoi le Droit semble s'évaporer au fur et à mesure qu'on regarde vers le haut de l'échelle économique : en réalité, il y a seulement condensation dans des cabinets hautement spécialisés. Tout change de sens dès qu'on en arrive à la technicisation maîtrisée. Plus le Droit est complexe, et moins il apparaît, puisqu'il ne s'adresse plus vraiment qu'à des gens capables de comprendre les textes et de dominer simultanément textes et

(111) Par exemple, Le Monde, 26 janvier 1989, p. 35 : "Les métiers de la comptabilité. Des fonctions plus riches" ; idem, 27 avril 1989, p. 19 : "Une chaire créatrice d'entreprises" ("un nouveau métier : professeur-expert en création d'entreprise") ; Le Point, 13/19 mars 1989, p. 137 : "Les huissiers saisis par la nouveauté" ; idem, 2 juin 1989 "Avocats, conseils : même loi pour tous".

(112) L'Express, 19/25 mai 1989, p. 218 : "Constat de faillite chez les liquidateurs". On y apprend que "les pouvoirs publics réfléchissent à un rapprochement administrateurs judiciaires/commissaires aux comptes d'une part, mandataires liquidateurs et avocats d'autre part, pour que les uns et les autres aient officiellement le droit de conseiller directement les chefs d'entreprise", et que les divisions de ces professionnels risquent de faire le jeu des grands cabinets européens.

situations concrètes. De sorte que, plus il y a de Droit, et moins il semble y en avoir aux yeux du grand nombre. Dans la construction de la représentation sociale, les professionnels du Droit sont l'arc de décharge de la juridicité.

2.2.2. L'intéressement au déchargement

L'hiatus entre la participation des travailleurs aux bénéfices de l'entreprise et leur participation à la gestion est une des bouteilles à l'encre de la littérature socio-économique. Déjà, la notion de bénéfice n'est pas si claire : s'agit-il simplement d'un intéressement sous forme de primes et de parts de capital, ou, plus subtilement, d'une rhétorique afférente à l'emploi et à son maintien dans un contexte général assez peu favorable ? Autrement dit, les salariés ne seront-ils pas appelés à se satisfaire en premier lieu de la conservation d'un emploi fragilisé tant par la crise que par le brassage médiatique organisé autour d'elle ? Il faut bien reconnaître que le premier intérêt du salarié est de n'être pas licencié, même si c'est là une définition négative de sa participation aux bénéfices, et qui ouvre la voie aux pires abus patronaux. Mais l'attachement à l'entreprise nourricière possède d'entrée, sur la redistribution modulée des excédents de richesse, l'avantage de la nécessité sur le luxe. On s'est assez plaint de ce que l'intéressement redistributif ne s'accompagnait pas d'une invitation à co-gérer, et qu'il prenait la forme d'un "bonus" conféré aux employés par un patronat faussement bonhomme, surtout désireux de financer en petite monnaie le renoncement à la combativité de masse, et cédant en cela aux encouragements gouvernementaux. C'est peu de dire que le capitalisme populaire marque le pas : tout laisse penser en effet qu'il n'est pas seulement parti. Mais l'incitation à la vigilance au sujet de l'entreprise où les salariés travaillent, vigilance quant à la gestion, s'entend, procédait de la nécessité, à défaut d'avoir été introduite par le luxe ; derrière le dépôt de bilan, il y a le chômage : là, il n'est plus question de gagner davantage, mais bien de ne pas tout perdre. La nouvelle loi donne aux comités d'entreprises faculté de saisir le président du Tribunal de Commerce si les éléments portés à leur connaissance font apparaître de sérieux motifs d'inquiétude : encore faut-il que l'information économique spécifique à l'entreprise ne soit pas retenue : encore faut-il que l'entreprise atteigne un certain volume d'emplois pour que les salariés bénéficient de la structure nécessaire à la saisine. Il n'en reste pas moins que la nouvelle loi a franchi un pas qui, s'il est à bien des égards encore symbolique, n'en est pas moins décisif. Les sociétés vivent aussi de symboles. De ce fait, la circulation des données économiques à l'intérieur de l'entreprise est devenue un enjeu

d'importance, et elle est susceptible, à moyen ou long terme, d'aider à redéfinir les positions relatives des divers acteurs (113).

Car, si l'existence du chef d'entreprise en tant que tel n'est pas remise en question, tout le mouvement législatif actuel tend à redessiner les relations de décision en réévaluant le niveau d'intervention des partenaires. Contre l'aveuglement du patron sur l'état réel de son affaire, contre la timidité des commissaires aux comptes, contre les incertitudes des juges consulaires et des banquiers, contre l'assujettissement des salariés à des choix qui les impliquent en les dépassant, le Droit privé construit patiemment ce que l'on pourrait, au bout du compte, appeler la notion d'"intérêt commun", et qui ferait pendant au principe d'"intérêt général" construit en son temps par le Droit public. A ce point précis, la crise économique rencontre la crise syndicale, et le regroupement des consciences s'effectue plutôt -du moins est-il encouragé à le faire- selon les modalités, fort souples, du consensus, avec, à l'horizon, non plus la révolution ni même vraiment le réformisme, mais une constante adaptation des moyens aux fins raisonnables de l'économie (114). Tout cela ne serait qu'illusion édénique si, parallèlement à la réhabilitation politique de l'image du chef d'entreprise dans les cercles traditionnellement les moins favorables à ce type de culture, on ne faisait entendre aux décideurs qu'ils ont intérêt à ce que d'autres qu'eux s'intéressent de près à la réussite de leur entreprise. Non pas donc un affaiblissement du pouvoir, mais un amoindrissement des risques attachés à l'exercice quasi solitaire dudit pouvoir. La pratique patronale est invitée à s'enrichir des vertus de la diplomatie tous azimuts (115).

Un puissant argument y contribue, d'autant plus actif qu'il s'exprime de manière aussi fragmentaire que répétitive. Reconstitué dans son intégralité, il prend la forme d'un anneau de Moebius : il est moral de faire de bonnes affaires, on ne fait de bonnes affaires qu'en restant moral. Le profit attaché à l'éthique

(113) On signalera deux indices d'une évolution qui reste à suivre. Le Figaro, 6 juin 1986, p. 15 : "Le Centre des Jeunes Dirigeants lance le conseil d'entreprise" ; Le Monde, 21 février 1989, p. 32 : "Le C.D.J. poursuit clandestinement l'expérimentation du "conseil d'entreprise"". Cette nouvelle structure vise à combattre les effets pervers du seuil d'effectifs pour la création d'un comité d'entreprise (un million et demi d'entreprises en sont privées). Les inspecteurs du travail y sont très favorables. Deuxième indice : Le Monde, 8 avril 1989, p. 3 : "Les petits patrons parient sur les salariés". Quand ils sont obligés, par manque de fonds propres, d'ouvrir leur capital, 46 % des patrons de P.M.E. préfèrent l'ouvrir à leurs salariés, pour bénéficier à la fois de leurs capitaux et de leur savoir-faire.

(114) Ainsi voit-on proliférer toutes sortes d'associations qui réunissent entrepreneurs et professionnels du Droit pour une meilleure prévention des difficultés. Les créanciers, de leur côté, ont recours à des sociétés d'assurances-crédits.

(115) Voir Le Nouvel Observateur, 28 février/6 mars 1986, p. 59. Jacques Delors, interviewé, a cette parole profonde : "L'économie a pris en politique la place occupée par la diplomatie".

(116) : voilà qui ne peut se faire sans la sanction juridique, qui est pour ainsi dire la traduction visible de la chrématistique moralisée, d'où la judiciarisation galopante des conflits économiques (117). L'influence du modèle américain y est sans doute pour quelque chose, avec l'empreinte profonde laissée sur le capitalisme d'outre-Atlantique par l'éthique protestante, mais il ne faut pas sous-estimer, dans cette résurgence, la force de la tradition antique (118). Assiste-t-on à un avènement de la limpidité en affaires ? Disons plutôt, à une stratégie de la limpidité.

Le rôle de la presse est, une fois encore, aussi primordial qu'équivoque. Car c'est bien elle qui est la grande pourvoyeuse en informations économiques plus ou moins exactes, ainsi qu'en commentaires plus ou moins bien inspirés ; c'est par elle que le public non averti se forge, à défaut d'un savoir, voire même d'une culture, une opinion sur l'économie, et qu'il en retire cette certitude peut-être trompeuse : qu'il y a beaucoup de secrets et de coups fourrés, mais que le volume des intérêts en jeu est trop énorme pour qu'il n'en transpire pas quelque chose, ce qui suffit à dérégler les plus belles mécaniques occultes, et que sur les ruines des montages faussés, éventrés, contrariés, se mettrait en place un ordre acceptable, supervisé par les pouvoirs publics. S'il n'est pas douteux que l'intéressement au déchiffrement réplique à un intérêt au brouillage, la pratique journalistique induit une confusion contre laquelle justement la loi s'élève. Signe que, d'une part, la médiatisation de la volonté clarificatrice est rendue, en cette matière, impossible par l'usage complexe qui est fait des moyens de communication, et que, d'autre part, seul un moyen de communiquer qui ne constituerait pas un enjeu serait à même de publier, non certes une information économique aseptisée -sauf à parler de faits suffisamment lointains-, mais une information claire et neutre sur la manière dont le législateur entend que

(116) Voir Le Monde, 21 avril 1989, p. 1 et 38 : "Un symposium sur les entreprises et la morale. Les profits de l'éthique". Le journaliste fait référence au livre de K. Blanchard et N.V. Peale intitulé Ethique et management, dans lequel on apprend "comment faire de l'honnêteté un véritable outil de gestion", et il fait état de la mode des "business ethics" qui fait fureur aux U.S.A. Les patrons français songeraient à promouvoir un "capitalisme plus humaniste".

(117) Voir Libération, 29 mars 1989, p. 12/13 : "Le monde des affaires montre son nez à la porte des tribunaux" et Le Figaro Magazine, 15 avril 1989, rubrique "L'humeur de Philippe Bouvard" : "Le panier de crabes en pince pour Thémis".

(118) On goûtera, à la fin de L'Economique de Xénophon, le passage (XX, 22/29) qui met bel et bien en scène un repreneur, le père d'Ischomaque. C'est Ischomaque qui parle : "Il existe une méthode très efficace pour s'enrichir par l'agriculture, mon père l'a mise en pratique lui-même et me l'a enseignée. Il ne me laissait jamais acheter une terre bien cultivée ; mais si, par la négligence ou l'incapacité de ses propriétaires quelque terre était improductive, c'est celle-là qu'il me conseillait d'acheter". Il la rendait prospère, et la revendait. Socrate raille doucement cet amour de la culture et conclut "tous aiment naturellement ce dont ils pensent tirer profit" (trad. P. Chantraine, Collection des Universités de France, Paris, 1971 ; p. 111 et 113).

soient appréhendés les rapports économiques par les acteurs en présence.

Il n'est pas indifférent que la tendance politique actuellement dominante en matière économique et sociale ait été promue par deux hommes qui, tard venus au Parti Socialiste, avaient fait leurs classes, l'un à la Banque de France, l'autre à l'Inspection des Finances, et avaient épousé, l'un la cause de la "nouvelle société", l'autre celle de l'autogestion : le socialisme participatif pouvait passer alors dans des lois précises, sous l'égide d'un privatiste, grand avocat d'affaires, Garde des Sceaux qui n'adhéra point au parti majoritaire. Curieusement, et il y a là peut-être plus que de l'anecdotique, les attaches culturelles de ces trois hommes-clés rassemblent les trois composantes du socle judéo-chrétien. La loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, inspirée par les idées de témoignage, de proximité et d'exégèse, le dénombrement et la solidarité, le triage et la fédération, a laïcisé le providentiel en prévisionnel.

2.3. Conclusion : Les comédiens sans le savoir

Alors que le destin ordinaire des lois est d'être distancées par les pratiques, l'information est plutôt au diapason des pratiques tout en étant en retard sur les lois : elle est peu perméable à l'actualisation culturelle qui découle des modifications juridiques, comme on l'a vu à l'usage abusif du mot "faillite". Il en résulte une image du Droit infidèle et peu flatteuse, notamment parce qu'on laisse le public complètement ignorant des approches sociologiques précises effectuées par les techniciens de la législation. Pendant ce temps, le jeu de la captation médiatique se donne libre cours, accédant quelques thèses simples : la science du Droit s'efface devant l'art des affaires, il y a un degré supérieur de la pratique qui confine à la prestidigitation, l'information peut être assumée par un seul, l'homme-média, médium des affaires - trois modalités de l'avance qui montrent -il ne s'agit pas de prouver- que le Droit, la concurrence et même ce par quoi l'on se fait voir, sinon connaître, sont déjà dépassés. Construit de l'extérieur avec des lieux communs fantasmagoriques où l'économie, la mode, la morale, l'argent, se fondent en un bronze dont le moule est partout un peu, et nulle part vraiment, l'homme d'affaires médiatique est le précipité soigneusement dosé d'une série d'obsessions déjà médiatiques en elles-mêmes. Aussi profitera-t-il pleinement de la confusion préétablie entre spectacle et spectateur : on reconnaîtra un peu de soi en lui, c'est une idée platonicienne miraculeusement incarnée par la seule vertu du culte cathodique, dont il ne dépasse d'ailleurs pas les célébrations réitérées.

Au législateur de montrer que rien de tout cela ne peut avoir lieu sans le Droit, que le Droit, comme l'intelligence de Théétète (119), a l'épanchement silencieux de l'huile, même si le Journal Officiel -Lois, Décrets, et Débats parlementaires pour une fois confondus- est moins suivi que le Journal télévisé et que le plus exigeant des quotidiens. La distanciation des comédiens involontaires que nous sommes vis-à-vis de leur rôle forcé va de pair avec la certitude d'un Droit omniprésent, avec la conscience de la différence qui existe entre cette omniprésence de fait et l'omnipotence de droit, rêvée, impossible.

CONCLUSION

Quand Joseph-le-soldat, nanti par le Diable du "livre qui dit les choses avant le temps", délaisse la marchandise pour la spéculation boursière, Ramuz dit qu'alors "on est entré dans l'esprit". L'incertitude plane sur la nature d'une telle spiritualité : intelligence, calcul, stratégie, abstraction, jeux de chiffres ? Il y a du spéculatif dans la spéculation, l'acte d'intelligence frôle l'intellectualité, on compte plusieurs demeures dans la maison logos. Joseph poursuit : "Et j'use des autres comme j'entends, parce que je sais, moi, là où les autres croient seulement". Qu'est-ce que la condition d'initié, sinon ce temps d'avance sur la médiatisation (120), suffisamment marqué pour la renvoyer tout entière au balbutiement informationnel ? Ici, la prévision est supplantée par la seule vision, et l'esprit (de lucre) s'enrichit de merveilleuses certitudes sur les chiffres. Le "numerus absconditus" constitue bien la croix du monde des affaires, couplé qu'il est aux ambiguïtés de la "lex cognita". Entre les faux redressements entés sur des difficultés véritables, et les redressements réels facilités par la nature illusoire des difficultés préexistantes, où loger l'athlétisme de la reprise authentique ? La reprise combine et accentue tous les aspects de la vie économique, sans en exclure la création, contre laquelle elle paraît d'abord se définir. Au total, et pour en revenir au Soldat, elle se veut le futur d'un avenir bouché : démiurgie temporelle, ou simplement horlogère ? Comme les Aloades Pélion sur Ossa, les repreneurs s'acharnent à poser sagesse sur créance.

(119) Théétète, 144 b.

(120) Le même thème est discrètement exploité à la fin du film de Don Taylor, The final Countdown (1980), lorsque l'un des marins du "Nimitz", débarqué par accident lors de l'aventure magnétique qui plonge l'équipage durant quelques heures au temps de Pearl Harbor, s'en va attendre ses anciens camarades à leur port d'attache, après que quarante années se sont écoulées pour lui, et quelques mois seulement pour eux. Homme des années soixante-dix contraint de continuer son existence à partir de 1941, il a visiblement su mettre à profit ce qu'il savait de l'histoire à venir : il est devenu un sexagénaire fort riche.

HISTOIRE DES IDEES ET
PHILOSOPHIE DU DROIT

LA SOUVERAINETE DU PEUPLE DANS "LE SONGE DU VERGIER" (1)

Par
Antoine LECA
Maître de Conférences

"Il y a ceux qui, par leur grande dévotion, font apparaître dans leurs pensées les choses qu'ils ont méditées et croient bien réellement les voir dehors clairement ; or ce n'est qu'une illusion fallacieuse, tout comme dans le cas de l'homme qui fait un songe".

Jean de Meun (1235/1240-1305)

Le thème de la souveraineté du peuple n'a pas attendu le siècle des Lumières et la révolution française pour alimenter la réflexion idéologique. Il faut sans doute imputer l'occultation du "vieux courant hétérodoxe" sur l'origine du pouvoir (2) au succès de la théorie du droit divin, aux trois derniers siècles de l'Ancien Régime (3). En effet, sans remonter à l'Antiquité, on trouve d'abondantes références au principe de la souveraineté du peuple dès le XIII^e siècle (4) et plus encore au XIV^e et au XV^e (5).

(1) Communication prononcée le 13 novembre 1989, dans le cadre du IV^e cycle de Conférences publiques, organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques (C.E.R.H.I.P.) de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

(2) F. Olivier-Martin, "L'absolutisme français", Les Cours de Droit, Paris 1950-1951, rééd. Loysel, Paris, 1988, p. 314 où les théories médiévales sur le droit populaire sont évoquées en quelques lignes, dont la brièveté contraste avec le luxe de citations illustrant la théorie du droit divin à la même époque (pp. 61 à 65).

(3) Succès relatif toutefois. Qu'il suffise pour s'en assurer de rappeler brièvement qu'en premier lieu, la théorie n'a pas pu être élevée au rang de loi fondamentale, malgré la demande du Tiers aux Etats Généraux de 1614, et qu'en second lieu, la monarchie d'Ancien Régime a toujours reconnu qu'en cas d'extinction de la dynastie régnante, le droit de désigner un roi reviendrait à la nation (H. Morel, Les "droits de la Nation" sous la Régence, "Actes du Colloque sur la Régence - Faculté des Lettres et des Sciences Humaines d'Aix-en-Provence, A. Colin, Paris, 1968 ; rééd. "Mélanges H. Morel", P.U.A.M., Aix, 1989, pp. 427-444).

(4) L'écrivain français à être allé le plus loin dans cette voie est assurément Jean de Meun, l'auteur du "Roman de la Rose", vers 1268-1278 ("Le Roman de la Rose", t.

A cette époque au demeurant, un "courant démocratique" traverse l'Europe (6) et, contrairement à ce qu'on s'est longtemps imaginé, celui-ci est perceptible jusqu'en France (7). L'oeuvre de plusieurs auteurs contemporains de Charles V l'atteste nettement : tel est le cas de N. Oresme (8) (9), Ph. de Mézières (10) (11) et H. Bonet (12) (13). Qu'on soit allé jusqu'à parler d'élection en ce qui concerne précisément l'accession de Charles V au pouvoir (14) montre que ce mouvement n'est peut-être pas réductible à ce qu'Olivier-Martin appelait "une théorie d'école" (15).

Le "Songe du Vergier" de 1378 n'est pas précisément consacré à ce problème. Ce long traité anonyme (16), qui, comme

II(1), trad. A. Lanly, Paris, H. Champion, 1975, p. VIII à IX). Il éprouve le regret de l'Age d'Or où "tous les hommes avaient coutume d'être égaux et ne voulaient pas avoir de bien personnels" et où la "seigneurie", c'est-à-dire l'Etat, n'existait pas (vers 8417-8427). A cette époque "méfait qui ravit et vole le bien d'autrui n'avait encore fait créer ni roi ni prince" (vers 8415-8416). Il n'y avait pas encore "les usuriers... les faussaires, les prêteurs à terme, les baillis, les bedeaux, les prévôts, les maires, (qui) tous vivent pour ainsi dire de rapines (vers 11507-11512). Dans ces conditions, il se méfie du pouvoir et affirme la liberté des gouvernés face à leur roi. Parlant de ses sujets, il écrit en effet : "En vérité ils ne sont pas à lui, même s'il a sur eux la seigneurie. La seigneurie ? Non, il est plutôt à leur service, car il doit leur assurer une condition libre ; ils sont à eux-mêmes au contraire, car, dès qu'ils voudront, au roi leur aide ils cesseront et le roi tout seul demeurera aussitôt que le peuple le voudra" (vers 5273 à 4280). Il est par ailleurs hostile à l'idée de noblesse héréditaire (vers 18589 à 18604) et prône l'égalité, y compris entre les hommes et les femmes (vers 19579-19582).

(5) B. Guenée, "Y a-t-il un Etat des XIVe - XVe siècle ?", in "Politique et histoire au Moyen-Age, Recueil d'articles sur l'histoire politique et l'historiographie médiévale (1956-1981)", Paris, 1981, pp. 403-406.

(6) J. Krynen, "Genèse de l'Etat et Histoire des idées politiques en France à la fin du Moyen-Age", A.F.H.I.P., vol. IV, P.U.A.M., Aix, 1986, p. 21.

(7) Ibid, p. 21.

(8) (1325-1382).

(9) "Si la multitude ne est bestial, il semble estre mieux que elle ait domination que un petit nombre de gens vertueux eussent toute la domination". En d'autres termes, il trouve préférable "que tous ensemble aient voies en election et en la correction des princes et de leurs fais" (N. Oresme, "Le Livre de Politique d'Aristote" (1370), III, 13, éd. A.D. Menut, New-York, 1940). En effet, d'après lui, la meilleure "police" fonde le pouvoir sur la "multitude". Un tel système, poursuit-il, renforce la "chose publique" car "ce que tous funt et appreuvent est plus ferme et donne moins de occasion de murmure ou de rebellion que se ils estoient autrement". Il va jusqu'à écrire qu'il convient "que la multitude desus dicte ait souveraineté sus les lays positives" (VI, 12). Ces développements ressemblent étroitement à ceux de Marsile (1275-1343) ("Defensor Pacis", I, XIII ; éd. Vrin, Paris, 1968, pp. 117-118).

(10) (1327-1405).

(11) Mézières, qui défendait le droit du peuple à consentir aux impôts ("Le songe du vieil pélerin" (1389), III, 273), paraît bien avoir partagé l'idée de la souveraineté du peuple.

(12) (1340?-1410?).

(13) Il semble que pour Bonet, la monarchie vienne des hommes, même s'il n'en a guère tiré de conséquences pratiques ("L'Arbre des batailles", éd. E. Nyss, Bruxelles 1883, pp. 66-67).

(14) R. Gazelles, "Société politique, noblesse et couronne sous Jean le Bon et Charles V", Paris, 1982, pp. 455 sq.

(15) "L'absolutisme français", op. cit., p. 314.

(16) Il n'est pas utile de prendre parti dans la querelle d'auteur. L'entourage de Charles V comptait plusieurs intellectuels éminents, notamment le clerc Raoul de

sa version latine antérieure de deux ans (17), se présente sous forme d'un dialogue entre un Clerc et un Chevalier, figurant la "Puissance Espirituelle" et la "Puissance Sécularisée", a pour but essentiel de préciser la doctrine officielle de la Royauté, concernant les difficiles rapports entre l'Eglise et le Royaume (18). Toutefois il eut été étonnant que cette vaste compilation de la littérature politique du XIV^e siècle (19), ce "traité de politique pratique" (20), conçu pour servir la cause de la monarchie française, fut silencieux sur la question centrale de l'origine de la souveraineté et ne reflétait pas en la matière les idées et les controverses du temps. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de les rencontrer dans le "Songe".

Certes, le traité de 1378, qui est fondamentalement un ouvrage de politique positive, n'insiste pas sur la question métaphysique de l'origine du pouvoir (21). Son peu de goût pour la spéculation théorique se traduit notamment par le fait qu'il est silencieux sur la justification traditionnelle de ce pouvoir par le péché originel, qu'on retrouve sous une forme laïcisée dès le "Roman de la Rose" (22). Le "Songe" se borne à affirmer, sans

Presles (1314-1382), traducteur pour le roi de la "Cité de Dieu" de Saint Augustin (1371-1375), le chevalier Philippe de Mézières, conseiller du roi dans les dernières années de son règne, Nicolas Oresme, le traducteur d'Aristote, théoricien de la monnaie, le carme Jean Golein, auteur du fameux traité du sacre, Eustache Deschamps, Christine de Pisan, Honoré Bonet (ou Bouvet), l'auteur de l'"Arbre des batailles" (1386-1389), Evrart de Trémaugon, conseiller de Charles V depuis 1374. Chacun de ces penseurs -ou presque- pourrait l'avoir écrit. Nul n'a pu prouver avec certitude que l'un d'entre eux en était l'auteur "Le Songe du Vergier", éd. C.N.R.S., 1982, t. 1, pp. LXXXVII-LXXXVIII).

(17) Idéologiquement, on s'en est longtemps tenu à l'idée que les différences entre les deux textes étaient négligeables (F. Chatillon, Introduction, "Revue du Moyen-Age latin", t. XIII, 1957, p. X). Mais depuis la thèse de M. J.-P. Royer (infra, n. 18), on sait aujourd'hui que les deux versions sont, en réalité, très différentes dans leur esprit (V. dans le même sens : J. Quillet, "La philosophie politique du Songe du Vergier", Paris, Vrin, 1977, p. 10, pour qui "les deux textes diffèrent à la fois par la structuration interne et par l'orientation doctrinale". Voir surtout la table des concordances du "Somnium Viridarii", et du "Songe" réalisée par M. Schnerb-Lièvre, R.M.A.L., t. XXII, 1966, pp. 41-56) et qu'elles traduisent une rapide et profonde évolution dans une doctrine que l'on peut regarder comme quasi-officielle.

(18) J.-P. Royer, "L'Eglise et le Royaume de France au XIV^e siècle d'après le "Songe du Vergier" et la jurisprudence du Parlement", Thèse Droit, Lille-Paris, 1969.

(19) Sur les sources principales du "Songe", cf. M. Schnerb-Lièvre, "Le Songe du Vergier - Etude et édition", Thèse (dactyl.), Ecole des Chartes, 1947 ou, actualisé et plus accessible : "Le Songe du Vergier", éd. C.N.R.S., 1982, t. I, Introd. de M. Schnerb-Lièvre, pp. XLIII-LXVII). L'ouvrage fondamental est toutefois celui de J. Quillet, "La philosophie politique du Songe du Vergier - Sources doctrinales", Paris, Vrin, 1977.

(20) J.-P. Royer, op. cit., p. 223.

(21) Et encore parle-t-il de l'origine divine des royaumes dans un but strictement pratique, celui de démontrer que "de nul Droit, l'Empereur ne puet estre dit seigneur de tout le monde et (que) lez Roys furent premiers que lez Impereurs" (I, XXXVI ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 49).

(22) Selon Jean de Meun, le pouvoir est un mal et il pourrait dire des rois ce qu'il écrit des juges : "Parce que ceux qui s'emploient à faire le mal renoncent à cet amour

même chercher à le démontrer, tant la chose lui paraît d'évidence, que le peuple éprouve un besoin naturel de commandement : "sanz seigneur et souverain, il ne pourroient vivre, dit-il, car lez seigneurs espirituel et temporeux sunt tres necessaires au monde" (23).

Toutefois, certains enjeux pratiques, sur la nature desquels il faudra s'interroger (24), l'amènent à aborder le terrain des principes et, à cette occasion, il manifeste clairement sa préférence pour le droit populaire. Le "Songe" attribue à celui-ci une consistance toute particulière, qui est évidemment à mille lieues de celle que lui donnera l'ère contemporaine. Pour en apprécier la teneur, il apparaîtra donc opportun d'étudier l'étendue de la souveraineté du peuple, une fois clarifiée la question préalable des sources de la souveraineté du peuple dans le traité de 1378.

I - LES SOURCES DES THEMES "DEMOCRATIQUES"

Les sources des thèmes "démocratiques" contenus dans "Le Songe du Vergier" sont multiples. On distingue en effet des sources juridiques, scripturaires et politiques.

A - Les sources juridiques

Il s'agit essentiellement du droit romain et accessoirement du droit coutumier.

a - Le droit public romain

Le droit écrit, dans lequel on n'a vu longtemps qu'une école d'absolutisme (25), a également entretenu, tout au long du Moyen Age, une petite flamme démocratique. Celle-ci procède de deux principes : la "lex regia" et la maxime "Quod omnes tangit..." Le "Songe" se réfère au premier, mais ignore le second.

*

du prochain, les juges sont établis sur terre pour être la défense et le refuge de ceux à qui le monde fait du tort" (vers 5429-5433, éd. H. Champion, t. II(1), p. 56).

(23) Prologue, 28, éd. Schnerb-Lièvre, p. 8.

(24) V. infra, pp. 164-165.

(25) A. Esmein, "Cours élémentaire d'histoire du droit français", Sirey, Paris, 1921, p. 335 ; E. Chenon, "Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815", t. 1, Paris, 1926, p. 603.

Comme avant lui le "Somnium" (26), l'ouvrage français de 1378 se réfère expressément à la "lex regia" (27).

Il est bien connu que celle-ci disposait que le prince pouvait faire tout ce qui lui plaisait parce que le peuple lui avait transmis toute sa puissance (28).

De même, on sait que dès la renaissance du droit romain, cette idée de la souveraineté initiale du peuple se répandit chez les romanistes médiévaux. Pour les glossateurs des XI-XIIIe s., quoique l'on ne trouve pas chez eux de véritable théorie de l'Etat (29), il était hors de doute que le pouvoir résidait originairement dans le peuple, encore que ce dernier l'ait, par la suite, transmis à l'empereur (30). Si les post-glossateurs du XIVE apportèrent une nouvelle méthode à la science juridique et se démarquèrent politiquement de leurs devanciers en insistant fortement sur l'origine divine du pouvoir, ils n'en contestèrent pas pour autant le droit populaire originel (31) et admirèrent assez généralement la

(26) "Somnium", I, XXXV.

(27) Il s'agit d'un passage, inspiré de deux ouvrages de la seconde moitié du XIIIe siècle, la "Disputatio inter militem et clericum" et les Lettres de Pierre de Blois (éd. Schnerb-Lièvre, t. 1, p. XLVI), dans lequel le Clerc indique que "le peuple de Ronme eleut l'Empereur et transporta en luy tout le pover et toute la seignorie que il avoit, pour le temps, par tout le monde, comme il est escript es Digestes", (I, XXXV, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 47). Un peu plus loin, c'est le Chevalier qui évoque ce passage de la compilation justinienne, mais il se réfère au "Quod principi..." en en tronquant la fin du passage... précisément relative à la "lex regia" (I, CXVIII, 16 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 196).

(28) "Cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei, /principi/ et in eum omne suum imperium et protestatem concessit" (Livre I, II, 6, in P.F. Girard, "Textes de droit romain", Paris, 1923, p. 641).

(29) F. Calasso, "I glossatori e la teoria della sovranità. Studi di diritto commune pubblico", Florence, 1945, rééd. Milan, 1957.

(30) O. Gierke, "Les théories politiques du Moyen-Age", Paris, 1914, p. 170 ; Carlyle, "A History of Mediaeval political theories in the West", Edinburg-London, 1928, T. 2, p. 58 ; H. Morel, "La place de la lex regia dans l'histoire des idées politiques", "Etudes... J. Macqueron", Aix, 1970, p. 546 et "Mélanges H. Morel", Aix, 1989, op. cit., p. 381. Mais ils divergent sur les modalités du transfert de souveraineté. Pour les uns, comme Irnerius, Placentin ou Rogerius, il est définitif et irrévocable (Gierke, op. cit., pp. 176 sq. ; Carlyle, op. cit., t. II, pp. 60 sq. ; M. Wilks, "The Problem of the Sovereignty in the Later Middle-Age", Cambridge (U.K.), 1963, pp. 184-185, note 1 ; H. Kantorowicz, "Studies in the glossators of the Roman Law", Cambridge, 1938 (rééd. Aalen, 1969), p. 279 ; H. Morel, op. cit., éd. 1989, p. 381). Leur théorie du transfert irrémédiable du pouvoir fut consacrée dès le faux privilège de Léon VIII "Jam dudum" (A. Gouron, "Coutume contre loi chez les premiers glossateurs", in "Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat, Montpellier, 1988, p. 119), si du moins sa rédaction remonte bien aux années 1080 (M. Conrat, "Geschichte der Quellen und Literatur des Romischen Rechts im fruhen Mittelalter", Leipzig, 1891 (rééd. Aalen, 1963), pp. 612-613). Pour d'autres glossateurs, tels Odofridus, Bulgarus, Bassianus, Azon, Hugolinus, Martin Silimani le peuple a conservé une partie de son ancien pouvoir ou au moins le droit de le retirer à l'empereur (Gierke, op. cit., pp. 176 sq. ; Carlyle, op. cit., t. II, pp. 60 sq. ; Wilks, op. cit., pp. 184-185, note 1 ; H. Morel, op. cit., éd. 1989, p. 381).

(31) Cynus de Pistoie assure ainsi que l'imperium vient de Dieu, mais que l'empereur est nommé par le peuple : "Nec obstat quod dicitur supra... quod lege regia dicitur Princeps creatus : quia hoc est permissione Divina... nec est absurdum, quod sic a populo est a Deo, tanquam ab agente universali... vel melius dico, quod imperator a

faculté pour le peuple de déposer l'empereur ou le roi s'il devenait tyran (32).

La portée de cette idée est considérable car il y a dans la doctrine marsilienne de la souveraineté populaire, qui occupe une place centrale dans l'histoire des idées politiques, une incontestable réminiscence de la "lex regia" (33).

Que le "Songe" reprenne à son compte la teneur de celle-ci n'est donc pas négligeable. D'autant qu'il occupe à ce titre une place particulière dans la pensée française (34), dans la mesure où les auteurs français invoquent très rarement ce passage de la compilation justinienne (35). Certes, la "lex regia" est mentionnée dans le royaume dès la fin du XI^e siècle (36). Mais immédiatement, elle dut souffrir de l'hostilité de la royauté capétienne à l'égard du droit écrit, tenu pour un instrument des prétentions hégémoniques de l'empereur, hostilité qui est à l'origine de la célèbre interdiction de l'enseignement du droit romain à Paris en 1219 (37). Même après que cet obstacle fut levé, à partir du règne de Philippe le Bel (38), lorsque l'idée que

populo est, sed imperium cuius praesidatur imperator dicitur divinum, a Deo" ("Comm. in Digestum", Rub. IV, f. VIII ; Carlyle, op. cit., p. 14 ; H. Morel, op. cit., p. 382). Balde écrit que la "lex regia" a été promulguée par Dieu : "auctoritas imperatoris pendet ex lege regia, quae fuit nutu divinum promulgata, et ideo imperium dicitur esse immediate a Deo" ("Comm. Codicem", I, 14, 4 ; Carlyle, op. cit., t. VI, p. 20).

La théorie du transfert du pouvoir à l'empereur n'a donc pas eu le maigre succès qu'on a voulu lui attribuer (H. Kantorowicz, op. cit., éd. 1969, p. 135).

(32) C'est notamment le cas de Bartole (1314-1357) et de Balde (1327-1406), pourtant hostiles à l'idée que le peuple ait gardé une part de son pouvoir originaire : "Quaero numquid Romanus populus possit revocare potestatem imperatoris, et videtur quod sic" (Bartole, "Comm. in Digestum", 1, 3, 8 ; Carlyle, op. cit., t. VI, p. 87 ; H. Morel, op. cit., p. 382) ; "Secundo queritur an regem propter suas injusticias intolerabiles et facientem tyrannica, subditi possent expellere, et videtur quod sic... cum malus rex tyrannus sit" (Balde, "Comm. in Digestum", fol. 10 ; H. Morel, op. cit., p. 382). Marsile en tirera l'idée que la translation du pouvoir du peuple à la personne de l'empereur n'est pas une aliénation, mais "une concession révocable dans des circonstances données".

(33) "Le défenseur de la paix", éd. Vrin, 1968, Introd. de J. Quillet, p. 39.

(34) Il s'explique par l'ouverture de son auteur aux thèses des auteurs "bavarois" (Sur les nombreux emprunts du "Songe" à Marsile de Padoue et Guillaume d'Occam, cf. J. Quillet, op. cit., chap. II et III).

(35) H. Morel, op. cit., pp. 382-383. Le premier texte à la citer est (peut-être) le "Livre de Justice et Plet", qui indique de façon assez obscure que "li princes n'est pas sus la loi, mès la loi est sus le prince ; qar il li donnèrent tiel privilège comme il avoient" (éd. Rapetti, Paris, 1850, p. 6). Mais il n'est pas certain que "il" signifie le peuple (H. Morel, op. cit., p. 384).

(36) Le premier auteur français à citer, non pas la "lex regia" elle-même, mais le passage "Quod principi placuit..." (1, 2, 6), dans lequel elle est insérée, est Yves de Chartres (H. Morel, op. cit., p. 383).

(37) Cette explication officielle apparaît dans les ordonnances d'avril 1250, juillet 1254 et juillet 1312 (A. Dumas, "Histoire du droit français", La Pensée universitaire, Aix, 1948, p. 142). On la retrouve encore dans un édit d'Henri IV en 1609 (Ph. Sueur, "Histoire du droit public français", P.U.F., Paris, 1989, t. 2, p. 133).

(38) (1285-1314).

le roi est "imperator in regno suo" (39) permit de récupérer le droit romain au service de l'autorité monarchique (40), les penseurs français restèrent sur leur garde et continuèrent à solliciter fort peu la "lex regia", par une sorte de méfiance héréditaire, mal élucidée (41).

*

Le silence total dans lequel le "Songe" tient la maxime "Quod omnes tangit..." est beaucoup moins original. Comme on le sait, cette formule procède d'un (modeste) passage par lequel le Code Justinien (42) motivait l'obligation faite aux cotuteurs de "praestare auctoritem", en affirmant "quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur" (ce qui touche tout le monde également, doit être approuvé par tous). Cette exigence fut élargie aux domaines les plus divers. Dans la seconde moitié du XIIe siècle, les canonistes l'introduisirent dans la vie de l'Eglise, où elle permit de fonder un mécanisme électoral au sein des chapitres (43). Puis, à partir du XIIIe siècle, les légistes l'appliquèrent aux royaumes européens, de l'Aragon à la Pologne, et aux villes libres, notamment les communes italiennes et les consulats de France méridionale (44), comme Montpellier, où la règle est attesté dès 1244 (45). La maxime revêtit une importance notable en Italie (46) et elle eut une fortune toute particulière en Angleterre, où elle apparut au début du XIIIe siècle (47). Mais s'agissant de la France, il faut dresser le même constat de carence que pour la "lex regia" et reconnaître que cette formule romaine est très peu citée, même si le principe qu'elle contient n'est pas

(39) La formule fut forgée par le légiste Guillaume de Plaisians (A. Dumas, op. cit., p. 143 ; J. Krynen, "Idéal du Prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen-Age (1380-1440)", A. et J. Picard, Paris, 1981, p. 230).

(40) Ibid, p. 143.

(41) H. Morel, op. cit., p. 384.

(42) C.J. V.59.5, parag. 2.

(43) A. Gouron, Aux origines médiévales de la maxime "Quod omnes tangit", "Mélanges J. Imbert", P.U.F., 1989, p. 281.

(44) Y. Congar, "Quod omnes tangit ab omnibus tractari approbari debet", R.H.D., 1958-2, pp. 210-259.

(45) A. Gouron, op. cit., p. 286.

(46) P.S. Leicht, "Un principio giuridico medievale : "Quod omnes tangit", "Rendiconti della R. Accademia dei Lincei", vol. XXIX, fasc. 7-10, Roma, 1910, rééd. in "Scritti Vari", t. 1, Milano, 1943, pp. 129 sq. ; A. Marongiu, "Quod omnes tangit : principe fondamental de la démocratie et du consentement au XIVe siècle", Album Com., t. 2, Louvain-Paris, 1961, pp. 101 sq. ; P.S. Leicht, "Storia del diritto italiano - Il diritto pubblico", Milano, Giuffrè, 3e éd., 1972, pp. 333-334 ; A. Marongiu, "Storia del diritto italiano - Ordinamenti e istituti di governo", Cisalpino-Goliardica, Milan, 9e éd., 1985, pp. 97-98.

(47) E. Hall, King Henry III and the English Reception of the Roman Law Maxim "Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet", "Studia Gratiana", XV, 1972, pp. 127-145.

absent dans l'histoire des assemblées d'états, dans notre pays (48). Que le "Songe" n'en souffle mot n'a rien d'étonnant. Il faut rapprocher cette omission du silence hostile dans lequel l'ouvrage de 1378 tient l'institution des Etats généraux (49), pourtant partie intégrante de la "coutume et constitution de France" (50), à laquelle il se montre si attaché.

D'autant qu'il fonde sur la coutume un thème "démocratique" de première importance.

(48) Y. Congar, op. cit., pp. 237 sq. C'est ainsi qu'en 1420, les députés du Bordelais présents à des Etats tenus à Dax refusèrent d'accorder des subsides parce que l'assemblée ne représentait pas tous les contribuables et "quar so que toqua totz par totz deu estar laudat, approat et con fermat, segont dreit", car ce qui touche tous, par tous doit être loué, approuvé et confirmé, selon le Droit (P. Lewis, "La France à la fin du Moyen-Age", Hachette, 1977, p. 513). De même, le principe est évoqué devant le Parlement en 1433 (Ibid, p. 493).

Sur le concept de représentation, cf. J. Quillet, "Universitas populi et représentation au XIVe siècle", "Miscellanea mediaevalia", Berlin, 1971 ; J.-L. Gazzaniga, "Mandat et représentation dans l'ancien droit", "Droits - Revue française de théorie juridique", n° 6, octobre 1987, pp. 21-30 sur le droit privé ; J. Krynen, "La représentation politique dans l'ancienne France", Ibid, pp. 31-44 sur le droit public.

(49) Le "Songe" n'en parle même pas dans les chapitres relatifs au droit d'imposer (I, CXXXV et CXXXVI). Tout au plus peut-on avancer l'hypothèse qu'il y a peut-être une allusion aux Etats dans une intervention du Clerc, qui définit le tyran par un certain nombre de caractères, dont celui de craindre les "assemblées du peuple" et de les empêcher (I, CXXXI, 18, éd. Schnerb-Lièvre, p. 220). Mais il faut alors indiquer que le Chevalier ne daigne même pas relever l'argument et préfère disserter sur l'éducation qu'il convient d'assurer aux jeunes princes pour qu'ils deviennent un jour de sages rois.

De même, dans sa "Politique" et son "Traité des monnaies" (rééd. La Manufacture, Lyon, 1989), Oresme, qui défend le principe du consentement du peuple à l'impôt et se prononce contre toute altération des monnaies, ne préconise aucun moyen de contrôle et n'avance aucun projet d'établissement d'une institution destinée à assurer le respect de ces deux principes (S. Sharar, "N. Oresme, un penseur politique indépendant de l'entourage du roi Charles V", op. cit., p. 208 ; J. Krynen, "De nostre certaine science... Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française", in "Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat", op. cit., p. 143). Il faut sans doute imputer ce pesant silence au mauvais souvenir laissé par les Etats de 1356. Sous son règne, Charles V ne réunira l'assemblée des trois ordres qu'une seule fois, en 1369, dans l'affaire des appels de Guyenne (H. Morel, "Le recours au roi dans les pays du sud-ouest de la Mouvance aux XIIIe et XIVe siècles", rééd. "Mélanges Henri Morel", op. cit., p. 84 sq.). A partir de cette date, il semble que le roi ait trouvé les assemblées inutiles et, à la fin de son règne, cette défaveur toucha jusqu'aux états locaux (P. Lewis, op. cit., p. 488). Il n'est plus très loin le temps où l'on osera dire que "toutes assemblées générales de grandes communitez sont aucunes foiz de dangereuse conséquence, et aucunes gens de mauvais esperit puent, par grant malice, séduire plusieurs simples gens" (ibid, p. 361), voire que "c'est cryme de lèze-majesté que de parler d'assembler Estatz et que c'est pour diminuer l'auctorité du roy" (ibid, pp. 152-153, v. Ph. de Commynes, éd. Lenglet du Fresnoy, t. II, 1747, p. 219).

(50) I, CXLI, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 243.

b - Le droit coutumier

Le "Songe" se réfère à plusieurs reprises à la notion de coutume (51), pour laquelle il affiche le plus grand respect (52). Avant lui, c'est au fondement même de celle-ci, expression de la volonté de la communauté, qu'une partie de la doctrine savante avait rattaché le maintien d'un certain pouvoir législatif entre les mains du peuple (53). Sans aller jusque là, l'ouvrage français considère que la coutume est un mode d'expression de la volonté collective (54), indissociable d'un certain contenu éthique. En effet, non seulement elle doit être conforme à la raison et à la loi divine (55), mais de surcroît elle doit aller dans le sens de la liberté. C'est ainsi que le "Songe" fonde sur l'idée de coutume "la possession de franchise et de liberté" (56), mais se refuse à utiliser celle-ci pour fonder la servitude. En effet, l'auteur du traité défend l'idée de l'égalité "naturelle" des hommes, "tous... descendus de Adam" (57) et se prononce très nettement en faveur de l'affranchissement des serfs (58).

Aussi intéressante soit-elle cette position n'a rien de révolutionnaire et de subversif. Qu'il suffise pour s'en convaincre de rappeler l'ordonnance de Philippe le Bel de 1311, qui émancipait les serfs du domaine en précisant que toute "créature humaine, qui est formée à l'image de Nostre Seigneur doit généralement estre franche par droit naturel..." (59). La finalité

(51) Dans la mesure où le mot n'apparaît pas dans l'index materiae dressée dans l'édition Schnerb-Lièvre, il paraît utile d'en préciser ces références : I/ XXXVI, 38 ; LVIII, 14, 21 ; LXXVIII, 3, 7 à 11 ; LXXXVIII, 13-14 ; CXXXVI, 3 à 6 ; CXLV, 16 ; CXLII et CXLIII per totum ; CXLIII, 15 ; CXLIII, 15, 25 à 27 ; CXLIV, 14 à 17 ; CL, 36 ; II/ CLXXI ; CLXXII, 3, 5 ; CXCII ; CXCIV ; CXCVIII ; CC ; CCIV, CCVIII ; CCX ; CCXXXVIII ; CCLI.

(52) D'après lui, "la coutume qui a este gardée par tant de temps que il n'est mémoire du contraire" doit toujours être scrupuleusement suivie, hormis si elle n'est pas "raisonnable" ou qu'elle contredit la Loi divine (I, LXXVIII, 3 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 127). Rien n'est plus conforme à la doctrine royale (F. Olivier-Martin, "Le roi de France et les mauvaises coutumes", "Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte", Germ., LVIII, 1938, pp. 108-137 ; J.-M. Carbasse, "Philippe III et les mauvaises coutumes pénales de Gascogne", Mélanges Boulvert", Nice, 1987).

(53) "Universitas, id est populus, hoc habet officium, singulis scilicet hominibus quasi membris pridere. Hinc descendit hoc ut legem condant, conditam interpretentur et aperiant, quoniam lege prefinitur quod unusquisque sequi vel quid debeat declinare" (Anonyme, "De Aequitate", 2 ; Carlyle, op. cit., t. V, p. 83). "Item non obstat quod alibi dicitur quod populus omne imperium legis condere translutit in principem... quia intelligo "transtulit" i. concessit, non tamen de se abdicando..." (Odofridus, "Comm. in Digestum", I, 4, 11 ; Carlyle, op. cit., t. V, p. 49).

(54) Cf. infra, p. 160.

(55) I, LXXVIII, 3 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 127.

(56) I, XXXVI, 38 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 55.

(57) I, CL, 6, éd. Schnerb-Lièvre, p. 297.

(58) "C'est chose contraire et repugnante a toute bone seignorie que avoir gens sers sez subjés..." (I, CXXX, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 215).

(59) "Ordonnances des Rois de France de la troisième Race", XII, 387 ; F. Pollock, "The History of the Law of Nature", Essays in Law, London, 1922, pp. 31-79.

essentielle d'un tel engagement, bien conforme aux intérêts de la bourgeoisie, comme de la Couronne, est d'ordre anti-nobiliaire et anti-féodal. A travers ce discours sur l'égalité "naturelle" et le caractère "répugnant" de la servitude, il s'agit de critiquer l'orgueil de lignage de la noblesse foncière. Comme jadis le "Roman de la Rose" (60), le "Songe" utilise pour cela une formulation frappante : "Ceux que vous appelez vilains eurent autant de lignage en l'arche de Noé que vous eustes", s'exclame ainsi le Clerc, à l'attention du Chevalier (61). On n'est pas très loin de la fameuse interrogation (62) de l'anglais John Ball (63) : "When Adam delved and Eve span, who was then a gentleman ?". Toutefois, lorsqu'il évoque les "jacques", l'auteur abandonne son discours faussement égalitariste pour s'indigner ouvertement qu'ils aient pu abandonner leur tâches productives et il rappelle fermement que chaque catégorie a une mission à remplir : les clercs "doivent vaquer au service divin", les nobles "à la deffense de la chose publique" (64).

B - Les sources scripturaires et politiques

Quoique les sources politiques soient apparues en se fondant sur les Saintes Ecritures, les unes et les autres méritent d'être envisagées séparément;

a - Les sources bibliques

Il eut été inconcevable qu'un univers aussi imprégné par la religion que celui du Moyen-Age ne fit pas sa part à l'intervention de Dieu dans les affaires humaines et que ce lieu commun fut absent du "Songe du Vergier". Longtemps l'idée

(60) "La noblesse vient d'un grand coeur, car la noblesse héréditaire n'est pas une noblesse qui vaille si les vertus d'un grand coeur font défaut à celui qui la détient ; c'est pourquoi doit en lui se faire voir la valeur de ses parents qui conquirent la noblesse par les grands et durs exploits qu'ils accomplirent ; mais quand ils quittèrent le monde, ils emportèrent toutes leurs vertus et laissèrent leur avoir à leurs héritiers qui ne purent recevoir d'eux davantage. Ils ont les biens. Ils ne recueillent rien de plus, ni noblesse ni valeur" (vers 18589-18601).

(61) "Se un homme estoit noble pour cause de sez parens, je vous fays tel argument : ou le premier pere, c'est assavoir Adam, fust noble, ou non noble. Se il estoit noble ? Donques, tous ses filz et descendens de luy sont nobles, ou il estoit non noble et, par consequant, aussi touz sez enfens seront non nobles. Donques, entre vous, chevaliers, ne devés nul appeller vylain, car ceulx que vous appelés vylains eurent autant de leur lygnage en l'arche de Nouel commes vous eustes" (I, CXLIX, 3? éd. Schnerb-Lièvre, p. 294).

(62) Jean Froissart a évoqué le "fol pretre Jehan Balle", qui disait que "nous venons tous d'un père et d'une mère, Adam et Eve", vilains comme gentilhommes ("Chroniques", Liv. II, cap. CVI).

(63) John Ball fut avec Wat Tyler un des chefs de la jacquerie de mai 1381, qui affecta l'Essex et le Kent.

(64) I, CLX, 7 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 344.

suisant laquelle c'est le peuple qui aurait transféré son pouvoir au prince put paraître incompatible avec le droit politique chrétien (65), fixé dès Saint Paul, pour qui tout pouvoir vient de Dieu (66). Mais la pensée chrétienne ne resta pas imperméable aux théories démocratiques. On compléta le fameux "Per me reges regnant" de l'Ancien Testament par divers passages du Livre de Samuel (67), notamment celui dans lequel les représentants des douze tribus d'Israël rappellent au roi David que Dieu l'a choisi pour roi de son peuple et lui disent : "Nous voici, nous sommes tes os et ta chair..." (68). Puis, continuent les Ecritures, "tous les anciens d'Israël vinrent auprès du roi à Hébron ; le roi David fit alliance avec eux devant Dieu" (69). D'où l'adage fameux : "vox populi, vox Dei".

Cette inspiration se retrouve dans le "Songe", qui s'appuie sur le Livre de Samuel pour affirmer par deux fois qu'un peuple peut élire son roi, l'une à l'initiative du Clerc (70), l'autre à celle du Chevalier (71). Par ailleurs, il n'ignore pas l'adage "vox populi vox Dei", même s'il le restitue à l'envers (72).

(65) Plusieurs auteurs expliquent ainsi l'altération qu'Yves de Chartres et Vincent de Beauvais ("Speculum doctrinale", VII, 34) firent subir au "Quod principi..." pour en tronquer le passage concernant la "lex regia" (A. Lemaire, "Les lois fondamentales de la monarchie française", thèse Droit, Paris, 1907, p. 20 ; H. Morel, op. cit., p. 382).

(66) Rom., XIII, 1, 2 et 5.

(67) Le premier est sans doute le plus frappant : sans même parler du précédent d'Abimélek, entaché de viles manoeuvres de la part de ce dernier (Jg, 9, 1 à 6), les Ecritures montrent en effet que l'initiative première de la fondation de la royauté appartient aux anciens et au peuple d'Israël, qui vinrent trouver Samuel pour lui demander d'instituer un roi, "pour nous gouverner, comme cela se fait chez toutes les autres nations" (I, Sam., 8, 5). Ce n'est que dans un second temps que Dieu choisit d'accéder à la sollicitation de son peuple, sans grand enthousiasme d'ailleurs (I, Sam., 8, 7 et 22). Israël est même allé jusqu'à se donner des rois sans la volonté divine. C'est tellement vrai que plus tard Yahvé dira au prophète Osée : "Ils ont fait des rois, mais sans mon aveu" (Os., 8, 4). Or, tous ces passages furent laissés de côté, très vraisemblablement en raison des connotations antimonarchiques très accusées qu'on y trouve (I, Sam., 8, 11 à 18 ; et dans le même sens l'apologue de Yotan ; Jg, 9, 6 à 15).

(68) II Sam., 5, 1. Le thème des "os et de la chair" apparaît dès le Livre des Juges (Jg, 9, 2).

(69) II, Sam., 5, 3.

(70) "Nous lisons aussi que le pueple éleut prince, comme il appiert en Saul, ou premier livre des Roys" (I, XXXV, 2 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 47).

(71) "Car un pueple si puet eslire roy... et le royaume de Israël fust vray royaume, car Saul, le premier roy de Israël, fust estleu" (I, LXXXVIII, 10, éd. Schnerb-Lièvre, p. 153).

Il cite également l'exemple de Jéroboam : "Car les filz de Israël si firent Jeroboam roy, tercio Regum, decimo tercio, et decimo Regum, nono capitulo, est escript que le pueple de Judée establît et ordena Zacarie roy en lieu de son père" (I, CXVIII, 12 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 194).

(72) "... la volanté de Nostre Seigneur, c'est assavoir par le peuple..." (I, LXXXVIII, 10 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 153). Cette inversion n'est pas innocente car dans tous les passages où il est question de Samuel, l'auteur du "Songe" accentue l'idée de l'élection divine. C'est ainsi que le Chevalier occulte totalement la ratification du peuple dans un passage où il se contente de dire que "Diex ordena la seignorie royal

b - Les sources politiques

Parmi les auteurs profanes cités dans le "Songe", Aristote l'emporte de très loin par la fréquence des références, qui atteignent environ la centaine (73), ce qui est considérable. Par ailleurs, l'auteur du traité de 1378 emprunte au Stagirite des données fondamentales, telles que sa définition de la monarchie (74) ou celle qu'il fournit de la tyrannie (75).

Traitant de la souveraineté du peuple, ce fait n'est pas négligeable, car c'est l'oeuvre d'Aristote qui a enseigné aux penseurs médiévaux les mécanismes de la cité démocratique (76). La troisième source de la théorie de la souveraineté du peuple est d'ailleurs à rechercher dans l'oeuvre de celui qu'on nomme alors le "Philosophe", le "Prince des Philosophes", qui est considéré comme le représentant en titre de la pensée antique et païenne, que l'Occident retrouva à travers des versions arabes, notamment les commentaires d'Averroès (77). C'est surtout à partir du XIIe siècle que furent entreprises les premières traductions de l'arabe qui permirent la redécouverte du Stagirite. La "Physique" et la "Métaphysique" furent traduites dès les années 1200 (78). La "Politique" fut redécouverte grâce à la traduction latine de Guillaume de Moerbeke vers 1260 (79) et une première traduction française fut réalisée à l'instigation de Charles V par Nicolas Oresme, en 1370 (80) (81), quelques années à peine avant que le "Songe" ne naisse lui-même, toujours dans l'entourage du roi Charles.

*

par Samuel" (I, LXXXVIII, 2 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 127). Un peu plus loin, tel est également le cas dans une réponse du Chevalier, où celui-ci indique que le Prophète a déposé le premier roi d'Israël "du commandement de Dieu" (I, CXVIII, 10-11, éd. Schnerb-Lièvre, p. 193).

(73) Table des citations, éd. Schnerb-Lièvre, t. 2, pp. 390-392.

(74) I, LXXXVIII, 2 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 127. Le "Songent" s'efforce même d'utiliser Aristote pour justifier la primogéniture mâle (I, CXLII, 36, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257).

(75) I, CXXXI, 14, éd. Schnerb-Lièvre, p. 219.

(76) Th. J. Renna, "Aristotle and the French Monarchy (260-1303)", "Viator", 9, 1978, pp. 309-324.

(77) (1126-1198).

(78) E. Kantorowicz, "L'Empereur Frédéric II", Gallimard, Paris, 1987, p. 313.

(79) J.-J. Chevallier, "Histoire de la pensée politique", t. 1, Payot, Paris, 1983, p. 171.

(80) N. Oresme, "Le Livre de Politique d'Aristote", éd. A.D. Menut, Transactions of the American Philosophical Society, New-York, 1970 ; M. Grignaschi, "Nicolas Oresme et son commentaire à la Politique d'Aristote", "Album H. Maud Cam", t. 1, Louvain-Paris, 1960.

(81) En revanche, l'ouvrage fondamental que nous connaissons sous le nom de "Constitution d'Athènes", demeura inconnu du Moyen-Ages, puisqu'il ne fut redécouvert qu'à la fin du XIXe siècle (rééd. "Les Belles Lettres", Paris, 1972, Introduction, p. 11).

Comme on le sait, l'influence aristotélicienne est également perceptible à travers la médiation du thomisme. La dette de Saint Thomas (82) à l'égard d'Aristote est d'ailleurs assez connue pour qu'on se dispense ici de s'y attarder (83).

Il est plus intéressant de relever que le "Songe" cite par deux fois l'auteur de la "Somme Théologique" (84). Mais ce n'est sans doute pas là l'observation la plus importante, si l'on note que le traité de 1378 emprunte au "Docteur angélique" la conciliation que celui-ci avait su opérer entre la vieille doctrine chrétienne sur l'origine divine du pouvoir et la théorie des droits du peuple (85) (86). Par ailleurs, il emprunte un très grand nombre de développements au franciscain Occam (87), qui a repris explicitement la théorie thomiste, notamment lorsqu'il écrit que le pouvoir des rois vient de Dieu, non par la médiation du pape, mais par celle des hommes (88), pour en venir, comme Saint Thomas (89), à affirmer le droit de tout peuple à déterminer sa propre forme de gouvernement (90).

En revanche, le "Songe" ne reprend pas la vieille notion de "pactum subjectionis" (91), qui, chez Saint Thomas (92) et Occam

(82) (1255-1274).

(83) L'influence des droits savants sur l'élaboration du thomisme politique est moins connue. Pourtant, il est vraisemblable que l'Ecole a bénéficié de l'apport romain. Bien qu'il n'y ait pas chez l'Aquinat, Jean de Paris et ses autres continuateurs de référence expresse à la "lex regia" ou au "Quod omnes tangit", on peut penser que leurs théories, fondées sur le droit naturel, se rapprochaient de celles puisées dans le droit écrit (H. Morel, op. cit. p. 384).

(84) I, CLXXVIII, 12 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 395 ; I, CL, 9 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 297. Il va sans dire que l'influence du thomisme est autrement plus importante que ne le laisserait penser ces deux références isolées (R.I. Pike, St Thomas Aquinas and the "Songe du Vergier", "Speculum", XIV, p. 492). Déjà, dans le "Somnium" de 1376, une quarantaine de chapitres étaient tacitement tributaires de la "Somme Théologique" (F. Chatillon, M. Schnerb-Lièvre, "De Saint Thomas d'Aquin au Somnium Viridarii", "R.M.A.L.", t. XXII (1966), p. 35).

(85) "Omnis potestas a Deo, sed per populum" (Commentaire sur les Epîtres de Saint Paul : ad. Rom., chap. XIII).

(86) La réception de cette théorie n'est qu'implicite (cf. infra p. 152), encore qu'elle affleure peut-être dans un passage du "Songe" dans lequel l'auteur écrit que le "Droit des gens" est d'"ordonnance divine" (I, XXXVI, 25, éd. Schnerb-Lièvre, p. 52).

(87) (1290 - 1349 ou 1350). Sur ces emprunts, cf. supra note 34.

(88) "...a Deo non per auctoritatem papalem sed per auctoritatem hominum" ("Tractatus pro rege Angliae", c. IV ; M. Wilks, op. cit., p. 187, n. 3).

(89) "De regno", cap. VI sur le "droit d'une multitude de se donner un roi". Il faudrait toutefois ajouter que dans sa "Somme Théologique", le Docteur Angélique, prône, non pas la démocratie, mais un régime mixte ("optima politia, bene commixta", dans lequel un roi gouverne et où la loi est instituée par les Grands, ensemble avec le peuple (Summa, q. 90, "Traité des lois", éd. Desclée, Paris, 1925, p. 35 ; q. 95, *ibid*, pp. 174-175), qui élit ses chefs, lesquels peuvent être choisis en son sein (Summa, q. 105, cf. M. Demongeot, "La théorie du régime mixte chez Saint Thomas, d'Aquin", Thèse Droit, Paris, 1927 ; J.-C. Ricci, "La théorie thomiste du régime mixte", R.D.P. 1974, pp. 1559 sq.).

(90) "Dialogus", III, II, III, 6 ; M. Wilks, op. cit., p. 188.

(91) On a pu trouver à la théorie contractuelle des précédents antiques, notamment dans "Les Lois" (liv. III) de Platon (Chevallier, op. cit., t. 1, p. 175) ou chez

(93), permet au peuple de se délier de son obligation d'obéissance si le prince viole le contrat scellé avec ses sujets. Au demeurant, il n'est nulle part question de déposition du roi devenu tyran (94), ni même de résistance à l'autorité monarchique. Le fait mérite d'être signalé, car il situe le texte français de 1378 en retrait de la version latine de 1376. En effet, l'auteur du "Somnium Viridarii" ne craignait pas d'écrire que si le roi établissait un impôt extraordinaire pour une bonne raison, telle que la défense de la communauté, et s'il ne parvenait pas à assurer ladite défense ou s'il dilapidait les fonds pour son bénéfice personnel, il méritait d'être déposé. D'après lui, aucun sujet ne devait être contraint à obéir à un maître qui ne gouvernait pas pour l'utilité commune et tout pouvoir est limité par les besoins de la société (95).

La traducteur du "Songe" conserve de ce passage ce qui a trait à la capacité du roi à imposer ses sujets dans certaines limites, mais laisse de côté tout ce qui concerne une éventuelle déposition. En effet, les sanctions encourues ne vont pas au-delà de la restitution de l'impôt (96). Une telle atténuation ne saurait manquer de rejaillir sur la place concrète que l'ouvrage accorde à la démocratie.

Alcidamas au IV^e siècle A.E. (J. Rouvier, "Les grandes idées politiques", t. 1, Bordas, 1973, p. 62 et 215), mais dans tous les cas rien ne prouve que ces auteurs aient exercé une influence effective sur elle.

Le passage du Livre de Samuel relatant l'alliance entre le peuple d'Israël et le roi David (supra p. 147) a, avec davantage de vraisemblance, pu inspirer la théorie. Il s'agit en effet d'un véritable contrat social. La traduction des Ecritures effectuée par l'Ecole Biblique de Jérusalem restitue d'ailleurs II Sam. 5, 3, en disant : "le roi David conclut un pacte avec eux" (éd. Desclée de Brouwer, Paris, 1955, p. 403). Mais, à défaut de preuve, ce n'est jamais qu'un indice.

En tout état de causes, la théorie apparaît formée pour la première fois vers 1085, chez Manegold de Lautenbach (Gierke, op. cit., p. 169, note 138 : Carlyle, op. cit., t. III, p. 168 ; H. Morel, "La théorie du contrat chez les monarchomaques", "Mél. Kayser", Aix, 1970 et "Mél. Morel", Aix, 1989, pp. 448-449). Toutefois, ce dernier réservait le contrôle du contrat et notamment la faculté de le rompre en cas d'inexécution par le prince de ses obligations au seul Souverain Pontife (Carlyle, op. cit., t. IV, pp. 86 sq ; Chevallier, op. cit., t. 1, p. 175). Elle est attestée pour la première fois chez un auteur français avec Jean de Meun, dans l'oeuvre duquel apparaît un contrat que le peuple pourrait rompre unilatéralement dès qu'il le souhaiterait (supra, n. 4).

(92) "De Regno", (vers 1266), cap. VI.

(93) "Octo questiones", éd. Goldast, Hanovre, 1614, t. II, p. 340.

(94) Tout au plus, l'auteur évoque-t-il le cas de Childéric III (v. Infra, p.160).

(95) "Si enim princeps iustitiam denegaret subditis utpote...si sint inducti tales redditus extraordinarii de iusta causa, scilicet pro defensione patriae, nec eo modo defendatur quo possit et debet, nec redditus ad illum usum sed in alium convertatur, tunc tales redditus ordinarii iuste possent denegari, immo iure scripto super dictamine rectae rationis sundato merito a regimine tamquam indignus foret deponendus. Et si in regimine totius regni sic negligeret, omnino indignus foret deponendus et liceret populo alium principem eligere ; si in parte regni solum hoc negligeret, liceret populo illius loci alium sibi principem eligere... Exercitus enim ducem sibi elegit... Si autem illae talliae nullo modo sint ad utilitatem boni communis, nec rex nec princeps potest eas imponere, quod si imposuerit, subditi non tenentur obedire, quia potestatis suae limites excedit" (Somnium), I, CXLI).

(96) I, CXXXVI per totum (éd. Schnerb-Lièvre, pp. 230-232).

II - L'ÉTENDUE DE LA SOUVERAINETE DU PEUPLE

Le "Songe" applique le principe de la souveraineté du peuple à deux niveaux : d'une part la détermination du fondement du régime, le droit divin ou le droit populaire, d'autre part l'adoption d'un mode de transmission, la succession ou l'élection (97).

A - Le droit populaire substitué au droit divin

Aussi audacieuse puisse-t-elle paraître du point de vue théorique, cette substitution a des conséquences pratiques relativement limitées.

a - Des principes audacieux

Il faut bien convenir tout d'abord que les passages qui traitent incidemment de l'origine du pouvoir offrent des développements de prime abord contradictoires.

Dans les premiers l'auteur reprend expressément à son compte l'idée de l'origine divine du pouvoir en général (98) et du royaume de France en particulier (99) et va jusqu'à utiliser la vieille formule suivant laquelle le Roi de France ne tient son pouvoir que de Dieu (100).

Dans d'autres développements au contraire, il découle non moins explicitement du texte que le fondement des règles de dévolution réside dans la volonté du peuple. En effet, l'ouvrage dispose clairement que dès qu'un peuple est libre, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas déjà le sujet d'un prince, il a le droit de se

(97) Cf. A. Leca, "La dévolution de la Couronne dans Le Songe du Vergier", A.F.H.I.P., vol. VII, P.U.A.M., Aix, 1990.

(98) "De ceste Loy divine sont lez signories divisies et lez royaumes, pour la policie du monde, ordenés et establis" (I, XXXVI, 8 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 50). "Et Proverbiorum VIII capitulo, il est escript, et sont lez paroles de Dieu le Père : Par moy lez rois regnent..." (I, XXXVI, 9 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 50). Le "Songe" prend ici à son compte la thèse oresmienne (Pol, VII, 10) de la "divisio regnorum". Sa particularité est que la multiplicité des royaumes cesse d'apparaître comme la Babel des Etats, le fruit du péché, mais la conséquence de l'ordre naturel du monde (J. Quillet, "La philosophie politique du Songe du Vergier", op. cit., p. 158).

(99) Selon le Chevalier, nul ne peut douter que "le tres puissant roy de France ne soy roy ordené et establi de Dieu" (I, XXXVI, 16 ; éd. F. Chatillon, p. 31 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 51). Les miracles qu'il fit pour lui en témoignent aisément (I, XXXVI, 16 ; éd. F. Chatillon, p. 31 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 51). De même les grâces spéciales que la monarchie française a reçues du Saint-Esprit (I, LXXX, éd. F. Chatillon, p. 82 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 133).

(100) "Le roy de France (...) tient son royaume for de Dieu tant seulement" (I, XXXVI, 38, éd. F. Chatillon, p. 36 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 55). On retrouve cette maxime dès "Le Livre de Justice et Plet", vers 1260 (I, 16, éd. Rapetti, 1850, p. 67) et les "Etablissements de Saint Louis", vers 1270 (I, 83, éd. Viollet, t. II, 1881, p. 40).

donner un roi (101). C'est ce qu'a fait la France (102). Son roi, comme l'empereur (103), a donc "titre du peuple". C'est là une vérité universelle (104).

Il est loisible de chercher une contradiction entre ces deux types d'extraits. Mais celle-ci se dissipe si l'on se réfère à l'enseignement de Saint Thomas (105) (106) et de Jean de Paris (107) (108), dont on a vu qu'ils avaient inspiré le "Songe" (109). Leur théorie, qui fut reprise par Occam (110), qui a fourni le modèle de ce passage du "Songe" (111), paraît d'ailleurs affleurer dans une intervention du Chevalier, lorsque celui-ci affirme que les rois sont établis d'après le droit des gens, qui n'est autre que le droit naturel établi par la volonté de Dieu (112).

Il va sans dire que dans cette conception l'humain l'emporte sur le divin, relégué dans les nuées et les grands principes. Aussi bien, d'un point de vue strictement théorique, le "Songe" rejoint-il finalement les audacieuses thèses marsilienne et occamienne (113) sur la souveraineté populaire qui, dans

(101) "Chascun peuple qui n'est subject au roy ou a empereur peult par le droit des gens eslire et faire un roy" (I, LXXVIII, 4, éd. Schnerb-Lièvre, p. 128 ; I, LXXXVI, 11, éd. Schnerb-Lièvre, p. 147).

(102) Certes, l'auteur admet que l'élévation de Charlemagne, "Roi des Francs", à la dignité impériale, en 800, "mist en la subjection de l'Empyre le royaume de France", encore que, d'après lui, il soit douteux que Charles, fut-ce avec l'accord du pape, ait eu le droit d'opérer un tel changement sans le consentement du peuple, car la "translatio imperii" requièrait son approbation (I, XC, 4, éd. Schnerb-Lièvre, p. 157). En toutes hypothèses, il s'agit là d'une question purement théorique, car avec le partage de l'Empire, "le royaume de France retourna a sa premiere nature ou franchise" (I, XC, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 156).

(103) Le Chevalier ne conteste pas que le fondement de l'autorité impériale soit assis "par eleccion du peuple de Rome" (I, XXXVI, 29, éd. Schnerb-Lièvre, p. 53). Peu de temps auparavant, le "Songe" avait déjà fait préciser au clerc que l'empereur avait été élu par le peuple romain qui lui avait transféré son pouvoir en vertu de la *lex regia* (cf. supra note 27).

(104) Le pape lui même tient ses pouvoirs des hommes : "Se vous me dittes que le Pape prent sa puissance De Jhesuchrist et non mie de ceulx qui l'élisent ou d'autre homme humain, il s'ensievret, ainsi, que nul homme humain ne le pourret deposer, car a celluy appartient la deposicion d'aucun a qui appartient l'institution. Et toutevoies, nous veons clerement que le Pape puet estre par homme humain déposé, comme est pour le cas de heresie, comme il est escript ou Decret" (II, CXLIII, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 121).

(105) (1225-1274).

(106) "Dominia et principatus politicos, non esse de jure divino, sed de jure humano" ("*Summa Theologica*", IIa.IIae, qu. III, 2).

(107) (vers 1240-1306).

(108) "Ergo potestas regia nec secundum se nec quantum ad executionem est a papa sed a Deo et a populo regem eligente in persona vel in domo" ("*Tractatus de potestate regio et papali*", (1302), éd. Leclercq, Paris, 1942, p. 199).

(109) v. supra, pp. 149-150.

(110) v. supra, note 93.

(111) G. d'Occam, "*Octo Quaestionum Decisiones*", q. V).

(112) "Lez Roys sont establis de Droit des genz, qui est appelé Droit naturel, lez Roys/ ont titre de Droit naturel, qui est de l'ordenance divine establi" (I, XXXVI, 25, éd. Schnerb-Lièvre, p. 52).

(113) Sur les emprunts opérés par le "Songe" au "Defensor Pacis", et aux "Octo Quaestionum Decisiones", v. supra, note 34.

l'entourage de Charles V, avaient déjà été reprises peu de temps auparavant par Oresme (114).

Il s'inscrit en cela dans une tradition féconde. En effet, cette consécration de la théorie du fondement populaire du pouvoir (115) contribuera au foisonnement du siècle suivant. On la retrouve en effet chez J. Gerson (116) (117), J. de Terrevermeille (118) (119), sans doute chez J. de Courtecuisse (120) (121) et J. Juvénal des Ursins (122) (123), enfin de manière incontestable chez Philippe Pot (124) (125), pour ne pas parler de ses prolongements sous l'Ancien Régime proprement dit.

(114) v. supra, note 9.

(115) Il bénéficia des précédents créés par le jurisconsulte Jean Faure (?-1340) ("In Institutiones Iuris civilis Commentarii", éd. Lyon, 1593, pp. 21-22 ; J. Imbert, H. Morel, R.J. Dupuy, "La pensée politique", P.U.F., 1969, pp. 119-120).

(116) (1362-1428).

(117) "Ad ce (pour le salut de tout le commun) furent ordonnées les roys et les princes du commencement par commun accord de tous" (J. Gerson, "Vivat Rex", in "Oeuvres complètes", vol. VII, Paris, Desclée, 1968, p. 1155).

(118) (1370?-1430).

(119) "Les dignités royales appartiennent à tout le corps civil ou mystique du royaume (...). Donc au préjudice ou contre la volonté de ceux à qui elles appartiennent le chef ne peut rien (...). Le choix des rois et des princes (...) appartient au peuple" ("Tractatus", éd. Hotman, Arras, 1586, p. 34).

(120) (1350?-1423).

(121) Sermon Bonum Michi, in G.Di Stefano, "L'oeuvre oratoire française de Jean Courtecuisse", Turin, 1969, p. 321.

(122) (1388-1473).

(123) Juvénal se borne à dire que le Roi n'a "qu'une manière d'administration et d'usage" de la couronne ("Histoire de Charles VI (Annotations)", 1425-1430, éd. Paris, 1653, p. 695). On peut en déduire que, si la couronne ne lui appartenait pas, elle pouvait être la propriété du peuple. D'autant que Juvénal évoque le rôle des Etats Généraux. Il souligne que, lors de la crise successorale de 1316, "la matière fut décidée et déterminée par les pers de France, appelés les troys estatz" ("Audite celi" (vers 1435), in "Ecrits politiques", t. 1, Paris, Klincksiek 1978, p. 168). A propos du traité de Troyes de 1420, après avoir rappelé que Charles VI n'avait pas le droit de le signer, il précise qu'il n'avait même pas le droit d'exhérer le Dauphin "sans... la présence des troys estatz du royaume... et les XII pers..." (Ibid, p. 188).

(124) (1428-1494).

(125) "Dans l'origine le peuple souverain créa des rois par son suffrage, et il préféra particulièrement les hommes qui surpassaient les autres en vertu et en habileté. En effet, chaque peuple a élu son roi pour son utilité... Je veux que vous conveniez que l'Etat est la chose du peuple, qui l'a confiée aux rois, et que ceux qui l'ont eue par force ou autrement, sans aucun consentement du peuple, sont censés tyrans et usurpateurs du bien d'autrui. Or, puisqu'il est constant que notre roi ne peut disposer lui-même de la chose publique, il est nécessaire qu'elle soit régie par le soin et par le ministère d'autres personnes... Loin de moi pourtant l'intention de dire que la capacité de régner ou la domination passe à tout autre qu'au roi ! Je me borne à prétendre que l'administration du royaume et la tutelle, non le droit ou la propriété, sont accordées légalement pour un temps au peuple ou à ses élus. J'appelle peuple non seulement la populace et ceux qui sont simplement sujets de cette Couronne, mais encore tous les hommes de chaque Etat" (J. Masselin, "Journal des Etats généraux de 1484", éd. A. Bernier, Paris, 1835, p. 147 et 149. Que Pot, défenseur des intérêts des Beaujeu dans le débat relatif à l'attribution de la régence, n'ait pas été désintéressé est évidemment une toute autre histoire : v. à ce sujet H. Bouchard, "Ph. Pot et la démocratie aux Etats Généraux de 1484", Annales de Bourgogne, XXII, 1950, pp. 33-40).

Le "Songe du Vergier" ajoute même qu'il appartient au peuple de déterminer les conditions de cette dévolution, qui est assimilée à une convention (126). On peut noter qu'avec ce passage emprunté à Occam (127), c'est, semble-t-il, la première fois que la théorie du contrat est explicitement évoquée dans le débat politique (128), du moins par un auteur français (129). A ce qu'il paraît, c'est surtout la première fois dans le royaume qu'un auteur donne une telle extension aux droits du peuple, si l'on met de côté les excès isolés de Jean de Meun (130).

Pourtant, on ne saurait s'en tenir là car les résultats pratiques de cette audace doctrinale sont pour le moins ambigus.

b - Des résultats ambivalents

L'affirmation des droits du peuple n'a de conséquence pratique que lorsqu'il s'agit à travers eux d'assurer l'indépendance du roi à l'égard de l'Eglise. En revanche, elle est dépourvue de toute effectivité lorsqu'elle serait susceptible d'aboutir à la reconnaissance d'un corps politique organisé, distinct du roi (131). De là à penser que le thème de la souveraineté populaire n'a pour but que d'opposer un rempart aux thèses sacerdotales, il n'y a qu'un pas à franchir. On ne saurait le faire avec une certitude absolue, mais il faut bien admettre que cette explication est de loin la plus probable.

*_*_*

La consécration du fondement populaire du pouvoir royal permet à l'auteur du "Songe" d'affirmer l'indépendance du roi à l'égard de l'Eglise. Aucune autorité n'est appelée à intervenir pour donner sa ratification. Le choix du peuple produit effet de plein droit. Il suffit pour s'en assurer de relever deux points.

(126) "Car chascun, quand il baille sa chose, puet mettre telle loy ou condiction comme il luy plait" (I, LXXVIII, 7 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 128, éd. F. Chatillon, pp. 78-80). En ancien français, le verbe baillier, attesté dès le XIIe siècle, ne signifie pas seulement louer ; il a plusieurs sens et ici celui de remettre, de donner (F. Godefroy, "Lexique de l'ancien français", Paris, Champion, 1982, p. 45. A. J. Greimas, "Dictionnaire de l'ancien français", Paris, Larousse, 1987, p. 59). La "bailliance" a donc un incontestable caractère contractuel.

(127) Octo Quaestionum Decisiones, q. V. 6.

(128) H. Morel, "La théorie du contrat chez les monarchomaques", "Etudes offertes à P. Kayser", P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1979 et "Mélanges H. Morel, P.U.A.M., 1989, pp. 448-449).

(129) Jean de Meun ne parle pas expressément de pacte social (v. supra, note 4).

(130) V. supra, note 4.

(131) V. supra, note 49 sur le silence qui entoure l'institution des assemblées d'Etats et supra p. 150 sur l'omission du droit de déposer le roi, admis par l'Ecole et évoqué dans le "Somnium".

En premier lieu, la succession royale ne dépend ni pape (132), ni du clergé.

En second lieu, "l'unccion, la consecration et le couronnement", dont le texte précise qu'ils sont de droit humain (133), ne sont plus que des rites seconds, purement facultatifs (134). Ils ne répondent ordinairement qu'à des conditions de prestige (135) (136) et pourraient parfaitement être conférés par un simple laïc, à défaut d'une personne d'Eglise (137). L'auteur ne se contente d'ailleurs pas d'affirmer, il s'efforce de démontrer que le sacre ne fait pas le roi, qu'il ne lui confère aucun nouveau pouvoir (138), à la différence du sacre de l'empereur (139), et

(132) "Le roy de France n'est approuvé, consacré ne couronné du Pape, ne ne doit estre, ne n'a esté anssi acoustumé", à la différence de l'Empereur (I, LXXII, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 120).

Cette affirmation est une réplique aux thèses qui cherchaient à démontrer que la succession héréditaire avait été autorisée par le pape (Augustin d'Ancone, "Summa", XXXV, 2 ad 1, XXXVI, 5 ; Bartholomée de Lucques, "Determinatio compendiosa" (1308?), cap. XI-XII ; "De regimine principum" (1301-1303?), III, 18) et donc que le Pontife pouvait y revenir.

(133) "L'unccion, la consecration et le couronnement dez Roys ne sont pas entrodites de l'ordenance de Dieu, mez sont establies par ordenance humaine" (I, LXXX, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 123).

(134) "Lez Roys ne sont pas oyns de necessité, mez de volaté, car, sanz unccion, ilz pourroient administrer et faire tout ce qui appartient a Roy (I, LXXVI, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 125).

(135) "Celle unction du Roy ne baille au Roy aucun pover en la temporalité (...) elle a aultres vertus et effets (...) après l'onction, le Roy est tenu en plus grant honneur et reverence de son pueple" (I, LXXIII, 6-7 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 123).

"Et se vous me demandés de quoy sert le couronnement en celluy cas, quant il a plain pover avant son couronnement, je vous respons, comme aultre foyz j'ay dit, que il est couronné pour plus grant sollempnité et que il soit plus craint, honoré et amé" (I, LXXVIII, 10, éd. Schnerb-Lièvre, p. 129).

(136) Le sacre de roi de France est certes à mettre de côté : "Mez quoy que nous disons dez aultres Roys, il salbe que nul ne doie doubter que le roy de France ne praigne especial grace du Saint Espirit par sa sainte unction. Car, ainssi que il est plus merueilleusement oynt et plus especialment que nul aultre Roy, c'est chose vraysamblable que, devant tout aultre, il receve par celle unccion especial don et grace au Saint Espirit. Car il est oynt de la Sainte Ampoule, laquelle fust envoiée par l'Angre du Ciel, pour quoy il appiert que lez roys de France ne sont pas oyns seulement par ordenance humaine, mez sont oyns, consecrés et couronnés par l'ordenance du Pere, du Filz et du Saint Espirit" (I, LXXX, 8 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 133). Mais il ne faut pas lui donner une portée qu'il n'a pas. En particulier, il ne faut pas lui imputer le pouvoir thaumaturgique que le "Songe" analyse comme un don de Dieu, conféré par le Saint-Esprit (I, LXXX, 6 ; éd. F. Chatillon, p. 82 ; éd. Schnerb-Lièvre, p. 133), qu'il faut ranger parmi les graces spéciales consenties par Celui-ci (v. infra, note 138).

(137) "L'oncyion du roi puet estre baillee par aultre que par persone de Sainte Eglyse" (I, LXXIII, 3 et 5, éd. Schnerb-Lièvre, p. 122). v. également : I, LXXVIII, 4, éd. Schnerb-Lièvre, p. 128 ; I, LXXVIII, 9, éd. Schnerb-Lièvre, p. 128 etc... Cette théorie se retrouve dans les "Octo Quaestiones" d'Occam (1326). L'auteur de la partie anonyme de la "Determinatio compendiosa" (1342) mentionne l'existence d'une théorie, qu'il attribue à Michel de Césène, qui écrivait à la même époque qu'Occam, et selon laquelle l'empereur pourrait être couronné par un simple croyant (chap. 40, éd. R. Scholz, "Unbekannte Kirchenpolitische Steischriften", vol. 1, Rome, 1911, p. 549).

(138) "Roy qui succede par heritage ne reçoit aucun pover parce que il est oint par prelat de Saint-Eglise" (I, LXXIII, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 122).

qu'il ne crée donc aucun lien de dépendance (140). Il tient ainsi à rappeler que plusieurs princes, qui ne reçurent pas l'onction, exercèrent néanmoins l'intégralité de leurs droits régaliens (141) et qu'inversement les reines reçoivent l'onction, sans pour autant obtenir de pouvoir (142). En effet, malgré le précédent de Philippe III, qui se comporta en roi dès la mort de son père à Tunis, en août 1270, sans attendre son sacre, en août 1271, l'idée est encore dépourvue de racines.

Certes, il est clair que le "Songe" n'a pas forgé ici une thèse originale. La théorie suivant laquelle le sacre ne faisait pas le roi était déjà ancienne (143) et elle avait été reprise par Jean

"Roy qui vient a un royaume par succession ne prent aucun novel pour rayson de son couronnement" (I, XXVIII, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 127).

"Il semble que le Roy ne prengne aucune grace ou don du Saint Esprit par ce que il est oynt, consacré et couronné" (I, LXXX, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 132).

"Le Roy n'est en rien subject a celluy qui le courone, puis que il ne prent de luy aucun pover ou puissance ; mez il est certain que celluy qui courone le Roy ne donne au Roy aucun novel pover, comme il a esté aultre foys dit et touché. Item le Roy ne tient pas son royaume de celluy qui le courone, car il n'est pas son vassal, car il ne luy fait aucun serement de feaulté" (I, LXXXII, 1-2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 135).

(139) "Par ce couronnement, l'Empereur si acquiert puissance de Empereur en toutes lez terres qui n'estoient pas subjectes a Charlemaigne devant le temps de la transacion de l'Empire, et qui sont encore de la puissance de l'Ampyre" (I, LXXXVI, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 144).

(140) Le chevalier a beau jeu de faire remarquer que "celluy qui courone n'a nulle subjection. Car nous veons que, quand le pape est esleu, il est couronné, et toutevoies, il n'est point subject a celluy qui le courone" (I, LXXXII, 5, éd. Schnerb-Lièvre, p. 135).

(141) "Tous les Roys qui succedent en un royaume, si ont un maisme pover en ce royaume quant en la temporalité, aultrement l'un ne seroit pas vray successeur ou hoyr de l'autre. Or est vérité que, en plusieurs royaumes, ont esté plusieurs Roys qui ont succédé les uns aux aultres, deuzquelx aucuns ont esté oins, lez aultres ne l'estoient mie, car aucuns furent Roys payens qui ne lui furent pas ; car les Roys de Payens ne sont mie oins ; deuzquelx Roys payens aucuns sont fais crestianz et après oins, car comunement les Roys chestians se font oindre. Il s'ensieut donques que, parce que un Roys est oint par persone de Sainte Eglyse, que pour tant il ne reçoit aucun pover de novel en la temporalité, mez l'a tel comme il avoit par avant, ne mué ne changié" (I, LXXIII, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 122).

"Lez predecesseurs dez Roys... furent jadis mescreans, qui ne tenaient leurs royaumes d'aucuns qui lez couroner(e)nt ; car les Mescreans n'estoient pas comunement couronnés. Donques, ne lez Roys qui a present sont ne tiennent point leurs royaumes de ceulx qui lez couronent. Aultrement ilz ne seroient pas vrais hers de leurs diz pre(de)cesseurs ; et seroient lez Roys crestians de pyre condiction que ne seroient lez Roys mescreans, laquelle chose serait desraisonable et en prejudice de la foy crestianne" (I, LXXXII, 3, éd. Schnerb-Lièvre, p. 135).

Effectivement, nombre de monarchies ne connaissaient pas ou avaient alors abandonné ce rituel. Tel est le cas du Portugal, de l'Aragon et la Navarre (où l'onction royale n'apparut respectivement qu'en 1204 et 1257) et de la Castille, où le sacre disparut en 1157, pour être réintroduit au XIII^e siècle (E. Kantorowicz, "Les deux corps du roi", Gallimard, Paris, 1989, p. 503).

(142) I, LXXVIII, 11, éd. Schnerb-Lièvre, p. 129.

(143) La première théorie selon laquelle l'exercice par le Prince des droits et des fonctions administratives impériaux ne dépendaient pas vraiment de son couronnement apparaît dans la glose palatine vers 1210-1215 (E. Kantorowicz, op. cit., p. 502, n. 28), que répète mot pour mot la glose de Johannes Teutonicus sur le Decretum ("Glos. Ord.", sur c. 24, D.XCIII, v. imperatorem ; E. Kantorowicz, op. cit., p. 235 et 502, n. 28). Pour des raisons essentiellement pratiques, tenant à la

de Paris (144) et Guillaume d'Occam (145). Mais désormais elle ne sera plus discutée par aucun auteur (146) et le "Songe" n'y est peut être pas étranger.

*_*_*

L'affirmation des droits du peuple n'a pas la même effectivité dans les développements qui ne concernent pas les rapports entre l'Eglise et le royaume. Il suffit pour s'en convaincre de réfléchir au sens que l'auteur accorde au terme de peuple et aux modes d'expression de la volonté de celui-ci.

*

Il convient tout d'abord de noter que le "Songe" est très peu explicite à ces deux points de vue.

En premier lieu, il ne définit pas le peuple. Le fait est fâcheux pour le commentateur, car ce concept peut être interprété de deux manières radicalement différentes.

validité de donations opérées au profit du Saint-Siège, par Rodolphe de Habsbourg avant son sacre, Guillaume Durant (m. 1296) défendit également l'idée que le prince jouissait de la plénitude de ses pouvoirs avant sa consécration ("Speculum Iuris", II, particip. 1, De rescripti praesentatione, 69, n. 18, Venise, 1602, p. 424 ; E. Kantorowicz, op. cit., p. 236).

Pendant le grand interrègne de l'Empire, après la mort de Frédéric II, période où les couronnements romains furent suspendus pendant plus de soixante ans (1250-1312), le problème devint d'actualité. Plusieurs auteurs se prononcèrent en faveur de l'empereur : Jacobus de Arena (m. 1296), le gibelin Cynus de Pistoia (1270-1337), pour qui "celui qui a été élu par le peuple selon la *lex regia*" jouit de l'intégrité des droits et des pouvoirs souverains, même sans couronnement (K.G. Hugelmann, "Die Wirkungen der Kaiserweihe nach dem Sachsenspiegel", "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", kan. abt., IX, 1919, p. 29, n. 2 ; E. Kantorowicz, op. cit., p. 236), les Napolitains Andreas de Isernia (m. 1316) (Prooemium de sa glose sur Lib. Aug., éd. Cervone, p. XXVI, Sed certe ; E. Kantorowicz, op. cit., p. 236) et Lucas de Penna (sur C.10, 74, n. 12 ; W. Ullmann, "The Medieval Idea of Laws as Represented by Lucas de Penna (1220-vers 1390)", p. 176, n. 3, E. Kantorowicz, op. cit., p. 236).

Cette théorie l'emporta dans l'Empire avec le décret de Rhens de 1338, lorsque les princes-électeurs allemands décrétèrent que le pouvoir et la dignité de l'empereur venaient directement de Dieu seul et celui qui était légalement élu par les princes était investi de tous les pouvoirs par son élection seule et sans aucune confirmation ou approbation pontificale, (E. Kantorowicz, op. cit., p. 237). Cette solution fut confirmée par la constitution "Licet Iuris" de Louis II de Bavière (Ibid, p. 237).

(144) "De potestate", c. XVIII, éd. Leclercq, p. 229.

(145) "Octo Quaestiones", 1, 16-18. Le Franciscain précise de surcroît que le sacre étant un acte purement humain, il pourrait être conféré par un laïc ou même une femme. Le "Songe" le suit jusque dans cette précision (I, 74). J. Quillet, op. cit., pp. 77-78.

(146) L'idée mettra beaucoup plus de temps à s'enraciner dans la conscience collective, comme le rappelle l'exemple fameux de Jeanne d'Arc qui donna au roi Charles VIII le nom de "Gentil Dauphin", jusqu'à ce que celui-ci fut sacré à Reims en juillet 1429.

Certes, le vocable désigne toujours la multitude que le royaume réduit à l'unité.

Mais cette multitude peut être une personne morale distincte du chef placé à sa tête, apte à se manifester de façon autonome, comme chez Guillaume d'Occam (147). Ce peut être aussi le "corps de policie" de Christine de Pisan (148) (149) ou le "corpus mysticum regni" de Terrevermeille (150), c'est-à-dire un corps dont la volonté est dans la tête seulement, qui ne peut donc s'exprimer qu'à travers son chef, à travers le roi (151).

Même si dans les deux cas, on ne se trouve pas en présence d'une conception démocratique (152), un choix s'impose.

(147) G. de Lagarde, "L'idée de représentation dans les oeuvres de Guillaume d'Occam", in "Bull. of Intern. Comm. of Historical Science", t. IX, fasc. 34, pp. 427-451.

(148) (1363-1431).

(149) "Princes, chevaliers et nobles, université de tout le peuple (...) doivent être en une seule policie, ainsi comme un droit corps est, selon la sentence de Plutarque qui, en une epistre qu'il envoya à Trajan l'empereur, compare la chose publique à un corps ayant vie" ("Livre du corps de policie" vers 1405, in E. Nys, "Christine de Pisan et ses principales oeuvres", 1914, p. 56).

(150) J. Barbey, "La fonction royale - Essence et Légitimité d'après les Tractatus de Jean de Terrevermeille", N.E.L., Paris, 1983, p. 175, 180.

Cette conception organiciste se retrouve chez Gerson ("Verba mea auribus percipe, Domine", B.N., Ms fr. 2701, f° 88 r-v ; cité in P.W. Lewis, "La France à la fin du Moyen-Age", Hachette, 1977, p. 22).

(151) Ibid, p. 196, 199 et 212 : "La tête représente le royaume non pas en vertu d'une dévolution de pouvoir du corps, mais parce qu'elle est la source procurant et déterminant la vie de ce corps".

L'idée d'une commune appartenance du roi et du peuple au corps politique semble avoir toujours eu pour conséquence d'affirmer l'entière dépendance du second. Nous n'avons pu trouver qu'un seul contre-exemple, chargé d'implications démocratiques : celui du Pseudo-Thomas, qui écrit vers 1260-1265, que le prince est peut-être la tête du corps politique, mais que c'est le corps qui porte la tête et que c'est du peuple que procède le pouvoir : "Et si caput corpore humano sit altius, corpus tamen est malus ; corpus regitur a capite, sed caput portatur a corpore : non minus indiget caput corpore capite : capus habet a corpore quod sit in alto, corpore subiecto, quod tantum in se est esset in (altero). Sic princeps a subditis habet potestatem et quod in alto sit ; et cum eos despicit, aliquando potestatem et altitudinem squam amittit" ("De eruditione principum", I, 6).

(152) Le fait est évident dans la seconde conception. Il l'est aussi dans la première, car le peuple qu'elle appréhende n'est pas la collectivité des gouvernés toute entière, mais seulement une fraction variable de ceux-ci. Chez les auteurs médiévaux qui placent dans le corps social la source première de l'autorité politique, de Saint Thomas ("Politicorum Aristotelis libros, Expositio", lib. III, c. VI, éd. Marietti, Rome, 1951) à Marsile de Padoue ("Le défenseur de la paix", I, XII, 3, éd. Vrin, 1968, trad. J. Quillet, pp. 110-111), le peuple ne désigne qu'une élite, correspondant au mieux aux "cives praeclarii" de la traduction latine d'Aristote : le "populus" de Saint Thomas n'est que la "sanior pars" du peuple, constituée essentiellement par les barons du royaume, celui de Marsile se borne à sa "valentior pars" ("Le défenseur de la paix", I, XII, 3), que détermine "l'honorable coutume des sociétés politiques". Rappelons pour mémoire que les statuts de Padoue ne reconnaissent la citoyenneté qu'aux chefs de famille dont l'appartenance à la cité remonte à plusieurs générations et dont le nom figure dans le "Librum Comunanciae". Ils excluent expressément les "artifices vel laboratores atis mecanioce, familia alicujus" ("Statuti del Comune di Padova", I, XIX, XX, XXI). Quant à l'Empire il ne reconnaît le droit de suffrage qu'à sept princes électeurs. La "valentior pars" impériale pourrait très bien désigner ces sept souverains ("Le défenseur de la paix", op. cit., p. 111, n. 8 in fine).

Il faut bien admettre que, malgré une tentation organiciste perceptible dans le "Songe" (153), comme auparavant dans le "Somnium" (154) et plusieurs autres ouvrages du XIV^e siècle (155), les emprunts à Occam de la quasi-totalité des passages se référant aux droits du peuple et certains passages du traité de 1378, très explicites sur la dissociabilité entre le peuple et le roi (156), invitent au plan doctrinal à retenir la première hypothèse. Toutefois le silence du "Songe", tant sur les modes d'expression de la volonté populaire, notamment sur les Etats Généraux, dont il ne souffle mot (157), que sur le droit éventuel du peuple de déposer son roi (158), incline à penser qu'il appréhende le danger qu'il y a à faire intervenir la multitude dans l'attribution et l'exercice du pouvoir royal (159) et qu'il entend limiter les ingérences des gouvernés.

En second lieu en effet, à la différence d'Oresme (160), l'auteur du "Songe" n'aborde pas la question des modes d'expression de la volonté du peuple. Il offre tout de même une piste, dans un passage qui précise qu'en l'absence de coutume pré-établie, exprimant la volonté populaire, un roi pourrait

(153) La théorie de l'indissociabilité du roi et du peuple, qui s'exprime dans la vieille métaphore organiciste, connue dans la pensée politique profane depuis le XIII^e siècle (J. de Salisbury, "Policraticus", V, 2 sq., éd. Webb, t. 1, pp. 282 sq.; E. Kantorowicz, "Les deux corps du roi", Gallimard, 1989, p. 150) et consacrée par la royauté dans une lettre de Philippe le Bel en 1305 (J. R. Strayer, "Defense of the realm and royal power in France", Studi in onore di G. Luzzato, Milan, 1950, t. 1, p. 289), a incontestablement tenté l'auteur du "Songe". Si l'on met de côté deux fragments - une intervention du Chevalier (I, XXXVIII, 5; éd. Schnerb-Lièvre, pp. 60-61) et une du Clerc (II, VI, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 7), au motif qu'elles concernent le pape - la métaphore du corps humain apparaît dans un contexte profane avec un passage où il est dit "lez membres devient sieuvir le chief" (I, CXLIII, 15; éd. Schnerb-Lièvre, p. 260). L'origine patristique de ce passage est transparente. Toutefois, comme cette formule se retrouve à peine différente chez Saint Augustin ("Enarrationes in Psalmum", XXIX, P.L., t. XXVI, col. 223) et Saint Thomas d'Aquin ("Catena Aurea", in Lucae Evangelium, CXXI, parag. 7), l'un ("Civitates Dei", XXXVII, 1630) et l'autre ("Summa theologica", II, I, LXXXI, I et III, VIII, a.3) familiers de la comparaison organiciste, il est impossible d'en préciser l'origine.

(154) I, XXXII, LXXXII et CII; II, cap. CCCV et CCCVII.

(155) "Histoire des Institutions de l'époque franque à la Révolution", Ouvrage collectif, P.U.F. 1987, p. 262.

(156) Le plus clair est celui qui dispose que "chascun peuple qui n'est subject au roy ou à empereur peult par le droit des gens eslire et faire un roy" (v. supra n. 101).

(157) V. supra, note 49.

(158) V. supra, p. 150.

(159) Cette possibilité a été avancée par M. H. Morel pour tenter d'expliquer le silence entretenu par les auteurs français autour de la "lex regia" (cf. "La place de la lex regia...", op. cit., p. 385, avec la remarque de Jean Faure qui juge "dangereuse" l'intervention du peuple).

(160) Après avoir affirmé que le pouvoir émane du peuple (v. supra, note 9), Oresme précisait qu'il "ne s'ensuit pas pour ce que tout le peuple ait la gubernacion, si comme il a en démocratie, mes seulement les esleus" (Pol., III, 13). D'ailleurs, au Moyen-Age, les idées "démocratiques" n'ont, semble-t-il, jamais été revendiquées au bénéfice du peuple tout entier (J. Krynen, "Genèse de l'Etat et histoire des idées politiques en France à la fin du Moyen-Age", op. cit., p. 21).

parfaitement user de la plus haute des puissances (161) et régir la succession à la couronne en s'inspirant de "ce qui seroit plus raisonnable et plus profitable au bien comun et a toute la chose publique" (162). Il ne paraît pas abusif de déduire de cet extrait que la volonté du peuple, qui est le fondement des règles de dévolution de la Couronne, ne s'exprime qu'à travers la coutume (163), ce qui est singulièrement restrictif.

Deux observations suffisent à s'en convaincre.

En premier lieu, l'auteur n'ignore pas "que en plusieurs Hystoires, il appiert comment plusieurs Roys furent par la volonté dez hommes fais" (164), mais il est évident qu'il s'agit là de circonstances exceptionnelles, insusceptibles de se plier à une norme. Il en est de même lorsqu'il accepte l'"electio" de 754 (165) (166), qui survint dans un contexte encore plus extraordinaire, puisqu'il était marqué la déposition du roi en titre, Childéric III (167).

(161) La plus haute puissance est celle de faire la loi : "Nul Impereur ou Roy ne puet avoir plus d'auctorité que avoir puissance de faire loy" (I, LXXVI, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 125).

(162) I, LXXVIII, 3, éd. Schnerb-Lièvre, p. 127.

(163) V. dans le même sens : J. Barbey, op. cit., pp. 278-279 qui écrit que chez Terrevermeille la coutume apparaît comme une source de droit propre au "corpus mysticum regni".

(164) I, LXXVIII, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 127.

(165) I, LXXII, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 120.

(166) On sait que dans la langue médiévale, le mot "electio" avait deux sens : celui fort, d'un véritable choix a priori, celui, faible, d'une reconnaissance de pure forme a posteriori ("La chronique de Morigny et le sacre de Louis VII - Le pouvoir royal vers 1131", Y. le Roy, R.H.D., 1987-4, p. 528). Ce passage du "Songe" permet de déduire que son auteur s'en tient à la définition mineure du terme, ce qui rejoint tout à fait l'interprétation qui se dégage des passages ayant trait aux droits du peuple, dans l'ouvrage de 1378.

(167) I, LXXXVI, 8, éd. Schnerb-Lièvre, p. 147. "Dez choses cy devant dittes et touchees, il appiert clerement que le royaume de France, dez son commencement, a esté conquesté par tyrannier, par force et par vyolance. Et ainssi le royaume de France ne fust onques vray royaume, mez pure tyrannie. Car, se nous disons que le royaume de France ait esté fait vray et juste royaume, ou nous dirons que il a esté fait juste royaume par prescripcion, ou par le consentement et par le election du pueple de France, ou par la substitution faite du roi Pyppin au roi Childeric" (I, LXXXVI, 9, éd. Schnerb-Lièvre, p. 147).

L'auteur rejette la première hypothèse car "la chose du prince ne puet pas estre prescripte" (I, LXXXVI, 10, éd. Schnerb-Lièvre, p. 147).

Il écarte également la seconde car "un pueple qui a Roy de Droit... ne puet eslire Roy" (I, LXXXVI, 11, éd. Schnerb-Lièvre, p. 147). Curieusement, cette limite aux droits du peuple disparaît deux chapitres plus loin, lorsque l'auteur écrit que la "primiere seignorie de France (sous les rois de la première race) fut acquise par violence et contre la volanté du pueple" et que cette violence qui avait présidée à la naissance du royaume de France a été "purgée" par "le consentement du pueple", qui a placé sur le trône le roi Pépin. Dès lors en effet, "celle seignorie qui a esté en France depuis le temps du roy Pypin est vraye, et selon Dieu et les Saintes Escriptions établie" (I, LXXXVIII, 10, éd. Schnerb-Lièvre, p. 153). Quelle que soit la manière d'analyser ces deux passages on se trouve en face d'une contradiction, qui apparaît soit majeure, soit mineure. Ou bien l'on considère qu'il y a incompatibilité sur l'étendue des droits du peuple, ou l'on estime que la contradiction ne porte que sur la légitimité du dernier mérovingien ("Roy de Droit" dans le chapitre LXXXVI,

En second lieu et surtout, le "Songe" est hostile à une dévolution élective de la couronne.

B - LA SUCCESSION PREFEREE A L'ELECTION

Dès le XIII^e siècle, dans les "quaestiones" qui traitent des rapports roi-empereur, il était devenu classique d'arguer de la supériorité de la dévolution successorale sur l'élection (168) et dans la seconde moitié du XIV^e siècle la conviction de la supériorité de la monarchie héréditaire s'était également imposée chez les auteurs français (169).

Lorsqu'il aborde cette question (170), l'auteur du "Songe" commence par rappeler que les rois peuvent indifféremment se succéder par l'élection ou par l'hérédité (171) et qu'aucun de ces deux modes de transmission du pouvoir n'est inférieur à l'autre (172). C'est au peuple qu'il appartient de choisir entre eux (173). Là encore, il ne souffle mot de la manière par laquelle le dit peuple pourrait faire connaître son choix. Il se borne à mentionner sa préférence en faveur du maintien de la constitution

tyran dans le chapitre LXXXVIII) et que dans le chapitre LXXXVIII l'auteur n'a pas entendu admettre la révolte du peuple contre son roi légitime, prohibée au chapitre LXXXVI.

Enfin, il paraît éliminer la troisième possibilité, au motif que la substitution de Pépin au roi Childéric "fust nulle, car un pueple puet Roy elire et establir, mez le pueple qui a Roy ou souverain ne puet pas Roy élire ne substituer" (I, LXXXVI, 12, éd. Schnerb-Lièvre, p. 148). Toutefois, il admet à titre exceptionnel que le Roi en titre puisse être déposé "en cas de neccessité, comme fust celle quant le roy Pypin fust Roy établi, c'est à entendre sanz prejudice de celluy ou de ceulx a qui ou a quelx il appartient" (I, LXXXVI, 13, éd. Schnerb-Lièvre, p. 148). En droit, les prérogatives de celui à qui appartenait la désignation du roi, l'Empereur, ne furent pas contestées, mais celui-ci qui aurait pu nommer un autre roi, n'en fit rien. Du fait de sa négligence, les Francs purent à bon droit y pourvoir et porter Pépin à leur tête (I, LXXXVI, 13, éd. Schnerb-Lièvre, p. 148). En d'autres termes, le royaume de France, né dans la "tyrannie", comme bien d'autres (I, LXXXVIII, 5-9, éd. Schnerb-Lièvre, pp. 152-153) est devenu un "vray et naturel royaume" (I, LXXXVIII, 11, éd. Schnerb-Lièvre, p. 154). La "violence" qui l'a accompagné à ses débuts "par laps de temps a esté purgiee" (I, LXXXVIII, 10, éd. Schnerb-Lièvre, p. 153).

(168) C. Beaune, "Naissance de la nation France", Paris, 1985, pp. 286-287.

(169) J. Krynen, "Le mort saisit le vif", op. cit., p. 195. Leurs successeurs sous les règnes de Charles VI et de Charles VII furent unanimes à vanter l'hérédité (J. Krynen, "Idéal du Prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen-Age", op. cit., pp. 281 sq.).

(170) Les passages du "Songe" relatifs à la succession royale, s'inspirent essentiellement de deux ouvrages. Les chapitres LXXIII à XCII sont tirés des "Octo quaestiones decisiones" d'Occam et l'essentiel des chapitres CXLI-CXLII de la troisième "Leçon" d'Evrart de Trémaugon, datée de 1373 (éd. Schnerb-Lièvre, t. 1, p. XLVII).

(171) I, LXXVI, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 125.

(172) I, LXXVI, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 125.

(173) "En la volonté du peuple est ordoner que les Roys viennent par succession ou par élection (I, LXXVIII, 7, éd. Schnerb-Lièvre, p. 128).

Occam avait lui-même affirmé le droit de tout "populus" à déterminer sa propre forme de gouvernement (v. supra, note 90).

originelle de l'Etat (174), ou du moins de sa constitution la plus anciennement connue (175), comme si l'antiquité et la perdurabilité de celle-ci étaient une preuve de son adaptation aux besoins de l'Etat et de son accord avec la volonté du peuple (176).

Dans un royaume où la transmission héréditaire de la couronne semble bien enracinée (177), cette argumentation donne déjà, de toute évidence, un premier avantage à la dévolution successorale et s'analyse comme une première raison pour la préférer à une dévolution élective (178).

(174) "Et qui voudra savoir quel pover un Roy a sur la temporalité, et quant il le prent, il doit considerer, premierement, et enquerir, si c'est chose possible, comment ce royaume fust dez le commencement ordené et institué. Et se celle ordonnance ou institution premiere puet estre trouvee, elle doit estre gardee" (I, LXXVIII, 3, éd. Schnerb-Lièvre, p. 127). Cette faveur pour l'ancienneté se retrouve dans l'idée du roi, "Seigneur naturel", cet adjectif servant en effet à caractériser quelque chose qui a été consacré par le temps (J. Krynen, "Naturel". Essai sur l'argument de la Nature dans la pensée politique française à la fin du Moyen-Age, Journal des Savants, 1982, pp. 183 sq). Cette préférence traversera les siècles jusqu'à Bossuet ("Avertissements aux Protestants sur les lettres du ministre Jurieu", V) et Maistre ("Oeuvres complètes", Lyon, Vitte, t. 1, 1884, p. 266).

(175) "Se elle (l'ordenance ou institution premiere) ne puet estre trouvee, ne n'est memoire comment ce royaume fust premierement établi, en ce cas l'en doit garder la coustume qui a esté gardee par tant de temps que il n'est memoire du contraire ; celle coustume doit estre gardee, mez qu'elle soit raysonnable, et que elle ne soit mie contre la Loy divine" (I, LXXVIII, 3, éd. Schnerb-Lièvre, p. 127).

(176) Saint Thomas écrivait ainsi que "ce qui répugne aux voeux du grand nombre ne peut être conservé longtemps" (J. Rouvier, op. cit., p. 215).

(177) On considère classiquement que la dévolution successorale a prévalu dans la transmission de la couronne de France à compter de 1180, avec l'accession au trône de Philippe Auguste, qui fut le premier des Capétiens à ne pas prendre la peine de faire sacrer son fils de son vivant (F. Olivier-Martin, "Histoire du droit français", Paris, 1948, p. 209), même si certains auteurs tiennent aujourd'hui ce triomphe pour plus précoce (A.W. Lewis, "Le sang royal", Paris, Gallimard, 1987), ou plus tardif (R. Cazelles, "Société politique, noblesse et couronne sous Jean le Bon et Charles V", Genève-Paris, 1982).

(178) D'autant que le "Songe" restreint considérablement la portée de l'élection en écrivant que celle-ci ne transfère pas la souveraineté des électeurs à l'élu : en effet, elle n'a pour objet que de rendre l'élu apte à mettre en oeuvre une souveraineté qui préexiste à l'élection et n'appartient pas aux électeurs : "Generaulment, lez eliseurs ne donent mie droit à l'esleu, car celluy qui est esleu Roy ou Impereur, si a mestier d'estre par aultre confirmé, extra. De electione, capitulo Venerabilem (I, CXXVIII, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 209). Pour mieux se faire comprendre le chevalier donne l'exemple des cardinaux, qui désignent le pape : "Ceux qui elisent le Pape ne lui donent mie la dignité papal, mez le font habile et prenable de ceste dignité prendre et recevoir de Dieu, sanz moyen" (I, CXXVIII, 2, éd. Schnerb-Lièvre, p. 209).

Ce faisant, l'auteur se contredit lui-même, car, dans un passage antérieur, il ne craignait pas d'écrire que nul ne pouvait donner à un élu plus de pouvoir qu'il n'en avait lui-même : "Lez cardinaux elysent le Saint Pere de Ronme... Mez il est certain que les cardinaux n'ont mie la seignourie de la temporalité... Donques ne le pape, lequel est esleu par eulx, ne puet estre seigneur en la temporalité... car nul ne puet transporter en aultre plus de droit que il n'a, Digestis, De contrahenda empicione et vendicione, lege Qui tabernas" (II, CXLIII, 1, éd. Schnerb-Lièvre, p. 121).

a) *Les raisons de la préférence successorale*

Il n'y a donc pas à s'étonner que l'ouvrage en vienne ensuite à indiquer nettement sa préférence pour la dévolution successorale (179). Il justifie celle-ci par deux avantages qu'elle procure à l'Etat : la stabilité et la pérennité.

La stabilité, parce que la désignation par la nature du successeur du roi régnant permet d'éviter toutes dissensions (180), à condition bien sur que la règle soit assortie d'un mécanisme de choix d'un héritier unique (181), tel que la primogéniture (182).

La pérennité, parce qu'aucun système ne permet d'assurer de plus grande continuité et qu'on peut légitimement espérer que la lignée royale se perpétuera d'elle-même jusqu'à la fin des temps (183) (184).

(179) "Et ja soit ce que aucuns veulent dire et maintenir que ce seroit chose plus expedient et profitable au gouvernement de la succession, et ont tres fortes raysons et tres evidentes pour leur opynion, toutevoies, l'en a plusieurs royaumes usé du contraire, et rayon nous doit emouver, et aussi longue experience, que c'est chose plus profitable que un Roy viengne par succession que par eleccion et que en un royaume soit un seul Roy" (I, CXLII, 33, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257).

(180) "Et a esté ainssi ordené que, pour ce que après la mort du Roy il pourret avoir discension lequel seroit esleu Roy et mis en son lieu, pour tant ce fust chose profitable eslire un lygnage, duquel le Roy seroit pris et couronné, ainssi que nous avons cas semblable Digestis, De meneribus et honoribus, lege Ut gradatim, parag. Scilicet et si ; lege Scripto, in principio" (I, CXLII, 34, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257).

(181) "Et derechief, pour ce que discencion puet estre lequel de celluy ostel deut estre Roy, ce fust aussi chose neccessaire d'ordener et determiner lequel, après la mort du Roy, deveret regner et, raysonnablement, il a semblé que un dez enffens du Roy deveret mielx regner ou lieu de son pere que nul autre (I, CXLII, 34, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257).

(182) "Et derechief, pour ce que le Roy povet avoir plusieurs enffens, entre lezquels peut estre discencion et debat lequel seroit le plus souffissent pour estre Roy, il fust ordené que le filz ainsné deveret ou royaume succeder, et celle ordenance semble tres raysonable : primierement, afin que le Roy, en son vivant, pensat et sceut que un de ses enffans luy deust, ou royaumer, succeder et regner après luy, afin que il fust plus diligent du gouvernement du royaume et de la chose publique et de garder lez drois de sa courone et de son royaume justement croitre et augmenter" (I, CXLII, 34, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257).

(183) "...afin que, quand Charles le Quint ara poié la dette de nature, Charles le VI luy succede, non mie seulement en la cure et gouvernement du royaume de France, mez aussi en graces et en vertus et en prudence paternele, afin que le royaume de France soit tousjours, de per en filz, que Diex le voeille, perpetuel" (I, CXXXII, 4, éd. Schnerb-Lièvre, p. 223).

(184) Le "Songe" ne précise pas que l'hérédité permet aux peuples de s'accoutumer d'eux-mêmes à la dévolution successorale de la couronne. Cet argument n'apparaît qu'avec Gerson : "Et yci se fonde la principale raison dez philosophes a prouver que royaulme soit mieulz gouverne par succession que par election, pour ce que on obéist plus volentiers a celui que on a acoustume que a ung estrange ou nouvel" (J. Gerson, "Vivat Rex", in "Oeuvres complètes, vol. VII, Paris, Desclée, 1968, p. 1148). L'idée sera reprise par Bossuet ("La Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture Sainte, Xe proposition").

b) Les implications de la préférence successorale sur le droit populaire

Les conséquences de la préférence accordée à la dévolution successorale sur la dévolution élective ne sont pas négligeables. Ce choix débouche sur la reconnaissance d'une royauté héréditaire, née du consentement du peuple, qui rappelle sur ce point cette "quatrième espèce de monarchie royale", qu'avait jadis décrite Aristote (185). A considérer la pure théorie, il est certain que dans un tel régime, le pouvoir royal est issu d'une élection originare, supérieure donc à l'hérédité, mais il est non moins certain qu'en fait la volonté du peuple qui est placée à l'origine des règles de dévolution, occupe une place restreinte puisqu'elle s'est bornée à "eslire un lignage" (186) une fois pour toutes (187), ou, comme l'avait bien vu Aristote, à reconnaître la position particulière d'une famille "digne de gouverner et non d'être gouvernée" (188).

*_*_*

En d'autres termes et pour conclure, la théorie du droit populaire, qui a l'avantage d'éviter tout contrôle de l'Eglise sur la dévolution de la Couronne, ne comporte aucun véritable danger pour l'institution monarchique : elle ne fonde pas l'existence d'une assemblée représentative concurrençant l'autorité royale, elle n'interfère pas normalement dans les règles de dévolution et exclut implicitement tout droit de résistance, a fortiori tout droit de déposition.

Ainsi aseptisée, cette doctrine a pu faire figure de théorie dominante au XIVe siècle et même de doctrine officielle à la cour de France sous le règne de Charles V (189). On a déjà observé

(185) "Il y a une quatrième espèce de monarchie royale : ce sont celles qui, aux temps héroïques, étaient fondées selon la loi sur le consentement et l'hérédité. Car ceux qui furent les premiers bienfaiteurs du peuple par les arts ou par la guerre, ou qui le réunirent, ou achetèrent le pays, devinrent rois par consentement et avec hérédité pour leurs successeurs" (*"Pol."*, livre III, chap. XIV).

(186) I, CXLII, 34, éd. Schnerb-Lièvre, p. 257.

(187) Pour autant que l'on puisse se prononcer, le "Songe" (qui n'envisage pas les conséquences d'une extinction du lignage royal) rejoint donc l'opinion des Glossateurs comme Irnerius, Placentin ou Rogerius, qui, après avoir affirmé l'origine populaire du pouvoir impérial, considéraient que cette translation d'autorité était définitive et que le peuple n'avait rien pu en retenir (v. supra, note 30).

(188) "Il arrive que l'on trouve une famille si remarquable par sa vertu ou ses bienfaits envers le reste de la multitude qu'elle mérite d'être gouvernée et non d'être gouvernée" (*Pol.*, livre III, chap. XVII).

(189) Vraie pour le XIVe siècle, l'observation ne le sera plus au XVe. A cette époque, en plaçant au premier plan la théorie du roi "très-chrétien" et en vantant l'onction du saint-chrême (J. Gerson, "*Vivat rex*", op. cit., p. 1140), la pensée française s'éloigna de ces prémices et tendit plus naturellement vers le droit divin. Alain Chartier ("*Dialogus familiaris*", P. Bourgain-Hemeryck, "*Les oeuvres latines d'Alain*

que lorsque Oresme commentait la "Politique" d'Aristote, il ne faisait pas toujours preuve d'"indépendance" (190) et qu'il savait en tirer le meilleur parti pour renforcer l'autorité royale (191). Il en est de même de l'auteur du "Songe du Vergier" aux prises avec la souveraineté du peuple, dont il fait finalement un instrument au service de l'absolutisme royal, dans lequel les droits des gouvernés n'ont aucune consistance véritable. Aussi bien, la souveraineté du peuple dans le "Songe du Vergier" s'apparente-telle à ces "illusions qui viennent du fait de ces visions, soit pendant le sommeil, soit pendant la veille" (192), qu'évoquait avec ironie le caustique Jean de Meun, un siècle auparavant.

Chartier", Paris, 1977, p. 305, parag. 106-107) et même Terrevermeille (I, art. I, concl. 15, fol. 15r ; III, art. III, primum, fol. 53v. ; III, art. III, concl. 11, fol. 60r.) ne laissent subsister aucun doute sur ce point (J. Krynen, "Idéal du Prince et pouvoir royal", op. cit., p. 315). Il est vrai qu'au lendemain du Grand Schisme et du concordat de 1472, l'Eglise est définitivement assujettie à la royauté et le droit divin ne présente plus aucun danger pour cette dernière.

(190) S. Shabar, "Nicole Oresme, un penseur politique indépendant de l'entourage du roi Charles V", "L'information historique", XXXII, 1970.

(191) J. Krynen, "Genèse de l'Etat et Histoire des Idées politiques en France à la fin du Moyen-Age", op. cit., p. 21, n. 75.

(192) "Le Roman de la Rose", vers 18261-18263.

LES SOURCES DU DROIT : VISION JUSNATURALISTE

Par
Alain SERIAUX
Directeur du Laboratoire de Théorie Juridique

pour Alvaro d'Ors

1 - *Fons iuris* : source du droit. L'expression, consacrée par une longue tradition, fait image : la source est le lieu où apparaissent à la surface du sol des eaux demeurées jusque là cachées. Constitue donc une source du droit (ou du juste) toute mesure *positive* fixant le bon ajustement entre deux ou plusieurs personnes en relation d'altérité.

2 - Est positif, en effet, ce que l'expérience immédiate peut constater, ce qui est accessible aux sens. En l'occurrence, deux sens sont concernés : celui de l'ouïe et celui de la vue. L'ouïe, d'abord, car le droit est avant tout énoncé par des *paroles*. La vue, ensuite, car le juste est souvent consigné par *écrit*.

3 - Il est donc toujours nécessaire que *quelqu'un* dise ce qui est juste. Qui cela ? *A priori* peu importe. Toute personne peut s'essayer à dire le droit, dès lors qu'elle a l'intention d'être juste : d'attribuer à chacun ce qui lui revient en justice, son droit. Ainsi est-il fréquent que deux particuliers, voire une communauté toute entière, tombent pacifiquement d'accord pour poser telle règle ou mesure destinée à régir leurs relations réciproques. En cas de doute ou de conflit, le recours à n'importe quel "tiers impartial et désintéressé" (A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, parag. 13 et s.) permettra de trancher la difficulté par le choix d'une mesure de nature à "mettre d'accord" les litigants.

4 - Toutefois, puisque "l'administration de la justice est l'ordre même de la communauté politique" (Aristote, *Politique* I, 2), les gouvernants, qui ont en charge le bien commun, se verront d'ordinaire dans l'obligation de fixer eux-mêmes ce qui est juste, fût-ce à l'encontre de ce que les gouvernés ont établi spontanément. Ils le feront par des *lois* que les citoyens peuvent lire (*legere* est l'une des étymologies possible du mot loi) dans des livres *ad hoc*. Ces lois serviront à leur tour de critère aux juges institués par les pouvoirs publics pour déterminer ce qui est juste dans un cas particulier.

5 - Quelles que soient les personnes appelées à se prononcer sur le droit, à le poser, force leur est de rechercher et si possible de trouver ce qui est naturellement juste (le *droit naturel*), faute de quoi leurs décisions ne seraient pas droites : ne diraient pas le droit. Or, cette recherche et cette découverte incombent à la *raison* et aux vertus qui lui correspondent : prudence, science, sagesse. Énoncer le juste appartient principalement donc à ceux qui possèdent, après un apprentissage laborieux, la prudence du droit et sa science.

6 - Dans cette perspective, le critère de compétence légitime pour dire le droit est l'*auctoritas* -la sagesse- et non la *potestas* -le pouvoir de gouverner, d'imposer tel ou tel comportement, au besoin par la contrainte. Ne peuvent ainsi prétendre pleinement au titre de sources du droit que les règles ou mesures fixées par des personnes dont la *prudentia iuris* est éprouvée. Une décision sur le juste ou l'injuste ne vaut que par la sagesse reconnue de son *auteur*.

7 - La hiérarchie naturelle des diverses sources du droit s'établit donc non en fonction d'un critère politique, mais en raison de leur plus ou moins grande capacité d'expression ce qui est naturellement juste : du degré de sagesse de leurs auteurs. Les Anciens en avaient nettement conscience, eux qui préféreraient par exemple un législateur plutôt que des juges "parce qu'un ou plusieurs hommes de saine intelligence et aptes à légiférer ou juger sont plus faciles à trouver qu'un grand nombre" (Aristote, *Réthorique*, I, 1 ; v. aussi St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia-IIae, q. 95, art. 2, ad. 2) ou qui estimaient que "la coutume a force de loi, supprime la loi et interprète la loi" (St Thomas d'Aquin, op. cit., Ia-IIae, q. 97, art. 3) parce que la première est *a priori* plus raisonnable, plus proche de la nature des choses, que la seconde.

8 - Parmi les jugements sur ce qui est droit, il faudra tenir compte au plus haut point de ceux qui émanent des docteurs : des personnes doctes en droit. La *doctrine* constitue ainsi la source du droit par excellence. Ses approbations ou improbations des lois, coutumes, conventions, arbitrages ou sentences judiciaires, ses propositions de solutions ne sauraient être négligées : elles disent le droit mieux que quiconque puisqu'elles proviennent de personnes qui possèdent "la science du juste et de l'injuste".

9 - Une *Constitution* bien faite ne devrait jamais accorder la *potestas* (le gouvernement) à celui qui n'a pas déjà prouvé qu'il possédait l'*auctoritas* (la sagesse). Pourtant, l'on constate tous les jours qu'en dépit probablement des vœux des inspirateurs de nos modernes "lois fondamentales", le recrutement de ceux qui sont appelés à légiférer s'opère en fonction d'à peu près tout (argent, clientèle politique, médias...) sauf de la sagesse éprouvée....

10 - Une exacte conception des sources du droit et, par là, la réalisation d'un ordre social plus juste, repose donc sur la sélection d'une véritable *aristocratie de l'intelligence et de l'amour*. De l'intelligence, car seuls les sages sont aptes à discerner ce qui est naturellement juste. De l'amour, parce qu'au fond seuls ceux qui aiment vraiment leurs semblables sont capables de les gouverner avec justice. N'est-ce point là, objectera-t-on, un idéal inaccessible ? Nous sommes quelques uns à croire le contraire.

R. R. J. 1990 - 1
Pages 171 à 194

- II -

ACTUALITES DOCTRINALES

A PROPOS DE L'ONTOLOGIE JURIDIQUE

Par

Alain SERIAUX

Directeur du Laboratoire de Théorie Juridique

1) *Controverses autour de l'ontologie du droit* - divers auteurs, publié sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczk, P.U.F., 1989, 228 pp.

2) "L'institution juridique : imposition et interprétation", par R. Sève, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, à paraître.

"Ontologie" : le mot -que nous sommes également coupable d'avoir employé- est à la mode chez les philosophes du droit. A parcourir l'ouvrage collectif intitulé "Controverses autour de l'ontologie du droit", on peut se demander ce qu'il signifie. Selon le bref avant-propos de P. Amselek, il s'agirait au fond d'une question d'*essence*. L'ontologie juridique aurait pour objet de définir la "chose droit". "Qu'est-ce que le droit ?", tel serait ici le thème central. Saluons au passage le merveilleux n° 10 de la *Revue Droits* (et le n° 11, à venir) consacré à "définir le droit", qui constitue un puits à peu près sans fond de réflexions sur le sujet. Si l'on s'en tient à l'essence, donc, on répondra que le droit est une mesure : la mesure de l'ajustement entre deux ou plusieurs personnes. Mais d'autres réponses -plus superficielles à nos yeux- sont également concevables. Ainsi pourrait-on soutenir que le droit est système ou que le droit est structure, quitte à préciser ensuite, comme s'est efforcé de le faire A.J. Arnaud ("Les théories structuralistes du droit", p. 85 et s.), en quoi le concept de structure permet de décrire à bon droit le phénomène juridique (cf. également et surtout, l'excellente contribution critique de C. Grzegorzczk, "Système juridique et réalité...", p. 179 et s.). Mais l'ontologie juridique n'est pas, pour nous, une question de définition. Si le mot a un sens, il renvoie au thème de l'*être* même du droit : "Qu'est-ce qui est droit ?", "pourquoi

avons-nous le sentiment que tel ajustement est bien mesuré, bien équilibré, authentiquement juste ?", voilà les vraies questions. Dans cette optique, la réponse la plus profonde qui, à notre avis, ait été jusqu'ici formulée est celle de St Thomas d'Aquin : est droit l'ajustement conforme à la nature des choses. Nous pensons qu'on a beaucoup avancé en disant cela, même si l'approfondissement du concept thomiste de "nature des choses" n'est pas une mince affaire et reste d'ailleurs encore à faire. Ce n'est pas ici le lieu de s'y essayer. Du moins peut-on augurer sans crainte de se tromper que cette *natura rerum* renvoie à une réalité objective, extérieure au sujet qui la puise et la découvre. Dont acte pour M. Villey ("Le droit dans les choses", p. 11 et s.), même s'il a selon nous trop tendance à réifier son concept de droit naturel.

Toutefois, la pensée moderne s'est progressivement orientée vers une autre ontologie. Dans son article intitulé "L'institution juridique...", R. Sève s'attache à montrer "qu'avec Pufendorf et Locke les assises de l'ontologie juridique moderne sont fixées. Par rapport au réel, ou au naturel, identifié à l'objet de la physique mathématique, les entités juridiques apparaissent comme des fictions élaborées par l'esprit pour régler et ordonner le monde humain, voire pour le constituer". Le droit est alors "dans les esprits", comme le soutient P. Amselek ("Le droit dans les esprits", p. 27 et s.). Il n'est rien d'autre que ce qui est logique, c'est-à-dire conforme au déploiement rationnel (généralement déductif) de la pensée de celui qui pose la règle. On en vient alors à soutenir par exemple qu'une "ontologie se juge à ses conséquences pour ce qui concerne la logique", qu'elle doit "permettre de construire une logique liée aux normes" ou que "la validité des normes dépendrait donc de la validité de la justification et celle-ci de sa conformité à la logique" -toutes expressions que nous empruntons à l'exposé de M. Troper sur "Les théories volontaristes du droit" (p. 55 et 65). P. Amselek va, s'il est possible, encore plus loin. Pour lui, le droit n'est qu'idée et, comme tel, dépourvu de toute "réalité" autre que mentale. Il arrive ainsi à douter de la possibilité de communiquer la règle de droit. Dans cette perspective, y-a-t'il encore place même pour un droit positif ? P. Amselek hésite : "à la limite, dit-il, même des expressions courantes et apparemment anodines telles que «droit objectif», «droit positif» ou «positivité du droit» ne paraissent pas heureuses et de nature à entretenir une certaine équivoque dans nos esprits" (p. 39). Le nihilisme total n'est pas loin : "Les normes participent de l'ontologie de toutes les choses de l'esprit : elles n'existent pas (...). Les normes restent enfermées dans notre pensée et n'affleurent jamais à l'existence" (p. 40). C'est que, pour Amselek comme pour tant d'autres avant lui, la réalité

objective se réduit à la réalité matérielle, au monde quantifiable de Descartes. Il est à cet égard piquant de voir cet auteur "condamner sans appel les thèses objectivistes ou naturalistes auxquelles adhèrent traditionnellement une grande partie des philosophes du droit" (p. 39). *Sic*. Nous voici dans l'obligation de réviser toute l'histoire de la pensée juridique depuis au moins quatre siècles, si ce n'est plus : l'idéalisme débute avec le professeur Amselek. Nous serions plutôt tenté de dire qu'il s'achève -se parachève- avec lui.

En contrepoint, nous assistons à d'intéressantes tentatives pour recentrer le droit sur quelque chose de plus objectif. Tel est le cas chez R. Dworkin. Dans sa pénétrante contribution sur "la complétude du droit" (p. 127 et s. -sans doute les pages les plus stimulantes de ce recueil-), il ne cesse de souligner que face à un texte -juridique ou littéraire, peu importe- toutes les interprétations ne sont pas également recevables, qu'il est des lectures *meilleures* que d'autres : celles qui restituent au texte son sens le plus accompli. Oserons-nous dire que ce sens n'est autre que celui qui est conforme à la nature des choses ? R. Dworkin ne va pas jusque là ; mais il se garde bien d'aller "ailleurs". Connaissant mal les idées de cet auteur, nous éviterons de l'intégrer à la légère dans tel ou tel courant de pensée (E. Pattaro qui, lui, paraît bien au fait de la question, n'hésite pas, dans son acrobatique "propos final" -p. 211 et s.- à le situer dans le lignage de M. Villey). Les réflexions de qualité que nous offre R. Sève dans la deuxième partie de son article s'efforcent également de plaider pour la réintégration du droit dans les faits. Critiquant le dualisme kelsénien entre être et devoir être, entre le monde de la science dominé par le principe de causalité et celui de la morale caractérisé par le principe d'imputabilité, l'auteur soutient que "les qualifications opérées par le droit objectif sont effectuées et précisément justifiées par la possibilité qu'a le droit de percevoir dans la réalité ces qualifications". Rien de plus juste, nous semble-t-il (à condition de remplacer "le droit" par "le juriste" ou "le législateur"). Toutefois, la thèse objective demeure, chez R. Sève, modérée. Pourquoi les qualifications existent-elles dans la réalité ? Parce que, d'après lui, "les acteurs concernés les utilisent" et qu'elles rendent compte à leurs propres yeux de leur comportement". Ainsi, "l'auto-interprétation juridique des comportements inséparable de ces comportements eux-mêmes, constitue directement ou indirectement l'origine de la règle". Cela est vrai, sans doute, mais demeure à notre avis un peu court : il resterait à établir pourquoi les "acteurs concernés" adoptent telle ou telle qualification plutôt qu'une autre, pourquoi, également, certaines de ces "auto-interprétations" ne sont pas reçues par le droit (cf. le cas du racketteur prétendant agir au nom d'un groupe

social opprimé, envisagé par R. Sève ; cf., plus encore, le cas du terroriste qui se réclame d'une autre légitimité que celle du groupe social qu'il conteste...). Lorsque l'auteur affirme que "l'auto-interprétation (...) n'est une condition de l'application du droit que lorsqu'elle se situe dans un horizon de légitimité vraisemblable", il renvoie ainsi, sans trop s'en expliquer, à un concept objectif qui délimite de l'extérieur la validité de l'auto-interprétation. N'est-ce point, encore une fois, une référence implicite à la "nature des choses" ?

Toutes ces discussions nous montrent que l'éternel débat entre juspositivisme et jusnaturalisme est loin d'être achevé. Le positivisme pour qui le droit s'épuise dans la règle posée par les gouvernés ou par les gouvernants a l'immense avantage de manquer de profondeur ; il demeure tranquillement à la surface des choses et nous demande, en contrepartie, de faire des actes de foi. De ces professions de foi, A.J. Arnaud nous donne (p. 103) sans le vouloir (puisqu'il parle d'autre chose) un saisissant résumé : "*croyance* dans le caractère légitime de l'autorité dont émanent les principes et les règles (...), *croyance* dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé, *croyance* dans la nécessité et la légitimité d'une sanction...". Le jusnaturalisme a contre lui de prétendre trouver des justifications objectives aux règles positives ; il juge indécent de ne pas prendre l'homme pour ce qu'il est : un animal rationnel. En un mot, il n'y a pas plus *antidogmatique* que le recours au droit naturel. C'est là son Cheval de Troie. Mais nous y reviendrons une autre fois.

Deux brèves observations pour conclure.

Ce qui frappe, chez certains de nos ontologistes, c'est un curieux manque de culture. L'un (p. 115) évoque "Moïse et les Douze Commandements" (que le lecteur se rassure, il y en a bien dix : nous avons vérifié pour lui : *Deutéronome* 5, 6-21) ; un autre (p. 170) nous cite l'adage, aussi célèbre que mystérieux, "*fiat justitia, pereat mundi*" ; le même s'extasie (p. 162) sur la "grande sagesse" d'un graffiti écrit sur un bar de Berkeley, que nous livrons à la méditation du lecteur :

To be or not to be (Shakespeare)

To be is to do (Sartre)

To do is to be (Camus)

Doo be doo be doo (Franck Sinatra)

Pauvre Aristote qui avait la faiblesse de penser que Sophia "est la perfection suprême dans les divers ordres de connaissances (...) science de ce qu'il y a de plus précieux et venant, en quelque sorte au premier rang" (*Eth. Nicomaque*, VI, 7) !

Nos ontologistes auraient, pensons-nous, meilleure grâce s'ils acceptaient de se délester d'un langage esotérique qui les rend parfois littéralement incompréhensibles au commun des

mortels quelque peu épris de philosophie. Est-ce là un moyen d'occulter la vacuité de leur pensée ? Nous n'osons le croire ! Villey, Amselek, Dworkin peuvent être lus, compris et éventuellement discutés ; qui oserait sans sourciller en dire autant, par exemple, de M. Troper, O. Weinberger ou H. Wilke ? Grâce soit rendue à C. Grzegorzcyk, pour avoir su si bien démystifier, en termes clairs et bien frappés, la soi-disant théorie autopoïétique du droit. Sa contribution (dont le titre intégral est "Système juridique et réalité : discussion de la théorie autopoïétique du droit") constitue un de ces grands moments de bonheur sans mélange dont ces "controverses autour de l'ontologie du droit" offrent malgré tout de nombreux exemples.

PHILOSOPHIE JURIDIQUE EUROPEENNE

Les institutions

Recueil préparé sous la Direction de Jean-Marc TRIGEAUD
Japadre editore, L'Aquila, Roma 1988, 272 pp.

Présentation par Alain SERIAUX

Nul n'ignore combien il est difficile de donner à un ouvrage collectif une unité de ton, de réflexion. L'entreprise est plus malaisée encore si le thème choisi embrasse maints territoires et nombre de siècles aux multiples facettes culturelles. Pour réussir l'ensemble, de remarquables instrumentistes sont sans doute nécessaires mais ne suffisent point : il faut un chef d'orchestre de talent. Ce n'est donc pas un hasard si ce petit ouvrage constitue presque (quelle exigence que la nôtre !) un modèle du genre : le directeur d'une collection italienne consacrée à l'étude des catégories constitutives de l'idée d'Europe a été bien inspiré de déléguer ses pouvoirs, pour la partie juridique, au très compétent Jean-Marc Trigeaud. Un premier volume consacré à la justice est déjà paru ; voici le second, qui aborde "les institutions" -entendez : la loi (et autres sources du droit) et l'homme, son sujet. Deux parties, donc : I - La loi et les sources du droit en Europe ; II - L'homme européen devant le droit - chacune comprenant des contributions de grande qualité, qui transcendent souvent cette bipartition quelque peu symbolique. Très analytiquement, distinguons quatre groupes d'études. 1) *La loi et les sources du droit* : approches historiques (A. d'Ors, "Derecho y ley en la experiencia europea desde una perspectiva romana" ; P. Stein, "The Sources of Law in Europe : an English perspective"), de théorie générale (H. Batiffol, "Droit et loi dans l'Europe continentale" ; A. Viandier, "Evolution d'une idée européenne : la codification") et de philosophie proprement dite (S. Goyard - Fabre, "L'idée de loi dans les lumières françaises" ; F. Todescan, "La legge et le fonti del diritto in Europa : la scuola de diritto naturale moderno"). 2) *La personne* (J.M. Trigeaud, "La personne juridique dans la philosophie européenne" ; J.J.M. Van der Ven,

"La personne humaine aux yeux juridiques"). 3) Trois études plus générales mais toujours centrées sur l'Europe (M. Reale, "O pensamento filosofico - juridico europeo no Brasil"; H.A. Schwarz - Lieberman von Valhendorf, "L'homme européen devant le droit"; R. Sève, "Le mouvement de la philosophie du droit européenne"). 4) Une étude inclassable et dont on aurait peut-être pu faire l'économie (ce qui n'enlève rien à son intérêt) : J.M. Trigeaud, "La fonction critique du concept de nature des choses".

Il est bien entendu impossible de retracer, ne serait-ce qu'à grands traits, le contenu de ces diverses contributions. Nous convions le lecteur alléché par le programme à les découvrir par lui-même.

Pour notre part, nous en avons retenu au moins deux leçons. Qu'est-ce qui, d'abord a formé l'esprit (juridique) européen, de quelle pâte est-il pétri ? A. d'Ors se distingue une fois encore par sa profondeur paradoxale. Il s'attache à expliquer que la tradition juridique européenne puise ses sources dans trois influences fondamentales : la Théologie fondée sur la Bible, la Philosophie fondée sur la spéculation grecque et spécialement le *Corpus Aristotelicum*, et le droit romain compilé dans le *Corpus Juris*. Mais il soutient que le concept historico-spirituel d'Europe n'est pas né au temps de Charlemagne (comme certains le soutiennent), mais "beaucoup plus tard, et précisément comme résultat de la crise de la chrétienté : il est un produit de la sécularisation moderne qui suit la Réforme protestante" (p. 54). Ce point de vue rejoint celui de F. Todescan qui, avec érudition et finesse, souligne l'influence déterminante de la Réforme sur les fondateurs du droit naturel moderne qui ont tant contribué à l'évolution des idées en Europe et sur l'Europe. L'analyse des filiations intellectuelles fournie par S. Goyard - Fabre et R. Sève conforte encore implicitement cette opinion. Même observation pour J.M. Trigeaud qui s'attache à démontrer que notre concept actuel de personne, si cher à la culture européenne moderne, a été progressivement désossé de toute dimension qualitative par le rationalisme des quatre derniers siècles. Or, ce rationalisme provient principalement, on le sait, de pays influencés par le Protestantisme. Pour l'anecdote, nous ajouterions volontiers que lors d'une récente confrontation d'idées en territoire suisse, nous primes une conscience plus vive que jamais du degré insolite de pénétration des idées chères aux fondateurs de l'éthique protestante dans nos mentalités et nos règles de droit : principe du libre-examen, autonomie de la conscience individuelle, normativité sociale réduite au seul respect de l'autre en tant qu'individu, etc. Ces constats convergents confèrent une acuité particulière (et, à notre sens, douloureuse) aux multiples messages

adressés depuis quelques années aux catholiques par le Souverain Pontife, les enjoignant de songer sérieusement à une réévangélisation de l'Europe...

L'autre leçon a peut-être quelque chose à voir avec la précédente. Les voix ne manquent pas parmi les auteurs de cet ouvrage, pour souligner le rôle particulier de l'Europe et des idées européennes sur la marche générale de l'humanité (*Quid* pour la divinité ? Y-a-t'il une idée européenne de Dieu ?). Certains osent même affirmer que demain c'est sur l'Europe encore qu'il faudra compter. Écoutons H.A. Schwarz - Lieberman von Wahlendorf : "Aujourd'hui, en ces heures de l'histoire qui sont bouleversement et crise, il est essentiel que l'Europe, facteur d'équilibre, mais aussi rempart de la liberté, accepte de jouer son rôle, voire se préparer pour faire face à sa mission" (p. 185). Mais pour remplir cette fonction quasi-messianique "il est, et il sera, capital de se souvenir des traditions morales et spirituelles qui ont fait la grandeur (de l'Europe) et qui l'appellent à une hauteur de vue dont dépend son propre destin, et non seulement le sien" (ibid). De quelles "traditions morales et spirituelles" s'agit-il ? Le même auteur suggère, quelques pages plus haut, une clé que nous faisons nôtre : "La sentence célèbre selon laquelle le Parlement britannique peut tout faire sauf transformer un homme en femme (n'est-elle pas l'expression de) l'idée saine et profonde qui proclame que ce qui est moralement inadmissible, est "impossible" et donc ne "saurait être" fait ? Rien ne dépasse cependant en lucidité et en gloire la réponse de Bracton à la thèse : "the King maketh the Law", lorsqu'il dit "and the Law maketh the King". Le forfait rend anathème..." (p. 183-184).

On regrettera pour conclure que l'ouvrage ait exclusivement mis l'accent sur l'Europe de l'Ouest. Une confrontation avec la pensée juridique des pays de l'Est eût sans doute été fructueuse. Elle aurait en tout cas permis de préparer l'avenir... immédiat ?

**"LES GARANTIES PERSONNELLES DANS LES OPERATIONS
BANCAIRES INTERNATIONALES EN DROIT FRANCAIS"**

Thèse Paris XII, 1989,
sous la Direction de Monsieur le Doyen GIANVITI,
Par Stéphane PIEDELIEVRE
(2 volumes, 592 pages)

Présentation par Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

La quête de la "reine des sûretés" est un peu celle de "l'araba fenice". On s'est plu à décerner le titre à des garanties réelles, rétention, fiducie ; on a même exhumé des grimoires la vieille antichrèse. Dans le camp des sûretés personnelles, le cautionnement ne pouvait apparaître que comme une "reine éphémère". En revanche, l'engouement pour les garanties personnelles non accessoires a été formidable. A cela nul mystère. Toute garantie personnelle repose sur la division du risque d'impayé par la multiplication des débiteurs. Son efficacité suppose donc une solvabilité certaine du codébiteur (sinon c'est plutôt d'une multiplication des risques qu'il s'agit), ce qui fait des banques les coobligés les plus recherchés ; elle s'améliore par ailleurs si l'on fait l'économie du caractère accessoire de la garantie, qui la rend vulnérable à trop de causes d'extinction. Dans le commerce international, théâtre favori de ce renouvellement des garanties personnelles, les garanties indépendantes sont cependant apparues comme des reines un peu tyranniques. En leur interdisant la fraude et l'abus manifeste, on les a transformées, de souveraines absolues, en despotes éclairées. On s'avise maintenant de plus en plus que ce ne sont pas des reines sans lois, et que la logique du droit international privé ne leur est pas étrangère. Enfin les garanties bancaires indépendantes ne règnent pas sans partage : elles n'empêchent pas la survivance de garanties accessoires classiques, tel l'aval des effets de commerce, ni la naissance de ces garanties non bancaires originales que sont les lettres de confort.

La thèse que M. Stéphane Piedelièvre a préparée sous la direction de M. Gianviti et soutenue sous la présidence de M. Ph. Jestaz propose des garanties personnelles dans le commerce international une synthèse claire, actuelle et bien informée, fort utile au moment où, au milieu du luxe surabondant d'analyses et de controverses, on commençait à se perdre un peu. La démarche choisie n'est pas le moindre attrait de ce solide ouvrage. Après une première partie attendue, sur les règles internes, S. Piedelièvre consacre opportunément toute sa seconde partie aux règles de droit international privé. Les garanties personnelles dans le commerce international ne se prêtent pas à la codification des usages aussi aisément que le durable succès des Règles et usances du crédit documentaire le laisserait croire : l'échec des règles de la C.C.I. sur les garanties indépendantes en témoigne. Le rôle des conflits de loi en cette matière n'est donc pas négligeable (comp. d'ailleurs la communication de J. Mestre au Comité français de droit international privé du 30 juin 1987, à paraître dans les Travaux du Comité).

De sa première partie consacré aux règles internes, l'auteur a une conception peut-être quelque peu extensive. On n'est pas convaincu que la transmission de la lettre de change, ou la subrogation conventionnelle illustrée par l'affacturage, constituent des garanties personnelles, mais on y trouverait plutôt des garanties réelles résultant du transfert de propriété d'une créance. Si l'on s'accorde avec S. Piedelièvre pour discerner dans la délégation imparfaite une garantie personnelle, on est moins sûr qu'il faille y voir un procédé translatif au lieu du mécanisme extinctif mis en exergue par la récente thèse de Marc Billiau sur la délégation. Ne jouons pas les Beckmesser : l'ensemble de ce premier volet, où S. Piedelièvre distingue les purs instruments de garantie et les garanties dérivées, suscite l'intérêt par la finesse de ses réflexions. Particulièrement, l'auteur conteste l'abstraction de la garantie à première demande. Il ne s'agit pas de nier que celle-ci soit autonome, et même essentiellement autonome, mais d'expliquer son autonomie autrement que par un caractère abstrait. S. Piedelièvre la fonde sur la théorie de l'objet. Ingénieusement il s'arme de littéralisme pour tirer de l'article 2011 du Code civil une opposition entre le cautionnement, dans lequel la dette du coobligé accessoire est liée au sort du contrat principal par une communauté d'objet, et la garantie à première demande dont l'indépendance s'expliquerait par la différence d'objet de la dette du garant et de celle du donneur d'ordre (rappr. Malaurie-Aynes, "Les sûretés", n° 336 ; Marty-Raynaud et Jestaz, "Les sûretés. La publicité foncière", n° 640). La théorie de la cause a décidément résisté avec une belle santé aux critiques des anti-causalistes : celles-ci n'ont même pas réussi à nous

débarrasser de notre malaise à l'encontre de l'acte abstrait. On explique que la garantie à première demande ne permet qu'indirectement d'arriver au même résultat que l'acte abstrait (cf. Théry, "Sûretés et publicité foncière", n° 113) ; on veut bien que la garantie se détache de sa cause, non qu'elle soit purement abstraite (Simler et Delebecque, "Les sûretés. La publicité foncière", n° 170). Quant à la justification de ce "détachement", elle réside peut-être tout simplement dans l'autonomie de la volonté (comp. Malaurie-Aynes, n° 336 ; Marty-Raynaud et Jestaz, n° 634 et 638), qui façonne la nature de la garantie et la fait indépendante par essence, sous réserve de la fraude et de l'abus manifeste où Stéphane Piedelièvre voit les correctifs d'équité et nous (ce qui n'est pas contradictoire) des sanctions de la mauvaise foi, traduisant l'exigence de loyauté contractuelle.

S. Piedelièvre envisage ensuite les lettres "de confort", terminologie que comme lui nous préférons à toute autre car il s'agit bien au fond pour la société-mère de "réconforter" le banquier de sa filiale. On appréciera son effort de simple et saine classification, qui l'amène à distinguer les lettres ayant pour objet la dette garantie, et les autres (lettres prévoyant le maintien de la participation de la société-mère dans sa filiale, ou une bonne gestion de la part de cette dernière), et son souci d'une qualification réaliste. Ainsi réfute-t-il la théorie de l'acte juridique unilatéral, non parce que la jurisprudence ne lui apporte aucun soutien (cf. les motifs de Com. 21 déc. 1987, Banque 1988, 361, obs. Rives-Lange ; Rev. Soc. 1988, 398, note Synvet) mais parce qu'en pratique la lettre de confort est toujours le résultat d'une négociation contractuelle. La volonté de pragmatisme de l'auteur ne lui fait négliger aucune des questions que l'on se posait : sort de la lettre de confort dissimulant un véritable cautionnement, lorsque l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 n'a pas été respecté ; risque pour la société-mère d'une condamnation au comblement de l'insuffisance d'actif de sa filiale mise en redressement judiciaire... Sous les quelques réserves déjà formulées les mêmes qualités se retrouvent dans les développements consacrés aux garanties dérivées, résultant de la théorie générale des obligations (subrogation ; délégation dont le crédit documentaire est présenté comme une application), et des mécanismes cambiaires.

La seconde partie s'attache d'abord, au titre des règles de droit international privé communes à toutes les garanties, aux clauses monétaires, avant de passer en revue les règles spécifiques à chacune des garanties. Pour être classique depuis 1927 sous l'angle de la "jurisprudence Matter", la question des clauses monétaires n'en comporte pas moins des aspects fort techniques dont S. Piedelièvre démêle l'écheveau, qu'il s'agisse de décrire les

polices risque de change de la COFACE ou de s'interroger sur les conséquences des contrats contraires à la réglementation française des changes, l'auteur proposant de substituer à la dualité de solutions de la Cour de cassation (Com. 9 mai et 22 nov. 1983, Rev. crit. dr. int. privé 1984, 460, note Gianviti) une sanction unique de paralysie de l'exécution du contrat qu'il attache aussi à l'article VIII 2b des statuts du F.M.I. instituant une coopération des Etats membres en matière de contrôle des changes. S. Piedelièvre montre là une virtuosité dont témoignent aussi ses pages sur l'interprétation des clauses monétaires ambiguës.

S'agissant de la loi applicable, S. Piedelièvre refuse en matière de garantie à première demande la primauté systématique de la loi de la banque garante, au profit d'une recherche classique de la loi d'autonomie à travers des indices dont le plus important est le lieu d'exécution de la prestation caractéristique, c'est-à-dire du paiement que le contrat de garantie prend en fait toujours la précaution de localiser. Une solution analogue est préconisée pour la loi régissant les rapports du délégataire et du délégué dans la délégation. Pour l'affacturage, l'auteur distingue les relations entre le factor et le fournisseur, qu'il soumet à la loi du lieu de paiement par le factor à l'adhérent, et les relations entre le factor et l'acheteur, qu'il soumet à la loi de la créance transmise, c'est-à-dire à la loi du contrat qui lui a donné naissance. On appréciera enfin que S. Piedelièvre ait consacré de substantiels développements aux conflits de lois en matière de lettre de change, qui continuent à poser des difficultés abordées par peu d'études exhaustives récentes (v. outre la thèse de S. Piedelièvre, celle de M. Chemaly, "Conflits de lois en matière d'effets de commerce", thèse Paris II, 1881, dactyl., et cf. aussi, Schapira et Bloch, Juriscl. de dr. intern. fasc. 567 A). Cette thèse sur "les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales en droit français" s'affirme ainsi comme un précieux instrument de travail pour tous ceux, théoriciens et praticiens, qui s'intéressent au commerce international.

**"LA DELEGATION DE CREANCE. ESSAI D'UNE THEORIE
GENERALE DE LA DELEGATION EN DROIT DES
OBLIGATIONS"**

Par Marc BILLIAU

Maître de Conférences à l'Université de Lille

L.G.D.J. 1989, Bibliothèque de droit privé, tome 207,
Préface de Jacques GHESTIN.

Présentation par Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université de La Réunion

Indémorable théorie générale des obligations : plus cyclique que linéaire, l'évolution du droit donne une nouvelle jeunesse à ses vieux concepts. Ainsi de la délégation de créance. Quatre vingt dix ans après la dernière monographie qui lui fut consacrée (Hubert, "Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français", thèse Poitiers 1899), l'ouvrage tiré par Marc Billiau de la thèse qu'il a soutenue sous la direction de J. Ghestin témoigne du regain de faveur attachée à cette opération juridique à trois personnes, dont la pratique, notariale et bancaire, retrouve le goût. Fut-elle à l'origine autre chose qu'un expédient destiné à tourner l'impossibilité de la transmission des obligations en droit romain ? L'admission de la cession de créance pouvait passer, en regard, pour un perfectionnement décisif. Mais celle-ci, figée dans le corset de la forme et handicapée par l'opposabilité des exceptions, perdait de son attrait au profit d'opérations juridiques à trois personnes évitant ces travers, telle la lettre de change, que la délégation a parfois servi à expliquer. "Torniamo all'antico, e sara cosa nuova" : le temps de la délégation est revenu, elle qui, sous ses dehors archaïques, est dotée grâce à l'inopposabilité des exceptions d'une singulière efficacité. Du coup elle a pu paraître apte à de multiples fonctions : au choix, elle fait figure de mode de transfert du poids de la dette sur une tête nouvelle, ce qui suggère un parallèle avec la cession du contrat elle aussi en pleine vitalité ; elle attribue au délégataire un droit direct contre le délégué, sans pourtant être une stipulation pour autrui ; opération juridique à trois personnes détachées de sa cause, elle brigue aux côtés de la garantie à première demande, une place dans les ouvrages contemporains de droit des sûretés. Cession indirecte de

dette, garantie personnelle reposant sur une pluralité d'obligés non accessoires, qu'est-elle au juste ?

Dessin d'un trait ferme la figure triangulaire à quoi la délégation se résume, Marc Billiau revient à l'épure. A ses yeux, la délégation est un mode d'extinction des créances, parfois aussi de façon originale, un mode d'extinction d'un contrat. Mais elle n'est que cela : Marc Billiau lui refuse énergiquement tout effet translatif. On avait fini par ne plus en être tellement sûr : des arrêts, qui sont de la Cour de cassation tout de même, paraissaient bien impliquer le contraire (notamment Com. 24 juin 1986, Rev. trim. dr. civ. 1987, 550, obs. crit. J. Mestre). Vision réductrice que celle de M. Billiau, ou retour à l'orthodoxie ? La délégation n'est qu'une technique d'extinction des obligations, certes, mais c'est une technique sans équivalent, en aucune manière assimilable à la novation par changement de débiteur, dont elle ne s'accompagne presque jamais tant est rare, en réalité, la délégation novatoire dite "parfaite". Aucun autre procédé extinctif ne cumule, comme la délégation imparfaite, l'intervention d'une tierce personne, la création d'une obligation nouvelle et la modification de l'obligation primitive non suivie de son extinction immédiate. Ainsi compté dans sa singularité, la délégation se distingue de ses fausses applications (lettre de change, garantie indépendante, à quoi l'auteur aurait pu ajouter le virement), mais ne perd rien de sa vitalité, qui s'illustre par des procédés aussi importants que la délégation de l'action en garantie dans le contrat de crédit-bail, et surtout par les cartes bancaires de paiement.

Conduite en trois temps -la nature juridique de la délégation, son régime juridique, ses applications- la démonstration, qui est aussi décantation, impressionne par sa sobre rigueur, d'une précision quasi fanatique. Plus d'une fois, au fil très serré du texte, on verra l'auteur faire du dépouillement une forme paradoxale de coquetterie. Quelque chose, dans la géométrie sévère de cette démarche, est à prendre ou à laisser. Qu'on choisisse de prendre ; on aura, alors, quelques surprises. Idées reçues, implacablement réfutées : non, la délégation ne saurait exister sans une obligation préexistante du délégant envers le délégataire, à moins d'être une sorte de stipulation pour autrui (tout ce que dit M. Billiau de la distinction entre délégation et stipulation pour autrui est d'ailleurs à lire). Jurisprudence que l'on pensait bien connaître, placée sous des éclairages intéressants (cf. l'analyse proposée par M. Billiau de Civ. I, 9 décembre 1981, D. 1982, 445, note J. Mestre). Solutions pertinentes à des questions souvent négligées : limites au droit de révocation du délégant ou du délégué ; incidences de leur décès (le décès du contractant est décidément devenu en quelques

années un thème doctrinal à la mode). Les choix terminologiques sont intelligents (l'obligation préexistante du délégant envers le délégataire, nommée "rapport fondamental", l'obligation nouvelle du délégué envers le délégataire, qualifiée de "rapport délégué"). Les développements, souvent denses (toute l'analyse du rapport délégué, particulièrement de sa cause, trouvée cumulativement dans la dette du délégant envers le délégataire et sa créance envers le délégué) témoignent d'une recherche, au-delà de la délégation, sur la notion même d'obligation (à propos de la nature de l'obligation fondamentale, de sa nécessaire cessibilité, de son exécution forcément successive, de son possible caractère "intuitu personae"). On a suffisamment réfléchi ailleurs aux caractères de certitude ou d'incertitude que doit présenter un créancier afin d'être l'objet d'opérations juridiques, pour goûter la justesse des pages qu'écrit Marc Billiau sur ce thème (passage, parmi les plus clairs qu'on ait lus, sur le droit éventuel).

La première partie de la thèse, consacrée à la nature juridique de l'opération, passe au crible le rapport fondamental (en insistant sur sa dualité : non seulement dette du délégant envers le délégataire, mais obligation du délégué à l'égard du délégant) et le rapport délégué : sa formation progressive et les incidences de celle-ci (paragraphe sur les conflits de lois) et surtout sa nature, c'est à dire ses caractéristiques (nouveau, d'où résulte le non transfert des sûretés au délégataire ; caractère direct) et sa cause. Suit l'étude de l'acceptation du délégataire : M. Billiau y rejoint les auteurs qui prônent un assouplissement des conditions de l'article 1275 C. Civ. sur la délégation novatoire.

Chronologiquement, la deuxième partie dévolue au régime juridique de la délégation passe de la "période intermédiaire", entre la conclusion de l'opération par l'acceptation du délégataire et son dénouement par l'exécution au profit du délégataire, à ce "dénouement" lui-même. Pendant la période intermédiaire, Marc Billiau fonde la modification de la situation des parties sur l'institution d'une véritable exception dilatoire de délégation (passages très forts sur la délégation conditionnelle, et sur l'incidence de l'exception dilatoire à l'égard des mesures conservatoires, du paiement, de la renonciation, de la cession du rapport fondamental). La situation des tiers les "penitus extranei" et les autres, lui permet d'écarter la nullité de la délégation consentie en période suspecte lorsque s'applique l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance (délégation du maître de l'ouvrage par l'entrepreneur au sous-traitant, afin d'éviter à l'entrepreneur de fournir caution), et d'évoquer le sort des cautions et coobligés.

C'est le dénouement de l'opération qui est le siège d'une des idées essentielles de la thèse de Marc Billiau : la négation du caractère abstrait de la délégation. Il fonde en effet la règle cruciale de l'inopposabilité des exceptions, sur une explication tirée non pas de la notion de cause, mais de celle d'effet relatif : le contrat ne doit pas nuire aux tiers, ce qui interdit au délégué d'opposer au délégataire les exceptions nées de ses relations antérieures avec le délégant et celles issues des rapports du délégant avec le délégataire. Marc Billiau se range ainsi parmi des auteurs aujourd'hui de plus en plus nombreux à rejeter la qualification d'acte abstrait qu'avait proposée Capitant ("De la cause des obligations", n° 176 et s.). En vérité cette doctrine est devenue majoritaire (v. Malaurie-Aynes n° 80 ; Marty-Raynaud et Jestaz, Obligations, II, n° 440 ; Mazeaud-Chabas, n° 1246 ; Starck, Roland et Boyer ; III, n° 93 ; pour l'explication tirée de l'idée de cause v. au contraire, Weill et Terré, n° 1065). Ce serait le lieu de s'interroger sur les divers fondements possibles de la règle de l'inopposabilité des exceptions en droit français : dérogation à l'adage "nemo plus juris" dans les mécanismes translatifs comme la lettre de change où elle s'explique autant par l'idée d'abstraction que par d'autres considérations, essentiellement la protection de l'apparence créée par le titre, application de l'effet relatif dans la délégation, c'est finalement surtout dans la garantie à première demande que l'inopposabilité des exceptions apparaît comme la manifestation d'une autonomie consubstantielle à la nature de l'opération, ce qui autorise M. Billiau à distinguer délégation et garantie indépendante. A cette diversité des fondements de l'inopposabilité des exceptions, on opposera la parenté étroite qu'entretiennent ses correctifs : Marc Billiau souligne que la mauvaise foi du délégataire fait exception à l'inopposabilité des exceptions. N'est-ce pas finalement autour de la mauvaise foi que gravitent les correctifs à l'inopposabilité ? Une mauvaise foi qui connaît des degrés : elle va de la simple conscience de causer au préjudice (lettre de change ; délégation selon Marc Billiau), à la volonté de fraude, en passant par l'abus manifeste (garantie à première demande).

La troisième partie, consacrée à diverses applications de la délégation, les fausses (traite, garantie autonome) et les possibles ("transfert" conventionnel de garantie, cartes de paiement) nous vaut encore d'opportuns développements sur les paiements par cartes (une vraie mine de renseignements, qui constituera une aubaine pour tous, chercheurs et praticiens). Abondance de biens ne nuit pas. Mais les deux premières parties avaient presque suffi à nous en convaincre : nous tenons là l'ouvrage de référence moderne sur la délégation de créance.

DROIT ADMINISTRATIF

Par Jacques MOREAU
(P.U.F. - Droit Fondamental - 1989)

Présentation par Jean-Claude RICCI
*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

Dans la collection, désormais classique "Droit fondamental", des Presses Universitaires de France, Jacques Moreau nous offre le plaisir d'un nouveau manuel consacré au Droit administratif. Les écrits antérieurs de J. Moreau avaient révélé à leurs lecteurs la finesse et la richesse des analyses menées par leur auteur. On savait déjà combien J. Moreau sait exceller dans la synthèse. Une nouvelle preuve, particulièrement éclatante, de son art, nous est fournie par la toute récente livraison de son "Droit administratif". Sous un volume relativement réduit (un peu moins de 600 pages) pour un tel sujet, J. Moreau nous restitue la somme du droit administratif général en cette fin de siècle.

Nul doute que, par la largeur des perspectives, la sûreté de l'information et la précision de l'étude, cet ouvrage est déjà un classique à l'instar de ceux d'A. de Laubadère, de G. Vedel, de Ch. Debbasch, ou de R. Chapus. "Classique", cela veut dire tout à la fois sérieux, équilibré et qui constitue une référence.

J. Moreau est un penseur du juste-milieu : Rien de l'illustre mieux que cet ouvrage. Toutes les théories, toutes les facettes du droit administratif sont exposées avec un souci de faire prédominer la clarté et de donner un point de vue qui soit non dogmatique bien que rigoureusement fondé en doctrine. L'auteur parvient même à apporter des vues neuves sur les "ponts-aux-ânes" du droit administratif que sont la notion de personnalité juridique ou celle de contrat administratif, le service public ou la compétence juridictionnelle.

On relèvera le regard neuf que M. Moreau nous oblige à jeter sur cette construction qu'on croyait pourtant avoir parcouru en tous sens et par conséquent bien connaître. Pourtant, cette apparence était trompeuse et M. Moreau est un excellent guide en

vue de cette "re-découverte". En particulier sont révélateurs de cette féconde démarche, les développements consacrés à "l'examen de deux caractéristiques de la personnalité juridique" (pp. 54 et s.), au "pouvoir réglementaire" (pp. 104-121), à "l'influence des coordonnées juridiques sur l'exercice des compétences" (pp. 132-151), aux "effets du contrat administratif" pp. 287-296), à la "police et à la responsabilité" (pp. 348-414) (ces derniers points ne surprendront guère quand on sait l'intérêt que J. Moreau a toujours manifesté pour ces chapitres du droit administratif) ...

Mais c'est peut-être dans l'étude du "Domaine d'application du droit administratif" (pp. 419-492) que J. Moreau atteint un sommet dans la réussite pédagogique. On permettra à l'observateur du contentieux administratif qu'est le signataire de ces lignes, de dire ici l'admiration qu'il éprouve devant la densité des pages consacrées à ces questions et leur absolue maîtrise. Il faut remercier J. Moreau d'avoir offert à son lecteur le plaisir, rare, de la découverte dans une discipline que l'on présentait volontiers comme assoupie et peut-être même comme quelque peu dépassée. L'auteur convainc aisément du contraire avec un parfait bonheur. Qu'il en soit ici loué et, surtout, remercié.

LES GRANDES DECISIONS DE LA JURISPRUDENCE

Par Jean-François LACHAUME
(P.U.F. - Thémis - 1989)

Présentation par Jean-Claude RICCI
*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

Les étudiants, et leurs maîtres, se réjouissent de la publication de cette cinquième édition du recueil de jurisprudence de Jean-François Lachaume. Cet ouvrage est désormais une référence indispensable pour qui veut accéder à la connaissance directe et néanmoins, aisée et rapide, de la jurisprudence administrative.

De cette dernière on a tout dit s'agissant de la difficulté à la connaître : hermétique, mouvante, contradictoire, etc. ... On ne saurait dire que cela est entièrement faux. la connaissance de la jurisprudence administrative n'est généralement pas considérée comme l'épreuve la plus facile pour l'apprenti-juriste, et elle est loin d'être devenue complètement évidente aux yeux du juriste chevronné.

Mais cette vérité d'évidence est toutefois un peu moins vrai grâce au remarquable travail de J.-F. Lachaume. On sait que celui-ci a, depuis l'origine, pris un parti qui privilégie la connaissance jurisprudentielle synthétique plutôt que sa connaissance analytique fondée sur le sacro-saint commentaire d'arrêt, rituel de connaissance et rituel initiatique. M. Lachaume montre qu'aucun arrêt n'est isolé, qu'il appartient à une chaîne, à une "lignée" qui le féconde et que, à son tour, il enrichit. De la sorte, la recension que nous offre J.-F. Lachaume réussit le pari d'être à la fois un manuel de jurisprudence et un manuel tout court. La place exceptionnelle que le juge a tenu dans l'élaboration et le développement du droit administratif post-révolutionnaire, explique aisément cela.

Sur le plan pédagogique, l'auteur réussit le tour de force de rendre claire, cohérente et compréhensible une multitude

d'arrêts qui, de prime abord, apparaissent, au contraire, obscurs et difficiles à relier tant ils sont dépendants du hasard des contentieux et de la spécificité des dossiers.

Certes, J.-F. Lachaume vise d'abord le public étudiant - qui retirera le plus grand profit d'une lecture attentive de l'ouvrage- mais les autres, et tout spécialement, les enseignants trouvent une masse considérable de matériaux et de réflexions mise en oeuvre -on devrait même dire, orchestrée- par leur collègue de l'Université de Poitiers.

L'auteur introduit de forts utiles éléments de comparaison avec la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui donnent ainsi une dimension plus vaste aux problèmes du droit administratif et à leurs solutions jurisprudentielles. On regrettera que la jurisprudence européenne, dans sa double composante (Cour de justice des Communauté européennes et Cour européenne des droits de l'homme) ne soit pas, certes plus présente alors qu'elle joue un rôle sans cesse grandissant, peut-être même envahissant au regard du caractère, parfois non démocratique des règles dont elle tend à assurer la primauté. Ce sera sans doute pour la prochaine édition.

Cet ouvrage honore la connaissance du droit administratif.

DEPOT LEGAL 1er Trimestre 1990



— Jean-Louis MESTRE, « Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires ».

— Droit Commercial.

— Anne ENSMINGER, « La loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises dans son complexe médiatique : contes de faits, mécomptes du droit ? ».

— Histoire des idées et Philosophie du droit.

— Antoine LECA, « La souveraineté du peuple dans "Le Songe du Vergier" ».

— Alain SERIAUX, « Les sources du droit : vision jusnaturaliste ».

II. Actualités doctrinales

— A propos de l'ontologie juridique.

Présentation par Alain SERIAUX.

— Philosophie juridique européenne : les institutions, sous la direction de J.M. TRIGEAUD.

Présentation par Alain SERIAUX.

— Stéphane PIEDELIEVRE, Les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales en droit français.

Présentation par Emmanuel PUTMAN.

— Marc BILLIAU, La délégation de créance, essai d'une théorie générale de la délégation en droit des obligations.

Présentation par Emmanuel PUTMAN.

— Jacques MOREAU, Droit Administratif.

Présentation par Jean-Claude RICCI.

— Jean-François LACHAUME, Les grandes décisions de la jurisprudence.

Présentation par Jean-Claude RICCI.

DROIT PROSPECTIF

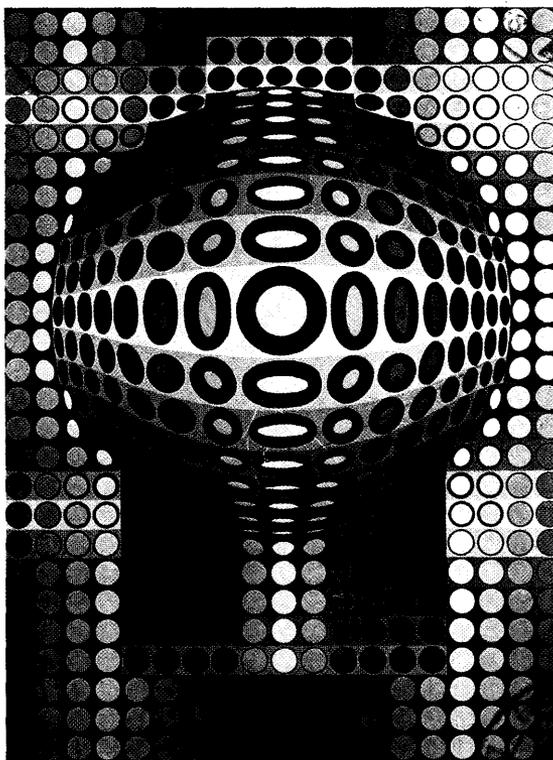


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I - Études

— Droit civil

- Brigitte SOLLETTY, « Loi du 5 juillet 1985 et contrat de transport ».
- Olivier LALIGANT, « Aspects théoriques et pratiques de la protection du parfum par le droit d'auteur. »

Suite page 4 de couverture.

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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1990-2

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XV - 41 (15ème année - 41e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE 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 de l'Université de Bordeaux I Correspondant 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 Doyen honoraire 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 Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
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 (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur J.-L. BERGEL	M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur D. BERRA	M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur F. BOULAN	M. le Doyen C. LOUIT
M. le Professeur J. BOURDON	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-Y. CHEROT	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur Y. DAUDET	M. le Professeur C. MOULY
M. le Président Ch. DEBBASCH	M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE	M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Professeur F. BOULAN	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Président L. FAVOREU	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. M. GARCIN	M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1990

Abonnement de Soutien : 400 F
Abonnement (France) : 300 F

Abonnement étranger : 350 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 205

I - ETUDES

Droit Civil et Droits de l'Homme

DROIT CIVIL

- Brigitte SOLLETTY, Loi du 5 juillet 1985 et
contrat de transport..... 211

- Olivier LALIGANT, Aspects théoriques et pratiques
de la protection du parfum par le droit d'auteur 225

DROITS de L'HOMME

- Jean-Claude GALLOUX, L'encadrement des bio-
technologies : de la normalisation à la réglementation
des pratiques..... 253

- Questions d'Ethique :..... 279

I - La face cachée de la procréation artificielle 280

II - Euthanasie : l'expérience hollandaise 287

III - Les enfants, richesse du mariage 292

DROIT PROCESSUEL

- Rafael DOMINGO, Juridiction et "judication" 303

DROIT COMPARE

- Hervé BLEUCHOT, Le Code pénal islamique
soudanais de 1983..... 313

HISTOIRE du DROIT

- Yves DURAND, L'esprit et le rôle des Lumières
dans la Révolution de 1789 341

- Marc PENA, Les droits de la défense dans le
"Code des délits et des peines" du 3 Brumaire an IV
(25 octobre 1795)..... 349

II - ACTUALITES DOCTRINALES

- Marie Laure IZORCHE, **L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain**
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 391

- Marc FRANGI, **L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels - Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé**
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 395

Il court, il court le Conseil d'Etat...

"On nous a changé notre Conseil d'Etat !", serait-on tenté de dire, paraphrasant un mot célèbre du Doyen Hauriou. Voilà qu'en l'espace de trente mois, par une série de décisions importantes, l'illustre juridiction administrative a fait entrer en force le droit international dans notre droit public, et à un degré tel que certains s'en émeuvent jusqu'au sein de la représentation nationale.

Après avoir lentement, mais avec une constance qui n'appartient qu'à lui, grignoté l'inepugnabilité de la loi face aux normes internationales, en passant par des théories aussi subtiles que celle de la "loi-écran" et celle de l'écran "transparent" ; après avoir proclamé l'existence de principes généraux du droit international public et leur invocabilité directe ; après avoir admis le plein effet interne des directives avec caractère rétroactif quant aux conséquences sur la légalité des actes administratifs, le Conseil d'Etat vient de frapper encore un grand "coup". Il ne sera plus nécessaire désormais de solliciter l'interprétation des dispositions douteuses d'un traité international par renvoi du justiciable devant le Ministre des Affaires étrangères. S'avisant que, bien souvent, le Ministre n'en sait pas plus que le Conseil d'Etat lui-même sur le sujet, et, surtout, que sa réponse ne reflétait généralement que les intérêts de l'Etat au jour de la réponse au juge, la Haute Juridiction a préféré désormais s'en remettre à elle-même du soin de se prononcer sur le sens à donner à de telles dispositions.

Pourquoi cette évolution révolutionnaire et pourquoi a-t-elle lieu à une telle cadence ?

Sans doute on peut trouver de multiples raisons à cet "emballement" de la jurisprudence. Mais certaines paraissent déterminantes.

En premier lieu, l'arrivée à la tête de la juridiction suprême de l'ordre administratif d'un homme qui a la double qualité de spécialiste éminent du contentieux et de grand commis de l'Etat. Il allie donc à une solide expérience d'administrateur une compétence hors pair s'agissant de la traduire en maximes jurisprudentielles. A cet égard aura été décisive sa perception de l'importance du droit supra ou extra-national.

En second lieu, les remarques d'une partie grandissante de la doctrine, l'invitation pressante - pour ne pas dire parfois l'exhortation - de certains de ses membres, notamment ceux occupant le siège de commissaire du gouvernement, enfin le contrepoint de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont poussé le Conseil d'Etat à vouloir redevenir ce que, selon certains, il avait cessé d'être : le véritable instigateur des avancées du droit administratif, avec ce mélange savant

et subtil d'audaces pondérées, de concessions provisoires et de jalons définitifs pour le futur.

Enfin, a pesé d'un poids que seule l'histoire de cette période saura mesurer, une mutation capitale de la place de l'Etat national, de l'Etat nation dans le concert international. Le Conseil d'Etat a pris l'exacte mesure, et probablement à l'heure où cela était le plus opportun parce que le plus efficient, de l'irruption des normes extra-nationales dans le droit national qu'il s'agisse du droit international strictement conventionnel, du droit international quasiment "légiféré" et, plus encore, du droit communautaire. Il n'est pas sûr que le Conseil ait sauté le pas de gaieté de coeur, mais *volens nolens* il n'a pu que constater que telle était la volonté constante des pouvoirs publics français. Dès lors, fidèle à sa conception, héritée des légistes de Philippe le Bel, selon laquelle il est serviteur de l'Etat parce que seul celui-ci est détenteur de la légitimité, le Conseil n'a pu que s'incliner. Il l'a fait au moment où il avait acquis la certitude du caractère -au moins provisoirement- définitif de cette politique et évalué les inconvénients qui auraient résulté d'une trop grande distorsion entre la jurisprudence administrative et l'environnement juridique général.

Il n'en reste pas moins que c'est la vieille construction de l'Etat nation, celle de Bodin et des monarchomaques, de Bossuet et de Machiavel, des Révolutionnaires de 1789 comme de Rousseau..., qui se trouve désormais mise à mal au profit de vastes ensembles d'intérêts, ceux-là même, d'une certaine façon, qu'entendaient combattre les légistes royaux lorsqu'ils forgèrent, dès le XIIème siècle, les instruments de la France moderne. Mais après tout les nations et les Etats n'on jamais reçu la promesse de l'Eternité... L'Esprit souffle où il veut.

Jean-Claude RICCI

R.R.J. 1990-2

Pages 207 à 388

- I -

ETUDES

DROIT CIVIL

ET

DROITS DE L'HOMME

DROIT CIVIL

LOI DU 5 JUILLET 1985 ET CONTRAT DE TRANSPORT

Par

Brigitte SOLLETTY
Docteur en Droit
Assistante à l'Université de la Réunion

Si l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle au détriment de la responsabilité extracontractuelle est un sujet d'actualité (1), notamment dans les hypothèses d'actions en responsabilité nécessairement contractuelle de la part de personnes qu'on considérerait autrefois comme des tiers (2), ce mouvement n'est peut-être pas général, puisque dans d'autres domaines, on semble constater un recul de l'aspect contractuel de la responsabilité: n'est-ce pas ce qui se passe avec les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 "tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation", qui se déclare applicable aux victimes "même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat" (3), puisqu'il est proposé de considérer comme étant de nature délictuelle, dans son ensemble, la responsabilité issue de la loi dite Badinter (4) ?

En réalité, plus qu'une extension du domaine de la responsabilité délictuelle au détriment de celui de la responsabilité contractuelle, il faut voir dans la loi du 5 juillet 1985 (et surtout d'ailleurs dans la construction doctrinale élaborée à partir des dispositions de cette loi (5)) une tentative de transcender la distinction traditionnelle par l'élaboration d'un régime autonome de réparation des dommages subis par les victimes d'accidents de la circulation. L'instauration d'un tel régime répondrait d'ailleurs au voeu d'une

(1) Voir C. Larroumet, note sous Civ. 1 ère, 11 janvier 1989 et 18 janvier 1989, J.C.P. 89. 21326.

(2) Civ. 1 ère, 21 juin 1988, D. 1989, p. s.

(3) Nous limiterons ici nos réflexions au cas de la victime transportée en vertu d'un contrat de transport. A propos des rapports entre la loi du 5 juillet 1985 et le droit du travail, lire: "De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail". G. Viney, D. 1989, p. 231.

(4) Jurisclasseur civil, art. 1382 à 1386, fasc. 470-2, n° 81.

(5) Lire notamment Groutel, J.C.P. 1986.I.3244.

doctrine très autorisée qui a été amenée à remettre en cause le caractère de *summa divisio* de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: sans prôner l'assimilation des deux régimes il est apparu que dans certains domaines où le public se trouve exposé à des risques particuliers, il conviendrait d'instaurer des responsabilités objectives transcendant la distinction traditionnelle, ces régimes légaux particuliers, applicables aux situations contractuelles comme délictuelles étant indépendants des règles régissant l'une ou l'autre responsabilité (6).

Or les accidents de la circulation constituent par excellence un domaine où prévaut le souci d'assurer l'indemnisation des dommages soufferts par les victimes : on conçoit que devant les situations humaines dramatiques issues de ces accidents, l'optique propre à la responsabilité civile s'efface devant une réflexion née du souci d'assurer la réparation des dommages, et dans laquelle la victime occupe le devant de la scène. Dès lors on ne peut qu'être frappé par l'identique vulnérabilité des victimes, qu'elles soient piétonnes ou passagères de véhicules, qu'elles soient transportées à titre gratuit ou à titre onéreux. Leurs souffrances sont également préoccupantes, qu'elles soient ou non transportées en vertu d'un contrat.

Les commentaires de la loi du 5 juillet 1985 font d'ailleurs apparaître la satisfaction des auteurs devant cette première véritable mise en oeuvre de la construction doctrinale et l'attente -pour l'heure toujours déçue- de la deuxième: le texte relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux destiné à mettre le droit interne en conformité avec la directive européenne du 25 juillet 1985 (7) .

Le législateur de 1985 a donc voulu améliorer le sort de toutes les victimes des accidents de la circulation. Mais l'extension du bénéfice de la loi aux victimes transportées en vertu d'un contrat a été opérée de façon incidente par un amendement introduit au cours des travaux préparatoires (8), sans qu'une véritable réflexion se soit instaurée sur ce point, la position de principe n'étant pas discutée, et le détail des dispositions n'étant pas envisagé au regard des situations contractuelles. On peut donc se demander si le but d'unification que s'était fixé le législateur a bien été atteint.

Les interrogations qui surgissent au premier abord sont suscitées par le fait que la loi du 5 juillet 1985 institue un régime incomplet, qui amène à se reporter au droit commun sur certains points: on ne trouve rien dans la loi à propos des caractères du préjudice, rien non plus à propos d'éventuelles clauses limitant l'indemnisation des dommages. Si le recours au droit commun s'impose, on pourrait craindre qu'il n'y eût là des germes d'inégalités entre victimes, du fait des règles différentes applicables à ces questions en matière délictuelle et contractuelle. En fait, on s'aperçoit bien vite que ces interrogations sont sans grandes conséquences pratiques: certes, d'une part, l'article 1150 du Code civil dispose que le dommage prévisible peut seul, sauf cas de dol, donner lieu à réparation en matière contractuelle, à la

(6) G. Viney, *La responsabilité, conditions*, L.G.D.J. 1982, p. 295 et s.

(7) J. Huet, *R.T.D.C.* 1987, p. 322.

(8) J.O. Déb. Ass. Nat., 17 décembre 1984, p. 7034.

différence de ce qui se passe en l'absence de contrat. Mais en matière de préjudices résultant d'un accident de la circulation, on voit mal quel dommage pourra s'avérer imprévisible. Certes, d'autre part, la loi n'interdit pas aux transporteurs de stipuler des clauses limitant la réparation des dommages subis par leurs passagers, alors que de telles clauses n'ont pas cours en matière délictuelle : mais on sait que de toute façon, en matière de transport terrestre de voyageurs, ces clauses ne sont pas usitées (9).

Par ailleurs on peut regretter que l'unité de la prescription n'ait pas été réalisée en matière d'accidents de la circulation puisque, alors que l'un des soucis exprimés au cours des travaux préparatoires justifiant l'extension de la loi aux victimes transportées en vertu d'un contrat était de soumettre toutes les actions à un même délai de prescription (10), cet objectif a été perdu de vue par l'article 37 de la loi (devenu l'article 2270-1 du Code civil) qui ne traite que du délai, réduit à dix ans, de l'action en responsabilité civile extra-contractuelle; mais les actions dirigées par les victimes transportées en vertu d'un contrat contre leur transporteur commerçant sont également soumises à une prescription décennale, du fait de l'article 189 bis du Code de commerce. L'égalité de traitement entre victimes est donc ainsi assurée, même si c'est par hasard, semble-t-il.

Ce n'est donc pas tant ce dont la loi du 5 juillet 1985 ne traite pas qui pose problème que ses dispositions mêmes. En effet, lorsque l'on s'efforce d'appliquer la loi du 5 juillet 1985 aux situations où la victime est transportée en vertu d'un contrat, on ne peut qu'être frappé par le fait que cette loi a été conçue à partir d'une réflexion issue des seules situations délictuelles.

L'inadaptation de la loi du 5 juillet 1985 aux situations où la victime est transportée en vertu d'un contrat se révèle alors dans deux directions: d'une part, le domaine d'application de la loi a été défini sans que soit prise en considération cette hypothèse précise (I); d'autre part, le régime légal censé transcender la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle s'avère être fortement imprégné de références à la responsabilité délictuelle (II).

I - L'INADAPTATION DU DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI

La définition du domaine d'application de la loi ne permet pas d'englober harmonieusement dans un même régime toutes les hypothèses de dommages corporels survenant au cours d'un contrat de transport (1°), et certains de ces dommages continuent de relever des règles de la responsabilité contractuelle de droit commun (2°).

(9) R. Rodière, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, 1981, 3ème édition, n° 366.

(10) J.O. Déb. Ass. Nat., 17 décembre 1984, p. 7034.

1° - UNE DEFINITION INADEQUATE

Si l'on examine les trois termes de la formule "implication d'un véhicule terrestre à moteur dans un accident de la circulation" on constate que seule la notion d'implication s'applique sans difficulté particulière aux situations issues du contrat de transport.

Le maniement de l'implication s'avère assez facile car en fait, à partir du moment où il y a accident de la circulation et dommage aux personnes transportées il est bien rare que le véhicule de transport ne soit pas impliqué: certes la jurisprudence n'a pas retenu la notion d'implication telle qu'elle avait été conçue par le législateur, qui désirait couper court aux discussions sur la causalité et qui concevait que serait impliqué tout véhicule se trouvant sur les lieux de l'accident, la notion juridique d'implication devant coïncider avec la notion matérielle de présence sur les lieux (11) Ainsi, le véhicule de transport se trouvant nécessairement sur les lieux du transport, l'implication serait allée d'elle-même dans toutes les hypothèses qui nous intéressent. La jurisprudence a adopté une vue beaucoup plus causaliste de la notion (12), dans laquelle les points importants pour établir l'implication sont d'une part le contact du véhicule avec la victime -en règle générale, ce contact sera réalisé entre le voyageur transporté et le véhicule de transport-, et d'autre part le mouvement: si le véhicule est en mouvement l'implication ne sera pas discutée (13); si le véhicule est à l'arrêt, l'implication résultera de son rôle perturbateur (14). Cette notion a été élaborée par la Cour de cassation dans des hypothèses tout à fait étrangères au transport de personnes, mais semble pouvoir rendre compte des décisions rendues par les juridictions du fond alors que la victime était transportée en vertu d'un contrat: quand la victime fait une chute en descendant de l'autobus, surprise par la hauteur de la marche par rapport au sol (15), le véhicule a bien joué un rôle perturbateur; quand la chute survient lors de la fermeture des portes du véhicule (16), il y a aussi perturbation; de même lorsque la chute est liée à la position du véhicule, stationné à une certaine distance du trottoir (17). Et lorsque la Cour d'appel de Nancy (18) juge que les conditions de stationnement de l'autocar ont été sans influence dans l'accident, la notion de rôle perturbateur pourrait parfaitement rendre compte de cette décision, même s'il n'y est pas fait explicitement référence. Elle s'applique tout particulièrement à cette espèce où le car était stationné de façon anormale, mais sans qu'il ait eu d'action perturbatrice; les auteurs

(11) J.O. Déb. Sénat, 10 avril 1985, p. 3021.

(12) Voir, dernièrement, à ce propos, P. Jourdain, R.T.D.C. 1989, p. 566. - Lire aussi J. Huet, R.T.D.C.1987, p. 330 et s.

(13) Ex., en matière de transport en commun: Bordeaux, 7 juillet 1988, Jurisdata n° 043990.

(14) Civ. 2ème, 21 juillet 1986, J.C.P. 1987. 11. 20769.

(15) Versailles, 6 novembre 1987, Jurisdata n° 046642.

(16) Paris, 3 décembre 1987, Jurisdata n° 029292.

(17) Paris, 8 décembre 1988, Jurisdata n° 027625.

(18) Nancy, 13 novembre 1986, Jurisdata n° 046891.

remarquent en effet qu' il n'y a pas coïncidence entre irrégularité du stationnement et perturbation de la circulation (19).

Si la notion d'implication ne pose donc pas de problème particulier en matière de transport de personnes, l'inadaptation du domaine d'application de la loi apparaît en revanche lorsque l'on envisage les deux autres notions, celle de véhicule terrestre à moteur et celle d'accident de la circulation.

L'unification du sort des victimes se trouve tout d'abord limitée par le fait que ce ne sont pas tous les véhicules terrestres à moteur qui sont visés par la loi, celle-ci excluant expressément les chemins de fer et les tramways circulant sur des voies qui leur sont propres (20). Cette exclusion (21) a été instituée parce que ces véhicules ne sont pas mêlés à la circulation routière, mais cette circonstance, importante lorsque l'on envisage les dommages que va causer le véhicule de transport à d'autres véhicules ou à des piétons, est tout à fait indifférente lorsque l'on examine la situation des passagers et il y a quelque paradoxe à voir une loi destinée à protéger les victimes s'appliquer à certains passagers et pas à d'autres selon la voie qu'emprunte le véhicule. Si un tramway utilise au cours d'un même trajet des voies mêlées à la circulation routière puis des voies propres, il y aura application de deux régimes de réparation différents selon que le dommage survient durant l'une ou l'autre partie du trajet. Or, si l'on s'en tient aux rapports entre le transporteur et son passager, rien ne justifie cette distinction.

De même si la discussion qui s'est instaurée sur le point de savoir si un train est sur une voie propre lorsqu'il circule sur un passage à niveau (22) se conçoit bien lorsqu'on envisage les dommages causés par le train à d'autres véhicules, elle manque tout à fait de pertinence lorsqu'il s'agit des dommages subis par les passagers du train : y aurait-il non application de la loi sur l'ensemble du trajet, à l'exception des petits segments correspondant aux passages à niveau ? Si un passager du train se déplaçant dans l'allée tombait et se blessait, devrait-on rechercher, pour savoir quel régime appliquer à la réparation de ce dommage, si le cahot l'ayant précipité à terre s'était produit lors du franchissement d'un passage à niveau ? On confine à l'absurde. La Cour de cassation en décidant que la responsabilité encourue par la S.N.C.F. relevait du droit commun (23) lorsque un accident se produit sur un passage à niveau a donné à la question une réponse qui évite cette absurdité, mais dont il est manifeste qu'elle n'a pas été inspirée par cette considération.

(19) J. Huet, R.T.D.C. 1986, p. 333.

(20) Pour une première application jurisprudentielle, voir Civ. 2ème, 6 mai 1987. L'argus, 2, 6, 1987, p. 1427.

(21) Différente de celle que connaît le droit des assurances puisque l'article L. 211-2 du Code des assurances exclut de l'assurance obligatoire les chemins de fer et tramways sans autre distinction.

(22) J.O. Déb. Sénat, 11 avril 1985, p. 192. - F. Chapuisat, Le domaine d'application de la loi Badinter in R.G.A.T., numéro spécial: "La loi Badinter", L.G.D.J. 1988, p. 22.

(23) Civ. 2ème, 17 mars 1986, Bull. n° 49.

Le manque d'harmonie ainsi constaté peut amener à regretter que ne soit pas plutôt intervenu un texte législatif spécifique couvrant toutes les hypothèses de transport terrestre de personnes (24), ce qui permettrait également de faire disparaître les distinctions tenant à la notion d'accident de la circulation.

En effet, cette notion, précisée par référence à la définition élaborée dans le cadre du droit des assurances (25) amène également à exclure du bénéfice de la loi des passagers subissant des dommages corporels au cours de l'exécution d'un contrat de transport. Il faut se poser la question à propos de deux sortes d'accidents particulièrement fréquents en matière de transport en commun: les accidents dits de descente et de montée, et les accidents se produisant à l'intérieur du véhicule.

Il apparaît que la loi du 5 juillet 1985 s'applique aux accidents de descente et de montée, car on considère qu'il y a accident de la circulation si le dommage se produit alors que le véhicule se trouve à l'arrêt sur une voie ouverte à la circulation publique et c'est le cas, en général, des lieux où s'arrêtent les véhicules de transport; il existe d'ailleurs déjà une abondante jurisprudence appliquant la loi du 5 juillet 1985 à des dommages survenus alors que la victime montait ou descendait du véhicule de transport à l'arrêt (26). Il faudrait donc pour qu'un tel accident de montée ou de descente ne soit pas considéré comme un accident de la circulation que le véhicule à l'arrêt ne se trouve pas sur une voie ouverte à la circulation publique, ce qui peut se concevoir dans l'hypothèse d'un taxi déposant son client dans l'allée d'une demeure privée.

En revanche, la notion d'accident de la circulation introduit une distinction à propos des accidents survenant à l'intérieur du véhicule: il y aura accident de la circulation du fait de l'intervention de l'impulsion motrice si le dommage résulte d'une accélération, d'un freinage, d'un changement de direction: chute d'une passagère provoquée par un brusque freinage (27), chute d'un sac d'un filet à bagage du fait d'un cahot. Mais un dommage se produisant à l'intérieur du véhicule sans influence de l'impulsion motrice, ni intervention des dispositifs donnant l'impulsion motrice ne se situera pas dans le cadre d'un accident de la circulation: chute intempestive d'un sac du filet à bagage (28), siège qui s'effondre, compartiment à bagage qui cède, chute d'un passager sur une allée glissante, blessure résultant du maniement d'une

(24) Ce regret déjà exprimé par Monsieur Foyer au cours des travaux préparatoires de la loi (J.O. Déb. Ass. Nat., 17 décembre 1984, p. 7034) est partagé par Monsieur Chabas (Bull. transports, 1986, p. 533 et s.) .

(25) F. Chapuisat, La loi Badinter, R.G.A.T., numéro spécial, L.G.D.J. 1988, p. 19. - Voir aussi J. Huet, R.T.D.C. 1987, p. 327 et les nombreuses références citées.

(26) Paris, 8 décembre 1988, Jurisdata n° 027625. Versailles, 6 novembre 1987, Jurisdata n° 046642. Besançon, 24 juin 1986, Jurisdata n° 042538. Nancy, 13 novembre 1986, Jurisdata n° 046891. Ass. plén., 25 octobre 1985, Bull. n° 5. Paris, 17 septembre 1987, D. 1987, IR, p. 98.

(27) Bordeaux, 7 juillet 1987, Jurisdata n° 043990.

(28) Metz, 3 novembre 1987, Jurisdata n° 048789.

vitre ou de la poignée d'une porte. Dans ces hypothèses, le véhicule est impliqué, en quelque sorte, mais il ne s'agit pas d'un accident de la circulation. On retrouve l'exemple proposé par un auteur (29) : "une brûlure provoquée par l'allume-cigare n'est pas un accident de la circulation". Or les cas de dommages intervenant dans des circonstances autres qu'un accident de la circulation sont particulièrement fréquents en matière de transport en commun du fait de la possibilité qu'ont les passagers de se déplacer dans un autobus, un autocar ou un tramway. Cette notion amène donc à laisser de côté certains dommages se produisant au cours de l'exécution d'un contrat de transport terrestre de voyageurs.

Est-ce à dire que ces victimes seront dépourvues d'action contre leur transporteur ? Ce serait tout à fait anormal, mais faute d'application de la loi du 5 juillet 1985, la solution ne peut alors être trouvée que dans le droit commun de la responsabilité contractuelle.

2° - LE RECOURS AU DROIT COMMUN

Il ne se présente pas dans les mêmes termes selon que c'est le défaut de l'une ou l'autre des trois conditions énoncées qui amène à écarter l'application de la loi du 5 juillet 1985.

Si un véhicule de transport de passagers, normalement visé par la loi, est stationné sans perturber la circulation et est heurté par un autre véhicule, il y a accident de la circulation, mais le véhicule de transport n'est pas impliqué dans cet accident. La loi du 5 juillet 1985 est évidemment applicable à l'indemnisation des passagers transportés par le gardien de l'autre véhicule. Mais, si elles le désirent, ces victimes peuvent-elles agir également contre leur transporteur, la loi de 1985 n'étant alors pas applicable, faute d'implication du véhicule de transport ? On sait que certains auteurs (30) ont soutenu que la loi de 1985 instituait un régime exclusif de l'application du droit commun, mais que contrairement à leurs vœux la Cour de cassation a décidé que la circonstance qu'un véhicule soit impliqué dans l'accident de la circulation n'exclut nullement le droit pour la victime de mettre en jeu la responsabilité de droit commun de personnes autres que des conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués (31). Les décisions publiées ont trait à des hypothèses où la réparation était demandée sur le fondement du droit commun à un piéton, à un cycliste ou à la S.N.C.F., c'est-à-dire au gardien d'un véhicule exclu du domaine d'application de la loi. La solution serait-elle identique si la victime prétendait agir contre le gardien d'un véhicule visé par la loi mais non impliqué ? La question ne se pose pas en matière de responsabilité délictuelle car il est clair que si le véhicule n'est pas impliqué, il sera impossible de prouver la faute du conducteur ou le "rôle actif" du véhicule. En revanche, le transporteur est tenu d'une obligation de

(29) J Huet, R.T.D.C. 1987, p. 329.

(30) Notamment G. Wiederkehr, "De la loi du 5 juillet 1985 et de son caractère autonome". D. 1986, p. 259.

(31) Civ. 2ème, 17 mars 1986, Bull. civ. 11, n° 40. Civ. 2ème, 28 janvier 1987, Bull. civ. 11, n° 27. Civ. 2ème, 18 novembre 1987, Bull. civ. 11, n° 236.

sécurité de résultat (32) issue non de tel ou tel comportement du véhicule, mais de la seule existence du contrat, et l'action peut être envisagée alors même que l'implication est exclue. L'une des trois conditions de l'application de la loi du 5 juillet 1985 faisant défaut, il semble qu'il faille décider que l'action fondée sur le droit commun de la responsabilité contractuelle est possible contre le transporteur. On s'aperçoit cependant très vite que cette action ne débouchera que rarement sur une indemnisation de la victime, car le transporteur pourra vraisemblablement opposer la force majeure constituée par l'intervention de l'autre véhicule, moyen d'exonération reconnu de l'obligation de sécurité du transporteur.

Si l'application de la loi du 5 juillet 1985 est exclue parce que le véhicule du transporteur n'est pas visé par la loi, ce qui est le cas d'un tramway circulant en site propre, il ne semble pas discutable que la réparation des dommages issus d'éventuels accidents se fera sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle du transporteur (33). Nous avons déjà souligné (34) ce qu'avait de peu satisfaisant cette situation lorsque le véhicule circule successivement sur des voies propres et sur des voies incluses dans la circulation générale.

On retrouve le même manque d'harmonie lorsque l'on envisage l'absence de la troisième condition de l'application de la loi de 1985: à partir du moment où il n'y a pas accident de la circulation, la loi du 5 juillet 1985 est écartée. Si le dommage résulte de circonstances internes au véhicule (35) le droit commun reprend son empire: la procédure particulière d'offre d'indemnité par l'assureur n'aura pas lieu et la victime devra agir contre son transporteur sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat issue du contrat de transport. La loi du 5 juillet 1985 n'a donc pas fait disparaître l'obligation de sécurité du transporteur qui existe toujours et trouve à s'appliquer aux frontières de la loi dont elle déborde le domaine d'application. On fera bien sûr valoir que cette frange de dommages dont la réparation relève toujours du droit commun de la responsabilité contractuelle est bien mince. Mais c'est là justement que réside la maladresse et que s'impose la constatation que le domaine d'application de la loi, conçu en fonction de situations autres que le transport de personnes s'adapte imparfaitement à cette hypothèse, car il aurait été plus satisfaisant de faire en sorte que l'ensemble des dommages subis dans le cadre de transports terrestres de personnes soit soumis au même régime: pourquoi, en définitive, sacrifier l'unité de la réparation de ces dommages à l'unification du sort des victimes des accidents de la circulation ?

(32) Sur cette question bien connue, lire R. Rodière, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, 1981, 3ème édition, n° 348 à 366; P. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Dalloz, 1982, p. 460 et s.

(33) En ce sens, Civ. 2ème, 17 mars 1986, précité, au sujet d'une action contre la S.N.C.F.

(34) Voir supra p. 5.

(35) Voir supra p. 7.

Cette unification est-elle d'ailleurs même réalisée ? L'inadaptation des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 aux situations contractuelles pourrait être à l'origine d'un traitement distinct pour les victimes transportées en vertu d'un contrat.

II - L'INADAPTATION DES DISPOSITIONS LEGALES

Si l'article 1er de la loi étend expressément son bénéfice aux victimes transportées en vertu d'un contrat, le transporteur lui-même n'apparaît jamais dans les dispositions légales. Sans entrer dans le débat relatif à l'autonomie de la loi, et pour rester dans le cadre de notre propos, il est significatif de constater que quelle que soit la perspective -non autonomiste (1°) ou autonomiste (2°)- dans laquelle on se place, cette omission ne peut que se révéler gênante.

1° - ABSENCE D'AUTONOMIE DE LA LOI

Même alors que la thèse de l'autonomie prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence et la doctrine (36), il reste intéressant d'envisager la situation du transporteur dans la thèse contraire, car il semble incontestable que l'intention du législateur telle qu'elle a été exprimée lors des travaux préparatoires ait été d'instituer non un régime autonome mais une série de règles venant s'articuler sur le droit commun de la responsabilité (37). Dans cette optique, le droit à indemnisation de la victime relèverait de l'existence d'un fait générateur de responsabilité issu du droit commun, qui, dans l'hypothèse du contrat de transport, résulterait de l'article 1147 et de la violation d'une obligation contractuelle de résultat. Les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 ne concerneraient alors que les moyens d'exonération du défendeur et viendraient s'articuler sur le droit commun en tendant à protéger la victime contre ses propres fautes et contre la fatalité.

On observera que ce sont les victimes transportées en vertu d'un contrat qui se trouvent bénéficier dans la plus large mesure des dispositions de l'article 3 de la loi, limitant très largement l'incidence de la faute de la victime sur son droit à réparation: en effet si depuis l'arrêt Desmares (38), les effets de la faute de la victime étaient en matière de responsabilité délictuelle du fait des choses extrêmement réduits, les victimes agissant contre leur transporteur sur le fondement de l'obligation de sécurité pouvaient se voir opposer leur faute, même si elle ne présentait pas les caractères d'un cas de force majeure et ne recevoir de ce fait qu'une réparation diminuée (39). On ne peut donc que se féliciter de cette amélioration du sort de ces victimes, tout à fait conforme aux buts poursuivis par le législateur.

Mais l'amélioration du sort des victimes passe aussi par l'impossibilité pour le défendeur de leur opposer la force majeure.

(36) Voir *infra* p. 12.

(37) Voir F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation*, Litec, n° 153, et les références très convaincantes aux travaux préparatoires.

(38) Civ. 2ème, 21 juillet 1982, D. 1982, p. 449.

(39) Voir R. Rodière, *op. cit.*, p. 340.

Avant l'intervention de la loi du 5 juillet 1985, l'obligation de sécurité de résultat qui régissait la responsabilité contractuelle du transporteur vis-à-vis de ses passagers, pour rigoureuse qu'elle ait pu sembler en faisant peser sur le transporteur une présomption de responsabilité lui permettait de s'exonérer en apportant la preuve d'un cas de force majeure. Certes la jurisprudence était devenue très sévère pour admettre l'exonération dans ces hypothèses de transport de passagers. Comme l'obligation de résultat, cette sévérité était justifiée par le fait que le voyageur fait confiance à l'organisation et au matériel du transporteur et attend que celui-ci prenne en compte les imprévus et fasse son affaire des difficultés rencontrées en cours de trajet (40). Mais le principe, même s'il se trouvait rarement appliqué, demeurait : la force majeure était opposable au voyageur.

La loi du 5 juillet 1985 l'a-t-elle modifiée ? Son article 2 interdit bien au gardien ou au conducteur du véhicule d'opposer la force majeure à la victime, mais ne mentionne pas le transporteur. Celui-ci peut être le conducteur du véhicule (cas du chauffeur de taxi indépendant), mais très souvent la conduite en sera confiée à un préposé de l'entreprise de transport. Le transporteur serait-il alors le gardien du véhicule ? La solution ne ferait pas de doute en matière de responsabilité délictuelle, puisqu'il est jugé de façon constante que la qualité de préposé est incompatible avec celle de gardien, et que le commettant reste gardien du véhicule qu'il confie à son préposé -sauf abus de fonction ou sauf autonomie particulière conférée au subordonné (41). Mais dans le cadre de la responsabilité civile contractuelle qu'implique la thèse de l'absence d'autonomie, le transporteur voit sa responsabilité engagée en tant que débiteur contractuel et non en tant que gardien, la notion de garde, propre à la responsabilité du fait des choses n'ayant pas cours ici, sauf lorsque l'action est intentée par une victime par ricochet, et fondée d'ailleurs alors sur la responsabilité délictuelle (42). Littéralement, la thèse de l'absence d'autonomie permettrait donc au transporteur qui ne serait pas conducteur du véhicule d'opposer la force majeure aux victimes transportées (43).

La solution est inacceptable: rien ne justifie ce privilège accordée au transporteur. Elle l'est d'autant plus que le préposé conducteur du véhicule, et donc visé par l'article 2 de la loi ne pourrait opposer la force majeure à la victime et se trouverait être le seul débiteur de l'indemnisation. Bien entendu, cette situation serait masquée par le fait que l'assureur serait garant des dommages causés par le préposé, mais l'incohérence n'en existerait pas moins. Par ailleurs dans l'éventualité d'une action exercée contre le transporteur par les victimes par ricochet sur le fondement de la responsabilité délictuelle, le transporteur ne pourrait alors opposer la force majeure puisque en matière délictuelle, tout conduit à le considérer comme gardien du

(40) R.Rodière, op.cit., p.389 et s..

(41) Lire, par ex., P. Le Tourneau, La responsabilité civile, 3ème édition, 1982, n° 2205.

(42) Voir, à ce propos, R. Rodière, op. cit., p. 384.

(43) En ce sens, F. Chabas, op. cit., n° 142.

véhicule. La solution serait en contradiction flagrante avec les dispositions de l'article 6 de la loi qui tend à appliquer à la réparation des dommages par ricochet les mêmes limitations ou exclusions qu'aux dommages soufferts par la victime immédiate, et interdit donc que la force majeure puisse être opposée par le transporteur aux victimes par ricochet alors qu'elle ne peut l'être au passager lui-même.

En fait, le résultat auquel aboutit la thèse de l'absence d'autonomie est manifestement contraire aux intentions du législateur: pourquoi étendre le domaine d'application de la loi aux personnes transportées en venu d'un contrat dans l'article 1er, pour les priver ensuite du plus clair de son bénéfice dans l'article 2 ? L'absence de référence au transporteur en tant que tel dans l'article 2 de la loi résulte du fait que si le législateur a pris une position de principe concernant l'application de la loi à des personnes transportées en vertu d'un contrat, il a négligé les détails de cette application (44). Elle souligne aussi le fait que la loi du 5 juillet 1985 est une loi née d'une réflexion fondée sur des situations relevant de la responsabilité délictuelle et c'est tout naturellement à des notions issues de la responsabilité délictuelle qu'il est fait référence. Les tenants les plus autorisés de la thèse de l'absence d'autonomie sont d'ailleurs convaincus de l'absurdité de la situation qu'entraîne le raisonnement exposé et suggèrent qu'elle soit évitée en considérant que le transporteur est aussi gardien du véhicule et que l'article 2 lui est applicable (45). L'interprétation est assurément "peu littérale" (46) et aboutit à l'intervention dans le domaine contractuel de règles relevant de la responsabilité délictuelle. L'absence d'autonomie débouche ainsi nécessairement sur une atteinte à la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

2° - AUTONOMIE DE LA LOI

Mais la thèse de l'autonomie de la loi prévalu. Doctrine (47) et jurisprudence (48) ont réussi à y découvrir un régime autonome, indépendant du droit commun de la responsabilité, le droit à indemnisation de la victime naissant de l'implication du véhicule, sans référence à un fait générateur de responsabilité. Etant donné les difficultés exposées ci-dessus quant à l'application de la loi du 5 juillet 1985 au transporteur dans la thèse non autonomiste, on pourrait espérer que la thèse contraire de l'autonomie permette de les résoudre.

(44) Le problème particulier évoqué ici n'a à aucun moment été envisagé au cours des travaux préparatoires qui insistent seulement sur l'intérêt qu'il y a à éviter que le transporteur puisse opposer la force majeure à ses passagers ! J.O.Déb. Ass. Nat., 17 décembre 1984, p. 7034.

(45) F. Chabas, L'indemnisation des victimes de la loi du 5 juillet 1985, Bull. transports, p. 536.

(46) Ibidem.

(47) Notamment H. Groutel, J.C.P. 1986. 1. 3244.

(48) Civ. 2ème, 28 janvier et 4 février 1987, D. 1987, p. 187, note Groutel.

Or il n'en est rien : le point faible de la thèse de l'autonomie réside dans le fait que la loi ne désigne pas le débiteur de la réparation (49) : l'implication fait naître le droit à indemnisation de la victime mais contre qui va-t-elle exercer ce droit ? Ce serait aller à l'encontre des termes mêmes de la loi que de considérer qu'elle institue un régime de réparation automatique, où le débiteur de la réparation se trouverait être l'assureur du véhicule (50) : l'obligation de l'assureur envers la victime résulte toujours d'un contrat d'assurance de responsabilité civile et de l'existence d'un débiteur de réparation assuré. La loi ne désignant pas ce débiteur, force est de recourir aux personnes visées par l'article 2 : le conducteur ou le gardien. On s'aperçoit ainsi que l'application de la thèse autonomiste recèle des difficultés encore plus grandes que celle de la thèse contraire, puisqu'elles apparaissent non lorsqu'il s'agit d'envisager les possibilités d'exonération du transporteur, mais déjà auparavant pour établir le droit à indemnisation de la victime contre celui-ci (51). L'absurdité est flagrante, puisque alors que la loi se déclare applicable à la victime transportée en vertu d'un contrat, elle ne le serait en fait pas, puisque le transporteur n'est pas désigné comme débiteur de la réparation.

Pour éviter cette incohérence, il faut donc ici aussi décider que le transporteur doit être considéré comme le gardien du véhicule. La thèse autonomiste va tenter de rendre compte de cette assimilation en mettant en avant le fait que la notion de gardien employée dans la loi du 5 juillet 1985 est elle-même autonome par rapport à la construction élaborée par le droit de la responsabilité civile délictuelle (52). Or l'étude de la jurisprudence révèle que les tribunaux appliquent sans aucun particularisme les critères traditionnels pour déterminer la qualité de gardien du véhicule (53). L'autonomie semble bien formelle et on ne peut qu'être frappé par un certain mélange des genres : au nom d'une prétendue autonomie on va appliquer une notion relevant de la responsabilité délictuelle au débiteur contractuel. Or la loi de 1985 ne contient aucune disposition imposant, nonobstant l'existence du contrat, de traiter le transporteur comme gardien.

La confusion des genres est particulièrement gênante lorsqu'il s'agit d'établir la qualité de gardien du transporteur lorsque le véhicule est conduit par son préposé : on sait que pour l'application de l'article 1384, alinéa 1er, s'il est considéré que l'employeur reste gardien du véhicule qu'il confie à son employé, le transfert de la garde se produira dans l'hypothèse où celui-ci commettrait un abus de fonction (54) : et

(49) G. Wiederkehr, *op. cit.*, p. 258.

(50) Voir C. Larroumet, *D.* 1985, p. 239.

(51) En ce sens, F. Chabas, *op. cit.*, n° 142.

(52) M.C. Lambert-Pietri, *Rép. civ. Dalloz, V° Responsabilité, Régime des accidents de la circulation*, n° 160.

(53) Voir par ex. : *Civ. 2ème*, 15 décembre 1986, *Gaz. Pal.* 1988. 2. *Somm.* 40, et *Civ. 2ème*, 13 janvier 1988, *Bull. Civ. 11.* n° 9, en cas de prêt du véhicule, *Civ. 1ère*, 5 mai 1986, *Bull. Civ. 1.* n° 110. *R.G.A.T.* 1986, p. 383, dans l'hypothèse de la location du véhicule, *Civ. 1ère*, 19 octobre 1988, *Gaz. Pal.* 3 décembre 1988, dans celle de leçons de conduite.

(54) 3 Voir P. Le Tourneau, *op. cit.* n° 2205.

c'est semble-t-il tout naturellement que ce raisonnement élaboré à la jonction des alinéas 1er et 5 de l'article 1384 est transposé à l'application de la loi du 5 juillet 1985. Ce sont très exactement les conditions posées par la jurisprudence (55) à propos de l'article 1384, alinéa 5, qui sont présentées comme devant régir la qualité de gardien de l'employeur alors que s'applique la loi du 5 juillet 1985 (56) C'est ainsi que dans l'hypothèse où la victime est transportée en vertu d'un contrat on verra l'application des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 au transporteur conditionnée par la référence à des notions normalement utilisées dans le cadre de la responsabilité délictuelle : les décisions des juges du fond s'y reportent avec constance et l'on relève les termes de "chauffeur d'autobus préposé" (57), "de conducteur préposé d'un véhicule de transport" (58), "de responsabilité du commettant du conducteur" (59). Certes l'on sait que la confusion entre responsabilité délictuelle pour autrui et responsabilité contractuelle pour autrui est une tradition bien établie devant les juridictions répressives (60), mais outre que cette jurisprudence est très contestable, car la relation contractuelle ne devrait pas permettre que le débiteur se dérobe en invoquant la désobéissance de son subordonné (61), il est remarquable de constater que l'instauration d'un régime prétendument autonome d'indemnisation des victimes ne permet pas de dépasser cette confusion par l'instauration de nouveaux critères qui lui soient propres et qui viennent au but poursuivi. Car si la loi du 5 juillet 1985 vise à l'indemnisation de la victime, si elle ne permet pas au gardien du véhicule de lui opposer la force majeure est-il conforme à son esprit d'admettre que l'employeur puisse opposer à la victime le fait que son préposé a commis un abus de fonction ? Dans le droit commun de la responsabilité civile, l'abus de fonction amène à écarter la responsabilité du commettant parce que celle-ci est soumise à la condition d'une relation entre le fait dommageable du préposé et les fonctions (62). Or la loi de 1985 n'exige pas une telle relation, puisqu'il résulte de ses dispositions et notamment de son article 2 que le défendeur peut être amené à réparer des dommages résultant d'un cas de force majeure. Il faut donc critiquer fermement la jurisprudence qui est en train de se mettre ainsi en place (63) qui, lorsqu'elle s'applique à

(55) Pour l'expression la plus récente de cette jurisprudence: Ass. Plén., 19 mai 1988, D. 1988, p. 513.

(56) Voir M.C. Lambert--Pietri, op. cit., n° 158.

(57) Paris, 8 décembre 1988, Jurisdata n° 027625.

(58) Versailles, 6 novembre 1987, Jurisdata n° 046642.

(59) Paris, 4 novembre 1987, Jurisdata n° 027161; Paris, 3 décembre 1987, Jurisdata n° 029292.

(60) A ce propos, lire la note de Mme G. Viney sous Ass. Plén. 15 novembre 1988, J.C.P. 1986. 20568.

(61) Voir Civ. 1 ère, 18 janvier 1989, J.C.P. 1989. 21326 et la note de Mr. Larroumet.

(62) Voir P. Tourneau, op. cit., p. 696.

(63) Approuvons en revanche les décisions de la Cour d'appel de Bordeaux du 7 juillet 1987 (Jurisdata n° 043990) et de la Cour d'appel de Besançon du 24 juin 1986 (Jurisdata n° 042538) qui décident très exactement que la seule implication du véhicule entraîne la réparation des dommages soufferts par la victime.

une espèce où la victime est transportée en vertu d'un contrat pérennise sans justification aucune une confusion regrettable entre responsabilité délictuelle pour autrui et responsabilité contractuelle pour autrui, et qui présente l'inconvénient de nier l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985 et de négliger les buts poursuivis par cette loi.

On remarquera bien sûr que sur le plan pratique cette admission de l'abus de fonction du préposé pour libérer le transporteur de toute obligation d'indemniser la victime n'a guère de conséquences puisque l'article 8 de la loi dispose que le contrat d'assurance obligatoire doit couvrir la responsabilité civile de toute personne ayant la garde ou la conduite, même non autorisée, du véhicule ce qui vise, entre autres, le conducteur préposé ayant agi "hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions"(64). L'assureur du transporteur devra donc en toute hypothèse indemniser la victime, et la conformité au but poursuivi par la loi de 1985 est sauvée par cette disposition relative au contrat d'assurance.

Le manque d'harmonie ici constaté fait bien ressortir les limites de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985 : l'autonomie est désormais posée en ce qui concerne le droit à indemnisation de la victime mais lorsqu'il s'agit de trouver le débiteur de l'indemnisation, force est de recourir au droit commun de la responsabilité. L'anomalie de ce recours est particulièrement ressentie lorsqu'on envisage le cas d'une victime transportée en vertu d'un contrat, parce que l'on est alors choqué par la référence à des notions relevant de la responsabilité délictuelle. Mais ce n'est pas tant ce cumul des règles relevant des responsabilités délictuelle et contractuelle qui doit choquer en définitive, alors qu'est discutée par la doctrine l'opportunité du maintien du principe du non-cumul, notamment en matière de responsabilités professionnelles (65), que le fait même du recours au droit commun.

L'autonomie de la loi ne peut satisfaire que si elle est totale; en revanche, une semi-autonomie est forcément à l'origine de solutions maladroites. On se prend donc à regretter que la loi du 5 juillet 1985 n'ait pas institué un régime véritablement autonome, un régime de réparation qui ferait l'économie de la recherche d'un débiteur de la réparation autre que le seul assureur du véhicule. On ne peut finalement que souscrire aux remarques de Monsieur Larroumet (66) regrettant l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique et souhaitant l'instauration d'un régime de réparation des dommages indépendant de la responsabilité civile.

(64) Ass. Plén. 19 mai 1988, D. 1988, p. 513.

(65) G. VINEY, *op. cit.*, p. 292 et s.

(66) D. 1986, p. 241.

**ASPECTS THEORIQUES ET
PRATIQUES DE LA PROTECTION
DU PARFUM PAR LE DROIT
D'AUTEUR**

par

Olivier LALIGANT

*Maître de Conférences à l'Université de Droit,
d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille*

*Chargé du Séminaire de Recherche en Propriété littéraire
et artistique à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence*

SOMMAIRE

Introduction.....	n° 1 à 3.
I. - DELIMITATION DE LA PROTECTION OFFERTE AU PARFUM PAR LE DROIT D'AUTEUR	n° 4.
A - La protection offerte par les prérogatives patrimoniales et ses conséquences.....	n° 5 à 10.
B - La protection offerte par les prérogatives extrapatrimoniales et ses conséquences	n° 11 à 16.
II. - ATTRIBUTION DE LA PROTECTION OFFERTE AU PARFUM PAR LE DROIT D'AUTEUR	n° 17.
A - Le principe de l'attribution et ses conséquences....	n° 18 à 20.
B - L'exception au principe de l'attribution et ses conséquences.....	n° 21 à 22.
Conclusion.....	n° 23

INTRODUCTION

1. - Nul ne saurait aujourd'hui ignorer ou oublier que "la France est de loin le premier exportateur mondial de produits de parfumerie et de beauté, avec 38 % de l'offre internationale" et que "la profession se situe (...) au 4^o rang des activités exportatrices françaises du point de vue du solde excédentaire" (1). C'est dire, par le fait même, l'importance qui s'attache à la question de la protection juridique du parfum, notamment par le moyen du droit d'auteur.

2. - Dans une précédente étude, relative à "la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur" (2), nous avons montré qu'à ce point de vue - et il y a là un préalable obligé - deux problèmes fondamentaux se posaient. D'une part, celui de savoir si le parfum, conjugaison de formes olfactives, peut s'analyser comme une oeuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur - problème qui conduit à se demander, entre autres, si la notion de forme olfactive peut entrer dans le cadre de la notion de forme telle qu'elle est entendue en droit d'auteur. D'autre part, celui de savoir si le parfum, composition d'odeurs, peut satisfaire aux conditions de mise en jeu de la protection offerte par le droit d'auteur - problème qui amène à se demander, notamment, si le parfum peut satisfaire à la condition d'originalité (ce qui, en théorie, ne soulève pas de grandes difficultés) et à la condition de représentabilité, ou plus exactement de descriptibilité objective (ce qui, en l'état actuel de la science, soulève encore, en pratique, de très réelles difficultés).

3. - Mais à l'arrière plan de cette présentation de la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur se profilaient deux questions, beaucoup plus larges, qui sont les suivantes : tout d'abord, une protection de quelle sorte ? ensuite, une protection pour qui ? Questions qui n'avaient été qu'évoquées... Questions que la spécificité du parfum marque, nécessairement, d'un certain particularisme... Questions auxquelles nous voudrions,

(1) Information tirée de la publication patronnée par le Comité français du Parfum, "Histoires de parfum", conception R.H.M., 1988, p. 79, publication réalisée pour la série d'expositions faites sur ce thème à Lyon, Toulouse, Bordeaux, Nantes, Lille, Strasbourg, Aix-en-Provence et Paris.

(2) O. Laligant, "La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989-3, p. 587 à 636.

aujourd'hui (3), donner quelques développements, tant théoriques que pratiques, en examinant successivement "la délimitation de la protection offerte au parfum par le droit d'auteur" (I) et "l'attribution de la protection offerte au parfum par le droit d'auteur (II).

I - DELIMITATION DE LA PROTECTION OFFERTE AU PARFUM PAR LE DROIT D'AUTEUR

4. - Avant toute chose, il faut souligner que si le recours au droit d'auteur offre aux sociétés qui assurent l'exploitation du parfum, ainsi qu'aux sociétés créatrices de parfums, une gamme d'actions en justice - dont l'action en contrefaçon - susceptibles d'améliorer notablement la défense des parfums, ce recours implique aussi, obligatoirement, l'acceptation de tout le dispositif légal de 1957, avec ses contraintes, ses zones d'incertitude et ses spécificités. Ce qu'il convient de vérifier, étant ajouté que le droit d'auteur apparaissant comme un faisceau de prérogatives, les unes patrimoniales (A), les autres morales (B), il faut en traiter séparément, car, en raison de leur finalité distincte, leur régime n'est pas le même...

A - La protection offerte par les prérogatives patrimoniales et ses conséquences.

5. - Aux attributs patrimoniaux du droit d'auteur qui, par un monopole d'exploitation, assurent une certaine exclusivité (a), s'ajoutent des actions en justice qui, symétriquement, en assurent la sanction (b) et, par le fait même, la garantie.

a) Les prérogatives patrimoniales.

6. - Il s'agit de prérogatives qui ont principalement pour fin d'assurer la protection d'intérêts pécuniaires, puisqu'elles permettent essentiellement d'assurer d'une part la protection de l'intérêt patrimonial qu'a l'auteur à la communication de son oeuvre au public par la reproduction et d'autre part la protection de l'intérêt patrimonial qu'a l'auteur à la communication de son oeuvre au public par la représentation.

Ainsi, en matière de parfum, ces prérogatives, qui aboutissent à la création d'un véritable monopole d'exploitation (4), confèrent à celui qui en est titulaire une exclusivité sur les actes de communication au

(3) Le thème du présent article fit l'objet d'une conférence donnée au siège de la Fédération française de l'industrie des produits de Parfumerie, de Beauté et de Toilette, à Paris, devant la Commission Fédérale des Marques, le 6 mars 1990.

(4) Article 26, loi du 11 mars 1957.

public du parfum effectués par le moyen d'une reproduction de celui-ci (5) ou d'une représentation de celui-ci (6), représentation étant entendue ici au sens de diffusion (7). Le mode d'exploitation habituel et privilégié d'un parfum est la reproduction de celui-ci, en vue d'en vendre les exemplaires réalisés. Mais peut aussi se rencontrer, exceptionnellement, il est vrai, une exploitation par la représentation de celui-ci, comme le montre, par exemple, l'intégration récente d'odeurs dans les oeuvres cinématographiques (8).

7. - L'exclusivité conférée par les prérogatives patrimoniales qui constituent le monopole d'exploitation est largement étendue dans le temps puisqu'elle dure toute la vie du compositeur de parfum et cinquante ans encore après sa mort... C'est dire que le droit d'auteur offre la un avantage très supérieur à ce que peut offrir le droit des inventions brevetables, et par le fait même, particulièrement intéressant pour une création qui se révèle un grand succès, tel N° 5 de Chanel, créé en 1925.

8. - En revanche existent dans la loi du 11 mars 1957 diverses règles qui, aux yeux des exploitants, peuvent apparaître comme autant de pierres d'achoppement. Figurent en effet dans la loi du 11 mars 1957 certaines règles caractéristiques édictées soit dans le souci de protéger le titulaire du monopole (auteur ou cessionnaire), telle l'obligation de préciser la cession dans son étendue, sa destination, sa durée et son lieu (9), soit dans le souci de protéger le seul créateur de l'oeuvre, tel le principe de la rémunération proportionnelle de celui-ci par rapport aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation (10)...

Dernier écueil - et non des moindres - le fait que les constructions contractuelles spécifiques propres à la parfumerie devront se plier aux spécificités du droit d'auteur, et notamment aux particularismes introduits dans les mécanismes contractuels par

(5) Article 28, loi du 11 mars 1957.

(6) Article 27, loi du 11 mars 1957.

(7) Aux termes de l'article 27 de la loi de 1957, "la représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque", et plus précisément encore, selon nous, par un procédé technique : v. à ce propos notre étude "Réflexions sur l'avenir de la notion de représentation au lendemain de la loi du 3 juillet 1985", *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 1986-1, p. 165 et s.

(8) Sur l'utilisation des odeurs en cinématographie (ainsi que sur l'odorama, ou cinéma en odeurs, du Musée des Sciences de La Villette) et sur ses perspectives d'avenir, v. not. les articles d'O. Auber et Y. Faguen, in *Revue Autrement*, n° 92, "Odeurs, l'essence d'un sens", septembre 1987, p. 194 et a. et p. 198 et s., respectivement.

Sur l'introduction des sensations olfactives dans la vidéo, les jeux informatiques, les films et les représentations théâtrales, v. également l'article de R. Winter, "L'odeur de l'argent", in *Revue Autrement précitée*, n° 92, septembre 1987, p. 189.

(9) Article 31 alinéa 3, loi du 11 mars 1957.

(10) Article 35, loi du 11 mars 1957.

l'existence du droit moral de divulgation (11). Pour ne rien dire des incertitudes qui s'attachent à des notions pourtant aussi usuelles et aussi fondamentales que celles de contrat de commande (12) ou de contrat de production d'oeuvres futures (13)... En conséquence, il sera bon que les sociétés assurant l'exploitation du parfum comme les sociétés assurant la création du parfum commencent par introduire plus de rigueur, tant conceptuelle que terminologique, dans leurs pratiques contractuelles.

b) Les sanctions des prérogatives patrimoniales.

9. - La sanction majeure - et, par le fait même, l'attrait majeur du recours au droit d'auteur - est l'action en contrefaçon qui sanctionne toute communication au public d'une reproduction d'une oeuvre de l'esprit, au sens de la loi du 11 mars 1957, ou toute communication au public par la représentation d'une oeuvre de l'esprit, au sens de la loi du 11 mars 1957, faite en violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis par le droit de "la propriété littéraire et artistique" (14) et peu important le procédé utilisé... Ainsi, et sans qu'il puisse y avoir le moindre doute là-dessus, la contrefaçon est la violation des prérogatives patrimoniales que sont le droit de reproduction et le droit de représentation.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà souligné ailleurs (15), la pierre d'achoppement réside essentiellement, pour l'heure du moins, dans la condition de descriptibilité objective, qui est une des conditions de mise en jeu de la protection offerte par le droit d'auteur. En effet, cette exigence reste, en bien des cas, difficile à satisfaire, car les moyens scientifiques d'analyse dont on dispose actuellement - chromatographie en phase gazeuse ou liquide, spectrométrie de masse, résonance magnétique nucléaire - ne permettent qu'une détection partielle des divers éléments d'une composition olfactive, et plus précisément qu'une détection de ses éléments principaux. Or ceci risque d'être fréquemment insuffisant lorsque l'on sait qu'en parfumerie les composants les plus infimes ne sont pas les moins importants...

10. - A côté de la sanction pénale doivent être citées, pour mémoire, les sanctions civiles. En cas d'atteinte au droit de reproduction, ou de représentation, le titulaire de ce droit peut aussi agir, en effet, devant la juridiction civile. Lorsqu'il en est ainsi l'action habituellement utilisée par lui est l'action en responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code Civil. Mais il lui serait également

(11) V. infra B, n° 14, II, 2°.

(12) V. à ce propos notre ouvrage "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome CLXXVI, 1983, n° 50, p. 135 et s.

(13) Ibid.

(14) Articles 425 al. 1 et 426 du Code Pénal.

(15) Cf. O. Laligant, "La problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", art. préc., Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989-3, p.623 et s., notamment.

possible, en théorie du moins, d'exercer l'action civile qui sanctionne le droit de reproduction, ou celle qui sanctionne le droit de représentation, car, en dépit du silence de la loi, nous croyons, partageant là une opinion souvent défendue (16) que toutes les fois que l'on possède un droit subjectif, on a, du fait même que l'on possède un droit de cette sorte, une action en justice qui vient le garantir (17) et qui en est, au plan de la sanction, le prolongement logique (18). En effet, la reconnaissance d'un droit subjectif - et c'est en cela que se résume l'essence du droit subjectif - aboutit toujours "à la consécration d'une prérogative qui doit être respectée par toute autre personne, et toute atteinte constitue, ipso facto, une infraction qui emportera une sanction juridique" (19).

B - La protection offerte par les prérogatives morales et ses conséquences.

11. - Aux attributs d'ordre intellectuel ou moral du droit d'auteur qui, respectivement, assurent à leur titulaire une certaine exclusivité (a) mais dans le domaine extrapatrimonial cette fois, s'ajoutent aussi, à l'instar de ce qui vient d'être souligné à propos du monopole d'exploitation, des actions en justice qui, symétriquement, assurent la sanction des droits moraux reconnus aux auteurs par la loi du 11 mars 1957 (b).

a) Les prérogatives morales.

12. - Il s'agit de prérogatives qui ont principalement pour fin d'assurer la protection d'intérêts insusceptibles d'évaluation pécuniaire, puisqu'elles permettent d'assurer la protection de l'intérêt moral de l'auteur à ce que son oeuvre soit seulement divulguée s'il le juge bon... à ce qu'elle soit présentée au public sous son nom... à ce qu'elle ne subisse pas de modifications auxquelles il n'aurait pas consenties ... et enfin à ce qu'elle soit retirée de la circulation s'il le juge préférable...

Ainsi, en matière de parfumerie, ces prérogatives - qui aboutissent à la création, en faveur du compositeur de parfum, d'un pouvoir de contrôle exclusif (20) et discrétionnaire (21) sur les principaux aspects moraux de la communication de son oeuvre au

(16) V. notamment en ce sens Paul Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", Dalloz, 1963, n° 7, p. 54 à 60, et n° 18, p. 130-131. V. également Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 41, p. 500 à 502.

(17) Action qui, conformément au droit commun, est subordonnée à deux conditions, la qualité pour agir et l'intérêt pour agir.

(18) V. infra, B, b, n° 15.

(19) Paul Roubier, "Le droit de la propriété industrielle", Sirey, 1952, n° 4, p. 13.

(20) Exclusif, en ce sens que ce pouvoir appartient au seul créateur de l'oeuvre, ou aux seuls créateurs de l'oeuvre si celle-ci résulte de l'action de plusieurs auteurs.

(21) Discrétionnaire, en ce sens que ce pouvoir s'exerce sans que l'auteur ait à donner de raisons à sa décision et sans que le juge ait donc à en connaître. Mais pouvoir discrétionnaire ne veut pas dire pourtant sans limites, tant internes qu'externes...

public - confèrent à celui-ci, et à lui seul, le pouvoir de divulguer son oeuvre (22)... le pouvoir d'indiquer son nom sur son oeuvre (23)... le pouvoir de s'opposer à une modification de son oeuvre qu'il n'a pas autorisée (24)... et enfin le pouvoir de mettre fin à la communication de son oeuvre au public en rompant unilatéralement le contrat qui le lie avec l'exploitant de celle-ci (25)...

13. - L'exclusivité ainsi conférée sur des actes qui apparaissent tous comme dominés par des considérations d'ordre intellectuel ou moral est encore plus longue que celle attachée au monopole d'exploitation puisqu'elle dure, en principe, autant que l'oeuvre existe (26)... La raison en est dans la finalité même des attributs du droit moral. C'est en effet parce qu'ils ont pour fin d'assurer la protection d'intérêts moraux que ceux-ci sont transmissibles à cause de mort, car les intérêts dont ils assurent la protection survivent, le plus souvent, au décès de l'auteur...

14. - A bien des points de vue, mais tout particulièrement du point de vue de l'exploitation de l'oeuvre, il nous paraît justifié d'opposer, au sein du droit moral, deux sortes d'attributs, ceux qui ne sont pas en interdépendance directe avec le monopole d'exploitation (27), à savoir le droit à la paternité de l'oeuvre et le droit au respect de l'oeuvre, et ceux qui sont en interdépendance directe avec le monopole d'exploitation (28), à savoir le droit de divulgation et le droit de repentir ou de retrait.

I - Prérogatives morales sans interdépendance directe avec le monopole d'exploitation. - Effectivement l'existence du droit à la paternité de l'oeuvre, ou du droit au respect de l'oeuvre, n'est pas susceptible d'avoir des répercussions directes sur l'exercice des attributs du monopole d'exploitation (droit de reproduction et du droit de représentation) en ce sens que l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits moraux n'influe juridiquement pas sur l'exécution du contrat d'exploitation, sur son extinction, ou encore sur le statut juridique de l'oeuvre, objet de la transaction. Mais cela ne veut pas dire, bien

(22) Article 19 de la loi du 11 mars 1957.

(23) Article 6 de la loi du 11 mars 1957.

(24) Ibid.

(25) Article 32 de la loi du 11 mars 1957.

(26) En effet, aux termes de l'article 19 al. 3 de la loi du 11 mars 1957, le droit de divulgation peut s'exercer même après l'expiration du monopole d'exploitation. Et aux termes de l'article 6 de la même loi, le droit à la paternité de l'oeuvre et le droit au respect de l'oeuvre sont perpétuels et imprescriptibles. Seul le droit de repentir ou de retrait, visé à l'article 32 de la loi de 1957, ne survit pas au décès de l'auteur, car les termes dans lesquels il est consacré - le législateur ne mentionnant que l'auteur, et lui seul - semblent exclure sa transmission à cause de mort (v. également dans le même sens P. Kayser, art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 39, p. 498).

(27) Ou encore avec la propriété corporelle de l'oeuvre, autre prérogative patrimoniale dont l'oeuvre peut être l'objet.

(28) Même remarque.

évidemment, que l'exercice du droit à la paternité de l'oeuvre, ou du droit au respect de l'oeuvre, n'a pas d'incidences patrimoniales sur l'exploitation elle-même...

Ainsi, en matière de parfumerie, l'exercice par le compositeur de parfum de son droit à la paternité de l'oeuvre - exercice qui est certes à son entière discrétion, mais qui est aussi facultatif (29) - ne manquerait pas d'élever le coût de fabrication puisqu'il est d'usage de ne pas indiquer, en matière de parfums, le nom du créateur. Mais l'éventualité de l'exercice de ce droit ne devrait pas alarmer les Maisons de Parfumerie, car l'élévation du coût serait minime - dans l'impossibilité matérielle d'apposer le nom sur l'oeuvre elle-même, c'est-à-dire sur le parfum lui-même, il suffirait d'indiquer le nom du compositeur de parfum sur l'emballage en carton, voire de l'indiquer à l'occasion de la publicité faite au parfum - et que cette majoration, qui plus est, pourrait être défalquée du salaire alloué au compositeur de parfum.

Ainsi encore, en matière de parfumerie, l'exercice par le compositeur de parfum de son droit au respect de l'oeuvre (30) pourrait faire obstacle à l'exploitation du parfum. Tel pourrait être le cas, en effet, lorsque les produits entrant dans la composition du parfum font défaut et que son créateur se refuse à modifier son oeuvre en fonction des possibilités d'approvisionnement. Mais, là encore, une telle éventualité ne doit pas inquiéter outre mesure les Maisons de Parfumerie, car à une telle attitude il leur serait possible de riposter en invoquant, s'il n'a rien été prévu au contrat à ce sujet (31), l'article 1135 du Code civil aux termes duquel "les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

II - Prérogatives morales en interdépendance directe avec le monopole d'exploitation. - A l'inverse des prérogatives morales précédentes, le droit de divulgation et le droit de repentir ou de retrait apparaissent comme des prérogatives qui sont en interaction directe avec le monopole d'exploitation (32), en ce sens que le non exercice, ou l'exercice, du droit de divulgation, comme l'exercice du droit de repentir ou de retrait, influe juridiquement sur l'exécution du contrat d'exploitation, ainsi que sur le régime juridique de l'oeuvre sur laquelle porte le dit contrat d'exploitation.

(29) C'est en effet une caractéristique générale à tous les droits subjectifs que le titulaire d'un droit de cette sorte puisse, à sa guise, user ou ne pas user des pouvoirs qui lui sont conférés par son droit ... Autrement dit, et en notre matière, indiquer ou ne pas indiquer qu'il est l'auteur de tel parfum.

(30) Exercice tout aussi facultatif, et ce pour les mêmes raisons.

(31) La protection à l'égard de l'éventualité évoquée ne peut relever que de la protection contractuelle et cette protection est améliorable au plan de la rédaction et de la prévision. Ce que négligent souvent de faire les Maisons de Parfumerie qui, pourtant, souhaitent en même temps que pèse sur le compositeur de parfum la charge de ce qu'elles appellent "un service après vente".

(32) Et aussi, bien évidemment, avec la propriété corporelle de l'oeuvre.

1°) Le droit de repentir ou de retrait, dont le domaine d'application est d'ailleurs controversé en doctrine (33), permet à l'auteur, pour une raison d'ordre intellectuel ou moral, de mettre fin, unilatéralement, à la communication de son oeuvre au public en rompant le contrat qu'il a passé avec l'exploitant de celle-ci. En ce que cette prérogative permet à une personne privée d'imposer à l'exploitant une véritable expropriation pour cause d'intérêt privé, celle-ci apparaît comme une prérogative exorbitante, susceptible de faire peser une grave menace sur l'exploitation...

Mais cette menace est illusoire, car l'exercice du droit de repentir ou de retrait est subordonné au dédommagement préalable de l'exploitant (34)... Lorsque l'on sait que l'une des raisons de l'intégration croissante des entreprises de parfumerie au sein de quelques grands groupes financiers est qu'eux seuls sont capables d'investir suffisamment en matière de recherche, quel compositeur de parfum pourrait en effet déboursier les sommes demandées par un tel dédommagement ? Dédommagement, qui plus est, préalable !

2°) Le droit de divulgation est, quant à lui, une prérogative d'une importance capitale, car son exercice se situe, passé le temps de l'élaboration de l'oeuvre, au seuil de son exploitation... Mais la doctrine est divisée sur la définition comme sur la fonction de la

(33) A l'article 32 de la loi du 11 mars 1957, il est affirmé que "nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire".

Henri Desbois, prenant le terme "cession" au sens d'acte juridique faisant naître entre l'auteur et son cocontractant des droits et des obligations, en tire la conclusion qu'à partir de la mise en vigueur de la loi du 11 mars 1957 toutes les hypothèses dans lesquelles l'auteur s'est engagé à transmettre, notamment, tout ou partie du monopole d'exploitation d'oeuvres futures ne relèvent plus du domaine d'application du droit de divulgation, comme c'était le cas jusqu'alors, mais du domaine d'application du droit de repentir ou de retrait (H. Desbois, le droit d'auteur en France, Dalloz, 1978, n° 392 à 412, p. 483 à 507). Mais les conséquences de cette lecture de l'article 32 - lecture qui est d'ailleurs contraire aux arrêts de principe qui ont inspiré les rédacteurs de la loi de 1957 lorsqu'ils ont établi un droit de divulgation de portée générale et qui est contraire aussi aux intérêts moraux des auteurs eux-mêmes - ne sont pas inéluctables puisqu'il suffit d'entendre l'expression "nonobstant la cession de son droit d'exploitation" au sens de "nonobstant le transfert des droits visés à la convention" pour que disparaisse la rupture entre le droit antérieur à la loi de 1957 et la loi de 1957 elle-même et que, plus naturellement et plus logiquement, l'exercice du droit de repentir ne soit envisageable (comme le suggère d'ailleurs le mot repentir) qu'après que l'exercice du droit de divulgation ait eu lieu (sur l'ensemble de la question, v. notre ouvrage précité "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., Coll. Bibl. de Droit privé Tome CLXXVI, 1983, n° 52, p. 148 à 156, et n° 114, p. 381 à 383), d'autant que la conséquence principale de l'exercice du droit de divulgation est, et a toujours été, dans le cadre des contrats de cession d'oeuvres futures notamment, de rendre possible le transfert des droits visés dans la convention...

(34) Aux termes de l'article 32, en effet, l'auteur "ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer".

divulgarion. Et il est donc indispensable, dans la perspective d'une présentation même sommaire des aspects théoriques et pratiques de la protection du parfum par le droit d'auteur, de présenter dans ses grandes lignes cette division, avant de s'attacher aux conséquences entraînées, au point de vue du parfum, par l'existence du droit moral de divulgation...

1. - Définition et fonction de la divulgation. - Pour Henri Desbois, la divulgation est l'acte qui manifeste que l'auteur a décidé du principe de la communication de son oeuvre au public, et en conséquence tout fait susceptible de révéler, d'une manière expresse ou implicite, cette décision de principe doit s'analyser comme un exercice du droit de divulgation (35). Sans entrer dans le détail d'une critique systématique (36), il suffit de dire que cette doctrine ne correspond pas au droit positif, l'examen de la jurisprudence révélant en effet des solutions différentes. Ainsi, pour se limiter au seul cadre des contrats sur les oeuvres futures, il résulte, notamment, de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Whistler (37), ainsi que de l'arrêt rendu par la Cour de Paris dans l'affaire Rouault (38), que la divulgation peut seulement se déduire de la mise à la disposition ou de la délivrance de l'oeuvre, effectuée sans réserves (39). Et l'affaire Whistler, comme l'affaire Vergne (40), révèle que l'auteur peut non seulement manifester sa décision de principe de communiquer son oeuvre au public, mais également réaliser effectivement cette communication, sans que pour autant son oeuvre puisse être considérée comme divulguée.

Henri Desbois affirme encore que la fonction essentielle de l'exercice du droit de divulgation est de détacher l'oeuvre de la personne de son auteur (celle-ci étant jugée là indissociable de celui-ci) et de la faire entrer dans le domaine des biens de l'ordre économique, c'est-à-dire d'en faire une chose ayant une valeur patrimoniale, susceptible donc d'être l'objet de droits de nature patrimoniale (celle-ci n'accédant pas jusque-là à la vie juridique). Ainsi, selon Henri Desbois, les attributs du monopole d'exploitation ne naissent qu'au moment de la divulgation et, toujours selon lui, il est contraire à l'analyse juridique de la genèse des prérogatives patrimoniales d'avancer qu'avant la divulgation "une oeuvre est d'ores et déjà investie des droits de représentation et de reproduction" (41). Et, ajoute Henri Desbois, les dispositions de l'a. 7 de la loi de 1957 ne compromettent

(35) H. Desbois, op. cit., n° 387 et s., p. 476 et s.

(36) Pour une étude et une critique d'ensemble de la conception de Henri Desbois, v. not. notre ouvrage précité, n° 15 à 33, p. 62 à 94. Pour la critique de l'idée que la divulgation est réalisée par la décision de principe de communiquer l'oeuvre au public, v. notre ouvrage précité, n° 28, p. 77 à 83, notamment.

(37) Cass. civ. 14 mars 1900, aff. Whistler, D. 1900.1.500.

(38) Paris 19 mars 1947, aff. Rouault, D. 1949, 20.

(39) Sur cette question, de la définition de la divulgation, v. notre ouvrage précité, n° 36, p. 96 à 103.

(40) Paris 11 janvier 1828, affaire Vergne, rép. méth. Dalloz, 1857, tome 38, Prop. litt. et artist., n° 319, p. 492, note 1.

(41) H. Desbois, op. cit., n° 387, p. 476.

pas ces conclusions, car, selon lui, la signification de ce texte est seulement de protéger l'oeuvre non divulguée contre toute communication au public faite sans l'assentiment de l'auteur, autrement dit de compléter l'article 19 de la loi de 1957 au plan défensif (42). Mais, là encore, il est bien difficile de partager la conception de Henri Desbois. Tout d'abord, affirmer que l'oeuvre non divulguée est indissociable de la personne de son auteur, c'est confondre le travail et son résultat, l'activité créatrice et la création, la cause et l'effet... En réalité, dès que la conception de l'auteur s'est extériorisée, même sous forme d'ébauche, elle acquiert une existence juridique propre et indépendante, conformément aux règles qui, traditionnellement en droit civil, gouvernent le droit des biens et conformément aussi aux dispositions particulières de la loi du 11 mars 1957. Ce qui, d'ailleurs, n'interdit nullement d'assurer une protection efficace de l'oeuvre non divulguée en la soumettant à un régime spécifique (43)... Ensuite, affirmer que l'oeuvre non divulguée est insusceptible d'être l'objet de droit de nature patrimoniale et que la divulgation a donc pour fonction de donner naissance au monopole d'exploitation, notamment, est à la fois paradoxal et illogique. Il est paradoxal, en premier, de prétendre qu'un auteur possède, sur l'oeuvre qu'il n'a pas divulguée, un droit moral de divulgation, mais qu'il n'a pas en revanche de monopole d'exploitation sur celle-ci. Il est, en second, illogique de prétendre que le monopole d'exploitation n'existe pas avant la divulgation, car s'il en était ainsi il faudrait admettre qu'un auteur, tant qu'il n'a pas effectué la divulgation, ne saurait communiquer son oeuvre au public par la reproduction ou par la représentation. Or cela n'a jamais été admis par la jurisprudence antérieure à la loi du 11 mars 1957. Et par ailleurs, la loi du 11 mars 1957 contient des dispositions qui ne s'inscrivent pas en faveur de l'idée que l'oeuvre non divulguée ne saurait être l'objet de droits de nature patrimoniale puisque l'article 1^o de cette loi déclare que l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, *du seul fait de sa création*, d'un droit incorporel comportant des attributs d'ordre moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, et que l'article 7 de cette même loi vient préciser la pensée du législateur en disposant que l'oeuvre est réputée créée *du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur*. Ainsi n'est-il pas exact de prétendre que la fonction essentielle de la divulgation est de détacher l'oeuvre de la personne de son auteur et de la faire entrer dans le domaine des biens de l'ordre économique, susceptibles, eux, d'être appréhendés par le droit (44).

(42) Ibid., p. 476-477.

(43) Pour une étude d'ensemble du statut particulier de l'oeuvre non divulguée, v. notre ouvrage précité, n^o 79 à 166, p. 255 à 467, et plus particulièrement n^o 81 à 102, p. 258 à 355.

(44) Pour une étude et une critique d'ensemble de l'idée que la divulgation a pour fonction de détacher l'oeuvre de la personne de son auteur et de la faire entrer dans le domaine des biens de l'ordre économique, c'est-à-dire d'en faire une chose ayant une valeur patrimoniale et donc susceptible d'être l'objet de droits de nature patrimoniale, v. notre ouvrage précité, n^o 29 à 33, p. 83 à 94.

Mais, alors, quelle peut bien être la fonction essentielle de l'exercice du droit de divulgation ? A notre avis, et ainsi que nous croyons l'avoir démontré ailleurs en nous appuyant sur une étude attentive de l'ensemble de la jurisprudence, cette fonction est de mettre fin au régime juridique particulier auquel se trouve soumise l'oeuvre non divulguée (45), régime juridique qui se caractérise surtout, au point de vue qui nous intéresse ici, par l'impossibilité pour les tiers d'acquérir, à titre exclusif, le monopole d'exploitation de l'oeuvre (46). Autrement dit, l'exercice du droit de divulgation a principalement pour fonction de rendre possible l'acquisition par les tiers du monopole d'exploitation (47) la divulgation devant selon nous se définir comme l'acte matériel par lequel l'auteur (ou plus largement le titulaire du droit de divulgation) manifeste sa volonté, sans réserve aucune, de livrer son oeuvre au public par un mode et un procédé de communication déterminés (48). Ce qui marque bien l'interdépendance qui existe entre le droit de divulgation et le monopole d'exploitation (49), puisque, pour utiliser un langage plus imagé, divulguer c'est tirer le verrou qui interdisait, jusque là, de passer à l'exploitation effective de l'oeuvre...

2. - La divulgation du parfum. - Dès lors que l'on a compris que l'exercice, par le compositeur de parfum (50), de son droit de divulgation a pour principale conséquence de rendre possible le transfert du monopole d'exploitation afférent au parfum qu'il a créé - que ce transfert se fasse, s'il est salarié, à l'entreprise qui l'emploie, ou s'il est à son compte, à l'entreprise avec laquelle il se trouve lié par un contrat de commande (51) ou un contrat de production (52) - il apparaît clairement que le droit de divulgation laisse le compositeur de parfum seul maître du transfert du monopole d'exploitation et, partant, de l'exploitation effective. Ce qui peut faire peser sur l'exploitation, en théorie du moins, une menace assez grave... Mais cette menace est très illusoire, car le refus de divulguer ferait peser sur le compositeur de parfum l'obligation d'indemniser des conséquences dommageables entraînées par son refus (53). Quel compositeur de parfum, en effet, pourrait financièrement envisager une telle décision, serait assez fortuné pour y faire face ? Tout au plus est-il à craindre que le compositeur de parfum veuille, par exemple par exigence esthétique, différer la divulgation, c'est-à-dire refuser momentanément de divulguer... C'est là un risque réel, mais bien moins sérieux que celui précédemment

(45) Sur l'ensemble de la question, voir notre ouvrage précité, n° 79 à 125, p. 255 à 419, et notamment n° 84 à 93, p. 261 à 326, et n° 120 à 122, p. 410 à 417.

(46) Ou, bien évidemment, de la propriété corporelle de l'oeuvre.

(47) Même remarque que ci-dessus.

(48) Pour la démonstration, voir notre ouvrage précité, n° 36, p. 96 à 103.

(49) Ou encore, bien évidemment, sur la propriété corporelle de l'oeuvre.

(50) Ou, s'il est décédé, par la personne à qui a été dévolu le droit de divulgation.

(51) Par contrat de commande, nous entendons un contrat portant sur la création d'un ou plusieurs parfums déterminés.

(52) Par contrat de production, nous entendons un contrat portant sur la création d'un ou plusieurs parfums non déterminés.

(53) Sur la question du refus de divulguer et de l'obligation de réparer les conséquences dommageables qui en résultent, v. notre ouvrage précité, n° 105 à 111, p. 358 à 378.

évoqué, et qui doit pouvoir se résorber à l'amiable. En revanche, une source de difficultés beaucoup plus dans l'ordre du probable - et par là nous entendons une source de retards et donc de pertes d'argent - est quo l'exploitant, cessionnaire potentiel du monopole d'exploitation (employeur ou cocontractant) ne respecte pas le droit de divulgation du compositeur de parfum et, passant outre, commence l'exploitation du parfum sans que le droit de divulgation ait été exercé... En ce cas, le compositeur de parfum serait fondé à agir en justice pour demander que lui soit laissée la possibilité d'exercer son droit de divulgation et que, jusque-là, l'exploitation soit suspendue... Ce qui est logique puisqu'en l'absence de divulgation, le transfert du monopole d'exploitation ne peut avoir eu lieu et que l'exploitant, à cet égard, n'a qu'une créance, une espérance juridique...

b) Les sanctions des prérogatives morales.

15. - Au plan des sanctions civiles, il faut citer une protection indirecte, offerte par la responsabilité délictuelle, et une protection directe, offerte par le droit d'auteur lui-même.

I. - *Sanctions civiles fondées sur la responsabilité délictuelle.* - Certes la valeur de la protection établie par l'article 1382 du Code civil n'a plus besoin d'être soulignée. La généralité de ses termes en a toujours fait, on le sait, la protection subsidiaire par excellence, celle à laquelle on a le plus souvent recours pour combler les lacunes de la législation. Sanctionnant uniquement le fait fautif qui cause un préjudice pécuniaire ou moral à la victime, la responsabilité du fait personnel n'est toutefois pour l'auteur d'une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 n'est qu'un mode de protection indirect (54) puisque l'atteinte portée à l'un des intérêts moraux consacrés dans cette loi par la reconnaissance d'un droit subjectif ne peut être sanctionnée en elle-même, mais seulement à la double condition qu'elle ait été fautive et qu'elle ait engendré au moins un préjudice moral.

II. - *Sanctions civiles fondées sur le droit d'auteur.* - Mais le droit d'auteur ayant reconnu au créateur d'une oeuvre de l'esprit diverses prérogatives morales qui s'analysent comme autant de droits subjectifs extrapatrimoniaux, il en résulte, selon nous, que l'auteur d'une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 - le compositeur de parfum, pour ce qui nous intéresse ici - dispose d'autant d'actions en justice, car nous pensons, à la suite de Paul Roubier (55) que dès lors qu'on a un droit subjectif, on a, ipso facto, une action en justice qui le garantit. En effet, la mission du droit ne se borne pas à la détermination des droits de chacun ; elle est encore, et essentiellement, de garantir à chacun ce qui lui est ainsi reconnu comme un droit, l'action qui réalise la garantie n'étant toujours que le

(54) V. à ce propos notre ouvrage précité, n° 186 et s. p. 519 et s.

(55) Paul Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", Dalloz, 1963, n° 7, p. 54 à 60, et n° 18, p. 130-131. V. également Pierre Kayser, art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 41, p. 500 à 502.

complément du droit (56). Et l'avantage de l'action qui garantit le droit subjectif est que son succès est subordonné, non à l'appréciation de la conduite du défendeur et à l'existence d'un dommage réparable au sens de la responsabilité délictuelle, mais seulement à l'atteinte portée à l'intérêt moral (57), atteinte considérée en elle-même, objectivement, car la sanction du droit subjectif a pour fin, non de réprimer un comportement fautif, ni de réparer ou de compenser un dommage, mais de faire cesser l'atteinte en tant que telle (58).

Ainsi, et en dépit du silence de la loi du 11 mars 1957 sur cette question et du silence aussi de la grande majorité de la doctrine contemporaine, pensons-nous qu'à chacun des attributs du droit moral consacré par la loi du 11 mars 1957 - droit à la paternité de l'oeuvre, droit au respect de l'oeuvre, droit de divulgation et droit de repentir ou de retrait - correspond une action en justice (59) dont la finalité, qui cela va sans dire ne peut être que d'ordre moral, est de mettre un terme à l'atteinte portée au droit subjectif dont elle est la sanction (60). En effet, puisque les intérêts intellectuels ou moraux attachés à la paternité, au respect, à la divulgation et au retrait de l'oeuvre ont été jugés suffisamment importants pour être protégés par la meilleure des techniques juridiques que l'on ait pu trouver - le droit subjectif - n'est-il pas paradoxal de considérer qu'au plan de la sanction ces intérêts ne doivent plus être traités que comme de simples intérêts légitimes, seulement susceptibles d'être sanctionnés par les règles ordinaires de la responsabilité civile ?

16. - Au plan pénal, en revanche est-il possible d'admettre que les sanctions pénales de la loi du 11 mars 1957 sont applicables aux prérogatives morales consacrées par ce texte ?

Certes les articles 70 à 74 de la loi du 11 mars 1957 renvoient bien aux articles 425 à 429 du Code pénal. Et l'article 426 du Code pénal, notamment, prévoit bien qu'est un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion par quelque moyen que ce soit d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur tels

(56) On a bien nié, il est vrai, qu'il existe un lien nécessaire entre le droit subjectif et l'action en justice. Mais, ainsi que l'a pertinemment fait remarquer le Professeur Kayser, s'il est exact que "la doctrine contemporaine a réussi à établir que toutes les actions en justice n'ont pas pour objet, même devant les tribunaux judiciaires, la protection des droits subjectifs", elle n'est pas, semble-t-il, "parvenue à démontrer que tous les droits subjectifs ne sont pas sanctionnés par une action en justice" (P. Kayser, art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 41, p. 501).

(57) Disons plus largement et plus exactement aussi, que le succès de l'action est subordonné à la preuve de la qualité pour agir (être titulaire du droit subjectif en cause) et de l'intérêt pour agir (qu'il y ait atteinte à l'intérêt moral que le droit subjectif a pour fin de protéger), car l'action en justice qui sanctionne le droit subjectif est soumise aux deux conditions d'exercice généralement admises, des actions en justice de droit privé, que sont la qualité pour agir et l'intérêt pour agir.

(58) Pour des développements plus détaillés, v. notre ouvrage précité, n° 188, p. 520-521, et n° 220 à 233, p. 569 à 591.

(59) Qui est une action innommée.

(60) Soumise, rappelons-le, aux deux conditions d'exercice, généralement admises, des actions en justice de droit privé que constituent la qualité pour agir et l'intérêt pour agir.

qu'ils sont définis et réglementés par la loi du 11 mars 1957. Et certaines juridictions, ont en conséquence, sur la base de l'expression "droits de l'auteur", considéré que le délit de contrefaçon sanctionnait non seulement les attributs patrimoniaux qui constituent le monopole d'exploitation (61), mais également les attributs extrapatrimoniaux qui constituent le droit moral.

Mais l'hésitation qu'il est selon nous permis d'avoir au sujet de l'applicabilité de la sanction de la contrefaçon à une atteinte aux droits moraux de l'auteur d'une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 a essentiellement pour origine le fait que la plupart des prérogatives du droit moral - et tout particulièrement le droit de divulgation et le droit de repentir ou de retrait - présentent encore des zones nombreuses d'incertitudes (62), entendons par là qu'elles font encore l'objet de nombreuses controverses, alors que les dispositions pénales sont d'interprétation stricte. Ce qui a d'ailleurs conduit le professeur Françon à se demander, avec beaucoup de sagesse, s'il ne conviendrait pas d'écarter, jusqu'à nouvel ordre, toute protection pénale des attributs moraux du droit d'auteur (63). Et mieux vaudrait donc, pour le compositeur de parfum, ne pas tableur sur cette protection !

II - ATTRIBUTION DE LA PROTECTION OFFERTE AU PARFUM PAR LE DROIT D'AUTEUR

17. - Après avoir envisagé quelle sorte de protection offre le droit d'auteur, il nous reste à voir pour qui naît cette protection et quelles en sont les conséquences au plan de l'attribution de la protection offerte au parfum par le droit d'auteur. Or répondre à la question de savoir au bénéfice de qui naît le droit d'auteur, c'est dégager un principe (A) et une exception (B)...

A. - Le principe de l'attribution du droit d'auteur et ses conséquences.

18. - Si la formulation de ce principe est simple et ne soulève pas de difficultés (a), on ne saurait en dire autant de ses conséquences (b).

(61) Observons au passage que les termes "reproduction" et "représentation ou diffusion" utilisés à l'a. 426 du Code pénal, visent des actes relevant du monopole d'exploitation, mais ne semblent pas susceptibles d'extension (même pour ce qui est du terme "diffusion"), à l'exposition publique, acte relevant d'ailleurs d'une autre prérogative patrimoniale : la propriété corporelle de l'oeuvre.

(62) Bien peu d'entre elles, d'ailleurs, ont fait l'objet de monographies sérieuses et complètes.

(63) V. entre autres la prise de position adoptée par le professeur Françon lors des Sixièmes Journées Franco-Italiennes du droit d'auteur, R.I.D.A., avril 1970, p. 204.

a) Formulation.

19. - Aux termes de l'article 1 alinéa 1 de la loi du 11 mars 1957, l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, du droit d'auteur. Ainsi ce texte pose clairement en principe que c'est à la personne physique qui a créé l'oeuvre qu'est attribué originellement le droit d'auteur, lequel comporte, ainsi que nous venons de le voir, non seulement des attributs d'ordre patrimonial : le monopole d'exploitation, mais également des attributs d'ordre extrapatrimonial : les droits moraux. Ce qui signifie, nous croyons du moins l'avoir démontré (64), que c'est au moment même où l'oeuvre est créée - et, aux termes de l'article 7 de la loi du 11 mars 1957, l'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute communication au public, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur - que le droit d'auteur naît dans son ensemble sur la tête du créateur de l'oeuvre...

Ainsi, dès la réalisation, même inachevée, de la conception du compositeur de parfum, celui-ci est-il titulaire, sur le parfum qu'il est en train de créer, de l'ensemble des attributs du droit d'auteur, c'est-à-dire non seulement des droits moraux, mais également des prérogatives patrimoniales constituant le monopole d'exploitation... On le voit, et c'est là un de ses avantages, le droit d'auteur naît, non d'un acte juridique, comme l'accomplissement d'une formalité, mais d'un simple acte juridique : la création de l'oeuvre...

b) Conséquences.

20. - Nous nous bornerons ici à indiquer, dans leurs grandes lignes, les conséquences du principe de l'attribution originelle du droit d'auteur au compositeur de parfum, non seulement au plan du contrat de travail qui peut lier un compositeur de parfum à un employeur, mais également au plan du contrat de commande ou de production de parfum par lequel un exploitant, une Maison de Parfumerie, demande à un compositeur de parfum indépendant, ou à une société créatrice de parfums, de réaliser pour son compte, soit un parfum déterminé, soit un ou plusieurs parfums non déterminés.

I - Attribution du droit d'auteur et contrat de travail. - Il résulte du principe de l'attribution du droit d'auteur à la personne physique qui a créé l'oeuvre que lorsqu'un parfum est élaboré dans le cadre d'un contrat de travail, le droit d'auteur afférent à ce parfum naît automatiquement et nécessairement sur la tête du compositeur de parfum, comme le confirme d'ailleurs l'article 1^o alinéa 2 de la loi de 1957 qui déclare, d'une manière générale, que "l'existence ou la

(64) Cf. ci-dessus les développements relatifs à la critique de la doctrine de Henri Desbois selon laquelle la fonction de la divulgation est de donner naissance au monopole d'exploitation, I^o Partie, B, a, n^o 14, II, 2^o. Pour une critique d'ensemble de la conception de Henri Desbois v. notre ouvrage précité, "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", n^o 25 à 33, p. 75 à 94.

conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa premier". D'où le schéma suivant, au sein duquel il est nécessaire, pour des raisons de clarté, de distinguer deux phases...

1°) Première phase. - Au moment où le parfum peut être considéré comme juridiquement créé, conformément à l'article 7 de la loi de 1957, le droit d'auteur se trouve, à sa naissance, attribué dans son ensemble (droits patrimoniaux d'exploitation et droits moraux), au compositeur de parfum, et cela par le seul effet de la loi, conformément à l'article 1° alinéa 1 de la loi de 1957.

2°) Deuxième phase. - Mais en même temps va jouer le contrat de travail qui lie le compositeur de parfum et son employeur, contrat de travail qui, de toute façon, peut seulement prévoir le transfert du monopole d'exploitation à l'employeur, les attributs du droit moral étant en effet incessibles (65) et restant donc, en toutes hypothèses, entre les mains du compositeur de parfum. Or, bien évidemment, toute la difficulté est de savoir comment va jouer le mécanisme de ce transfert...

A cet égard, il, faut le reconnaître, la loi du 11 mars 1957 ne nous est pas d'un grand secours. En revanche, la jurisprudence dont découle le particularisme des contrats sur les oeuvres futures (66) - notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Whistler (67), décision clé et d'une portée considérable - et, d'une manière générale, la jurisprudence sur laquelle est fondé le trait le plus caractéristique du régime juridique très particulier de l'oeuvre non divulguée (68), à savoir la règle selon laquelle il est impossible d'acquérir, à titre exclusif, les attributs du monopole d'exploitation et la propriété corporelle d'une oeuvre non divulguée (69) nous offre un modèle à partir duquel il est possible de raisonner, en gardant présent à l'esprit que si les attributs du monopole d'exploitation et la propriété corporelle restent soustraits, tant qu'il n'y a pas eu divulgation, à l'application des règles de droit commun, c'est pour éviter que le jeu de ces règles n'entraîne, indépendamment de la volonté de l'auteur ou même malgré son opposition, l'acquisition au profit d'une autre personne que l'auteur de l'une ou l'autre de ces prérogatives patrimoniales et ne l'habilite, par le fait même, à communiquer l'oeuvre au public par le mode de communication conféré par la prérogative en cause.

A partir de cette base, il nous semble que le transfert, à l'employeur, du monopole d'exploitation afférent à un parfum créé par un compositeur de parfum salarié peut s'effectuer selon les deux modalités suivantes, l'une comme l'autre étant en théorie pareillement possibles...

(65) V. supra, I° Partie, B.

(66) Sur cette question, voir notre ouvrage précité, n° 92, p. 295 à 303.

(67) Cass. civ. 14 mars 1900, D. 1900.1.500.

(68) Sur l'ensemble de cette question, v. notre ouvrage précité, n° 81 à 102, p. 258 à 355.

(69) Sur cette question, v. notre ouvrage précité, n° 84 à 93, p. 261 à 326.

1. - Par analogie avec ce qui se passe dans le cadre d'un contrat de commande d'oeuvre future - contrat qui, selon la jurisprudence fondée sur l'arrêt Whistler, est un contrat d'une nature spéciale en vertu duquel la propriété corporelle de l'oeuvre (ou le monopole d'exploitation de celle-ci) n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandée que lorsque l'auteur a mis cette oeuvre à sa disposition et qu'elle a été agréée par elle (70) autrement dit que lorsque l'auteur a exercé son droit de divulgation et que l'oeuvre a été agréée par son cocontractant (71) - on peut considérer que le monopole d'exploitation afférent au parfum créé dans le cadre d'un contrat de travail n'est effectivement transféré qu'après que le compositeur de parfum ait exercé son droit moral de divulgation (72) et que le parfum ait été agréé par l'employeur. Par rapport au statut général de l'oeuvre non divulguée, tel qu'il résulte de l'ensemble de la jurisprudence, antérieure et postérieure à la loi du 11 mars 1957, c'est là, assurément, la solution la plus conforme.

2. - Mais il serait encore possible de considérer que dans l'instant qui suit sa naissance (73), le monopole d'exploitation, par le seul effet du contrat de travail, se trouve immédiatement transmis à l'employeur, et cela bien que le compositeur de parfum, par hypothèse même, n'ait pas encore exercé son droit de divulgation. En ce cas, il faudrait alors obligatoirement admettre, pour respecter le fondement du statut particulier de l'oeuvre non divulguée, que l'employeur, tout en étant devenu titulaire du monopole d'exploitation, ne peut pas pour autant passer à l'exploitation effective tant que la divulgation n'a pas eu lieu. Autrement dit, il faudrait admettre que l'exploitation, c'est-à-dire l'exercice du monopole d'exploitation, se trouve paralysée tant que le droit de divulgation n'a pas été exercé. Cette modalité de transfert est moins conforme à la règle jurisprudentielle de l'intransmissibilité de la propriété corporelle et du monopole d'exploitation de l'oeuvre non divulguée, même achevée (74). Mais elle respecte tout de même le fondement du statut de l'oeuvre non divulguée, car ce fondement est moins le souci d'éviter le transfert en lui-même de la propriété corporelle ou du monopole d'exploitation d'une oeuvre non divulguée que d'éviter que la personne bénéficiaire de ce transfert ne puisse communiquer l'oeuvre au public par l'exercice des droits dont elle est devenue titulaire. Effectivement, ce qui compte essentiellement pour

(70) Cf. Cass., civ. 14 mars 1900, aff. Whistler, D. 1900. 1.500.

(71) Sur cette question v. notre ouvrage précité, n° 36, p. 96 à 103 ; n° 50-51, p. 135 à 148 ; n° 91-92, p. 293 à 303 ; n° 121, p. 410 à 414.

(72) Tout acte manifestant la volonté, sans réserves, du compositeur de parfum de livrer sa création au public par les modes de communication réservés par le monopole d'exploitation (en l'espèce, la reproduction notamment) doit s'analyser comme un exercice du droit de divulgation : la remise ou la mise à la disposition, dès lors qu'elles sont effectuées sans réserves, en sont, dans le cadre du contrat de travail, les manifestations usuelles.

(73) Naissance qui a lieu, rappelons-le, au moment où le parfum peut être considéré comme juridiquement créé, puisqu'aux termes de l'article 7 l'oeuvre est réputée créée du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.

(74) Hormis, bien sûr, le cas de l'oeuvre collective : cf. infra, B.

l'auteur d'une oeuvre de l'esprit non divulguée, c'est que celle-ci ne puisse se trouver communiquée au public indépendamment de sa volonté, ou même malgré son opposition. Par ailleurs, à considérer que l'employeur d'un compositeur de parfum, consécutivement à l'instant où le droit d'auteur naît sur la tête du compositeur de parfum, se trouve investi de plein droit, par le seul effet de la cession prévue au contrat de travail, du monopole d'exploitation, il est un avantage : étant devenu titulaire du monopole d'exploitation, il est par le fait même devenu titulaire des sanctions du monopole d'exploitation, dont l'action en contrefaçon. Ce qui, en cas d'atteinte portée à ce monopole, lui permettrait d'agir, et d'agir plus utilement que le créateur... plus habilité par les exigences de sa création que sensible aux contingences matérielles !

II - Attribution du droit d'auteur et contrat de commande ou de production de parfum. - Dans la plupart des cas, la création d'un parfum, puis sa fabrication, sont confiées par les Maisons de Parfumerie à des entreprises. Mais il ne s'agit que des deux situations de base, une Maison de Parfumerie pouvant en effet confier la création à une entreprise, mais assurer elle-même la fabrication ; ou encore confier la création et la fabrication à une seule et même entreprise ; ou encore confier la création du parfum à une entreprise et la fabrication à une autre (75).

Ajoutons qu'il arrive que l'entreprise de création de parfum (76) soit en même temps une entreprise de matières premières pour la parfumerie et qu'alors celle-ci n'accepte de créer un parfum pour une Maison de Parfumerie qu'à charge pour cette dernière de s'approvisionner exclusivement chez elle d'une certaine quantité de matières premières pendant un temps déterminé.

Mais cette modalité, pour être fréquente, n'est pas la seule et, en réalité, une multitude de situations contractuelles se rencontre, dans lesquelles d'ailleurs il ne semble pas toujours que Maisons de Parfumerie et Sociétés de création de parfum aient vraiment conscience de ce que le parfum, contractuellement parlant, n'est pas un bien ordinaire, mais une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, et aussi de ce que cette nature particulière d'oeuvre de l'esprit rend juridiquement parlant, certains éléments du contrat fondamentaux et d'autres secondaires, et cela quelle que soit la figure particulière du contrat... Or, à cet égard, ce qui est fondamental, au point de vue du droit d'auteur, c'est de se demander si, dans le contrat en cause, le monopole d'exploitation afférent au parfum serait susceptible, de par le jeu des règles de droit commun, d'être transféré indépendamment de la volonté de l'auteur. Autrement dit, du point de vue du droit d'auteur, sont seuls intéressants et importants parmi tous les contrats relatifs aux oeuvres futures, ceux dans lesquels le compositeur de parfum se trouve engagé à réaliser au profit d'une personne, physique ou morale, un ou

(75) V. J.P. Pamoukdjian, "Le droit du parfum", Coll. Bibl. de Droit privé, Tome CLXXIV, L.G.D.J., 1982, p. 186.

(76) Selon M. Pamoukdjian, les quatre plus importantes entreprises de recherche créent, à elles seules, près de 70% des parfums de marque (op. cit., p. 186).

plusieurs parfums dans le but de lui en transférer, après exécution, le monopole d'exploitation. Point n'est donc besoin, dans une telle perspective, de distinguer selon qu'il s'agit d'un contrat de commande d'oeuvres futures, contrat dans lequel le compositeur de parfum s'engage à créer un ou plusieurs parfums déterminés (77), ou d'un contrat de cession d'oeuvres futures proprement dit, qui peut encore être dénommé contrat de production d'oeuvres futures, contrat dans lequel le compositeur de parfum s'est engagé à livrer après exécution l'ensemble de sa production à son cocontractant, qui doit en contrepartie l'acquiescer.

Précisons enfin que la création d'un parfum est habituellement le fait d'une entreprise de création de parfum, dans laquelle le compositeur de parfum est un salarié, et plus rarement le fait d'un compositeur de parfum indépendant (78), c'est-à-dire, au point de vue qui nous intéresse ici, d'un compositeur de parfum travaillant en dehors de tout contrat de travail. Telles sont donc les deux situations envisagées.

1°) Commande et production de parfums à créer, dans le cadre d'un contrat de travail. - L'hypothèse ici envisagée est celle dans laquelle une société - qui n'est pas nécessairement une Maison de Parfumerie - passe avec l'entreprise de création de parfum un contrat de commande de parfum ou un contrat de production de parfum, contrats se caractérisant fondamentalement, quelle que puissent être par ailleurs leurs modalités, par le fait qu'ils aboutissent respectivement à mettre le compositeur de parfum salarié dans l'obligation de créer un parfum déterminé (79) ou plusieurs parfums non déterminés (80). Cela précisé comment se réalise l'attribution du droit d'auteur, et plus précisément le transfert du monopole d'exploitation afférent au parfum ?

(77) Si l'on ne saurait nier que la notion de commande ait joué un rôle important dans la genèse de la notion de divulgation, il faut également reconnaître qu'elle a rarement été définie avec netteté (v. à cet égard, notre ouvrage précité, n° 50, p. 135-136, ainsi que les références données dans la note n° 149, p. 135).

Aussi, faisant ici référence à l'usage courant entendons-nous par contrat de commande, la convention par laquelle un auteur s'engage à réaliser pour son cocontractant une ou plusieurs oeuvres déterminées et à lui en transférer, après exécution, tout ou partie du monopole d'exploitation.

Ce qui caractérise donc cette situation contractuelle, c'est la liberté dont jouit l'auteur dans l'exécution de sa tâche et la nécessité qui pèse sur lui de parvenir à un résultat déterminé, fixé d'avance d'une façon plus ou moins complète par les parties. Il est en effet certainement contraire à l'usage de dire qu'un éditeur "passe une commande" à un écrivain sur sa production des cinq années à venir. Et la même observation vaut pour le cas d'un journaliste salarié : l'éditeur lui commande d'écrire un article, mais il ne lui commande pas un article.

(78) Cf. par exemple, "Du métier de parfumeur", par Gilbert Pelpel et Isabelle Doyen, in Revue Autrement, "Odeurs, l'essence d'un sens", n° 92, septembre 1987, p. 176 et s.

(79) Habituellement le contrat de commande d'oeuvre future porte sur une oeuvre déterminée, mais rien ne s'oppose à ce qu'il porte sur plusieurs.

(80) Habituellement le contrat de production d'oeuvre future porte sur plusieurs oeuvres non déterminées, mais rien ne s'oppose à ce qu'il porte sur une seule.

Du principe de l'attribution du droit d'auteur à la personne physique qui a créé l'oeuvre, il résulte que lorsque la création d'un parfum se fait en exécution d'un contrat de commande ou d'un contrat de production de parfum passé avec l'entreprise de création de parfums, le droit d'auteur dans son ensemble, monopole d'exploitation et prérogatives morales, naît, au moment où le parfum peut être considéré comme juridiquement créé (81) en la personne du compositeur de parfum salarié, et non en la personne qui a passé avec l'entreprise de création de parfum un contrat de commande ou de production, peu important au demeurant, en raison même des règles propres au droit d'auteur, que le cocontractant de l'entreprise de création de parfum ait pu donner des directives pour la réalisation de parfum, qu'il ait fourni les éléments constitutifs du parfum (82) ou encore qu'il ait payé l'outillage ayant servi à la fabrication du parfum...

Puis, consécutivement à la naissance du droit d'auteur dans son ensemble en la personne du compositeur de parfum, l'attribution des diverses prérogatives qui le composent sera gouvernée par les règles suivantes. Les prérogatives morales, dont le droit de divulgation, resteront en toutes hypothèses entre les mains du compositeur de parfum puisqu'elles sont incessibles. Le monopole d'exploitation, quant à lui, sera transféré selon l'un des deux schémas théoriquement possibles, déjà indiqués (83) : soit, conformément à la jurisprudence Whistler (84), le monopole d'exploitation ne sera effectivement transféré qu'après que le compositeur de parfum ait exercé son droit moral de divulgation et que le parfum (85) ait été agréé par le cocontractant de l'entreprise de création de parfum ; soit, par souci des intérêts de l'entreprise de création de parfum (86) le monopole d'exploitation sera, par le seul effet du contrat de travail, transmis de plein droit à l'employeur, et cela bien que la divulgation n'ait pas par hypothèse eu lieu, mais l'exercice de ce monopole d'exploitation, entendons le transfert de ce monopole au cocontractant de l'entreprise de création de parfums, sera paralysé, sera impossible (87) tant que le compositeur de parfum n'aura pas exercé son droit moral de divulgation, et il n'aura effectivement lieu qu'après que, le compositeur de parfum ayant effectué la divulgation, le cocontractant de l'entreprise de création de parfum aura agréé le parfum en question...

2°) Commande et production de parfum à créer, en l'absence de contrat de travail. - L'hypothèse ici envisagée est celle dans laquelle une société - Maison de Parfumerie en outre - passe avec un compositeur de parfum indépendant, à son compte, un contrat de commande portant sur un ou plusieurs parfums déterminés, "sur mesure", ou encore un

(81) Cf. article 7 de la loi du 11 mars 1957.

(82) Produits naturels et produits de synthèse.

(83) V. ci-dessus : "attribution du droit d'auteur et contrat de travail".

(84) Cass. civ. 14 mars 1900, affaire Whistler, D. 1900. 1.500.

(85) Parfum déterminé ou parfums non déterminés.

(86) V. ci-dessus : "attribution du droit d'auteur et contrat de travail".

(87) Rappelons que l'effet général et fondamental de la divulgation est de rendre possible le transfert du monopole d'exploitation de l'oeuvre, ou de la propriété corporelle de celle-ci.

contrat de production de parfums portant sur tout ou partie de sa production pendant un certain temps. La situation est donc tout à fait comparable à celle réglée par la Cour de cassation dans l'affaire Whistler et ne comporte aucune incertitude juridique.

En effet, il résulte du principe de l'attribution du droit d'auteur à la personne physique qui a créé l'oeuvre qu'à l'instant où le parfum peut être considéré comme juridiquement créé (88), le droit d'auteur dans son ensemble - monopole d'exploitation et prérogatives morales naît en la personne du compositeur de parfum et reste entre ses mains puisque n'étant pas lié par un contrat de travail, il est à la fois, par hypothèse même, créateur et exploitant...

C'est dire que, par application de la jurisprudence Whistler, le transfert du monopole d'exploitation du ou des parfums en cause (89) ne sera juridiquement possible qu'après exercice, par le compositeur de parfum, du droit moral de divulgation. Autrement dit le transfert du monopole d'exploitation sera subordonné à la double condition que le compositeur de parfum ait effectué la divulgation (90) et que son cocontractant ait agréé le ou les parfums en cause, et il n'aura effectivement lieu que lorsque ces deux conditions seront satisfaites.

B. - L'exception au principe de l'attribution du droit d'auteur et ses conséquences.

21. - Au principe de l'attribution du droit d'auteur à la personne physique qui a créé l'oeuvre, il existe une exception générale, c'est-à-dire une exception applicable à toutes les oeuvres de l'esprit, puisque lorsque l'oeuvre peut s'analyser comme une oeuvre collective au sens de l'article 9 de la loi du 11 mars 1957, il est prévu par l'article 13 du même texte que le droit d'auteur appartient à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle l'oeuvre est communiquée au public. A dire vrai, il s'agit là plutôt d'une traduction de l'article 13, celui-ci disposant en effet que "l'oeuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée" et ajoutant, à l'alinéa 2, que "cette personne est investie des droits de l'auteur". Mais cette formulation n'appelle pas que des éloges... Le terme "propriété" est impropre car le droit d'auteur a pour objet une chose immatérielle, et non matérielle... Le terme "divulgation" est malheureux, car il a là un sens différent de celui qui est le sien dans l'expression "droit de divulgation" et doit donc être pris, comme dans d'autres dispositions similaires de la loi du 11 mars 1957, au sens de "communication au public" (91)... Les mots "droits de l'auteur", enfin, sont ambigus : désignent-ils en effet l'ensemble du

(88) Cf. article 7 de la loi du 11 mars 1957.

(89) Parfum (s) déterminé (s) ou parfums non déterminés.

(90) Remise, mise à la disposition ou tout acte manifestant la volonté, sans réserves, du créateur de porter son oeuvre à la connaissance du public par le mode de communication visé au contrat, en l'espèce, la reproduction.

(91) Pour la démonstration, voir notre ouvrage précité, "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., n° 9, p. 50-51.

droit d'auteur, c'est-à-dire le monopole d'exploitation et les prérogatives morales, ou bien ne désignent-ils que les seules prérogatives patrimoniales constituant le monopole d'exploitation ? Ce qui ne manque pas, au plan de l'attribution du droit d'auteur de soulever de gênantes incertitudes, que les divisions doctrinales et jurisprudentielles ne font qu'amplifier...

22. - Quoi qu'il en soit des difficultés soulevées par la question de savoir si le droit d'auteur dans son ensemble - monopole d'exploitation et prérogatives extrapatrimoniales - est ou non attribué originellement à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle l'oeuvre est communiquée au public, et quoi qu'il en soit aussi des difficultés soulevées par la détermination du contenu exact des conditions auxquelles doit satisfaire une oeuvre de l'esprit pour pouvoir être qualifiée d'oeuvre collective (92), il nous semble, compte tenu des caractéristiques de la composition d'un parfum (93) et du marché de la parfumerie (94), que l'exception posée par l'article 9 de la loi du 11 mars 1957 au principe de l'attribution du droit d'auteur à la personne physique qui a créé l'oeuvre ne pourrait être que très exceptionnellement invoquée en matière de parfumerie. En effet, l'oeuvre collective est essentiellement une oeuvre dans laquelle "la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé". Or, en matière de parfumerie, il est de fait, jusqu'à présent, que le parfum n'est pas une création résultant du concours de divers compositeurs de parfum travaillant dans des conditions telles qu'il est impossible, l'oeuvre une fois achevée, de déterminer la part qui revient à chacun (95), mais une création émanant d'un seul compositeur de parfum. Autre raison, l'oeuvre collective est une oeuvre qui doit encore satisfaire aux exigences suivantes : d'une part que l'initiative de sa création - c'est-à-dire, non seulement l'idée, mais également la mise à la disposition des moyens de réalisation - soit le fait d'une personne ne participant pas à la création de l'oeuvre en elle-même ; d'autre part que la diffusion de l'oeuvre soit assurée par cette personne et qu'elle le soit sous son nom. Or, bien des Maisons de Parfumerie ne sauraient satisfaire à ces exigences, en raison même de leurs structures commerciales...

(92) Aux termes de l'article 9 alinéa 3 de la loi du 11 mars 1957, "est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et sous son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé".

(93) V. not. à ce propos Edmond Roudnitska, "L'esthétique en question", P.U.F., 1977, et "Le parfum", P.U.F., 2^e édition, corrigée et mise à jour, 1987.

(94) J.P. Pamoukdjian, "Le droit du parfum", L.G.D.J., 1982, p. 186 et s., notamment.

(95) V. not. à ce propos H. Desbois, "Le droit d'auteur en France", Dalloz 1978, n^o 171 à 176, p. 202 à 211, et particulièrement le n^o 176, p. 210-211.

CONCLUSION

23. - Au terme de ce tour d'horizon nécessairement très schématique des aspects théoriques et pratiques de la protection du parfum par le droit d'auteur, il nous semble que, pour les compositeurs de parfum, les entreprises créatrices de parfums et les Maisons de Parfumerie exploitant les parfums créés par d'autres, les avantages l'emportent sur les inconvénients, la plupart de ces inconvénients, en effet, n'étant perçus comme tels que parce qu'ils font courir des dangers en réalité illusoire ou que parce qu'ils demandent la révision d'habitudes contractuelles bien ancrées, Or, à cet égard notamment, il semble que toutes les constructions contractuelles faites par la pratique le sont sans considération d'une vision claire de la nature du parfum, oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 !

Le contrat n'a certes guère inspiré le législateur. Et, cela est peu étonnant car, vue la diversité des oeuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, l'entreprise serait aussi démesurée qu'inopportune... La logique de l'exploitation d'un dessin ou modèle au sens de la loi du 14 juillet 1909, ou encore l'exploitation d'un logiciel telle qu'elle est prise en considération par la loi du 3 juillet 1985, est profondément différente de celle que l'on rencontre dans le marché de la peinture, dans le domaine de l'édition d'art, ou en matière de parfumerie...

Ainsi la première des nécessités, pour les professionnels de la parfumerie, est-elle de déterminer leurs besoins réels et, sur cette base, d'entreprendre une réflexion sur les outils contractuels qu'ils utilisent et sur la façon dont ils les utilisent... La seconde des nécessités est de déterminer si les contrefaçons dont ils souffrent à l'heure actuelle leur coûtent moins cher que ne leur coûterait le recours au droit d'auteur... C'est une question qu'ils peuvent encore se poser, mais il n'en sera pas toujours ainsi...

DROIT CIVIL
ET
DROITS DE L'HOMME

DROITS DE L'HOMME

L'ENCADREMENT DES BIOTECHNOLOGIES : DE LA NORMALISATION A LA REGLEMENTATION DES PRATIQUES (1)

Par

Jean-Christophe GALLOUX

*Docteur en droit, LL.M. de l'Institut Universitaire Européen
de Florence, Attaché à l'Université de Lyon II,
Avocat à la Cour de Lyon*

1- Les biotechnologies, qui désignent les applications des principes scientifiques, de la biotechnique et de l'ingénierie au traitement des matières par des agents biologiques dans la production des biens et des services (2), sont des activités humaines fort anciennes. Ainsi, les procédés de fermentation par lesquels les microorganismes assurent la bioconversion de matières brutes en produits aussi variés que les boissons alcoolisées, les fromages ou plus près de nous, les antibiotiques, sont mis en oeuvre depuis l'époque néolithique. Ces activités n'ont éveillé aucune crainte jusqu'à ces dernières années car l'utilisation de la matière vivante n'a jamais été perçue comme une source de risques particuliers. Certes, le recours à des germes pathogènes pour la fabrication de vaccins a donné naissance à une réglementation précise en matière de sécurité, mais ni les autorités sanitaires ni le public ne l'ont identifié comme un danger majeur. La découverte récente des techniques du génie génétique et l'intensification de l'exploitation de la matière vivante à laquelle elles conduisent, semblent toutefois avoir radicalement modifié la perception des risques liés aux biotechnologies. La question de leur encadrement s'est alors

(1) Cet article a été conçu et en partie réalisé alors que l'auteur résidait au Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal à titre de Chercheur invité.

(2) Définition donnée par la norme française NF X 42000 (décembre 1986). Sur l'ensemble de cette question voir : A.T. Bull, G. Holt et M.D. Lilly, "Biotechnologie, tendances et perspectives internationales" OCDE Paris 1983 pp 23-24 et 79.

posée avec une acuité nouvelle. Avant d'en examiner les caractéristiques, il convient de rappeler brièvement les conditions techniques et historiques qui ont suscité l'émergence du cadre normatif de ces technologies.

2 - Le génie génétique regroupe un ensemble de méthodes et de concepts conduisant à modifier le patrimoine héréditaire d'une cellule par la manipulation de ses gènes ou leur transfert (3). Ces techniques permettent notamment la création de nouveaux organismes vivants porteurs de caractères étrangers à leur espèce, et qui n'auraient pu être obtenus avec les méthodes traditionnelles de sélection et de croisement. Des microorganismes génétiquement recombinés grâce à l'adjonction d'un gène spécifique sont désormais couramment utilisés pour la production de protéines rares à usage thérapeutique. Selon les mêmes procédés, des chercheurs ont pu modifier le patrimoine génétique de plantes de façon à ce qu'elles possèdent et expriment le gène de résistance à tel herbicide (4).

Récemment, d'autres scientifiques ont réussi à faire produire un anticorps humain par des moutons auxquels le gène codant pour cette protéine avait été injecté (5). Beaucoup de ces réalisations sont entrées dans leur phase industrielle (6). Le développement des activités biotechnologiques tient dorénavant une place essentielle dans les économies de l'ère postindustrielle.

3 - Les activités biotechnologiques ne vont cependant pas sans risques. Leur mise en oeuvre dès le début des années soixante-dix a créé aux Etats-Unis une vive controverse ; les spécialistes s'opposaient en qualifiant tour à tour les conséquences possibles de ces techniques, de panacée ou de pandémie. En effet, si l'on se départit d'un optimisme béat envers le progrès scientifique, le risque le plus couramment évoqué réside dans l'apparition éventuelle de nouvelles espèces pathogènes pour l'homme ou son environnement, comme résultats des nouvelles combinaisons génétiques (7). Ce danger potentiel peut être

(3) cf. définition donnée par la norme française NF X 42000 précitée, reprise dans l'arrêté du 22 janvier 1986 concernant la commission de terminologie pour le vocabulaire des sciences et techniques de l'agriculture et de l'agroalimentaire. L'usage du terme "manipulation génétique" est déconseillé comme étant porteur d'une connotation péjorative.

(4) V par exemple Peter Newmark "Plant Genetic Systems gets Basta résistance" *Biotechnology* vol 5, 1987 p 321 ; pour l'adjonction d'un gène de tolérance à des insectes : D.A. Bischoff et col. "Insect tolerant transgenic tomato plants" *Biotechnology* vol. 75, 1987, pp. 808 s..

(5) Le gène permettant de coder la protéine de l'anticorps humain facteur IX est injecté dans les oeufs au moment de la fécondation (au stade du pronucléus) ; il peut alors s'insérer dans le génome de l'animal : V. J.Paul Simons et col. "Gene transfer into sheep" *Biotechnology* vol 6, 1988 pp 179-183.

(6) Démentant ainsi certaines prédictions pessimistes ou simplement moqueuses selon lesquelles les "manipulations génétiques" étaient "une immense farce"... V. Agata Mendel "Les manipulations génétiques" Seuil, Paris 1980 p 327.

(7) Les risques attachés à l'introduction de nouvelles espèces dans un environnement qu'elles peuvent perturber, ou dus à l'érosion génétique c'est-à-dire à la perte de variabilité génétique résultant de l'uniformisation des espèces cultivées ou élevées, qui sont tout deux de nature biotechnologiques, ne sont pas

défini comme "un danger imaginé ou estimé comme possible mais qui n'est pas nécessairement réalisable" (8) Les scientifiques attirèrent très tôt l'attention du public et des autorités sur ces dangers, sur l'absence d'une évaluation précise des risques encourus et sur le défaut d'un contrôle adapté de la recherche ; ils proposèrent jusqu'à un moratoire des expériences sur l'ADN recombiné (9). La polémique toucha tous les pays engagés dans des programmes scientifiques similaires (10). La controverse s'apaisa au cours des années suivantes puisqu'aucun accident sérieux ne fut déploré (11). Elle a néanmoins rebondi à l'occasion du lâchage en milieu ouvert de microorganismes recombinés à usage agricole, dont le public pouvait craindre la prolifération incontrôlée (12). Le débat sur l'encadrement se trouvait lancé. Il ne s'est pas restreint au cercle des nations les plus avancées (13). La dimension internationale du problème de l'encadrement des biotechnologies est rapidement apparue essentielle tant en raison du caractère transfrontière d'une pollution biologique éventuelle qu'à cause de la mondialisation de la recherche et de l'économie dans ce domaine technique.

propres aux techniques du génie génétique si ces dernières peuvent toutefois en augmenter les effets : V. par ex. J.C. Galloux "Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique" thèse Droit Bordeaux I, 1988 vol. II pp 441.

(8) Rapport Royer, "La sécurité des applications industrielles des biotechnologies" Ministère de l'Industrie, La Documentation Française, Paris 1981.

(9) Les scientifiques exprimèrent pour la première fois leur inquiétude en 1973 à l'égard des recombinaisons génétiques à la conférence de Gordon (U.S.A.) ; l'année suivante une commission ad hoc fut créée à l'Académie des Sciences des Etats-Unis. Réunis en conférence à Asilomar à l'instigation du Pr. Berg, 140 scientifiques réclamaient en 1975 un moratoire des expériences d'ADN recombinant ; la première mise en cause d'expériences de nature biotechnologique remonte à 1971 (sur le virus S 40).

(10) V. Agata Mendel op cit pp 213 ss sur la narration complète de la controverse entourant les débuts de la recherche en matière de génie génétique en France.

(11) La plupart des accidents répertoriés sont antérieurs à l'apparition des techniques génétiques : "Le risque biotechnologique" Ministère de l'Environnement, Paris août 1987, tome 1 p 45 ss ; l'un des rares incidents rapportés concernant l'altération de la composition génétique d'un fungus s'est produit en Nouvelle-Zélande et a causé la mort d'un groupe de pins mis en contact avec les organismes modifiés : V. Yvonne Cripps, "A new frontier for international law" *Int'l and Comp. L.Q.* vol 29, 1980 pp 1 et 2.

(12) V. *Le Monde* jeudi 9 juillet 1987 p 10 ; *l'Espresso* 2 agosto 1987 p 136. Quoique les méthodes d'évaluation des risques deviennent plus précises et plus pertinentes : v. Chimie et Ecologie "Projet de Recherche : Evaluation des risques liés à la dissémination dans l'environnement des microorganismes à ADN recombiné" Paris, mai 1989 et Pierre Rajot, "Problème écologique de la dissémination dans l'environnement des microorganismes recombinés in vitro" Paris, inédit, mars 1989.

(13) De nombreux pays en voie de développement étudient des réglementations dans ce domaine ; c'est notamment le cas des Philippines ou du Brésil : V. Report of a Project definition Study for a Panos information programme in Biotechnology and sustainable development" U.K. 1988 p 82 et 90 (inédit).

4 - D'un point de vue juridique, l'encadrement des biotechnologies s'élabore peu à peu en France et en Europe. Il est dès lors possible de saisir les grandes lignes de sa structure et de son évolution. Il apparaît complexe et hybride quant à sa nature en droit. La régulation des biotechnologies constitue un exemple pertinent de constitution d'un ensemble normatif destiné à la gestion sociale d'une activité de haute technologie (14).

5 - La complexité du système normatif qui encadre les pratiques biotechnologiques tient à la fois de la technicité de son contenu et de la dispersion de ses éléments. Il ne se trouve pas d'encadrement spécifique global des biotechnologies ou des techniques d'ingénierie génétique en France à la différence de certains pays (15). En cela la France a jusqu'à présent suivi les recommandations de l'OCDE (16), préférant aux situations nouvelles la réglementation existante et procédant le cas échéant aux ajustements nécessaires. Les responsables politiques émettent le souhait "d'éviter toute charge non justifiée qui pourrait entraver les progrès techniques en ce domaine" (17). Cette éthique de la non-intervention étatique a pu parfois conduire à sacrifier la cohérence du système d'encadrement sur l'autel du progrès scientifique et du développement économique (18).

6 - La nature hybride du système normatif des biotechnologies procède de la même philosophie administrative. La volonté affichée par les pouvoirs publics de laisser le cours le plus libre à "la compétitivité et à l'innovation des entreprises" (19) amène l'Etat à rechercher la collaboration des acteurs dans le domaine, voire à se décharger sur eux en partie de la tâche d'organisation et de contrôle des pratiques. Le phénomène qui n'est pas propre à la France, s'observe notamment au niveau communautaire (20). L'Etat encourage ainsi l'émergence d'un système normatif non juridique géré pour l'essentiel par la communauté professionnelle chargée de l'appliquer. L'autorégulation des biotechnologies se met en place par le truchement d'une *normalisation* des pratiques à laquelle l'Etat imprime une certaine cohérence (I).

7 - Parallèlement à cette autorégulation, une réglementation a été édictée aux échelons national et européen (II). L'originalité de ce

(14) V. par ex. Vincent M. Brannigan, "Biotechnology : a first order Technico-legal Revolution" Hofstra Law Review vol 16, n°3 1988 pp 545 ss.

(15) V. par exemple au Danemark : loi sur l'environnement et la technologie génétique, n°288 du 4 juin 1986 et le projet de loi adopté par le Parlement de l'Allemagne fédérale "destiné à régler les questions de génie génétique", juillet 1989.

(16) V. rapport OCDE "Considérations relatives à l'ADN recombiné" Paris, 1986.

(17) Rapport sur les biotechnologies par M. Sautier, Paris 1988 p 120.

(18) Sans, selon nous, qu'il ait été clairement montré que le développement économique et une politique environnementale sévère mais justifiée, soient incompatibles.

(19) M. Pierre Creyssel, conclusion in "Etude internationale comparative des réglementations concernant les biotechnologies" AFNOR/ORGANIBIO, 1987 Paris p 108.

(20) V. par ex. Mark Cantley, "Democracy and biotechnology. Popular attitudes, information trust and the public interest" Swiss Biotech. vol. 5, 1987 p. 10 n° 5.

système normatif hybride réside dans le "jeu dialectique" (21) qui s'établit entre les deux ensembles normatifs. Les phénomènes de "juridification" (22), en particulier par lesquels le droit tend à capter la normalisation, rendent intéressant l'encadrement contemporain des biotechnologies, qui se présente dès lors comme un système normatif en voie d'homogénéisation juridique.

I - LA NORMALISATION DES PRATIQUES BIOTECHNOLOGIQUES

8 - Une norme ou "standard" se définit comme une spécification technique "accessible au public, établie en collaboration et avec le consensus ou avec l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondée sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté et approuvée par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international" (23). La norme est destinée à une application répétée ou continue et son observation n'est pas obligatoire (24) ; elle ne constitue pas une règle de conduite. En ce sens, la norme se distingue clairement, des points de vue formel et matériel, d'une réglementation à contenu technique. La normalisation a pour objet de fournir des normes de référence.

9 - Les biotechnologies sont un domaine de haute technologie en constante évolution et dont les acteurs appartiennent à des secteurs fort divers (25). Aussi, la voie de la normalisation apparaissait la seule possible pour atteindre des objectifs de qualité et de sécurité pour les produits, les pratiques de recherche et les procédés de production. La normalisation s'appuyant sur une coopération entre les acteurs rend son application plus efficace car plus flexible, en raison de l'allègement des procédures d'élaboration des normes et de contrôle de leur application qu'elle suppose. La normalisation ouvre à un processus de dialogue et d'échange d'informations entre les partenaires, propice à l'éclosion d'un climat de confiance. La normalisation permet ainsi à l'Etat d'exercer sa surveillance sur une activité déterminée et d'inciter les acteurs à adopter des comportements compatibles avec les principes d'une politique publique, sans recourir à des procédures

(21) Jean Carbonnier, *Les phénomènes d'internormativité* European Yearbook in law & sociology, Martin Nijhoff, Den Haag 1977 pp 42 ss.

(22) H. Cousy, "Le rôle des normes non-juridiques dans le droit" in *Rapports belges au XIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Caracas 29 août - 5 septembre 1982, Kluwer-Bruylant, Bruxelles 1982 p 133.

(23) *ibid* pp 133-134-

(24) V. la définition de la norme donnée au plan communautaire par la Directive du Conseil du 28 mars 1983 (83/189/CEE) prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (article 1 § 2), JOCE n° L109/8 du 26.4.83.

(25) Quoique la situation tende vers une certaine homogénéisation, la communauté biotechnologique française est assez cloisonnée entre la recherche académique et le monde industriel ; pour une bonne analyse de ce phénomène : v. Robert T. Yuan, "Biotechnology in Western Europe" US. Dpt of Commerce, Wash. D.C. 1987, pp. A-5 à A-28.

administratives nécessairement coûteuses en personnel qualifié, en moyens techniques et en temps (26).

10 - Le circuit de la normalisation en matière de biotechnologie se révèle complexe. L'intégration internationale toujours plus poussée de la recherche et de l'économie dans les secteurs de haute technologie multiplie les sources de la normalisation (A). Le souci de l'Etat d'exercer néanmoins un contrôle sur l'encadrement des pratiques biotechnologiques l'a conduit à mettre en place des structures qui formalisent et harmonisent la normalisation en la relayant (B).

A - LES SOURCES DE LA NORMALISATION

1 - Les courants internationaux

11 - La mondialisation des marchés, la rapide circulation des chercheurs et des techniques et le rôle moteur joué par certains pays pionniers dans le domaine des biotechnologies ont créé un courant de normalisation international qui exerce une profonde influence sur les tentatives de normalisation nationales. Ces dernières ne se peuvent concevoir qu'harmonisées ou pour le moins compatibles avec l'encadrement existant chez les partenaires ou les concurrents économiques (27). Dans cette mesure, certains acteurs à la source de normes techniques méritent d'être présentés : il s'agit soit d'organismes gouvernementaux étrangers, soit d'organisations professionnelles ou scientifiques internationales, soit encore d'organisations internationales étatiques.

12 - Les Etats-Unis jouent un rôle initiateur indubitable dans l'établissement de normes de sécurité dans le domaine de l'ingénierie génétique. Au sein de l'administration américaine, l'Institut National de la Santé (NIH), pour prendre l'exemple le plus éclairant (28), a élaboré dès 1976 des recommandations (guidelines) à l'instigation de son Comité Consultatif pour les Recombinaisons d'ADN (RAC). Ces premières normes établissaient différents niveaux de confinement physique et biologique pour les laboratoires effectuant des recherches sur l'ADN recombiné (29). Ces recommandations étaient destinées aux chercheurs sous contrat avec le NIH. Elles eurent, ainsi que leurs révisions ultérieures, un impact important sur la normalisation de la sécurité des laboratoires de recherche en France comme dans le monde

(26) V, en ce sens Pierre Trudel, "Les effets juridiques de l'autoréglementation" Revue de l'Université de Sherbrooke vol 19, 1989 p 251.

(27) V, en ce sens les recommandations des experts de l'OCDE, rapport précité in fine.

(28) L'organisation complexe de la réglementation des biotechnologies aux Etats-Unis mériterait à elle seule une étude; pour un bon aperçu de sa structure et de son fonctionnement : V. "Le risque biotechnologique" op. cit vol 1 pp 131 à 185.

(29) National Institute of Health Guidelines for Research Involving Recombinant DNA Molecules, 41 Fed. Reg. July 7, 1976, 27902.

entier (30). D'une manière comparable, le modèle descriptif d'évaluation des risques adapté aux applications des microorganismes en biotechnologie, développé par l'Office d'Evaluation Technologique (OTA) américain, a été repris par de nombreuses administrations nationales.

13 - Le Royaume-Uni a également contribué de façon significative à la définition des règles de sécurité relatives aux travaux de recombinaison génétique. L'expérience acquise et les avis émis par le Groupe Consultatif sur les Manipulations Génétiques Britannique (GMAC) créé en septembre 1976 (31), sont une référence importante dans l'élaboration des normes à l'échelle régionale.

14- Le cas des organisations scientifiques ou professionnelles oeuvrant dans le domaine des biotechnologies est plus ambigu. Il est parfois difficile d'identifier parmi elles les organisations édictant ou proposant des normes techniques et celles qui agissent en tant que groupe de pression (lobby) en proposant des textes de façon à infléchir les régulations en vigueur ou en cours d'examen. L'ambiguïté du rôle tenu par ces instances dans le processus de définition des normes est d'autant plus troublante qu'elles peuvent participer par ailleurs officiellement aux forums de discussion de ces mêmes normes. Le Groupe de Coordination Européen de Biotechnologie (EBCG) par exemple, agit auprès de la Commission des Communautés Européennes comme force de proposition (32). La Fédération Européenne de Biotechnologie (EFB) (33), en revanche, a établi une classification des microorganismes en fonction de leur pathogénicité qui est à la base de toutes les réglementations relatives à l'utilisation de ces organismes. L'EFB a notamment introduit un groupe "E" aux cotés des groupes 1 à 4 préexistants, désignant les microorganismes présentant un risque pour l'environnement plutôt que pour l'homme. Ces travaux sont largement repris en France comme dans d'autres pays européens (34).

15 - L'OCDE a publié en 1986 un rapport traitant des considérations de sécurité relatives à l'ADN recombiné ; il a été adopté

(30) En 1980, 12 pays avaient adopté les normes élaborées par le NIH quatre ans plus tôt : v. Y. Cripps, "A new frontier for international law" *Int'l and Comparative law Q.* vol 29, 1980, p. 13.

(31) Le GMAC a été remplacé par le Comité Consultatif sur les Manipulations Génétiques en 1984 ; sur le fonctionnement de ces organismes, v. "Etude internationale comparative..." op cit pp 89 ss ; v. Pour le contenu des règles : "Report of the working Party on the Practice of Genetic Manipulation" H.M.S.O. Aug.1976 Cmnd.

(32) Pour ce qui concerne par exemple les méthodes d'évaluation du risque biotechnologique : v. N.J. Poole, J.L. Mahler et K. Heusler, "The involment of European Industry in developping Regulations" *Trends in Biotechnology* vol 6 n°6, 1988 pp S45 ss.

(33) Fondée à Interlaken en 1978, elle publie des documents importants relatifs à la sécurité des pratiques biotechnologiques : v. par ex. "Safe Biotechnology, General Considerations" (1985).

(34) Il s'agit bien ici d'une norme technique au sens dégagé précédemment. Elle est d'ailleurs reçue en France par l'intermédiaire de la norme NF X 44 - 201 de 1984 concernant les postes de sécurité microbiologique.

à l'unanimité des 21 membres de l'organisation (dont la France) (35). Le Conseil a par ailleurs adopté une recommandation évoquant les cadres d'une politique environnementale dans le domaine des biotechnologies (36). Le rapport a également précisé certains standards comme celui des bonnes pratiques de production industrielle à grande échelle (GILSP) qui indique les conditions à remplir par les systèmes "hôtes-vecteurs" dans les procédés d'ingénierie génétique. Dans ce dernier cas, il s'agit de "normes cadre" dans la mesure où le contenu le plus technique de la norme est attribué au niveau national (37).

16 - La technique de la "norme-cadre" permet aux instances internationales comme l'OCDE, d'harmoniser dans la sphère de la normalisation les pratiques nationales tout en laissant à celles-ci le soin de la définition et de l'éventuelle adaptation du contenu de la norme technique. Un même procédé est parfois employé dans certaines procédures communautaires, notamment pour les médicaments issus des biotechnologies. La Commission a ainsi élaboré des recommandations relatives au contrôle de la production et de la qualité des produits thérapeutiques dérivés des technologies de l'ADN recombiné, des anticorps monoclonaux ou les tests précliniques des médicaments dérivés des biotechnologies (38).

2 - La normalisation nationale

17 - A la différence des pays anglo-saxons et en raison sans doute de la plus grande faiblesse de l'industrie biotechnologique et de l'importance de l'emprise étatique sur celle-ci en France (39), le milieu professionnel n'a pas développé une véritable normalisation des pratiques (40). La communauté scientifique, désormais moins divisée sur les questions de sécurité avec le développement des techniques, n'a pas plus contribué à l'élaboration de normes scientifiques quoiqu'elle

(35) V. "Considérations relatives à l'ADN recombiné" OCDE, Paris 1986.

(36) V. rapport précité ; les recommandations de l'OCDE sont convenues entre les Etats membres, mais ils ne les mettent à exécution que s'ils l'estiment opportun. Ces engagements conservent un poids moral que ne se font pas faute de rappeler les concurrents aux éventuels oublieux : v. par ex. le commentaire vigoureux de l'administration américaine du FDA à l'endroit des projets communautaires en matière de réglementation relative à la dissémination de microorganismes recombinés : F.E. Young et H.I. Miller, "Deliberate releases in Europe : over regulation may be the biggest threat of all" Gene, vol 75, 1989 pp 1-2.

(37) Dans ce cas précis v. norme française NF X 42-050 (février 1988) relative au Guide des bonnes pratiques en fabrication industrielle de substance chimiques obtenues à partir d'un microorganisme de classe "1" "GILSP".

(38) Commission des Communautés Européennes "La réglementation des médicaments à usage humain dans la communauté européenne" vol III "Guidelines on the quality, safety and efficacy of medical products for human use" Bruxelles 1989 pp 39-88.

(39) "To a degree unmatched in other western countries, the French Government dominates biotechnology activities at all levels" Yuan, op cit p A-3.

(40) A certaines exceptions près : l'Institut Mérieux a ainsi élaboré une série de standards "pour une protection de l'environnement des installations affectées aux travaux sur les microorganismes" Lyon, 1982.

ait aidé à la mise en place de la Commission Nationale de Classement des Recombinaisons Génétiques In Vitro auprès de la DGRST (41). En France, le mouvement de création des normes passe donc pour l'essentiel par les structures traditionnelles de la normalisation organisées par l'Etat.

18 - Le système français de normalisation, tel qu'il a été fixé par les décrets du 26 janvier 1984 (42), s'est enrichi l'année suivante d'une commission de normalisation supplémentaire, la Commission Générale des Biotechnologies (CGB), chargée de "formaliser les contraintes technico-commerciales pour passer du terrain de l'innovation à celui de la production" (43) dans le domaine des biotechnologies ; avec en arrière plan, d'évidentes préoccupations de sécurité et de qualité. Le programme de normalisation qu'elle met en oeuvre devrait permettre de doter la France en quelques années d'une collection complète de normes biotechnologiques. La CGB réunit les partenaires socioprofessionnels intéressés aux biotechnologies, notamment les membres de l'Organisation Nationale Inter Professionnelle des Bioindustries (ORGANIBIO). Les avant-projets de normes s'élaborent au sein des trois commissions spécialisées dont la CGB est composée : la Commission Terminologie (CT), la Commission Matériel (CM) et la Commission Biosécurité (CS).

19 - La Commission Terminologie fournit les définitions des termes techniques de bases indispensables au travail des autres commissions. FRANTERM et le Comité International de la Langue Française prennent part à cette tâche. La CT reste par ailleurs en étroite liaison avec la commission ministérielle de terminologie rattachée au Ministère de l'Agriculture qui avait déjà publié un vocabulaire technique dans le domaine du génie génétique (44). Plusieurs projets issus de la CT ont fait l'objet d'une homologation de la part de l'AFNOR (45).

20 - La Commission Matériel comprend deux groupes de travail : le "groupe bioréacteur" et le "groupe matériel de séparation". La commission matériel s'attache à standardiser les matériels utilisés dans les biotechnologies, quant à leur performance en particulier. Elle

(41) V. Agata Mendel op cit pp 213 ss.

(42) Décret n° 84-74 fixant le statut de la normalisation (J.O. du 1er février 1984) ; le système français comprend : un Conseil supérieur de normalisation chargé de définir les orientations générales ; un Commissaire à la normalisation représentant le Gouvernement auprès de l'AFNOR ; l'Association Française de Normalisation (AFNOR) régie par la loi du 1er juillet 1901, qui coordonne et diffuse les travaux de normalisation, élabore le programme de normalisation, homologue les normes et arbitre les conflits ; les Bureaux de Normalisation (BN) à compétence sectorielle qui établissent les avant-projets de normes ; les Commissions de Normalisation, au sein de bureaux précédents, qui préparent les avant-projets de norme en étroite association avec les catégories de partenaires intéressés.

(43) Jocelyne Gantois, "l'AFNOR s'intéresse aux biotechnologies" Biofutur, mars 1987 p 27.

(44) Arrêté du 22 janvier 1986 ; J.O. du 14 mars 1986.

(45) Par ex. normes NF X 42000 "Biotechnologies, vocabulaire, termes généraux" ; NF X 42-001 "Biotechnologies, vocabulaire, génie enzymatique" en décembre 1986.

s'emploie aussi à la définition et au classement des techniques employées (46).

21- La Commission Biosécurité dont les attributions concernent directement les préoccupations environnementales, a été créée à la demande des pouvoirs publics et d'ORGANIBIO. Elle a reçu pour mission d'établir des avant-projets de normes pour la pratique des biotechnologies dénommés "guides de bonne pratique" tant dans le domaine de la recherche que dans celui de la production. L'un et l'autre ressortent à la compétence de deux sous-commissions subdivisées en groupes de travail (GT) tels que : le GT "Biovigilance" qui enregistre et analyse dans un but de prévention des incidents et accidents survenus, le GT "Guide de bonnes pratiques de recherche et d'essai au champ des plantes transgéniques. Plusieurs "Guides de bonnes pratiques" ont été homologués (47). Le travail de normalisation des pratiques biotechnologiques se trouve en conséquence fort avancé et constitue un instrument précieux et indispensable de sécurité et d'harmonisation pour les acteurs professionnels comme pour l'administration (48).

B - LES RELAIS DE LA NORMALISATION

22 - Parallèlement à la mise en place d'un système de normalisation technique sur des bases consensuelles et librement utilisables par les acteurs de la biotechnologie publics ou privés, l'Etat a installé deux structures de contrôle spécifiques à la matière. Placées à des endroits stratégiques de l'activité biotechnologique -le classement des microorganismes et des procédés utilisés dans la recherche, et l'utilisation des produits issus du génétique- elles couvrent une partie essentielle du champ technologique. Si leur organisation et leurs attributions sont juridiquement fixées, leur fonctionnement les rattache à la sphère non-juridique. Ces structures se trouvent actuellement dépourvues d'un pouvoir coercitif et réglementaire véritable ; elles s'appuient largement sur une base consensuelle. En fait, elles parachèvent en l'homogénéisant l'oeuvre de normalisation, car elles possèdent par elle-même un pouvoir normalisateur qui prolonge en l'intégrant le cadre normatif précédemment étudié. Leur position stratégique ainsi que le modèle souple de leur fonctionnement les conduisent à ordonner, sans le recours à des moyens juridiques plus formels, l'ensemble du système d'encadrement normatif des pratiques biotechnologiques (49).

(46)-V. par ex. les normes : Pr X 42-100 "Biotechnologies. Classement des différentes méthodes de séparation" et Pr X 42-201 "Biotechnologies. Méthodes de séparation" homologuées par l'AFNOR.

(47) V. par ex. norme NF X 42-050 de février 1988 précité.

(48) Le respect des normes homologuées est obligatoire dans le cadre des marchés publics.

(49) Sur l'impératif de cohérence du système normatif : V. Sautier rapport art. p 119. rapport au Premier Ministre, Groupe Interministériel des Produits Chimiques, Paris, Juin 1989 pp 10 ss ; (ce rapport n'est pas définitif).

1 - La commission de génie génétique

23 - La Commission de Génie Génétique (CGG), créée par décret du 11 mai 1989 (50) a remplacé la Commission Nationale de Classement des Recombinaisons Génétiques in Vitro (CNCRGV). Cette dernière, composée de scientifiques choisis en raison de leur compétence, avait été mise en place en mars 1975 auprès de la DGRST puis, à la disposition de celle-ci, placée sous la tutelle directe du Ministère chargé de la Recherche et de la Technologie. Elle avait reçu pour mission d'émettre des avis sur les programmes de recherches à financement public mettant en oeuvre des procédés d'ingénierie génétique, et de donner des consultations aux industriels qui les solliciteraient dans le même domaine. Elle avait également un rôle normatif, puisque la CNCRGV a élaboré un certain nombre de normes de sécurité pour les recombinaisons génétiques, tant en matière de confinement des installations qu'en matière de classement des expériences, selon leur degré de risque, en fonction des couples hôtes-vecteurs et de la source d'ADN utilisés (51). Jusqu'en 1988, la CNCRGV a étudié plus de 500 cas. Elle n'assurait toutefois qu'un contrôle a priori des projets d'expérimentations qui lui étaient soumis ; le contrôle de l'application de ces recommandations relevait de la commission d'hygiène et de sécurité de l'établissement concerné.

24 - Ainsi que le préconisait le rapport SAUTIER (52), la Commission du Génie Génétique s'est substituée à la CNCRGV, conservant l'essentiel de ses attributions tout en élargissant la sphère de ses compétences.

25 - La CGG demeure rattachée au même département ministériel mais voit sa composition mieux formalisée. Elle comprend dix-huit membres dont la moitié sont désignés par neuf ministres en charge de domaines intéressés aux biotechnologies (53) et l'autre moitié qui comprend le président- par le ministre de tutelle. Les membres sont choisis pour une période de trois ans en raison de leur compétence scientifique dans les technologies concernées.

26 - La CGG est chargée "d'évaluer les dangers potentiels liés à l'utilisation des techniques de génie génétique et de classer en fonction de ces risques, les organismes biologiques génétiquement modifiés, ainsi que les procédés utilisés pour leur obtention" (54). Elle procède à la surveillance les activités de recherche et non à celle des activités de production proprement dites. La CGG possède un rôle

(50) Décret n° 89-306, J.O. du 13 mai 1989 pp. 6088-6089.

(51) Dans l'élaboration de ces normes, la CNCRGN utilisa d'ailleurs les recommandations données par le NIH ou celles publiées par l'OCDE : v. par ex. Ministère de la Recherche et de la Technologie "Normes de sécurité pour les recombinaisons génétiques in vitro" (décembre 1980), Collection "Informations Pratiques".

(52) Rapport cité p 123.

(53) Art. 7a du décret précité : Prévention des risques technologiques majeurs ; santé ; enseignement supérieur ; travail ; industrie ; agriculture ; environnement ; intérieur ; consommation.

(54) Art. 1er du décret du 13 mai 1989 précité.

consultatif et un rôle normatif. Elle peut être consultée sur toute question relative aux transferts d'éléments génétiques permettant d'obtenir des organismes biologiques génétiquement modifiés, par le ministre de tutelle ou tout autre ministre, comme par toute personne publique ou privée (55). Son rôle normatif consiste à définir : les classes d'organismes selon leur caractère dangereux ; les critères d'assimilation à une classe précitée des organismes recombinés génétiquement ; les expériences mettant en oeuvre les techniques d'ingénierie génétique. Elle peut émettre des avis publics, s'ils sont de portée générale, et des recommandations relatives aux précautions à prendre dans les laboratoires et les activités de recherche.

27 - Le rôle de classement au niveau de la recherche qu'assume la CGG lui permet de normaliser toutes les pratiques de recherche et au-delà, de production, celles-ci étant souvent issues de celles-là. La fonction de classement des microorganismes en raison de leurs effets néfastes possibles, problème central de la sécurité des biotechnologies, confère à la CGG une place prééminente dans l'encadrement de ces hautes technologies. Elle lui permet également d'exercer un contrôle important ; d'autant plus important que le recours à cette instance n'est paradoxalement ni obligatoire ni assorti d'aucune sanction. Cette forme de "régulation douce" fonctionne parfaitement à condition que les praticiens lui fassent suffisamment confiance pour y collaborer. Cette condition semble remplie : l'expérience de la Commission du Génie Biomoléculaire en témoigne. Le milieu professionnel et de la recherche paraît s'autodiscipliner d'autant plus aisément qu'il s'agit là de la meilleure politique pour échapper à une réglementation plus contraignante ou qui est perçue comme telle. Le milieu biotechnologique a, dans cette mesure, adopté une approche pragmatique de type anglo-saxon.

2 - La commission génie biomoléculaire

28 - Si la CGG encadre les procédés de recherches en classifiant les outils de celles-ci, la Commission d'Etude de l'Utilisation de Produits Issus du Génie Biomoléculaire, plus couramment appelée Commission Génie Biomoléculaire (CGB), encadre en aval les usages des produits issus des précédentes. Créée par arrêté du ministre de l'agriculture du 4 novembre 1986 (56), la CGB réunit un nombre non précisé de membres nommés, en raison de leur compétence, par arrêté du ministre de l'agriculture pour une durée de trois ans renouvelables(57).

29 - La CGB a reçu pour mission de "donner un avis sur toutes les questions relatives aux risques et aux conditions d'emploi des produits issus du génie biomoléculaire (et des biotechnologies, plus généralement), notamment les risques de dissémination d'organismes vivants issus de ces techniques" (58). Cet avis pourra être utilisé par

(55) Respectivement : art. 2, 5 et 6 du décret précédent.

(56) J.O. du 25 novembre 1986 p 14199.

(57) L'arrêté du 29 janvier 1987 a nommé 16 membres et un président

(58) Art. 2 de l'arrêté du 25 novembre 1986 précité.

toute commission compétente pour la mise sur le marché des produits concernés. En fait, la CGB constitue l'expertise adéquate des commissions d'homologation de produits relevant du ministère de l'agriculture. L'avis rendu par la CGB peut n'être qu'un des aspects de cette procédure globale d'homologation, bien réglementée par ailleurs. Si le produit à homologuer relève directement du ministère de l'agriculture, les responsables de la procédure transmettent directement le dossier à la CGB. S'il s'agit de l'homologation d'un produit dont la mise en oeuvre conduit à la dissémination d'organismes génétiquement modifiés en milieu naturel, la demande est directement dirigée vers la CGB (59). La CGB peut enfin se trouver saisie pour avis en dehors de toute procédure d'homologation par les professionnels du secteur public ou privé, à tous les stades de la recherche ou du développement du produit. Au cours de sa première année de fonctionnement, la CGB a procédé à l'examen de huit dossiers (60) dont deux ont fait l'objet d'un avis négatif. Ces chiffres sont en légère augmentation pour les années suivantes.

30- La procédure d'examen des dossiers est conduite par un expert choisi par le requérant parmi trois personnes désignées par la commission. Tous les intervenants sont bien entendu soumis à la plus stricte confidentialité, comme dans le cadre de la CGG : la précision est importante pour un domaine où l'innovation conduit le plus souvent à une prise d'un brevet ou d'un certificat d'obtention végétale (61). Le dossier est ensuite examiné en réunion plénière de la commission pour avis. Le dossier doit comprendre : une description technique du projet ; des études de toxicité et d'écotoxicité ; un exposé des moyens de contrôle et d'intervention dans l'hypothèse où les segments d'ADN insérés dans l'organisme recombiné viendraient à être transférés dans d'autres organismes ; une analyse des aspects nutritionnels de l'organisme obtenu.

31- La saisine de la commission n'est obligatoire qu'au stade de l'homologation des produits. Néanmoins les professionnels soumettent volontiers leurs projets, ce qui peut aider ultérieurement à accélérer une homologation éventuelle du produit testé ; l'avis porté sur le projet a également pour effet de mieux préciser les conditions de sécurité qui entourent notamment les disséminations dans la nature d'organismes recombinés génétiquement. La CGB n'a pas de pouvoir réglementaire et ses avis peuvent être enfreints : il en coûtera seulement la nullité de l'avis. Mais en cas d'incident, les règles édictées, comme toute norme

(59) V. Philippe GUIGNARD "La commission du génie biomoléculaire" inédit, Paris 1989 p 3.

(60) Les huit projets comportaient une phase d'expérimentation en vraie grandeur : cinq concernaient des plantes transgéniques, deux des vaccins à usage animal et le dernier des microorganismes à usage agricole ; cf : "La Commission Génie Biomoléculaire : premier bilan" R.I.A., 19 septembre 1988.

(61) V. sur l'ensemble de cette question : Jean-Christophe Galloux, "La brevetabilité des innovations génétiques sous la Convention sur le Brevet Européen : perspectives et réalités", Cahiers de la propriété intellectuelle, 1990 n° 3, pp. 1-50.

technique, peuvent servir à étalonner la responsabilité du requérant qui ne s'y sera pas conformé (62). En ce sens nous pouvons conclure que la commission possède indubitablement un pouvoir normatif. Elle collabore avec divers organismes en vue de proposer des recherches en matière d'évaluation des risques liés à la dissémination d'organismes modifiés génétiquement. A terme, la CGB pourra formuler des séries de recommandations précises destinées à être appliquées en aval par les commissions d'homologation relevant du ministère de l'agriculture. Elle se réservera alors les dossiers posant des problèmes inédits. La Commission de Génie Biomoléculaire pourrait enfin être appelée à l'avenir, à donner des avis sur toutes les questions de dissémination d'organismes recombinés, si de telles applications biotechnologiques nouvelles touchaient des secteurs non agricoles. Il faudrait alors procéder à l'élargissement de ses attributions et lui conférer un statut interministériel (63).

32 - La commission de génie génétique et la commission de génie biomoléculaire constituent des relais de la normalisation à la frontière de la réglementation à laquelle elles doivent leur existence et le cadre de leur fonctionnement. Elles appartiennent toutefois au système de la normalisation en raison de la flexibilité de leur procédure, du caractère normalisateur des règles qu'elles utilisent et qu'elles secrètent, et de l'aspect consensuel et le plus souvent volontaire qui se trouve à la base de leur fonctionnement. Le système de normalisation apparaît dès lors comme la charpente de l'encadrement des biotechnologies. Mais autour de cette charpente, un système réglementaire s'élabore peu à peu, au point qu'il est permis de se demander s'il n'absorbera pas totalement le système précédent.

II - LA REGLEMENTATION DES PRATIQUES BIOTECHNOLOGIQUES

33 - Il serait inexact d'imaginer que l'encadrement d'une technologie dont les conséquences sont, ou peuvent être, aussi importantes sur la vie sociale comme les biotechnologies le montrent, ne ressort qu'à la seule normalisation. Le droit demeure présent et vient en quelque sorte couronner en l'absorbant un système normatif dont la normalisation constitue la base indispensable. L'illusion parfois entretenue de la suffisance d'une régulation minimaliste qui s'appuie exclusivement sur une normalisation technique librement consentie par les acteurs du champ technologique, ne tient pas face aux réalités du cadre normatif. La juridification de l'encadrement des biotechnologies est un phénomène inéluctable : elle est due à la nature même du système normatif et de la norme, et à la contingence du système juridique

(62) V. sur l'ensemble de cette question : sous la direction de Jacques Ghestin, G. Viney, "Traité de droit civil" - "les obligations, la responsabilité : conditions" tome 4, LGDJ, Paris 1982 n° 461 ; R.O. DALQ "Responsabilité quasi délictuelle et normes techniques et professionnelles" in "le droit des normes professionnelles et techniques", Bruxelles Bruylant, 1985 pp. 463.

(63) V. rapport Sautier, op. cit., p. 125. Rapport du Groupe Interprofessionnel des Produits Cliniques, précit. p. 18.

global. La juridification des biotechnologies apparaît à la fois "spontanée" et "volontaire".

34 - Les normes techniques ne peuvent à elles seules résoudre les problèmes que suscite l'encadrement des biotechnologies. Il n'est que de citer les questions relatives à la responsabilité des intervenants qui se posent à l'occasion de toute activité humaine et que des standards techniques ne peuvent en eux-mêmes résoudre. Le droit dépasse le cadre de l'ordonnancement technique : il est d'abord un arbitrage social. Par ailleurs, il est dans la nature même de la règle juridique de s'approprier n'importe quelle autre règle car "la règle juridique a un contenu indéterminé, abstrait ou plutôt [...] elle n'a pas de contenu, [...] elle fonctionne comme un simple contenant" (64). Nous serions tentés d'affirmer que dans le domaine des biotechnologies, la normalisation fournit pratiquement l'entier contenu des règles juridiques, lorsqu'elle ne fonctionne pas de façon autonome. Cette forme de captation de la normalisation par le système juridique s'illustre dans les textes réglementaires référant expressément à un corpus normatif ne figurant pas dans le texte même (65). Il existe bien d'autres points d'entrées des normes techniques dans le droit : la normalisation permet de mieux définir les obligations d'ordre technique dans le cadre contractuel par exemple (66). L'harmonisation technique que les standards réalisent plus encore à un usage juridique.

35 - Par-delà ces mécanismes spontanés qui s'exercent en raison de la nature même des choses, l'encadrement des biotechnologies est tributaire de la structure du système juridique dans lequel il a vocation à s'insérer. Il se trouve soumis à des impératifs évidents de cohérence et d'harmonisation. Le système de normalisation des pratiques biotechnologiques doit être "relié" (67) aux réglementations existantes dont le domaine d'application rejoint certains aspects de ces pratiques. Au niveau européen, les autorités communautaires ont entrepris un travail d'harmonisation des structures normatives dans le champ biotechnologique entre les différents Etats membres. Dans l'un et l'autre cas, il faut recourir au travail juridique. Nous ne nous attacherons qu'à décrire cette "juridification volontaire" dans la mesure où l'ordre juridique spontané s'élabore pas à pas et demeure pour l'heure peu perceptible.

(64) J. Carbonnier, art. et loc. précit.

(65) V. par ex. la référence au classement des microorganismes pathogènes dans la réglementation des installations classées : décret du 30 juillet 1985 et circulaire du 19 septembre 1986.

(66) C'est ainsi qu'en matière biotechnologique, les normes homologuées par l'AFNOR s'appliquent obligatoirement dans les marchés publics et que la définition des matériels utilisés pour ces mêmes marchés permet de mieux rédiger les cahiers des charges : v. par ex. les commentaires relatifs à la Commission Matériel, Jocelyne Gantois, art. cit. p 27. Sur l'ensemble de la question : J. Ghestin, "Normalisation et contrat", in "Le droit des normes professionnelles et techniques", op. cit., pp. 485 s.

(67) Pierre Creyssel art cit p 109 ; Sautier rapport cit p. 109.

A - LA REGLEMENTATION FRANCAISE OU LA RECHERCHE DE LA COHERENCE

36 - A l'instar des autres activités présentant un danger potentiel pour l'homme et son environnement, les biotechnologies sont réglementées tant en raison des procédés qu'elles mettent en oeuvre, qu'en raison des produits qui en sont issus.

1 - La réglementation des procédés biotechnologiques

37 - La sécurité des manipulations d'organismes dont le pouvoir pathogène est susceptible de se manifester, se fonde en premier lieu sur le contrôle des méthodes de mise en oeuvre de ces germes, et la surveillance des installations qui les abritent (68). Mais cette surveillance et ce contrôle demeurent subordonnés au recensement des établissements qui se livrent à ces activités. Pour pallier le risque attaché au développement de pratiques plus ou moins occultes, le Conseil des Communautés Européennes émit le 30 juin 1982 une Recommandation concernant l'enregistrement des travaux relatifs à l'ADN recombinant (69). La législation française est allée au-delà de cet avis en décidant de mettre l'accent sur un contrôle de droit commun des établissements concernés en les incluant dans le champ des installations soumises à autorisation sous le régime de la loi du 19 juillet 1976.

38 - Le décret de nomenclature du 30 juillet 1985 ajoute en effet une rubrique 58-11e au cadre réglementaire, établi en vertu de l'article 44 du décret du 21 septembre 1977, qui vise les "centres de préparation industrielle de produits mettant en jeu des microorganismes pathogènes et des manipulations virologiques et microbiologiques, des procédés biochimiques et des recombinaisons génétiques". Le caractère flou et large des termes employés a posé de délicats problèmes d'interprétation tranchés par une circulaire du 19 septembre 1986 émanant du ministre délégué chargé de l'environnement. Le texte ne s'applique qu'aux installations industrielles et non aux laboratoires de recherche fondamentale ; il délaisse pareillement les procédés classiques de biotechnologie, telles que les fermentations, au demeurant visés par d'autres rubriques de la nomenclature. Sont implicitement visés les centres de fabrication de vaccins et sérums ; les centres d'expérimentation de produits vivants recombinés, végétaux ou microbiologiques ; les pilotes et industries utilisant des organismes recombinés pour la synthèse de produits divers. Ces installations sont soumises à autorisation préfectorale ou ministérielle après une enquête publique relative aux incidences éventuelles, dans les conditions prévues par la loi (70). Le rayon d'affichage de l'avis d'enquête publique est porté à six kilomètres dans le cas précis des installations

(68) Sur la question de la taxonomie des risques : v. "le risque biotechnologique" op cit tome II pp 295 ss.

(69) Rec. 82/472/C.E.E., J.O.C.E. L 2/3/15 du 21.7.82.

(70) V. art 5 ss de la loi du 16 juillet 1976 et décret d'application n° 77-1133 du 21 septembre 1977, art 2 ss.

"biotechnologiques". Les pétitionnaires doivent fournir une étude approfondie des dangers biologiques spécifiques que présentent les activités projetées. De strictes mesures techniques sont prises relativement au confinement des installations. Le niveau de confinement dépend évidemment du degré de pathogénicité des germes utilisés, conformément aux normes de classement édictées par les différentes instances précitées. Les installations déjà existantes doivent remplir une déclaration conformément à l'article 36 du décret du 21 septembre 1977, et, pour les établissements de production de vaccins les plus importants, elles doivent fournir une étude d'impact et une étude des dangers, accompagnées, le cas échéant de mesures complémentaires spécifiques.

39 - Le régime de l'autorisation administrative appliqué sans discernement, quel que soit le type de matériel biologique utilisé, est sans doute injustifié et vient contredire les travaux de classification de ces matériels, qui permettent justement de mettre en évidence l'innocuité de certaines souches ou de certaines manipulations. Cette mesure a été critiquée à bon droit et a déterminé l'étude d'une modification réglementaire de la rubrique 58-11 par une nouvelle rubrique 291bis. Les installations utilisant des microorganismes modifiés par des techniques de génie génétique, reconnus comme non pathogènes pour l'homme et pour son environnement par un arrêté du ministère de l'environnement, ne seraient soumises qu'au régime de la déclaration (71).

40 - Pour ce qui concerne la protection des travailleurs exposés aux risques des agents biologiques dans le cadre des activités biotechnologiques, aucune réglementation spécifique n'existe actuellement en France. Il semble toutefois possible d'aménager les textes relatifs à l'exposition des travailleurs aux substances dangereuses (72), aux maladies professionnelles (73) ou aux mesures générales d'hygiène et de sécurité (74), pour apporter une meilleure prévention à ces risques parfois nouveaux (75). La réglementation des pratiques biotechnologiques doit et peut s'inscrire avec cohérence dans ces structures juridiques existantes.

2 - La réglementation des produits issus des biotechnologies

41 - Les procédés biotechnologiques permettent d'élaborer et de synthétiser de nombreux produits destinés à des usages fort variés

(71) V. rapport du Groupe Interministériel des Produits Chimiques, op. cit., p. 18. Ce projet de modification doit être abandonné en raison de l'adoption des Directives communautaires (cf. infra).

(72) V. notamment la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, art L231-7 du Code du Travail.

(73) V. art R.461-3 du Code de la Sécurité Sociale ou la liste de ces maladies qui comprend quelques maladies d'origine virale ou bacillaire.

(74) V. Pierre Vincent, "Prévention des risques professionnels" Jurisclasseur Travail fasc. 33-10 (1988).

(75) En ce sens : "Etude internationale comparative..." op cit p 103.

(76). Il advient parfois que les produits ainsi obtenus soient rigoureusement semblables à ceux dérivés des méthodes traditionnelles (77). La question de leur caractère dangereux pour l'homme et son environnement et d'un contrôle réglementaire se pose évidemment dans l'hypothèse où il s'agit de produits nouveaux. Ces produits consistent soit en des substances chimiques soit en des organismes vivants.

42 - S'agissant d'organismes vivants, la réglementation française spécifique, relative à leur dissémination dans la nature ou leur mise sur le marché, est pour l'heure inexistante ; si l'on veut bien excepter le cadre normatif non contraignant relatif à la dissémination des microorganismes génétiquement recombinés en milieu ouvert (78). L'absence de texte ne signifie pas l'absence complète de droit : la dissémination de germes pathogènes ayant pour conséquence une épizootie serait assurément réprimée sur le fondement de l'article 454-1 du Code pénal (79) ; ou sur le fondement de l'article 318 du même code (80) pour le cas où les victimes seraient humaines. Mais on ne peut que constater l'absence de mesures réglementaires de contrôle a priori. Le même constat s'impose au regard des autres organismes vivants recombinés, plantes et animaux qui commencent d'affluer sur le marché (81). Il conviendrait assurément de combler les lacunes en ces domaines car une simple normalisation ne suffit pas à relier la problématique du suivi de ces animaux ou de ces plantes à la problématique globale de la protection de la faune et de la flore sauvages ou domestique déjà réglementée (82). Une certaine cohérence dans la politique juridique reste à inventer.

43 - La situation des produits non vivants apparaît en pratique, sinon juridiquement, moins complexe. Les produits issus des biotechnologies peuvent aisément se distribuer dans les catégories préexistantes et la densité de la réglementation en vigueur peut satisfaire les besoins de contrôle. Les produits non vivants issus des

(76) Sur l'ensemble de cette question : v. Thierry Lavoux "Impacts sur l'environnement des biotechnologies ; risques et opportunités" Ed. IPEE, Paris 1987.

(77) Le facteur VIIIc obtenu par la firme Genentech à l'aide de procédés d'ingénierie génétique a été jugé identique au facteur VIIIc "naturel" extrait du plasma humain selon la méthode brevetée par la firme SCRIPPS, par exemple : V. Scripps Clinic and Research foundation V. Genentech Inc, 3 USPQ 2d (20 July 1987) 1481/1498.

(78) Cf supra n° 29.

(79) Ce texte a été inséré dans le Code pénal à la suite de l'introduction malheureuse du germe de la mixomatose qui décima les populations de lapins.

(80) Sur l'ensemble de cette question : v. J.C. Galloux th. cit. pp 201 ss.

(81) Les premiers animaux transgéniques à usage industriel sont des souris ou des rats de laboratoire auxquels on a inséré un oncogène et qui représentent de ce fait des modèles vivants parfaits d'expérimentation pour tester les produits cancérogènes.

(82) Que l'on songe par exemple à toute la réglementation relative à la protection des végétaux, à la conservation des ressources naturelles ou même aux modalités de l'amélioration génétique des êtres vivants domestiques : l'apparition de races animales ou végétales recombinées génétiquement va nécessairement poser de graves problèmes dans ces domaines.

biotechnologies peuvent être classés en produits chimiques, en produits phytosanitaires, en produits agroalimentaires, en produits vétérinaires, en médicaments etc... Dès lors, ils feront l'objet d'une surveillance particulière à l'instar des produits issus des procédés traditionnels. Le faisceau des textes applicables à ces produits peut être étendu aux biotechnologies, au prix le plus souvent d'adaptations techniques mineures. De ce fait leur surveillance se trouve assurée depuis leur fabrication jusqu'à leur mise sur le marché (83). La production des industries biotechnologiques s'est jusqu'à présent essentiellement axée sur les produits à usage thérapeutique. Cette première percée commerciale des bio-industries a donné naissance au premier exemple d'adaptation d'un système de réglementation traditionnel à l'arrivée de produits issus des nouvelles technologies.

44 - La mise en circulation des spécialités pharmaceutiques est subordonnée en France à l'obtention d'une Autorisation de Mise sur le Marché (AMM) dont le régime a été progressivement modifié par l'application de directives communautaires (84). Ces dernières ont permis la mise en place d'une procédure dite "multi-Etats" qui facilite la mise sur le marché des médicaments dans les pays membres à partir de l'un d'eux, grâce à la création d'une instance européenne d'information et de contrôle : le Comité des Spécialités Pharmaceutiques (CSP) (85). La directive du Conseil 87-22 du 22 décembre 1986 qui organise une procédure de concertation au plan européen pour les médicaments issus des biotechnologies (86) emprunte les structures précédentes. Le nouveau cadre réglementaire désormais inséré dans la législation française de l'AMM (87) crée une procédure spéciale afin de résoudre au niveau communautaire les questions de principe relatives à la qualité, la sécurité et l'efficacité des médicaments de haute technologie ou de biotechnologie (88). Elle prend place dans le cadre du CSP et se

(83) Les produits chimiques nouveaux sont ainsi contrôlés avant leur mise sur le marché par le biais d'une procédure de notification et de suivi : v. Loi du 12 juillet 1977 sur le contrôle des produits chimiques, modifiée par la loi du 21 octobre 1982.

(84) V. sur l'ensemble du sujet : A. Demichel, "Droit pharmaceutique" Papyrus, Paris, 1986 pp 118 ss.

(85) V. directives 75-319 du 20 mai 1975 et 83-570 du 26 octobre 1983 et leur application en droit français : Décrets n° 85-1216 du 30 octobre 1985 et n° 88-661 du 6 mai 1988, insérés dans les articles R 5136-1 et suivants du Code de la Santé Publique.

(86) "Portant rapprochement des mesures nationales relatives à la mise sur le marché des médicaments de haute technologie, notamment ceux issus de la biotechnologie" JOCE n° L 15/38 du 17 janvier 1987.

(87) V. art R 5140-1 et R 5140-2 du Code de la Santé Publique ; avis du Ministère des affaires sociales et de l'emploi, de la santé, de la sécurité sociale et de l'action sociale n° 10413 et 11175 (J.O. 3 et 21 novembre 1987 et du non pub. du 10 mars 1988).

(88) La directive et par conséquent les textes réglementaires français, distinguent les procédés biotechnologiques des procédés de haute technologie (cf annexes A et B de la directive 87/22 précitée), selon une terminologie ambiguë et qui ne correspond malheureusement pas aux définitions données par l'AFNOR ou le

déroule avant qu'une décision nationale relative à la mise sur le marché du médicament ne soit prise. Cette procédure n'est obligatoire que dans la mesure où le requérant destine le produit à plusieurs pays membres dans un délai de cinq ans et si le médicament est issu de certains procédés que l'on peut qualifier d'ingénierie génétique. Dans les autres hypothèses, la saisine du CSP est facultative. Bien que l'avis du CSP ne soit pas légalement contraignant, la procédure que sa saisine nécessite, l'information qu'elle procure aux autorités compétentes des autres Etats-membres et la concertation entre ces dernières qu'elle permet d'instaurer sur l'innocuité du produit soumis (89), renforcent d'autant la sécurité qui doit présider à la mise à la disposition du public de produits issus des technologies nouvelles.

45 - Une réglementation en tous points parallèle à la précédente, puisqu'elle tire également son origine de la directive n° 87-22, encadre la mise sur le marché des médicaments vétérinaires produits par les mêmes techniques génétiques (90).

46 - Le double exemple des installations classées et des médicaments à usage humain ou vétérinaire, montre la nécessité d'une intervention juridique afin de rendre cohérent aux structures existantes l'encadrement des technologies génétiques. Il montre aussi qu'un tel travail en droit ne s'effectue pas au détriment d'une certaine flexibilité des règles et des procédures, mais au contraire qu'il coexiste en parfaite harmonie avec la normalisation des pratiques précédemment élaborées. A ce point, et nonobstant les lacunes relevées, la structure de l'encadrement français des biotechnologies peut paraître satisfaisante en l'état actuel des développements scientifiques et économiques. Il reste à agencer rationnellement les pièces de ce "puzzle" (91) normatif pour obtenir un système pleinement efficace. Le classement établi par la Commission de Génie Génétique doit guider les conditions relatives aux installations de production et aux utilisations de produits issus du génie génétique. Ce classement doit également inspirer l'évaluation à la quelle procède la Commission du Génie Biomoléculaire. Il s'agit de réaliser une intégration verticale des différents organes de normalisation et de réglementation entre lesquels circuleront les normes techniques dégagées par les premiers. Ainsi, les arrêtés pris dans le cadre de la législation des installations classées pourront renvoyer à des guides de bonnes pratiques normalisées. Les nécessités de l'harmonisation européenne vont néanmoins précipiter une juridification plus poussée de biotechnologies.

ministère de l'agriculture (Cf supra) ; cette terminologie a d'ailleurs été la source de problèmes d'interprétation de la part des administrations compétentes.

(89) Sur le schéma précis de la procédure de concertation ainsi mise en place : v. "la réglementation des médicaments à usage humain dans la communauté européenne" op. cit. vol II "Notice to applicants for marketing authorizations for medicinal products for human use in the member states of the european community" p 33.

(90) V. décret du 6 mai 1988 précité.

(91) Groupe Interministériel des Produits Chimiques, op. cit., p. 10.

B - LA REGLEMENTATION EUROPEENNE OU LES NECESSITES DE L'HARMONISATION

47 - Les organes communautaires ont pris très tôt conscience de la nécessité d'harmoniser au plan européen les réglementations concernant les biotechnologies et ont opté, par nécessité pour la voie légale afin d'y parvenir. En juillet 1985, le Comité Interservice de Réglementation de la biotechnologie (BRIC) (92) a été constitué en vue d'évaluer les besoins en matière de législation communautaire dans ce domaine. Le BRIC a participé à la préparation du rapport de l'OCDE et a organisé plusieurs réunions avec les représentants des Etats membres afin d'examiner la réglementation de la biotechnologie dans la communauté. Les Etats membres ont été priés d'informer les services de la Commission des activités et des intentions de leur pays en matière de réglementation. De leur côté, les services spécialisés de la Commission ont entrepris une vaste consultation notamment auprès des industriels concernés et des groupes de défense de la nature. A la lumière des diverses études menées, la Commission a estimé que "la mise en place d'un cadre communautaire pour la réglementation de la biotechnologie est d'une importance capitale pour l'industrialisation de cette nouvelle technologie dans la communauté..." "Il convient de protéger efficacement aussi bien la population que les travailleurs de l'industrie et l'environnement contre les risques pouvant découler de l'application de cette technologie. L'argument du marché intérieur invoqué pour une réglementation communautaire ne laisse aucun doute. Les microorganismes ne respectent aucune frontière nationale et seule une réglementation communautaire peut offrir la protection nécessaire aux consommateurs et à l'environnement" (93). Les propositions visent à la fois la constitution d'un cadre législatif communautaire qui harmonise les réglementations des différents pays-membres, et l'harmonisation de ce cadre législatif avec celui des autres pays, notamment les partenaires commerciaux, comme le préconise l'OCDE. Les travaux de la Commission des Communautés Européennes concernent à l'heure actuelle : l'utilisation confinée de microorganismes génétiquement modifiés (1) et la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement (2). Ces projets sont à l'étude pour la protection des travailleurs, les animaux transgéniques et la mise sur le marché des produits issus de biotechnologies.

(92) Biotechnology Regulation Interservice Committee. Sur l'ensemble de cette question : v. communication de la Commission au Conseil "Un cadre communautaire pour la réglementation de la biotechnologie" com. (85) 573 final, Bruxelles, 4 novembre 1986.

(93) Doc. Com. (86) 573 final précité p. 4.

1 - L'utilisation confinée de microorganismes génétiquement modifiés

48- La directive concernant l'utilisation confinée de microorganismes génétiquement modifiés (94) énonce un certain nombre de règles destinées à contrôler plus intimement ces activités et à assurer une meilleure information interétatique sur l'existence des risques associés à celles-ci au niveau communautaire.

49 - a) Le réglementation européenne fonde à l'instar des réglementations nationales, sur une classification bipartite des microorganismes en fonction de leur pathogénicité. Elaborée au plan européen et annexée au projet, elle peut faire l'objet de révisions en vue de l'adapter au progrès technique (95). Dans ses annexes techniques, le projet définit également les éléments à prendre en compte dans l'évaluation de la sécurité des utilisations confinées de microorganismes, de même qu'une nomenclature des types et des mesures de confinement à adopter selon les cas (96). L'harmonisation de la sécurité passe évidemment par l'harmonisation des méthodes d'évaluation et des mesures de prévention des risques.

50 - L'importance du contrôle de l'utilisation confinée de microorganismes recombinés génétiquement varie en raison de trois facteurs : le caractère a priori pathogène ou non pathogène des matériels employés (groupe I ou groupe II) ; le caractère industriel ou non industriel de l'échelle à laquelle l'utilisation se trouve réalisée ; s'il s'agit enfin d'une première utilisation dans l'installation (97). Les premiers utilisateurs d'un matériel, les utilisateurs de matériels appartenant au groupe I à une échelle industrielle et les utilisateurs de matériels de groupe II, doivent notifier leur projet d'activité avant sa mise en oeuvre à une autorité administrative compétente. Cette notification d'informations plus ou moins complètes suivant les cas, permet à ladite autorité d'exercer un contrôle sur la sécurité de l'activité. Les utilisateurs de matériels biologiques relevant du groupe dans le cadre d'une activité développée à une échelle non industrielle sont seulement astreints à la tenue d'un registre consignait les travaux effectués. Ce registre peut être requis par les autorités compétentes. Les activités projetées ne peuvent débiter sans l'autorisation préalable de l'administration s'il s'agit de la mise en oeuvre pour la première fois ou à l'échelle industrielle de matériels biologiques appartenant au groupe II. En revanche, l'utilisation à une échelle non industrielle de matériel relevant du groupe II, l'utilisation à une échelle industrielle de microorganismes appartenant au groupe I et l'utilisation initiale de matériels classés dans le groupe I peuvent démarrer à défaut de réponse de l'administration compétente dans un délai fixé à 60 et 90 jours

(94) Com. (88) 160 final SYN 131, Bruxelles 4 mai 1988 pp 1 à 29 pour la proposition initiale ; Com (89) 409 final-Syn 131, JOCE C 246/6 à 9 du 27 septembre 1989 pour la proposition modifiée. Directive 90/219/C.E.E. du 23 avril 1990 JOCE L 117/1 du 8 mai 1990.

(95) V. annexe II de la proposition de directive précitée.

(96) V. annexes II et IV.

(97) Art. 8 de la Directive.

respectivement. Toute modification du projet initial d'utilisation doit être portée à la connaissance de l'autorité administrative compétente et peut motiver le réexamen de l'autorisation précédemment délivrée.

51- Les Etats-membres doivent désigner l'autorité ou les autorités compétentes chargées de mettre en oeuvre ces dispositions. Cette ou ces autorités seront en outre chargées d'organiser des inspections et des contrôles, de veiller à la mise en place de plans d'urgence en cas d'accident et de permettre l'information des personnes susceptibles d'être exposées aux germes manipulés. Parallèlement, une véritable consultation du public est prévue (98).

52 - b) La sécurité des pratiques biotechnologiques potentiellement dangereuses exige par ailleurs la constitution d'un réseau d'information communautaire d'autant plus indispensable que les risques de pollution biologique peuvent avoir un caractère transfrontière évident. La Commission établit une procédure en vue de l'échange d'information entre elle et les autorités compétentes nationales ou entre les diverses autorités compétentes nationales. Elle assistée dans cette tâche par un Comité Consultatif composé des représentants des Etats-membres. La Commission est alimentée en informations par les autorités compétentes nationales qui lui envoient les notifications d'utilisations confinées recueillies au niveau local, de même qu'un rapport triennal de synthèse relatif à l'expérience acquise dans le cadre de la réglementation communautaire. Elle établit pour sa part un registre analytique des accidents survenus et un rapport triennal de synthèse fondé sur les documents précédemment fournis par les Etats-membres.

2 - La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

53 - La directive concernant la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (OGM) dans l'environnement récemment adoptée (99), établit une procédure de notification et d'approbation au cas par cas [a]. Toutefois les modalités de cette procédure varient selon qu'il s'agit de disséminations expérimentales [b] ou de disséminations commerciales correspondant à une mise sur le marché de produits consistant en, ou contenant des OGM [c]. Le terme organisme vise ici toute entité biologique capable de se reproduire ou de transférer du matériel génétique. Il vise donc non seulement les microorganismes comme dans le cadre de la directive précédente, mais, également les animaux et les plantes.

54 - a) La proposition de directive vise à rapprocher les dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en vue de protéger la santé de la population et l'environnement, dans les deux hypothèses sus énoncées. Elle ne

(98) Art. 13 de la directive.

(99) Directive du 23 avril 1990 n° 90/1220/CEE, JOCE L 117/15 du 8 mai 1990. Doc. com. (88) 160 final - SYN 161, Bruxelles le 4 mai 1988 pp 30 ss pour la proposition initiale ; Com(89) 408 final-Syn 131, JOCE C 246/5 à 6 du 27 septembre 1989 pour la proposition modifiée.

s'applique pas aux transports des OGM par quelque moyen que ce soit. Elle définit les catégories d'organismes visés et impose les modalités de description de ces organismes afin de procéder à leur identification et pour permettre de connaître leurs caractéristiques de façon uniforme à l'échelle communautaire (100). Ces dispositions annexées à la directive, sont adaptables en fonction du progrès technique. Comme en matière d'utilisation confinée de microorganismes génétiquement modifiés, la Commission est assistée dans sa mission par un Comité Consultatif composé de représentants des Etats membres.

55- b) Toute personne désirant procéder à la dissémination volontaire d'OGM à des fins de recherche ou de développement ou à toute fin autre que la mise sur le marché, doit préalablement adresser notification de son projet à l'autorité compétente nationale sur le territoire de laquelle la dissémination doit avoir lieu. Cette notification rédigée suivant un modèle précis contient en particulier un dossier relatif à l'évaluation des risques associés à l'opération. L'autorité nationale compétente évalue le dossier soumis, notamment pour ce qui concerne l'appréciation des risques, et accorde son autorisation ou demande des renseignements complémentaires dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la réception de la notification. Toute modification de la dissémination volontaire susceptible de modifier l'appréciation des risques conduit à un réexamen de la demande par l'autorité compétente. La dissémination ne peut être réalisée avant son approbation écrite par l'autorité administrative compétente ; une procédure simplifiée peut être mise en oeuvre avec l'assentiment de la Commission, à l'égard de certains OGM pour lesquels une expérience suffisante a été acquise. L'organisme administratif en charge du contrôle de cette procédure assure enfin le suivi des opérations notifiées, le notifiant lui adressant une évaluation des résultats. Parallèlement, la Commission des Communautés Européennes établit un système d'échange des informations contenues dans les notifications, dans la mesure où un résumé de ces dernières lui est systématiquement transmis, dans un délai de trente jours à compter de la réception. De cette façon, chaque autorité compétente nationale peut recevoir à sa demande des informations relatives aux disséminations approuvées par les autres pays membres.

56 - c) La réglementation de la mise sur le marché de produits contenant ou consistant en des OGM ne s'applique pas aux produits qui relèvent d'une réglementation communautaire prévoyant une évaluation spécifique des risques pour l'environnement analogue à celle qui est prévue par la présente directive. Elle écarte pour l'instant les produits pharmaceutiques et vétérinaires. Elle s'applique donc notamment à toutes les espèces végétales les transgéniques actuellement testées et dont la mise sur le marché est prochaine. La procédure mise en place par la directive communautaire s'inspire largement des précédentes. Le fabricant ou l'importateur des produits visés doit soumettre une notification spécifique à l'autorité nationale et compétente pour la connaître. Cette dernière examine la conformité des informations ainsi

(100) V. annexe II de la directive précitée.

transmises, en particulier le bien fondé de l'évaluation des risques et des précautions recommandées concernant l'utilisation sûre du produit. L'autorité compétente nationale répond dans un délai de quatre-vingt-dix jours soit pour réclamer des éléments complémentaires, soit pour adresser une copie du dossier à la Commission des Communautés Européennes si elle estime que la mise sur le marché du produit peut s'effectuer dans les conditions prévues par la directive. A réception, la Commission distribue un résumé du dossier à chacun des Etats membres et dans un nouveau délai de soixante jours décompté après la distribution, les autorités compétentes de ces Etats émettent le cas échéant des objections motivées. La mise sur le marché est approuvée dans les conditions fixées au cours de la procédure d'approbation. En cas de refus opposé par une ou plusieurs autorités nationales, scientifiquement fondé, la Commission tranche après avoir pris l'avis du comité consultatif qui l'assiste. L'autorité requérante peut alors approuver la notification de façon à ce que le produit puisse être mis sur le marché. Néanmoins un Etat pourra par la suite interdire provisoirement l'accès de ce produit à son territoire s'il détient des preuves de sa malfaisance ; il devra en avvertir sans délai la Commission qui statuera de nouveau sur le cas, comme précédemment. La liste des produits approuvés est publiée au J.O. et chaque année les Etats membres adressent à la Commission un rapport relatif au contrôle de ces produits conformément à la directive ; la Commission envoie sur une base triennale une synthèse de ces rapports au Parlement Européen.

57 - Ces diverses dispositions qui vont dans le sens d'une sévérité accrue, ont été fort commentées et vivement critiquées. Pour les tenants de l'interdiction de toute manipulation génétique, elles ne pouvaient apparaître que trop libérales. Pour les tenants d'une autorégulation en la matière, elles passent pour autoritaires et interventionnistes. Il est vrai qu'elles reviennent sur l'un des acquis fondamentaux des recommandations du comité des experts de l'OCDE : il n'y a pas de risque a priori en matière d'ingénierie génétique (101). En soumettant sans discernement les activités employant des techniques d'ingénierie génétique à une procédure, fut-elle "douce", de notification, les autorités européennes accèdent à l'idée d'un risque potentiel systématique. Quant au contenu même du contrôle, il reste dans certaines hypothèses ambiguë (102). Il apparaît même contestable en raison de la lourdeur des procédures qu'il met en place et du transfert des compétences qu'il suppose. Alors que les principaux concurrents économiques de la Communauté Européenne se tournent vers une dérégulation pragmatique de ces activités, on a le sentiment que les autorités communautaires se tournent vers une régulation dogmatique qui pourrait se révéler dangereuse dans un cadre international livré à une concurrence très vive. L'adoption de cette réglementation contraindra la France à abandonner la politique d'encadrement hybride et souple qu'elle avait entrepris de mettre en

(101) V. en ce sens : F.E. Young et H.L. Miller art. cit..

(102) En matière de mise sur le marché d'OGM, les pouvoirs de la commission restent flous, de même que les recours contre une éventuelle décision négative demeurent imprécisés.

place. La mise en conformité du droit français avec les deux directives communautaires, qui doit s'accomplir avant le 23 octobre 1991, va nécessiter des remaniements importants que seule une loi sera à même d'organiser. Comme en toute matière communautaire, et plus particulièrement pour celles soumises à controverse, harmonisation juridique rime mal avec compromis politique (103).

CONCLUSION

58 - Le domaine des biotechnologies se trouve en voie d'encadrement par un système normatif étroit. Historiquement marqué par l'essor initial d'une autorégulation, le champ normatif s'est progressivement structuré juridiquement. Les normes techniques se sont harmonisées au sein de "normes-cadres" que de nouvelles règles juridiques et de nouveaux organes administratifs ont permis de rendre cohérentes aux structures réglementaires existantes ; ces dernières ont été harmonisées avec les diverses pratiques nationales en même temps que cette harmonisation conduisait à "juridifier" certaines sources normatives en les incluant aux règles d'harmonisation. Dans cette mesure les normes techniques, tout en continuant de jouer un rôle primordial dans l'adaptation du droit aux évolutions des techniques "constituent un élément essentiel dans la formation du droit conçu comme la recherche concrète de la solution la plus juste et la plus utile" (104).

59 - D'un point de vue sociologique, l'élaboration de l'encadrement juridique des biotechnologies marque une étape nouvelle en matière de droit de l'environnement. Pour la première fois une réglementation se trouve ab initio édifiée sur un plan international sur les bases consensuelles. Elle n'aura, pour l'heure, nécessité l'intervention d'aucun traité (si l'on veut bien accepter le traité de Rome) ni d'aucune loi. Il reste à la pratique de démontrer que cette réglementation est économiquement viable (105).

(103) Un compromis est-il vraiment possible en cette matière? Certains auteurs en doutent : Aaron Wildavsky, "Goldilocks is wrong : in regulation of biotechnology only the extremes can be correct" in Law and Economics Workshop, 22 octobre 1989, inédit.

(104) J. Ghestin, art. cit. p. 191.

(105) La récente décision prise par un grand laboratoire allemand d'installer ces centres de recherche hors d'Allemagne en raison du climat hostile aux biotechnologies propagé par certains activistes écologistes, rend cette crainte plus réelle..

QUESTIONS D'ETHIQUE

Voici, rassemblées par le hasard des collaborations spontanées, trois brèves études sur des questions touchant à la vie, à l'amour et à la mort. Ces études ont plusieurs points communs. Il ne s'agit d'abord que de résumés, aussi fidèles que possible, de la pensée des auteurs respectifs. Surtout, elles sont résolument anti-conformistes, non en ce sens qu'elles prôneraient l'anarchie, mais plutôt parce qu'elles s'attachent à montrer, directement ou *a contrario*, le bien-fondé de ce que beaucoup considèrent aujourd'hui comme n'allant plus de soi : la valeur des relations sexuelles normales dans le mariage, le respect scrupuleux de la vie des personnes âgées et malades, ce bien essentiel qu'est la fécondité des couples. Elles s'adressent ainsi à tous ceux qui veulent bien réfléchir sur ces quelques données fondamentales de l'existence. C'est pourquoi nous n'avons pas jugé inutile de les publier ici.

Alain SERIAUX

- I -

LA FACE CACHEE DE LA PROCREATION ARTIFICIELLE

D'après Louise VENDELAC

(in *La Recherche* IX, 1989, 20, p. 1112 et s.)

- II -

EUTHANASIE : L'EXPERIENCE HOLLANDAISE

D'après Richard FENIGSEN

(in *Hasting Center Report*, a special supplement, janv.-fév., 1989, p. 29 et s.)

- III -

LES ENFANTS, RICHESSE DU MARIAGE

D'après Mgr Cormac BURKE (in *Homeletic and Pastoral Review*, vol. 90, 1)

- I -

"LA FACE CACHEE DE LA PROCREATION ARTIFICIELLE"

(*)

Des aveux étonnants

Alors que depuis une vingtaine d'années plusieurs centaines de milliers de femmes ont déjà eu recours à la fécondation in vitro (FIV) ayant abouti à la naissance de quelques milliers d'enfants, un récent rapport du gouvernement australien, pays pionnier en ce domaine, affirme : "il n'existe pas de preuve que la FIV ait un taux de succès plus élevé que d'autres traitements... ou même que l'absence de traitement".

M. Marsden Wagner (OMS) déclarait au VI^e Congrès Mondial de la FIV, en avril 1989 : "Quand à la mi-temps, les joueurs (les cliniciens) encore complètement excités par le jeu font le point avec les entraîneurs (les épidémiologistes)", le constat est le suivant : non seulement "les performances sont très faibles, mais de plus, les règles du jeu n'ont jamais été respectées".

Actuellement emportées par une sorte de frénésie collective les équipes pratiquant la FIV cèdent de plus en plus à la tentation d'un élargissement des indications à caractère prématuré, hasardeux et discutable au plan éthique.

La FIV -présentée d'un côté comme un exploit scientifique et l'incarnation du progrès, de l'autre comme une mutation de l'enfantement, de la filiation voire de l'être humain- a tout à la fois fasciné les gens et paralysé leur aptitude à penser. On peut vraiment parler d'une véritable sidération collective de la faculté de penser : en quelque sorte une épidémie de "SIDA mental".

En toile de fond du débat on trouve deux paramètres dont on s'efforce par tous les moyens de vérifier la primauté sur tous les autres qui sont gommés :

- *L'infertilité-stérilité qui est élevée au rang d'un intolérable drame.*

- *Le succès des technologies de FIV, dont les chiffres sont surestimés.*

Concernant les taux de succès, il existe un biais des chiffres avancés par les différentes équipes.

En stricte vérité, le taux de succès d'une technique quelle qu'elle soit doit tenir compte de tous les paramètres qui constituent

(*) D'après Louise VENDELAC, in La Recherche IX, 1989, 20, 1112-1124.

autant d'étapes et doit les rapporter au résultat effectif et ultime recherché et obtenu.

Or les chercheurs ont tendance à ne considérer comme taux de réussite propre que le succès de certaines phases de la technique alors que pour l'opinion publique le taux de succès mesure la probabilité à chaque tentative d'avoir un enfant. Seul ce taux de succès, excluant tout artifice, reflète la validité de la technique.

Les préalables dont il faut tenir compte pour une estimation conforme à la vérité des chiffres sont les suivants :

- phase initiale de stimulation ovarienne pour obtenir l'hyperovulation
- ponction dans l'ovaire pour le recueil d'ovocytes
- phase de transfert dans l'utérus de l'embryon généré in vitro
- développement d'une grossesse clinique
- surveillance de la grossesse évolutive
- accouchement d'un enfant vivant

Ainsi quand on examine les résultats aux U.S.A. en 1986, on trouve 311 enfants nés par FIV pour 3.055 femmes subissant l'ensemble du traitement soit un taux de réussite de 10,2 %.

En fait, il faut considérer les 4.867 stimulations nécessaires soit un taux de réussite de 6,4 %.

Il faut encore ajouter 20 % de grossesses multiples ce qui réduit encore le taux de succès.

Encore ces résultats ne considèrent-ils que deux paramètres, d'où une évidente surestimation des taux de succès.

En 1985 sur 108 cliniques pratiquant la FIV, 54 ont un taux de réussite nul... La situation est similaire en 1988.

Au Canada, le taux de succès présenté se situe entre 0 et 5 %.

Comme première conclusion, il apparaît qu'accepter comme taux de réussite le nombre d'enfants nés si l'on élimine l'une quelconque des phases requises est une tromperie.

La réalité brutale de la FIV

Tous les cas traités ne sont pas des stérilités au sens strict du terme, mais dans une proportion non négligeable il s'agit d'une hypofertilité. Les chiffres, en l'absence d'un contrôle répondant aux normes des méthodes statistiques objectives, sont biaisés (et donc le taux de succès majoré), par le compte au profit de la FIV de grossesses naturelles survenues pendant ou après le "traitement" FIV.

En Australie, par exemple, 9 % de couples traités ont conçu après l'arrêt de tout traitement.

G. Delaisi de Parseval (psychanalyste) rapporte (*Etudes*, 370), selon les données d'une étude australienne, des chiffres de 8,8 % pour les naissances vivantes (chiffres rapportés à une seule tentative). Parmi celles-ci 8,1 % vivent quelques jours seulement et 4,8 % seulement sont normales.

Pour le reste on compte un nombre important d'*enfants prématurés*, d'*enfants de poids insuffisant* (conséquence de grossesse multiples), de *malformation légères à graves*.

La prématurité est 3 fois plus importante que pour une grossesse normalement poursuivie, soit 23 % en cas de grossesses multiples et 18 % en cas de grossesse unique.

La morbidité périnatale est considérable : 37 % de l'ensemble des grossesses initiées par FIV, 25 % des enfants ont un poids de naissance inférieur à 2.500 g et 10 % inférieur à 1.500 g.

3,5 % de grossesses multiples sont causes de malformations congénitales et 1,8 % si l'on considère les grossesses uniques. En Australie, pour les grossesses normalement conçues, le taux moyen admis pour une population témoin est de 1,5 %.

Nous ne pouvons pas passer sous silence le coût humain pour la femme qui recourt à la FIV.

- Fausses couches spontanées : 2 à 3 fois plus que dans une population témoin.
- Grossesses extra-utérines (GEU) : 4 à 10 % soit 2 à 5 fois plus.
- Grossesses multiples : risque augmenté de 20 à 27 %.

Ces chiffres sont publiés par J. de Monzon dans la Revue *Contraception, fertilité et sexualité*, 1988, 16, 601.

Il faut ajouter 50 % de césariennes, un risque de prématurité multiplié par 3, de malformations par 2, de mortalité périnatale par 3 à 4.

Les effets secondaires engendrés par la stimulation hormonale sont importants : pathologie ovarienne : kystes, hypertrophie...

Un fait autrement plus grave : ce n'est qu'après plusieurs années de pratique sans aucun contrôle que l'on s'est intéressé à tester l'innocuité des agonistes LH-RH utilisés comme substances inductrices de l'ovulation. En France, J. Testard s'est proposé, mais seulement après un an d'utilisation sur des "patientes" candidates à la FIV, de vérifier expérimentalement les risques de ces produits chez les primates.

On ne fera que mentionner en passant : l'angoisse et la douleur des femmes qui font des fausses couches à la suite de tentatives de FIV, les GEU, les morts foetales, 6 décès directement imputables aux gestes mis en oeuvre tout au long du processus de FIV : l'induction hormonale de l'ovulation, la ponction ovarienne...

En terme de bilan provisoire, on peut vraiment se demander si l'on doit considérer comme un succès 5-10 % de réussites, ce chiffre étant mis en balance avec les 95-90 % d'échecs de toutes sortes.

Un coût socio-économique exorbitant

G. Edwards et P. Steptoe, responsables du premier bébé-éprouvette, estimaient prohibitif le coût de la recherche de la technique de FIV chez l'animal. Cette première tentative a d'ailleurs été un véritable coup de force pour briser le moratoire qui interdisait depuis 1975 les techniques appliquées à l'être humain de la FIV.

Aujourd'hui, on peut réellement affirmer que *seule l'augmentation du nombre d'embryons engendrés par cycle permet d'expliquer l'augmentation fictive des succès.*

On ne peut que s'étonner que cette technique ne soit pas dès lors considérée comme expérimentale avec les règles qui devraient s'en suivre. En des temps de mode écologique on est en droit de s'interroger sur les perspectives de provoquer à terme une déstabilisation de l'écologie de la reproduction dans l'espèce humaine.

Les perspectives d'avenir sont véritablement terrifiantes, d'autant qu'elles ne sont plus du domaine de la fiction mais déjà de la réalisation pratique :

- Prélèvement d'une partie de l'ovaire pour en assurer la maturation, la congeler et choisir le moment de la grossesse.
- Prélèvement de tissu germinale sur un cadavre (dans les conditions habituelles des prélèvements d'organe).
- Ce "cadavre" pourrait être un fœtus ou un enfant non viable... ainsi ce même enfant qui n'aurait jamais vécu pourrait avoir une descendance.

On voit qu'il est dès lors bien nécessaire de mettre en avant l'infertilité, la stérilité et de les dramatiser pour légitimer une technique coûteuse, peu performante, non dénuée de risque et d'effets secondaires physiques et psychiques.

Pour mémoire il faut se rappeler que l'on n'a pas agi autrement quand il s'agissait de légitimer l'avortement en grossissant démesurément le concept de situation de détresse.

Marie-Angèle Hermitte (*) a pu parler de "*contournement technologique de la stérilité comme succédané de la thérapeutique*".

La stérilité : un concept à géométrie variable

Un fait socialement construit de toute pièce : les étiologies les plus fréquentes sont les suivantes : stérilisation volontaire, maladies sexuellement transmissibles (MST), contraception orale et dispositifs intra-utérins ("stérilet" ou DIU), *chirurgies mal conduites* (appendicite, intervention sur la prostate ou le col de l'utérus, administration d'hormones dans un but thérapeutique (Diéthylstilbersrol ou DES), environnement, conditions de vie et de travail..

On avance, en exergue des textes sur la technique de FIV, que "*10 à 15 % des couples sont stériles ou involontairement sans enfant*", ou que "*15 à 10 % des couples en âge de procréer sont susceptibles de recourir un jour à la FIV*".

La vérité est en fait que :

- *3 à 5 % de couples sont, si l'on veut être rigoureux, non pas stériles mais inféconds : i.e. n'ont jamais, et toutes causes confondues, conçu sans cependant être totalement biologiquement incapables de procréer.*

(*) Juriste, chercheur au CNRS.

- Si l'on distingue stérilité I et stérilité II il apparaît que 25 à 45 % des femmes qui ont eu recours à la FIV ont déjà au moins un enfant (statistiques françaises et australiennes). (*In vitro fertilization, Pregnancies, Australie, New-Zealand, 1979-1984. Sydney, National Perinatal Statistics Unit, Fertility Society of Austral, 1985*).

Dans toute société normale quelle qu'elle soit, environ 20 % des femmes n'ont pas d'enfant après 2 ans de tentatives.

En 1981, une étude est publiée qui rapporte les données recueillies entre 1977 et 1979 dans un hôpital de Boston. Pour 90 % des femmes (considérées comme normalement fertiles) il aura fallu pour la naissance d'un enfant un délai de :

- 24 mois si la femme a utilisé une méthode contraceptive (anovulatoire)
- 14 mois si elle a eu recours à un DIU
- 10 mois si elle utilisait un diaphragme
- 13 mois pour les autres méthodes

En France, on sait que 72 % des femmes qui ont recours à une méthode contraceptive, utilisent des oestro-progestatifs (OP). On voit donc la viciation des notions de stérilité si on considère comme stérile une femme qui n'a pas conçu au terme d'un an de relations sexuelles sans user d'une méthode contraceptive.

On "confond" stérilité et infertilité.

En Amérique du Nord (USA et Canada) 40 % des couples sont volontairement stérilisés.

En 1982, 25 % des femmes américaines de 15 à 44 ans sont chirurgicalement stérilisées. Dans 17,4 % des cas cette stérilisation a un motif contraceptif. Il y a une très forte tendance actuelle à demander la ligature tubaire à visée contraceptive. Or des études ont montré que beaucoup de femmes regrettent ce geste (21,2 %) et désirent un autre enfant (12,7 %).

Aux USA, on met à profit le geste de la ligature tubaire pour prélever des ovocytes qui seront ultérieurement vendus. Des cliniques proposent entre 900 et 1.200 dollars pour qu'une femme accepte de subir une hyperstimulation hormonale avant la ligature.

La directrice du "Sperm Bank of Northern California" déclarait au Wall Street Journal que sa clientèle est composée pour 1/3 de femmes dont le conjoint est stérile, 1/3 de lesbiennes et 1/3 de "professionnelles" célibataires.

A titre d'exemple d'aberration, l'aveu suivant : une femme, célibataire, ayant 3 enfants dont 2 conçus par IAD (Insémination Artificielle par Donneur) déclarait : "je ne pouvais trouver un homme pour notre famille (!!!) alors je suis allée voir un médecin".

Biologisation et deshumanisation de la procréation

On assiste aujourd'hui à une *sauvage "biologisation de la paternité"* dans les "indications masculines pures" de la FIV, ayant pour (seul) objet de confirmer des hommes dans leur capacité de géniteur. Pour ce faire, on a recours à des "sophistications" techniques non dénuées de risque pour la femme (injection de spermatozoïde dans la zone pellucide de l'oeuf et technique associée de pénétration de l'ovocyte -zona drilling et zona stripping-). Ces techniques étant d'ailleurs peu efficaces. On entre dans l'ère de la "bio-idéologie" au nom du désir-enfant-biologique-du-conjoint.

Ce fait est tout à fait unique dans les annales de l'histoire de la médecine que de voir s'imposer aussi rapidement une pratique expérimentale, ayant un taux d'échec aussi élevé et n'ayant pas fait la preuve de son innocuité.

Il aura fallu 20.000 tentatives pour obtenir les 3 premières naissances par FIV soit un taux de succès de 0,015 %. Depuis, ont été réalisées 300.000 tentatives sur des personnes qui ne sont *ni malades, ni en danger de mort* et qui ont de plus payé des milliers de dollars pour être les cobayes de ces expérimentations. On est bien loin du respect de la démarche scientifique, des règles internationales normalement exigées pour l'expérimentation sur l'homme.

En terme de coût le prix de revient d'une FIV est 45 fois supérieur à celui d'une conception normale. Selon Wagner (OMS) une FIV revient environ de 40.000 à 60.000 dollars US. Il faut comparer ces coûts à ceux des programmes de prévention des causes principales de stérilité et d'infertilité (MST). Ils sont réellement exorbitants et déséquilibrent gravement les budgets affectés aux recherches en la matière, au profit de techniques peu performantes, risquées et dont le bénéfice est reporté sur beaucoup moins de couples. A l'échelle internationale dans une perspective de santé publique, ces coûts sont prohibitifs et un non-sens. Aux USA (rapport de l'Office of Technology Assessment) les dépenses relatives au traitement de la stérilité et de l'infertilité étaient en 1987 de 1 milliard de dollars dont 66 millions pour la FIV soit 7 % des dépenses totales pour moins de 1 % des couples infertiles traités.

Il faut impérativement s'interroger, il en va de la survie de notre civilisation, sur l'intérêt de "fabriquer", avec des coûts énormes, des enfants dans l'hémisphère nord alors que dans le même temps 40.000 enfants par jour meurent de maladies et de malnutrition dans la moitié sud du globe.

On s'excite au nom d'une volonté d'engendrer qui est en passe de s'imposer comme un droit, un impératif et même une indication médicale.

Jean Cohen -gynécologue français- reconnaît que *"si on avait jugé le bien-fondé de la FIV sur les arguments dont on disposait à l'époque, jamais on ne l'aurait permise"*.

La FIV n'a jamais été vraiment permise, elle a été imposée par coups de forces successifs.

Aujourd'hui seulement, on commence à s'inquiéter de cet emballement dont le coût social est démesuré eu égard aux résultats. Il est paradoxal de voir encouragées des technologies si peu efficaces prétendant traiter des stérilités socialement construites dont par ailleurs on limite si peu l'élargissement et la diffusion (MST et leur contexte...).

On peut garder en mémoire quelques réflexions qui sont une invitation à la rationalité dans un domaine où a primé jusqu'alors la passion avec des débordements dont on s'inquiète maintenant mais un peu tard.

Cet aveu de Claude Sureau - Président du Comité français pour l'étude des problèmes éthiques en reproduction humaine de la FIGO (*): *tout le traitement de la stérilité n'est-il pas affaire de convenance, puisqu'on peut sans grand dommage demeurer sans descendance*".

"La stérilité n'est pas une vraie maladie : en guérit-on d'ailleurs avec un enfant ? La plupart des femmes entrent en bonne santé dans les programmes (de procréation médicalement assistée) pour résoudre un problème : l'absence d'enfant ; or elles en sortent et malades physiquement et malades psychiquement, et enfin dans la grande majorité des cas, sans enfant" (Stéphanie-Marie Barbeillon in Vie et Procréation, T. II, 1988/1989).

(*) Fédération Internationale de Gynécologie Obstétrique.

- II -

EUTHANASIE : L'EXPERIENCE
HOLLANDAISE

Richard FENIGSEN

(*)

L'arme dialectique utilisée pour influencer le public, les médecins et les législateurs, afin d'ouvrir le chemin à la légalisation de l'euthanasie, c'est le terme euthanasie *volontaire* : un terme plein de connotations suggestives comme le droit à l'autodétermination, la liberté de choix... Cependant, c'est pour de graves raisons que la civilisation occidentale a toujours rejeté l'euthanasie *volontaire*. Ces raisons continuent d'être valables, aujourd'hui tout comme demain.

Pas si volontaire que cela

Il est nécessaire de rejeter l'euthanasie *volontaire* car le prétendu caractère volontaire est toujours douteux et souvent faux. En Hollande des médecins ont essayé de forcer les patients, les épouses leurs maris, les époux leurs épouses, afin de les conduire vers l'euthanasie *volontaire*.

Ce ne sont pas ces cas flagrants qui sont les plus graves mais tous les autres. Pendant vingt ans, la population hollandaise a été soumise à une propagande insistante en faveur de la mort. On a utilisé les termes les plus élogieux pour qualifier la demande de sa propre mort, on la qualifie d'acte *courageux, intelligent, progressiste*. On n'a pas menagé les efforts pour convaincre les gens que c'est cela qu'il faut faire, que c'est cela que la société attend d'eux, que c'est cela qui est le mieux, pour eux et pour leurs familles. Le résultat, c'est comme le Procureur général T. M. Schalken l'a affirmé en 1984, que «*les vieillards commencent à se considérer comme une charge pour la société et ils se croient dans l'obligation de se poser le problème de l'euthanasie ou même de la demander*».

Récemment, l'Association des patients hollandais a présenté au Parlement des documents qui prouvent la forte pression exercée sur les malades, aussi bien de la part de médecins que de leurs familles, afin d'envisager l'euthanasie. Il est quand même frappant que les médecins qui pratiquent l'euthanasie aient tué tellement de patients à la demande des intéressés (un médecin parle de 17 personnes), tandis que d'autres, plus traditionnels, n'ont pas encore entendu formuler une telle demande

(*) Cardiologue, le Docteur FENIGSEN exerce à l'Hôpital Willem-Alexander, de Hertogenbosch (Hollande). Il est l'auteur du livre Euthanasie, bonne mort ? (en hollandais).

par leurs patients. Lorsqu'il s'agit d'évaluer les milliers de demandes d'euthanasie *volontaire* qu'on prétend dénombrer en Hollande, il faudrait prendre en compte l'influence de cette propagande et des médecins qui poussent à l'euthanasie.

Changement d'attitude face à la vie

Il faut aussi rejeter l'euthanasie *volontaire* parce que, contrairement à ce que croient beaucoup de ses partisans, *elle est inséparable d'autres formes d'euthanasie manifestement non volontaires.*

Le phénomène hollandais d'euthanasie *volontaire* massive ne peut être compris que dans le contexte plus large d'un changement d'attitude face à la vie humaine, et d'autres manifestations de cette nouvelle mentalité : la médecine "*taigetienne*" et la pratique de la crypto-euthanasie. Laisser mourir volontairement certaines personnes est une pratique répandue. On y arrive en refusant à ces personnes le traitement nécessaire pour leur survie. J'appelle "*taigetienne*" cette façon d'agir, à cause de la chaîne de montagnes de Taigeto, près de Sparte, où les nouveaux-nés qui n'étaient pas suffisamment forts, d'après le jugement des magistrats de la ville, étaient abandonnés pour qu'ils meurent.

Chaque année les médecins hollandais laissent mourir au moins 300 nouveaux-nés handicapés; ils privent du traitement chirurgical, nécessaire pour corriger leurs infirmités cardiaques congénitales, les enfants atteints du syndrome de Down, en refusant d'utiliser l'anesthésie; ils refusent d'implanter un stimulateur cardiaque aux patients de plus de 75 ans; ou de traiter les oedèmes pulmonaires aigus des vieillards et des personnes qui n'ont pas de proches parents. Certains médecins justifient leur conduite, avec des arguments de ce style : le mieux pour ces malades est de mourir le plus vite possible ; que la société ne doit pas être écrasée par la charge que suppose le maintien en vie de ces personnes. Ces décisions sont prises sans le consentement des malades et même contre leur volonté.

La peur

Il faut aussi rejeter l'euthanasie *volontaire* parce qu'elle conduit à une *sinistre dégradation de la société*. Au lieu du message qu'une société vraiment humaine devrait transmettre à ses membres : «Tous ont droit à une place parmi nous; nous désirons que vous soyez parmi nous, tous et chacun de vous», la société qui accepte l'euthanasie, même dans sa forme la plus *souple et volontaire*, est en train de dire à ses membres : «Cela ne nous dérange pas que vous ne soyez plus parmi nous». Ce message atteint non seulement les vieillards et les malades, mais aussi les faibles et ceux dont l'existence dépend des autres.

Un groupe de handicapés graves d'Amsterdam écrivait dans une lettre adressée aux commissions parlementaires de la Santé et de la Justice : • *nous nous sentons menacés de mort... Nous nous rendons compte que nous coûtions beaucoup d'argent à la société... Beaucoup pensent que nous ne servons à rien... souvent on nous incite à désirer la mort ... Il serait très dangereux et inquiétant que la nouvelle*

législation médicale permette l'euthanasie» . Dans leur peur, ils ne distinguent pas l'euthanasie *volontaire* et involontaire.

Une étude réalisée parmi des patients hospitalisés a montré que beaucoup de patients avaient peur de leurs propres familles, parce qu'elles pourraient demander l'euthanasie ou les pousser à la demander. Parce qu'ils éprouvent cette crainte, des vieillards refusent d'être internés dans des asiles, d'être hospitalisés, de voir le médecin ou simplement de prendre des médicaments. De pathétiques efforts sont faits pour échapper à la mort médicale imposée. L'Association Schuilplaats a imprimé des *déclarations de volonté de vivre*. Il s'agit d'une carte que chacun porte sur soi, où il est écrit : *le soussigné manifeste qu'il ne désire pas qu'on lui applique l' euthanasie»*. Cela veut dire que, lorsque sa propre vie est en jeu, on n'a plus confiance dans la protection de la loi.

D'autres dégradations sont à craindre si le mouvement en faveur de l'euthanasie, après avoir obtenu la légalisation de l'euthanasie *volontaire* réussit à imposer ses autres objectifs déclarés.

La proposition d'euthanasie pour les nouveaux-nés handicapés prétend que les médecins, qui agissent sous le contrôle de l'Etat, accordent à certains citoyens nouveaux-nés la permission de vivre et imposent à d'autres la liquidation. Pour exister, un être humain a besoin de l'accord du gouvernement : c'est une inversion du principe démocratique suivant lequel pour exister les gouvernements doivent avoir l'approbation du peuple.

Fausse s promesses

Il est également nécessaire de rejeter l'euthanasie volontaire parce que ses promesses sont fausses. On dit que l'euthanasie évite au malade l'agonie qui précède la mort et les souffrances d'une maladie prolongée. Mais ce n'est pas le cas. Lorsque Wibo van den Linden a filmé les préparatifs pour l'euthanasie volontaire d'une malade, près d'un million de Hollandais ont pu voir l'angoisse croissante et le désespoir de la malheureuse dame au fur et à mesure que le jour prévu pour l'exécution arrivait.

Des millions de personnes meurent d'une mort naturelle, dans l'incertitude, la peur et l'espérance, mais considérés comme des membres aimés d'une famille, de la communauté humaine; entourés de ceux qui luttent pour les conserver en vie. L'euthanasie au contraire provoque une souffrance psychologique extrême : l'excommunication, l'exclusion de la vie d'une personne de la communauté des vivants.

Des erreurs fatales

Il faut aussi rejeter l'euthanasie volontaire à cause du contraste fondamental entre l'insécurité des jugements humains (et médicaux), faillibles par nature, et la sécurité de la mort provoquée.

Les médecins ont rejeté traditionnellement l'euthanasie parce qu'ils étaient conscients du fait que nous commettons des erreurs, que les diagnostics ne sont pas certains, et les pronostics notoirement peu

fiables. L'erreur dans le diagnostic d'une maladie mortelle demeure une possibilité bien réelle.

Mener à terme l'euthanasie, sur la base d'un diagnostic qui peut très bien se révéler faux, est aussi scélérat que stupide. Nous ne savons pas avec quelle fréquence cela arrive en Hollande, parce que les partisans de l'euthanasie et les médecins qui la pratiquent n'ont pas accepté la proposition de F. L. Majler de vérifier chaque cas par une autopsie.

D'ailleurs, dans la pratique de la médecine, comme dans toute autre activité humaine, on commet des erreurs. L'erreur d'un médecin est toujours déplorable. Mais elle peut être excusée s'il essayait vraiment d'améliorer la santé du malade. Parfois, l'erreur peut être réparée. Mais l'erreur d'un médecin lorsqu'il pratique l'euthanasie (et ceux qui pratiquent l'euthanasie font autant d'erreurs que les autres sinon plus), est impardonnable et irréparable : le patient est mort.

Voici le cas d'un interne d'hôpital de Rotterdam qui n'est pas seulement un crime, mais une erreur professionnelle impardonnable. Il a décidé d'appliquer l'euthanasie active et involontaire parce que le patient était dans un état de semi-conscience, passant outre le fait que cet état était dû à un tranquillisant que lui même avait donné. Dans l'unité de soins intensifs de la section de maladies respiratoires de l'hôpital universitaire de Leiden, une patiente, qui était en train de récupérer de manière satisfaisante après une intervention chirurgicale à la poitrine, est morte d'un arrêt respiratoire, parce que l'infirmière de garde a dit au médecin qu'il y avait un accord pour ne pas la réanimer. Plus tard on a su que l'accord ne concernait pas cette patiente mais une autre.

La demande du malade

La demande du malade lui-même n'est pas nécessairement la base ferme sur laquelle l'euthanasie volontaire prétend se fonder. Toute personne, dans un moment d'angoisse, peut exprimer des désirs qu'elle rejettera le lendemain. Le seul patient qui m'a demandé l'euthanasie, au cours de mes trente six ans d'exercice professionnel, s'est rétabli d'une maladie presque mortelle (plusieurs arrêts cardiaques dus à une embolie pulmonaire multiple), et pendant les six années qu'il a fréquenté ensuite mon cabinet, il ne m'a jamais plus parlé de la demande faite dans un moment de désespoir.

On sait, en outre, que demander la mort signifie très souvent quelque chose d'autre : il peut s'agir d'une demande d'aide, de compréhension, une tentative de dramatiser la situation. Même lorsque quelqu'un demande la mort avec emphase et insistance, par écrit ou en présence de témoins, on ne peut pas exclure, au moins, qu'il est en train de demander de l'aide, que l'on s'occupe de lui.

Il faut rejeter l'euthanasie volontaire parce qu'elle est *totale*ment *superflue*. Pendant toute ma longue carrière de médecin hospitalier, je me suis occupé de milliers de patients ; bien malgré moi, des centaines sont morts. Ils avaient besoin d'un appui, d'un soulagement de leur douleur, de leur difficulté de respirer ou de leurs nausées. Jusqu'au dernier moment de conscience, ils avaient besoin de se sentir membres de la communauté humaine ; de partager avec nous tous notre destinée

commune, nos craintes, nos incertitudes et nos espoirs. Aucun n'a eu besoin de l'euthanasie, et à la seule exception dont j'ai parlé, aucun ne me l'a jamais demandée.

Il faut soulager la souffrance autant que possible. Les drogues employées pour atténuer la douleur, ou les anticonvulsivants qu'utilisent les malades qui ont souffert d'arrêts cardiaques, peuvent abrégé la vie d'une personne, en paralysant sa respiration. C'est un risque que nous prenons, mais ce n'est jamais notre intention. On ne doit jamais appliquer un traitement qui soit plus douloureux que la maladie elle-même. J'arrête le traitement lorsqu'il ne sert à rien. J'arrête ou j'interromps aussi le traitement lorsque le patient me le demande. Mais dans ce cas il faut prendre en considération certains aspects.

Tout d'abord, il y a des cas où le refus du patient est mal fondé, et où il n'y a pas moyen de le lui expliquer. Les deux seuls cas dont j'ai une expérience personnelle sont les suivants : un patient qui a perdu connaissance à cause d'une hémorragie provoquée par un ulcère du duodénum, après avoir refusé l'intervention chirurgicale ; et une rechute de fibrillation ventriculaire chez un patient encore conscient, qui avait déjà été soumis à une défibrillation, et qui a refusé d'être soumis à un nouveau choc électrique. Dans ces circonstances, j'ai agi contre la volonté du patient et j'en assume la responsabilité : je préfère qu'une personne vivante porte plainte contre moi plutôt que d'accepter de faire ce que le patient veut et permettre ainsi une mort inutile.

La situation est différente lorsqu'il y a urgence et que le refus du malade de suivre le traitement semble bien fondé. Même dans ces cas, nous ne devons pas nous contenter du refus. Au contraire, il faut tâcher d'encourager et de convaincre. Si nous n'obtenons rien, au moins nous aurons montré au patient que le médecin ne l'a pas abandonné.

Déconnecter le respirateur artificiel est une option très discutée. Cependant, beaucoup de patients se rétablissent lorsque la machine est déconnectée. D'autres meurent à cause d'une pneumonie, d'une arythmie cardiaque ou d'une déficience rénale. Parfois leur mort est due au fait que nous n'avons pas su régler les fonctions du corps, l'équilibre acido-basique, les liquides et les électrolytes, ou encore les mécanismes régulateurs naturels. Etant donné le nombre très réduit de malades qui ont besoin de l'usage indéfini de la respiration artificielle, ils devraient pouvoir l'obtenir. On se trompe quand on *s'empresse de décider, de faire quelque chose*. Une société qui peut se permettre d'avoir 20.000 respirateurs, peut aussi se permettre l'usage de respirateurs dans cent cas sans espoir. Ce que la société ne peut jamais se permettre c'est une justification légale et morale de tuer.

- III -

LES ENFANTS, RICHESSE DU MARIAGE

Mgr Cormac BURKE

(*)

Dans les demandes d'annulation de mariages qui parviennent au Saint-Siège, le défaut de vrai consentement est l'une des raisons souvent invoquées : l'un des conjoints aurait, au moment du sacrement, exclu secrètement ou explicitement, l'un des trois biens traditionnels du mariage. Ces trois valeurs sont : le *bonum fidei*, c'est-à-dire la fidélité à une personne donnée : l'union conjugale est unique ; le *bonum sacramenti*, c'est-à-dire la permanence du lien conjugal : l'union est indissoluble ; enfin le *bonum prolis*, c'est-à-dire la progéniture : l'union est fructueuse.

Comme il y a un aspect d'obligation dans chacun de ces biens, ou valeurs, on conçoit que les juges ecclésiastiques -dont je suis- s'attachent à déterminer si la personne concernée a réellement accepté ces obligations en se mariant.

Mais si l'on met trop l'accent sur le caractère obligatoire de ces biens, le risque n'est pas mince - l'obligation étant généralement jugée pesante - que l'exclusion de la fidélité, de l'indissolubilité ou des enfants soit considérée comme prévisible et, somme toute, naturelle.

Or cette exclusion est surprenante précisément parce qu'elle n'est pas naturelle ! Elle n'est pas naturelle parce qu'il n'est pas logique de refuser les obligations ou les responsabilités qui accompagnent nécessairement l'acquisition d'un bien. Au contraire, plus le bien acquis en vaut la peine, plus il compense par lui-même le poids qu'il entraîne.

Par exemple, l'achat d'une voiture implique son entretien et le respect du code de la route ; pourtant la plupart des gens considèrent qu'avoir une voiture est une bonne chose malgré les charges correspondantes, et qu'ils s'enrichissent par l'acquisition d'une, deux ou trois voitures s'ils peuvent se les offrir.

Remercions Dieu d'avoir inspiré à saint Augustin l'heureuse idée de décrire les éléments essentiels du mariage comme des «bons», des biens, des choses bonnes ! Remercions Dieu que Jean Paul II ait parlé de l'indissolubilité du mariage comme de quelque chose

(*) Cormac BURKE est né en Irlande en 1927. Prêtre et Docteur en Droit Canon, il est depuis 1986 auditeur du Tribunal de la Rote à Rome.

d'heureux, que les chrétiens annoncent au monde : «Il est nécessaire de reconfirmer la bonne nouvelle de la nature définitive du lien conjugal» (Familiaris consortio, 20).

*
* *

La fidélité et les enfants sont des biens et l'indissolubilité est une grande nouvelle ! Ce qu'enseignent l'évêque d'Hippone et le pontife romain doit faire réfléchir : la réflexion ainsi conduite amènera sans doute à (re)découvrir qu'il fait midi en plein jour... Il est vital pour l'avenir du mariage et de la famille que les bona matrimonialia, les biens du mariage, soient pris pour ce qu'ils sont, exactement de bonnes choses.

Chacun de ces biens en est vraiment un parce qu'il contribue efficacement, non seulement au bien de la société, mais aussi à celui des époux : grâce à eux, ils s'épanouissent, ils mûrissent leur amour. Les époux s'améliorent, ils deviennent davantage maîtres d'eux-mêmes, plus généreux, ils grandissent dans l'amour. Ceci, faut-il le souligner, est le bien ultime que nous devons tous rechercher et développer : la capacité d'aimer.

Comment comprendre vraiment que ces biens sont de bonnes choses, qu'ils sont désirables, qu'il est naturel de les *vouloir*.

Naturel ? Oui, parce qu'ils correspondent à la nature de l'amour humain. L'homme trouve toujours quelque chose de profondément bon à l'idée d'un amour : 1) dont il est l'objet privilégié et unique ; 2) qui durera toute sa vie ; 3) à travers lequel il est co-créateur et peut se perpétuer (et perpétuer plus que lui-même, comme nous le verrons peut-être une autre fois). En raison, précisément, de la valeur qu'il trouve à ces biens, il n'est pas naturel à l'homme de les craindre ; il est bien au contraire naturel de les rechercher et de les accueillir.

Il est naturel de vouloir que le lien conjugal soit exclusif, permanent et fécond. Il n'est pas naturel d'exclure l'un de ces trois éléments. Examinons cela d'un peu plus près.

La fidélité, l'exclusivité de l'amour, est un bien, car cela comble le cœur humain de pouvoir dire : «Tu es l'unique». C'est bien là la première affirmation, tout à fait personnelle, de l'amour conjugal. C'est en plus l'écho des paroles que Dieu adresse à chacun de nous : «Tu es à moi» (Is 43,1).

L'indissolubilité est un bien ; à la manière d'une demeure stable et confortable, d'un refuge : c'est le bien de savoir que cette appartenance réciproque, c'est du solide. Que cela exige parfois des sacrifices, tout le monde s'y attend, nous sommes ainsi faits, et tout le monde sent que cela est aussi un bien. *Il est naturel pour le cœur humain*, dit Jean Paul II, *d'accepter les exigences, même faites au nom de l'amour pour une personne*. Refuser la permanence de la relation conjugale est le fait d'une tête et d'un cœur curieusement faits !

*
* *

Le troisième bien, c'est le bonum proles, la progéniture, les enfants. La mentalité contraceptive, à laquelle l'encyclique de Paul VI *Humanae vitae* veut porter remède, pourrait bien être un mal fait à tout l'Occident. Les discussions ou les divergences de vues sur la moralité des techniques de contrôle de naissances ne touchent pas au cœur du sujet. Il ne s'agit là que d'un aspect du tableau d'ensemble.

Le mal véritable c'est que l'Occident en vient à considérer la limitation du nombre des enfants comme un bien. Il ne voit pas qu'il s'agit, en fait, de la privation d'un bien.

Je ne pense pas ici aux parents qui, pour des raisons de santé ou par manque de moyens... ont réellement besoin de l'aide des méthodes naturelles de contrôle et y recourent non sans regret. Je pense aux autres, qui pourraient avoir une famille plus nombreuse et choisissent librement de limiter son importance, sans réaliser la valeur du bien dont ils se privent. Ils préfèrent avoir moins de ces biens (matrimoniaux), les enfants, afin d'avoir davantage de biens matériels. Le style de vie - de plus en plus matérialiste - découle inévitablement de ce choix.

Mais les biens matériels ne suffisent pas à l'harmonie durable d'un mariage ; les biens matrimoniaux sont nécessaires, les enfants en premier.

Il y a en effet quelque chose de profondément bon dans l'aspect sexuel de l'union conjugale, ce qui fait son caractère unique. Ce n'est pas tant le fait de partager un plaisir qui est (ou n'est pas) sans pareil, mais le fait de posséder un pouvoir qui résulte de la complémentarité des sexes, et qui est certainement unique : le pouvoir de donner le jour à une vie nouvelle. L'homme et la femme ont normalement un désir profond d'une telle union sexuelle et ce désir-là est profondément enraciné dans la nature humaine.

Il est important de souligner aujourd'hui, dans toute sa plénitude, le caractère personnel de ce désir naturel, qui va bien au-delà du désir de s'affirmer ou de se perpétuer.

Quant à l'acte sexuel contraceptif entre époux, il peut n'être qu'affirmation de soi : chacun ne recherche alors que soi-même ; il ne trouve ni ne connaît vraiment l'autre, pas plus que quand il ne se donne pas vraiment à lui. Un vrai rapport conjugal, ouvert à la vie, c'est une affirmation d'amour de par sa nature même. Ce rapport affirme un mutuel amour conjugal et un réel don de soi, précisément dans le caractère unique et la grandeur du pouvoir sexuel que partagent les époux.

Le désir de se perpétuer est aussi quelque chose de naturel, dont la valeur est très grande du point de vue de la personne humaine. Ceux des modernes qui ne comprennent pas cela, ou qui ne le ressentent pas, se montrent plutôt dénaturés, dépersonnalisés. Dans le mariage, le besoin sexuel de procréer va en fait au-delà du désir de se perpétuer soi-même. Dans l'amour conjugal, ce désir naturel prend un tout autre sens. Ce ne sont plus deux moi qui veulent se perpétuer, peut-être égoïstement, mais plutôt deux personnes qui s'aiment et qui veulent perpétuer l'amour qui les attire l'une vers l'autre. Ces êtres peuvent ainsi avoir la joie de voir leur amour s'incarner, prendre chair

dans une nouvelle vie, fruit de leur connaissance mutuelle, à la fois spirituelle et charnelle (cf. Gn 4,1).

Deux personnes qui s'aiment veulent faire des choses ensemble : choisir, ou faire, ou acheter, ou donner en commun quelque chose qui sera à eux deux parce que ce sera le fruit d'une décision et d'une action communes. Qu'est-ce qui peut être davantage propre à un couple que ses enfants ? D'autres peuvent avoir une maison ou une voiture identique ou plus confortable ; personne d'autre qu'eux ne peut avoir leurs enfants.

*
* *

Le sculpteur taille dans la pierre inerte la statue qu'il a conçue. Seuls les parents peuvent créer des œuvres vivantes, chacune comme un monument unique à l'amour créateur qui les inspire et les unit.

A travers les monuments qu'elle érige au fil du temps, une société conserve la mémoire de grandeurs passées, afin qu'elles éduquent les générations qui se succèdent. L'amour des époux a besoin de témoins analogues. Lorsque la première ardeur s'évanouit, ou peut-être disparaît, au point que les époux en viennent à croire leur amour mort, les enfants demeurent. Ils sont les témoins vivants du caractère unique, indéracinable et total du don conjugal que les époux se sont faits dans le passé, quand c'était facile ; ils sont aussi un rappel pressant à le poursuivre quand c'est devenu difficile.

Dans mon travail à la Rote romaine, j'examine fréquemment des demandes de nullité alors qu'il s'agit en fait de mariages d'amour qui ont mal tourné parce que les conjoints ont délibérément retardé l'arrivée des enfants et privé ainsi leur amour conjugal de son support naturel.

Lorsque deux êtres passent leur vie "les yeux dans les yeux", les défauts qu'ils y trouvent finissent par leur paraître insupportables. S'ils avaient appris progressivement à veiller ensemble sur les enfants, ils découvriraient aussi les défauts de l'autre, mais ils auraient moins de temps et de raisons de les juger insupportables. Des époux ne peuvent évidemment pas surveiller ensemble une absence.

Ces absences programmées créent une dépression au centre de la vie conjugale de nombreux couples d'aujourd'hui, et ce vide conduit bien des mariages à l'auto-destruction. Pour qu'un amour conjugal se développe, il faut qu'il soit tourné vers d'autres regards et qu'il soit regardé par d'autres yeux - beaucoup d'autres yeux - nés de lui. Bien entendu, l'amour conjugal des couples naturellement stériles, auxquels Dieu ne donne pas d'enfants, doit aussi grandir. Pour ce faire, il doit lui aussi se dévouer aux autres.

L'amour conjugal a donc besoin du support des enfants : un ou deux peut-être, ou peut-être cinq ou six. Dieu seul sait ce qui convient à chaque famille. D'où la nécessité vitale où sont les époux de considérer cette question dans la prière, s'ils veulent la résoudre convenablement. Les enfants augmentent la force de l'amour conjugal : ainsi résiste-t-il mieux à l'inévitable relâchement, ou même à la

convenablement. Les enfants augmentent la force de l'amour conjugal : ainsi résiste-t-il mieux à l'inévitable relâchement, ou même à la disparition de l'amour passion. Alors ce lien, que Dieu ne permet pas à l'homme de rompre, est de moins en moins constitué par l'inclination qui porte les époux l'un vers l'autre, ou par les sentiments changeants qu'ils éprouvent, et de plus en plus par les enfants. Chacun d'eux est un fil de plus qui vient en renfort.

*
* * *

Lors de son passage à Washington, en octobre 1979, Jean Paul II rappela aux parents qu'il est « certainement moins grave de priver les enfants d'avantages matériels ou d'un certain confort que de les priver de frères et sœurs qui les aideraient à devenir plus humains et à apprécier la beauté de la vie à tous les âges et sous toutes ses formes ». Que les parents qui seraient enclins à limiter le nombre de leurs enfants méditent ces mots du pape à la lumière de cet enseignement de Vatican II : « Les enfants sont le don suprême du mariage et contribuent au plus haut degré au bien des parents eux-mêmes » (*Gaudium et spes*, n. 50). Ce n'est donc pas seulement les enfants déjà nés, mais aussi eux-mêmes que des parents peuvent priver d'« un bien » sans prix, d'un fruit incomparable de la vie humaine, celui de l'amour.

Il n'est pas rare d'entendre dire que « la limitation des naissances ou le planning familial est d'autant mieux adapté que les couples sont plus instruits ». Qu'on y prenne garde ou non, le fait d'accepter sans discussion une telle affirmation conduit à admettre en même temps toute une conception de la vie. Seul un système éducatif orienté, fondé sur des valeurs déterminées - plus exactement sur des non-valeurs - conduit les êtres humains à accepter facilement la limitation des naissances. Un tel système, peut-il être considéré comme chrétien, peut-on même dire qu'il est éducatif ? Newman disait, il y a quelques cent trente ans, que l'homme moderne était instruit mais non éduqué. Il est formé à remplir certaines tâches correctement, mais il n'est pas formé à penser au-delà.

Quels biens choisir ? Voilà ce qui est en question. Bien peu d'entre nous peuvent jouir de tous les biens de ce monde. Mais nous avons presque tous une certaine liberté de choix. Si je ne puis avoir le bien A et le bien B, je peux sans doute choisir l'un d'eux. Le choix sage, vraiment humain, se tourne vers le meilleur des biens et sait que ce choix l'enrichit c'est le choix d'une personne bien formée. Le choix moins humain ou raisonnable porte vers le moindre bien ; celui qui le fait ne sait peut-être pas qu'il se dupe lui-même et s'appauvrit. Tout cela s'éclaire à la lecture de ce passage de la sainte Ecriture : *J'ai placé devant toi aujourd'hui la vie ou la mort, la bénédiction ou la malédiction ; choisis donc la vie afin que vous viviez, toi et ta postérité* (Deutéronome 30,19). Pour ou contre la vie, oui ou non : il n'y a pas d'autre réponse possible. Qui ne s'interrogerait sur les choix actuels de l'Occident ?

Apprenant que le taux moyen de fécondité était de 1,7 en Occident, un de mes amis du Kenya disait : «Les familles occidentales doivent être très pauvres si elles ne peuvent pas avoir deux enfants» .

Ce n'est pas une réflexion d'expert, mais ce mot va loin. On peut le compléter par un autre, qui vient aussi d'un non-expert, occidental celui-là. En Angleterre j'ai fait récemment la connaissance d'un jeune ménage normal, qui désirait des enfants. Un premier bébé était né, mais une seconde grossesse longtemps attendue, ne parvint pas à son terme. Le père dut expliquer à son fils qu'il n'avait pas le petit frère ou la petite soeur tant désiré : «Tu sais, finalement maman n'aura pas de bébé». Acceptant les desseins de la Providence, il ajouta : «Peut-être est-ce mieux ainsi... ». L'enfant, lui, ne fut pas aussi docile : «Mais, papa, que peut-il y avoir de mieux qu'un enfant ?» Aucun planificateur ne peut prévoir ce qui se passe dans la tête des enfants ; leur sagesse n'est pas le moindre des biens du mariage !

Il n'y aura jamais rien de mieux que l'Enfant né à Bethléem il y a deux mille ans, qui partage avec tous les nouveaux-nés le bienfait de sa naissance, et qui aurait tant voulu le partager avec d'innombrables enfants qui ne sont pas nés et qui ne naîtront jamais.

L'enfant de mes jeunes amis avait donc un *juste sens des valeurs*. C'est-à-dire, selon *Humanae vitae*, ce que les époux doivent posséder d'abord en vue d'une pratique honnête de la régulation des naissances (*Humanae vitae*, 21). S'ils ne considèrent pas qu'un enfant est le plus grand des biens, et celui qui les enrichit le plus, les époux ne possèdent pas ce juste sens des valeurs. Nombreux sont ceux qui ne savent plus cette simple vérité que les enfants sont le fruit le plus personnel de leur amour conjugal, le plus grand cadeau qu'ils puissent se faire l'un à l'autre, en même temps un don de Dieu à chacun d'eux.

«Mais si nous avons un enfant de plus, nous serons tous moins à l'aise...» Vous pouvez difficilement dire que l'enfant refusé sera moins à l'aise, puisqu'il ne sera pas du tout - à moins que vous ne soyez de ceux qui se demandent si la vie est, par elle-même, un bien inappréciable pour le pauvre comme pour le riche.

"Mais nos autres enfants, ceux qui sont déjà là, auront la vie plus dure...» Croyez-vous ? Selon l'enseignement des papes, ce n'est pas vrai au regard des vraies valeurs humaines."Mais nous-mêmes ... Nos moyens ne vont-ils pas diminuer ? Notre vie être moins agréable...?» Certes, vous travaillerez sans doute davantage (beaucoup de gens travaillent aujourd'hui très dur pour acquérir des biens terrestres) ; mais la raison de ce surcroît de travail diminuera-t-elle vraiment votre bonheur ?

Lorsque j'enseignais et que cette question venait sur le tapis, j'ai souvent demandé à mes étudiants de réfléchir sur un petit tableau comparatif. C'était quelque chose comme ceci :

	Enfants	Voiture	TV et Magnéto-cope	Vacances Etranger
Famille A	2	2 ou 3	2/2	oui
Famille B	5	1	1/0	jamais

Ce tableau établi, je posais à mes étudiants la question suivante : «Quelle est la famille qui a le plus haut niveau de vie ?» Ils répondaient «La famille A, évidemment.» Je renouvelais ma question : «Laquelle de ces deux familles a le plus haut niveau de vie ?» Une légère hésitation se manifestait parfois. ... mais la réponse était la même. Je recommandais une troisième, parfois une quatrième fois. La perplexité s'installait, les hésitations devenaient plus fortes et l'un d'eux finissait par concéder : «Bien sûr, si vous admettez que les enfants font partie du niveau de vie...»

«Si vous admettez... » Il est temps, vraiment, d'admettre que les enfants doivent paraître à l'actif et non au passif de nos bilans! A l'actif et au passif, dites-vous? D'accord. Comme pour votre voiture! Car une voiture est un actif et un passif. Son acquisition et son entretien coûtent cher, exigent que vous vous en occupiez et réclament votre attention : comme les enfants. Votre décision doit en tenir compte : si vous choisissez ce qui a le moins de valeur, votre «niveau de vie» baissera.

«Qu'est-ce qui est le plus agréable ?» Voilà une question assez terre à terre et qui manque d'envolée. De ce point de vue, il est vrai qu'un grand nombre de gens dépensent beaucoup de temps et d'argent pour bien jouer au golf, avoir un joli jardin, ou utiliser leur ordinateur. Ils ne ménagent pas leurs efforts, ils lisent tout ce qui concerne leur passion, sans pour autant toujours obtenir le résultat escompté.

Ces gens ne voient pas que la paternité ou la maternité n'a pas de prix. Ils pourraient s'informer à ce sujet, il y a beaucoup d'excellents livres sur les enfants et leur éducation. Ils n'entendent pas l'appel à leur créativité dans ce qu'elle a de plus personnel, l'aventure de devenir co-créateurs. . .

Il est probable que quelque part, au fond de leur coeur, ils savent qu'un enfant est vraiment un bien et un don inestimable. Mais ils ont été formés à se défier de cette évidence. Il faut les aider à reprendre confiance. Leurs meilleurs guides seront des parents qui ont choisi ce bien que sont les enfants, dans toute la plénitude des bénédictions que Dieu a accordées à leur mariage. Dans *Humanae vitae*, Paul VI mentionne d'abord, en effet, parmi les époux qui exercent consciemment la paternité responsable, ceux qui ont la détermination réfléchie et généreuse de faire grandir une famille nombreuse.

Tant de familles souffrent aujourd'hui d'une privation délibérée, d'un appauvrissement volontaire qui vient du refus de la vie et des fruits de l'amour conjugal !

Cette stérilité est la conséquence de la volonté de refuser à l'amour des époux les fruits qu'il a conçus pour produire, et dont il a besoin pour se nourrir et pour survivre.

La riche société occidentale ne risque-t-elle pas de passer à l'histoire comme une société tombée en déshérence, où des peuples pourraient disparaître parce qu'ils auraient progressivement rejeté les véritables raisons que les hommes ont de vivre?

DROIT PROCESSUEL

JURIDICTION ET "JUDICATION" (1)

Par

Rafael DOMINGO
Université de Cantabria

Il peut sembler, sinon imprudent, du moins déconseillable d'inclure dans une étude un mot qui ne figure pas dans le Dictionnaire. Néanmoins, le thème même l'exige, puisque sa finalité est précisément de récupérer ce terme technico-juridique de "*judication*", et de l'intégrer à nouveau dans l'enceinte du procès.

Un des concepts les plus étudiés par les juristes a été celui de "juridiction", car n'importe quel système du procès qui n'éclaircisse pas d'avance le contenu de ce vocable demeure incomplet, quelle que soit la nature de la juridiction.

Un secteur doctrinal -inspiré par la féconde distinction d'Alvaro d'Ors entre *auctoritas* ou savoir socialement reconnu et *potestas* ou pouvoir socialement reconnu (2)- considère que l'essence de la juridiction se trouve dans l'*auctoritas*. Ainsi, par exemple, Gutiérrez de Cabiedes définit la juridiction comme "la fonction créatrice du droit pour le cas concret, moyennant le jugement, par des organes impartiaux revêtus d'autorité" (3). Serra Dominguez centre aussi "la caractéristique essentielle du jugement juridictionnel dans son attribut d'autorité" (4). Mais, sans aucun doute, le précurseur de ce courant doctrinal est Jorge Carreras, pour qui "dans la fonction juridictionnelle on peut distinguer clairement deux versants : d'une part celui qui demande des actes impératifs, pour la réalisation desquels est nécessaire la puissance concédée par l'Etat, laquelle est celle de la soumission des litigants et des tiers aux décisions du juge ; d'autre part, celle qui est totalement distincte de cette puissance, et qui aussi bien dans le passé qu'aux temps actuels peut être réalisée par qui manque de cette puissance où

(1) Sur ce même thème vid. le chap. IV. 2 de mon livre Teoria de la auctoritas (EUNSA, Pamplona 1987), 324 pp.

(2) Pour une liste complète de toutes les publications d'Alvaro d'Ors, soulignant celles qui parlent du concept d'*auctoritas*, V. Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors (EUNSA, Pamplona, 1987), pp. 35-86.

(3) Gutiérrez de Cabiedes, E., Una reflexion acerca del concepto de Derecho Procesal, en Estudios de Derecho Procesal (EUNSA, Pamplona, 1974), p. 55.

(4) Serra Dominguez, M., Jurisdiccion, en Estudios de Derecho Procesal (Ariel, Barcelona, 1969), p. 50. Vid. aussi El juicio jurisdiccional, *ibidem*, pp. 63 s.

imperium. C'est cet autre versant qui est le plus éminent et qui caractérise au plus haut degré la fonction du juge" (5)

Une position différente est adoptée par Victor Fairen et Juan Montero Aroca, entre autres, car, en ne distinguant pas l'autorité du pouvoir, ils considèrent que le terme qui caractérise le mieux la juridiction est celui de pouvoir.

"Le concept de juridiction -explique Fairen- ne s'épuise pas en lui attribuant la nature juridique de simple "pouvoir". Il s'agit d'un "pouvoir de juger et d'exécuter ce qui a été jugé" et ledit pouvoir se caractérise au sein des différents pouvoirs par sa qualité de "puissance", d'impliquer en lui-même une force de commandement -autorité- basée sur la supériorité d'un de ses éléments -le juge- sur les parties, par une autorité qui se manifeste, même avant le "juger" définitif -la sentence- dans tout ce que suppose l'instruction, la préparation du jugement, ce qui implique aussi un travail de juge, et qui se réaffirme dans l'exécution qui, ne l'oublions pas, est une partie intégrante du procès. C'est l'"*imperium*" qui caractérise ce pouvoir et lui confère la catégorie de puissance. Si l'on ne tient pas compte de cette nature, on commet l'erreur d'ôter son fondement à l'"*imperium*" ; la juridiction perd alors son caractère et devient une entéléchie" (6).

Finalement, il est intéressant de souligner un troisième courant qui considère que la chose jugée acquiert une indiscutable primauté au moment de qualifier la fonction juridictionnelle parce qu'elle se constitue en critère différentiel face à la législation et, surtout, face à l'administration (7).

Le terme juridiction provient du latin *jurisdictio*, et s'oppose à *judicatio*. Dans le procès romain, déjà avant l'époque classique, se trouvaient parfaitement séparées et coordonnées la *potestas* et l'*auctoritas*. En effet, alors que la *potestas* incombait au préteur, l'*auctoritas* était attribuée aux juges, et précisément par cette diversification des fonctions pour déclarer le droit, le procès se divisait en deux phases : une *in iure* et une autre *apud iudicem*. Dans la phase *in iure*, le préteur, revêtu d'*imperium*, admettait un procès déterminé et, d'une certaine manière, le préjugeait en fixant les présupposés auxquels devait s'en tenir le juge, même parfois en déniait l'action au demandeur. Une fois formalisé le procès moyennant la convention de la *litis contestatio*, l'affaire était transmise à l'autorité conventionnellement reconnue d'un juge privé, que les parties avaient désigné librement ou accepté.

Le juge était un particulier, non un fonctionnaire, car il n'avait pas une fonction publique officielle stable. Sa mission, dans cette phase *apud iudicem*, consistait à trancher une controverse conformément au

(5) Carreras, J., Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (Barcelona 1962), p. 111.

(6) Fairen, V., La potestad jurisdiccional, en Revista de Derecho Judicial, 51-52 (1972), p. 84. Vid. aussi Montero Aroca, J., Introduction al Derecho Procesal (Tecnos, Madrid 1976) pp. 22 ss.

(7) Vid. Allorio, Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria, en Problemi di diritto II (Milano 1957), p. 31 ; y Ramos Mendez, F., Derecho y Proceso (Bosch, Barcelona, 1978), pp. 138 ss. et bibliographie citée.

droit -à l'époque classique, conformément à une formule écrite et fixée dans la *litis contestatio* ce qui est évidemment le propre de son autorité, conventionnellement reconnue. Après la sentence, le prêteur menait à bien l'exécution, puisque le juge ne disposait pas de recours coactifs pour exécuter sa propre sentence.

La fonction du magistrat, qui pour le dire en termes modernes "fait justice", se nomme *iurisdictio* (de *ius dicere*), et celle du juge qui donne son opinion personnelle ou sentence, *iudicatio* (de *ius dicare*).

"*Dicere* et *dicare* -comme l'a si habilement montré d'Ors il y a plus de vingt ans (8)- sont deux verbes différents, malgré leur racine commune *dic*, qui est la même que celle du verbe grec *deiknymi*, "signale", et *dike*, jugement". *Dic*. fait référence à l'acte de déclarer formellement, d'où dérive son sens de réciter une formule pour que se produisent des effets juridiques déterminés. "*Dicere* -écrit l'auteur mentionné- signifie le parler solennel face au parler colloquial, mais en droit il a une application comme terme principal pour désigner les différentes formes de déclaration. Conformément à ce que l'on a dit, ce terme n'exprime pas à proprement parler une extériorisation d'une volonté interne, mais encore la détermination d'un objet : un acte, donc, non pas d'extériorisation mais d'objectivisation. Quoiqu'il soit commode de traduire *dicere* par "déclarer", *dicere* ne signifie pas vraiment éclaircir, déclarer ou manifester, ce qui implique l'extériorisation de quelque chose d'interne ou d'occulte qui est la volonté, mais "signaler" (9). *Dicere*, donc, a un sens large qui comprend l'ensemble des déclarations faites par le magistrat avec *imperium* (10) C'est pourquoi, la *iurisdictio* est la somme des déclarations de la puissance du magistratus pour la bonne marche du litige.

Dicare signifie aussi proclamer solennellement, par exemple et très spécialement, pour dédier quelque chose à une divinité ; mais, appliqué au juge, il est utilisé pour des déclarations privées, avec les effets personnels propres à l'autorité. De là, le mot *iudicatio* est utilisé pour désigner la sentence du juge privé qui déclare le *ius* dans un cas déterminé.

En résumé, le Droit romain classique différencia la *iudicatio*, déclaration d'autorité, de la *iurisdictio*, qui correspond à la puissance ; distinction qui peut être appliquée à la procédure moderne pour réussir à découvrir l'essence de la juridiction.

En effet, étant donnée l'actuelle confusion entre autorité et pouvoir, la distinction entre *iurisdictio* et *iudicatio* s'est aussi perdue, de sorte que les deux concepts sont exprimés avec le même terme : juridiction. Ainsi, la *iudicatio* -expression d'autorité- a été absorbée par le concept de juridiction -expression de puissance-. Pour pallier ce

(8) Vid. D'Ors, A., *Las declaraciones jurídicas en Derecho Romano*, en AHDE. 34 (1964) 565-573. Vid. aussi *De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho Foral*, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (CSIC, Roma-Madrid 1973), pp. 55-73.

(9) "Las declaraciones jurídicas...", pp. 566-67.

(10) Ceci explique que toutes les déclarations publiques du magistrat soient de *dicere ius dicere, addicere, edicere, interdicere*, etc.

problème linguistique, il m'a semblé opportun d'utiliser le mot "judication", car il provient directement de la *iudicatio* latine, car le *iudicium* est, avant tout, l'acte du *iudex* ou juge.

De cette confusion sus-mentionnée dérive l'opposition entre le courant doctrinal qui opine que l'essence de la juridiction doit se chercher dans l'*auctoritas* et celui qui considère que le trait caractéristique de la juridiction est la *potestas*. En effet, quand Carreras, Serra ou Gutiérrez de Cabiedes affirment que l'autorité est le fondement de la juridiction, ils ne sont en train de se référer, au fond, qu'à la *iudicatio*, tout en négligeant l'essence de la *iurisdictio*, qui est la *potestas*. Au contraire, quand Fairen ou Montero Aroca arrivent à la conclusion que la *potestas*, et non pas l'*auctoritas*, est le fondement de la juridiction, comme dans ce concept est aussi incluse la *iudicatio*, ils ne peuvent moins que se tromper, car la *iudicatio* se base sur l'*auctoritas*, sur le savoir juridique que l'on reconnaît au juge.

L'opinion doctrinale qui considère que l'attribut essentiel de la juridiction est la chose jugée souffre de la même erreur terminologique. En effet, la *res iudicata* se réfère à un *dicare* et non pas à un *dicere* ; elle est précisément le résultat d'une *iudicatio* et, partant correspond au domaine de l'autorité. Or, la juridiction bénéficie de la chose jugée *sicut instrumentum* pour exercer sa puissance. En langage aristotélicien on pourrait dire que la chose jugée est cause finale de la *iudicatio* et cause instrumentale de la juridiction. Ainsi, de même que le pinceau qu'utilisa Velazquez pour peindre "Las Meninas" ne sera jamais considéré comme l'explication de la grande beauté du tableau, de même la chose jugée ne peut non plus être érigée en essence de la juridiction. Cela veut dire que la juridiction utilise la chose jugée comme l'instrument qui habilite l'exercice de sa *potestas* et non pas qu'elle en constitue la *ratio essendi*.

L'essence de la juridiction n'est donc ni dans l'autorité ni dans la chose jugée, mais dans la puissance, car seulement celui qui a l'*imperium* a la juridiction. On pourrait dire que la juridiction est à la puissance ce que l'espèce est au genre. La juridiction est une des manifestations de la *potestas*, mais pas la seule, car celle-ci peut se manifester aussi sous la forme de lois, d'ordres, etc... Mieux : précisément parce que la juridiction correspond à la *potestas*, elle peut être considérée comme une fonction de l'Etat, parce que celui-ci, en tant que forme d'organisation sociale, n'a jamais d'autorité, mais seulement une puissance dont l'expression dans l'enceinte du procès est la juridiction. La *iudicatio* ou "jugement" correspond en revanche à l'autorité et, partant, jamais à l'Etat en tant que tel. C'est pourquoi la sentence n'est pas une manifestation de la puissance qu'éventuellement pourrait avoir un juge, mais de l'autorité, de son savoir juridique ; dans le cas contraire, un arbitre, qui manque de puissance, ne pourrait jamais trancher une controverse moyennant un arbitrage. Le fait qu'actuellement le juge soit un fonctionnaire avec une puissance déléguée ne signifie pas que la sentence judiciaire appartienne à l'enceinte de la puissance ; car la sentence, tant en Rome qu'au Moyen Age, au "Siècles des Lumières" ou en plein XXème siècle, est toujours l'expression d'un savoir juridique socialement reconnu, d'une autorité.

Tout en tenant compte de l'adage romain *omnis definitio periculosa est*, nous proposons donc les définitions suivantes :

La juridiction est la fonction de puissance -attribuée actuellement à l'Administration de l'Etat- qui consiste à trancher des conflits juridiques concrets, par rapport à la bonne marche de la justice.

La "judication", au contraire, est la fonction d'autorité -attribuée aux juges actuellement fonctionnaires de l'Etat ou aux arbitres- qui consiste à trancher des conflits juridiques concrets, spécialement moyennant des sentences.

J'emploie l'adverbe temporel "actuellement" parce qu'il n'est pas essentiel à la juridiction d'être attribuée à l'Administration de l'Etat, de même qu'il n'est pas indispensable que la *iudicatio* soit attribuée aux juges de l'Etat. Prenons un exemple en Droit du travail : une convention collective peut établir la création d'un tribunal qui tranche les conflits privés entre travailleurs ou entre travailleurs et employeurs, et lui attribuer une puissance pour exécuter la sentence en vertu de la force impérative de la même convention collective. Ce tribunal, en tant qu'avec son autorité il dicte des sentences, a la fonction judiciaire, la *iudicatio* et en tant qu'il peut les exécuter, grâce à une délégation de puissance, a aussi la juridiction. Actuellement de tels tribunaux ne peuvent pas se constituer, mais cela ne répugne ni à l'idée de juridiction ni à celle de *iudicatio* ni, oserais-je dire, à aucun esprit juridique qui, dans un futur proche, pourrait prendre en considération cette nouvelle initiative, sauf cas d'ordre public réservés, naturellement, à l'administration de l'Etat. Dans la définition de *iudicatio* je fais allusion aux juges et aux arbitres précisément pour bien souligner que ceux-ci ont exclusivement l'autorité (*iudicatio*) et non pas la puissance (*iurisdictio*).

Ce n'est qu'en maintenant séparées fonction juridictionnelle et fonction judiciaire que l'on comprendra la mission du juge moderne. De la différence entre "judication" et juridiction peuvent découler les conclusions suivantes :

1) L'expression "pouvoir judiciaire" est une *contradictio in terminis*. Le "pouvoir judiciaire" fut une formule employée par la théorie de la division des pouvoirs pour désigner le pouvoir de l'Etat délégué aux cours de justice, dont la mission était d'instruire un procès en cas de conflits civils et pénaux, fondamentalement. Ultérieurement cette terminologie fut reprise par presque toutes les constitutions libérales. Néanmoins, dans la perspective de la théorie de l'*auctoritas*, cette expression est confuse parce que l'adjectif "judiciaire" signifie "ce qui est relatif au jugement" et le jugement est expression de l'autorité, pas du pouvoir. Un qualificatif de cette sorte ne pourra jamais être appliqué avec précision au substantif "pouvoir". Le qualificatif "juridictionnel" nous paraît plus exact, précisément parce qu'il est le propre de la *potestas*. Il est donc préférable d'utiliser l'expression pouvoir juridictionnel, et non celle de pouvoir judiciaire ; et mieux encore celle de "puissance juridictionnelle", parce qu'il s'agit d'un pouvoir socialement reconnu.

2) Une fois distinguée la fonction judiciaire de la fonction juridictionnelle, la question de la distinction entre juridiction et administration perd de son intérêt.

Serra Dominguez, dans son article intitulé "jurisdicción", après avoir analysé les plus importantes opinions sur ce thème, observe comment toutes les théories échouent lorsqu'elles cherchent à expliquer la distinction mentionnée entre juridiction et administration. Il remarque que "la véritable pierre de touche de toutes les doctrines sur la juridiction est constituée par sa comparaison avec l'administration" (11). En effet, si l'on ne distingue pas la "judication" de la juridiction, il est impossible de différencier, à son tour, celle-ci de l'administration. Mais ayant établi la distinction entre les deux concepts, quelle nécessité peut-on avoir de séparer l'administration de la juridiction ? Le support juridique tant de l'une que de l'autre est la puissance, car la "judication" -qui seule relève de l'autorité- ne s'intègre pas essentiellement au concept de juridiction. C'est pour cela, que la seule différence entre la juridiction et l'administration est celle qui existe entre le genre et l'espèce ; la juridiction est une manifestation de l'administration *in genere*. De là que l'on parle, non sans exactitude, de "l'administration de la justice".

La "judication", en revanche, doit certes être différenciée de l'administration, mais cette distinction, dans la perspective où nous nous plaçons, n'offre aucune difficulté, car l'essence de l'administration est la puissance tandis que l'essence de la judication est l'autorité. Est également claire la différence entre juridiction et législation, bien que les deux concepts se fondent sur la puissance ; la loi a l'habitude d'être générale et abstraite et peut ou non se référer à des questions juridiques, tandis que la juridiction résout des conflits concrets, toujours juridiques. Les mêmes traits qui différencient législation et juridiction servent à différencier celle-là de la judication, mais l'on peut en ajouter un autre plus radical : la législation est le produit de la puissance et la *iudicatio*, de l'autorité.

3) Une autre conséquence qui dérive de la distinction entre judication et juridiction est de mettre en valeur le caractère confus de la classification entre organes juridictionnels et non-juridictionnels.

Administrativistes et procésualistes s'opposent quant au point de savoir quelle est la frontière entre l'organe juridictionnel et l'organe non-juridictionnel. Les procésualistes, jaloux de leur discipline, s'opposent à ce que des organes administratifs déterminés soient qualifiés de juridictionnels, alors que les administrativistes soucieux d'expansion continuent de militer en ce sens. A la lumière de la distinction entre juridiction et judication, nous proposons une nouvelle classification des organes, à savoir :

a) Organes judiciaires purs : ceux dont la fonction est exclusivement judiciaire (*iudicatio*) et qui sont donc revêtus, seulement d'autorité ; par exemple, le Tribunal de La Haye et les Tribunaux d'Arbitrage.

(11) Serra Dominguez, (cit. note 3), p. 55.

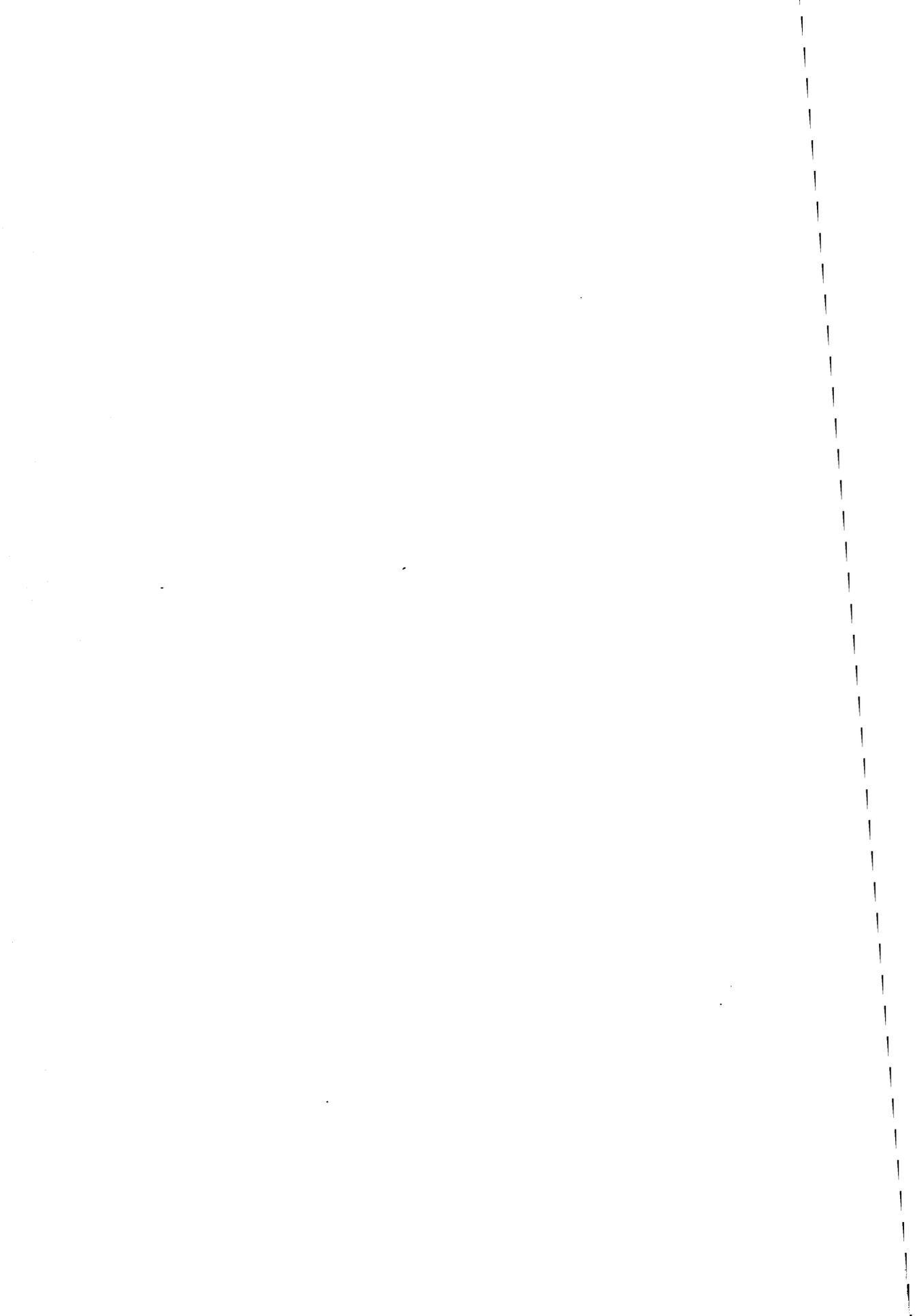
b) Organes d'administration de la justice ou judiciaires avec juridiction : ceux qui ont une fonction d'autorité unie à une autre de puissance (*iurisdictio*) ; par ex. la Cour d'Assises.

c) Organes juridictionnels : ceux qui ont exclusivement une fonction de puissance, comme le préfet. Quand un préfet répond à un recours administratif il le fait avec puissance et non pas avec autorité, car la résolution des recours administratifs appartient au domaine du pouvoir, bien que son contenu soit juridique, à la ressemblance de la loi.

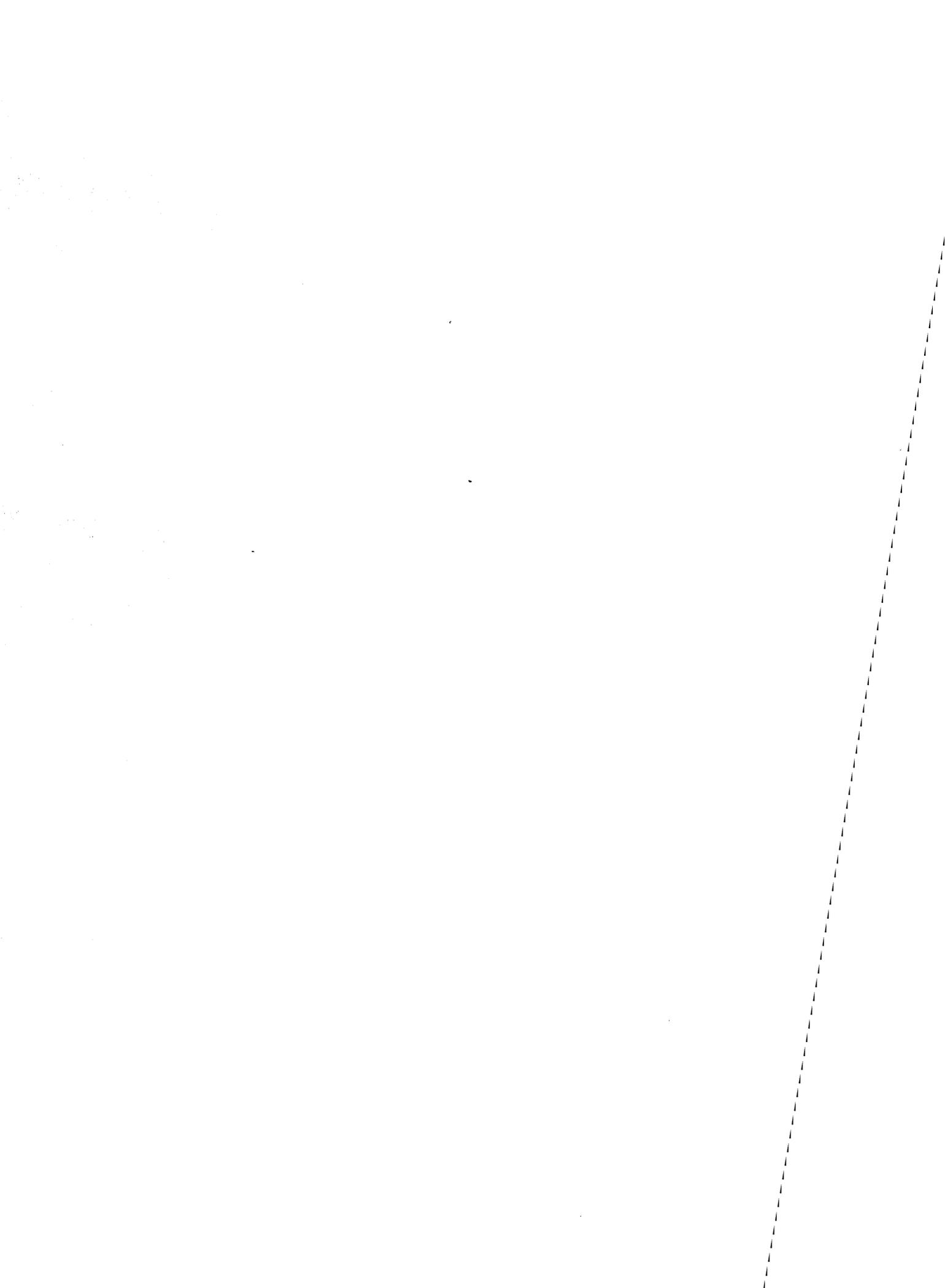
4) Mais faisons un pas de plus. Si l'expression pouvoir judiciaire est contradictoire et si, à son tour, la juridiction est partie intégrante de l'Administration, c'est-à-dire du pouvoir exécutif, les trois pouvoirs typiques de la théorie de la division des pouvoirs ne sont, en réalité, que deux : le législatif et l'exécutif. A cette conclusion, parvint aussi Montesquieu lorsqu'il affirma que le pouvoir judiciaire, à vrai dire, était "invisible et nul".

Le fait que l'on nie l'existence du pouvoir judiciaire tel qu'il a été conçu dans l'Etat moderne ne signifie en aucune façon une attaque de l'institution judiciaire, sinon plutôt tout le contraire, puisque je considère que la reconnaissance de son autorité, déliée de tout pouvoir, est le seul chemin qui existe pour garantir son indépendance et son rôle de limite face à la puissance, en ces moments actuels d'agonie du Droit (12).

(12) Traduit par Bruno Mateu.



DROIT COMPARE



LE CODE PENAL ISLAMIQUE SOUDANAIS DE 1983

Par

Hervé BLEUCHOT
Centre d'Etudes et de Recherches sur l'Orient Arabe Contemporain
(C.N.R.S.)

INTRODUCTION

Le code pénal soudanais de 1983 introduit dans le code pénal "laïque" de 1974 un certain nombre de dispositions puisées dans la *chari'a* (loi islamique). Ce code, toujours en vigueur, est un élément dans un ensemble de textes adoptés entre août et octobre 1983, de par la volonté du président Numeiri, aujourd'hui déchu. Ces textes furent ratifiés en novembre par une Assemblée du peuple désertée par ses membres non-musulmans qui, peu après, dénoncèrent l'opération comme anti-constitutionnelle et dangereuse pour l'unité nationale. L'opposition vint aussi d'une très large fraction de musulmans qui ne pensait pas qu'un Etat confessionnel fût une bonne chose pour le Soudan, ni même pour certains, une bonne chose en soi.

D'emblée on se pose une double série de problèmes quant à ce code. La première série est de l'ordre de la science politique : il s'agit de savoir pourquoi ce texte a été promulgué, eu égard aux circonstances historiques, politiques et économiques. Il faut expliquer comment l'appareil politique, dans la situation donnée, y répond par cette production juridique. L'analyse doit se poursuivre encore en décrivant comment le texte a été appliqué, comment la société a réagi à cette application et les nouveaux problèmes que cela pose. Cette recherche est globale : elle met en relation le niveau juridique avec la société totale. Ce travail a été fait (1) et bien fait pour le Soudan par un chercheur de haut niveau, en même temps qu'acteur dans la partie dramatique qui s'est jouée. On ne peut que renvoyer à son travail et se tourner vers la deuxième série de problèmes.

(1) Peter N. Kok : A Pilgrimage to Middle Ages : Numeiri's Islamic Laws. Dans une optique plus polémique : Mansour Khalid : Numeiri and the Revolution of Dismay, KPI, Londres, 1983.

Ce sont des problèmes plus spéciaux et plus intéressants pour le juriste : ceux des relations qu'entretiennent le texte avec les autres textes qui l'accompagnent, avec les con-textes. On pense certes d'abord aux autres textes provenant de la même source au même moment. En la circonstance pour le Soudan, les autres textes sont constitués par dix autres lois issues de la même vague d'islamisation (2). Mais ce n'est pas encore le plus intéressant car somme toute, ils ne sont que la reprise, l'extension aux branches du droit autres que le droit pénal d'une même série de causes ou de phénomènes, qu'on pourrait appeler l'esprit de l'islamisation de 1983. Leur confrontation avec le code pénal ne nous permettrait que de vérifier la cohérence de l'ensemble.

Le plus intéressant selon nous, et ce à quoi se consacre cet article, c'est la confrontation de ce code pénal de 1983 avec les textes "concurrents" : textes contemporains exprimant la même optique islamique mais émanant d'une autre source, comme le projet de code pénal égyptien, le projet de Sufi Abu Taleb (3) ; ou textes antérieurs venant de la même source soudanaise mais exprimant une optique différente, comme le code laïc soudanais de 1974 ; ou encore les textes historiques de la *chari'a* ceux dont en définitive on déclare surtout s'inspirer et qui, par la puissance du phénomène religieux sur les coeurs, fonde la légitimité du nouveau code et de toute l'opération de 1983 .

Cette recherche est donc une analyse des relations qu'entretiennent entre eux les éléments du niveau juridique. La comparaison du code de 1983 avec ses con-textes, nous permettra de suivre les choix qui ont été faits entre les différents corpus disponibles. Il en résultera une approche plus fine et plus précise des objectifs de l'islamisation de 1983 et de son esprit qui pourra corroborer -ou infirmer- ce qu'à partir des phénomènes socio-politiques globaux d'autres avaient déjà déduit.

Restait à organiser la matière pour l'exposer. On a essayé de combiner une démarche logique, normale pour une analyse juridique, et une démarche plus descriptive pour certaines parties. Cette option nous a semblé nécessaire, car le droit soudanais n'est pas très connu en France, les textes sont peu accessibles ou pas traduits, et le lecteur peut avoir des objectifs de recherche très différents des nôtres. Nous présenterons ainsi le code de 1983 comparé à ses con-textes (I), puis les principaux problèmes de droit pénal général (II) et de droit pénal

(2) Ce sont (d'après P. N. Kok) : 1) The Judiciary Act ; 2) The Reorganisation of the Attorney General Chambers Act ; 3) The Traffic Act ; 4) The Advocacy Act ; 5) The Civil Procedure Act ; 6) The Criminal Procedure Act ; 7) The Evidence Act ; 8) Commanding the Proper and Forbidding the Improper Act ; 9) The Judgements (Basic Rules) Act ; 10) The People Armed Forces Act ; au début de 1984 : 11) The Civil Transaction Act ; 12) The Zakat and Taxation Act. Il faut ajouter encore les douze lois instituant l'état d'urgence en avril 1984 dont neuf instituent neuf tribunaux d'exception. Nous donnons un aperçu des lois 7) et 9) un peu plus loin.

(3) Voir H.B. Le projet de Code pénal islamique en Egypte. Deutscher Orientalistentag Würzburg, Verhandlungsband, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1988, p 115-121.

spécial qu'il soulève, ces derniers constitués par des additions islamiques (III) et un accroissement de la répression (IV).

I - LE CODE DE 1983 ET SES CONTEXTES

Le code de 1983 entretient un rapport étroit avec le code de 1974 et avec la *chari'a* (loi islamique). Il convient tout d'abord d'en examiner globalement les différents aspects.

1. LE RAPPORT ENTRE LE CODE ANCIEN (1974) ET LE NOUVEAU (1983) (4)

La première partie, celle des dispositions préliminaires, est identique dans les deux codes. En principe le code pénal de 1974 est abrogé, mais "toutes les procédures (*ijra'ât*), les décrets (*awâmir*) et les règlements (*Lawâ'ih*), issus en vertu de ce code, sont effectifs tant qu'ils ne sont pas abrogés ou modifiés en vertu des dispositions du présent code" (art 2). La formule est celle du code de 1974 qui abrogeait lui-même le code de 1925.

Mais le code de 1983 est un décalque de l'ancien, comme on peut s'en rendre compte en comparant les sommaires des deux codes (cf annexe 1). Le rédacteur s'est contenté de couler les dispositions islamiques entre celles du droit laïc, en supprimant les contradictions dans la mesure du possible. Il a cherché à conserver la numérotation des articles, les définitions, la logique de l'ancien code. Le résultat est un "patchwork" qui ne manque pas d'incohérences mineures ou majeures. Il y a des répétitions (art 285 et 287, par exemple), des oublis (le titre de la neuvième partie manque), qui peuvent être graves : l'excuse de provocation, qui est admise à propos de l'homicide (art 249.4) et des violences et menaces (art 296/97), est absente à propos des coups et blessures. La raison en est que l'art 275, dans l'ancien code, a été remplacé par des dispositions islamiques sur les coups et blessures, et que par la suite on a oublié l'excuse de provocation dans le passage. Il y a bien d'autres incohérences qu'on signalera à l'occasion.

Le nouveau code, s'il reprend le plus souvent l'ancien, supprime pourtant les illustrations, rappel du système de la common law (5). Comme ces exemples illustrent les mêmes définitions il est probable que les juges s'y référeront et cela aurait du être permis et souligné par le nouveau code. De plus, les peines prévues par l'ancien code et qui étaient établies en fonction de la gravité des infractions se trouvent très souvent remplacées par la formule "le fouet et/ou l'amende

(4) Pour le code de 1983, texte au J.O. soudanais, supplément au n° 1320, du 9/9/83 (en arabe). Pour le code 1974 : Laws of the Sudan, Vol 9, p 1/148 (traduction officielle anglaise). Consulter aussi le sommaire des deux codes qu'on trouvera en annexe.

(5) Dans les années 1970, dans le but de rapprocher le droit soudanais du droit égyptien en vue de l'unité des deux pays, la common law a été abandonnée au profit d'un système de droit romano-germanique (égyptien). Voir les revues Sudan notes and Records et Sudan Law Journal and Reports.

et/ou la détention" sans que les maximum et les minimum soient précisés ; de sorte que les juges se référeront à l'ancien code (consciemment ou inconsciemment) pour estimer la gravité des infractions.

Le deuxième chapitre (art 5 à 40) donne une série de définitions qui sont reprises de l'ancien code et dont la fonction était de faciliter le maniement de la common law. Ainsi un texte au singulier peut s'appliquer à plusieurs personnes et inversement, de même le masculin et le féminin, etc, pour couper court à toute idée d'opérer des distinctions à la manière de la common law. Cette dernière a pourtant encore un rôle à jouer, à vrai dire restreint : la Loi sur les principes généraux des jugements lui réserve la dernière place, en appendice de la *chari'a*.

2. LES PRINCIPES D'INTERPRETATION DU CODE : RAPPORTS AVEC LA LOI ISLAMIQUE

a. La vérification du code par le juge.

Le dernier article du code (458) donne, dans quelques unes de ses dispositions, des "principes à observer" à l'usage du tribunal. Ce dernier doit d'abord "vérifier les dispositions et s'assurer de la validité du jugement par rapport aux normes de la *chari'a* spécialement en matière de *hudûd*" (§ 1 a) (6). Cela peut se comprendre aussi bien comme si le juge avait à vérifier le code tel qu'il a été fait que comme un appel à utiliser d'autres dispositions islamiques qui ne seraient pas présentes dans le code ; dans les deux cas il peut légalement se mettre en contradiction avec le code au nom de l'islam. Les deux interprétations sont valables et confirmées par la Loi de 1983 sur les principes généraux des jugements (7).

Cette dernière impose aux juges d'interpréter les lois suivant la *chari'a* (art 2). Elle précise que le législateur n'a pas voulu contredire la loi islamique (ce qu'il a fait pourtant comme on le verra). La pensée générale et les expressions des Lois de 1983 doivent être interprétées suivant le *fiqh* (droit musulman) (ibid). L'article 3, le dernier, prévoit que, "en cas d'absence de texte" ou "en dépit des textes", le juge doit "appliquer ce qu'il trouve comme dispositions certaines dans le Coran et la *sunna*" (tradition du prophète Muhammad) (art 3.a). A défaut, il doit pratiquer l'*ijtihâd* (la recherche de la Loi de Dieu) "en prenant pour guides les principes suivants, à utiliser de manière complémentaire et en tenant compte de leur ordre qui en indique la priorité". Ce sont tout

(6) Rappelons que le droit pénal musulman classique comprend le *qisâs*, le talion, où les peines sont fixées par la nature de l'infraction ; les *hudûd* (singulier : *hadd*), peines fixées par Dieu (et non pas les "peines légales", ce qui ne veut rien dire, toutes les peines sont légales) ; enfin les peines *ta'zîriyya*, qui sont les peines "discrétionnaires" ou encore "arbitraires", car elles sont à la discrétion du juge. Le juge musulman a le droit d'infliger un châtement léger, une réprimande, tel est le sens de *ta'zîr*, dans les cas où l'accusé n'entre pas exactement dans le cas d'une peine fixée (*hadd*) ou du talion.

(7) J.O. soudanais, supplément au n° 1323, p 1-3 (en arabe).

d'abord les trois moyens bien connus de la science des *ûsul al fiqh* (princiologie du droit musulman) :

- 1) le consensus des savants (*ijmâ'*),
- 2) l'analogie (*qiyâs*),
- 3) "l'appréciation de ce qui entraîne le bien (*sâlih*) et repousse les corruptions, appréciation à faire conformément aux intentions de la *chari'a* aux objectifs d'une vie légale (islamique) parfaite dans les circonstances de la vie actuelle". Ce principe, dit encore de *l'istislâh*, a servi parfois en droit musulman classique à justifier une certaine évolution.
- 4) Le juge doit suivre les principes "de l'indépendance dans son jugement, de la générosité dans son travail, de la modération dans les charges qu'il impose". La formule est inhabituelle.
- 5) Le juge doit ensuite suivre la jurisprudence des tribunaux si elle n'est pas contraire à la loi islamique et les *fatawâ*, c'est-à-dire les consultations juridiques que donnent les savants musulmans et en particulier le *mufîi* en matière de *chari'a*.
- 6) la coutume et les adages non contraires à la loi islamique et enfin
- 7) le principe de "la justice, l'équité et la bonne conscience". Cette formule redondante, bien connue des juristes soudanais, a permis l'introduction de la common law en Inde et au Soudan (8).

b. Autres dispositions.

Le § 1 b du code recommande la consultation (*chûra*) (des collègues ? ou des savants musulmans, c'est-à-dire des *'ulamas* ? Ce n'est pas précisé).

Le § 1 j est important : le juge doit réunir les preuves *char'i* (conformes à la loi islamique) et repousser l'application des *hudûd* en cas de doute raisonnable. Nous reviendrons sur ce point dans l'analyse de la partie islamique, en évoquant la Loi sur la preuve.

La troisième partie de l'article (458.3) rappelle qu'en cas de non-applicabilité d'une peine *hadd* ou de silence du code, le juge peut appliquer des peines discrétionnaires (*ta'ziriyya*). C'est évidemment le contrepied du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* qui exprime un des droits fondamentaux du justiciable et qui est inscrit dans la plupart des Constitutions et notamment dans la soudanaise. Le passage 458.3 ajoute, et c'est encore très important, que le juge peut appliquer n'importe quelle peine non inscrite dans le code et figurant dans la loi islamique. Ainsi se trouve applicable la peine pour *ridda* (apostasie de l'islam) bien qu'elle soit absente du code (9). Enfin le

(8) Cf Zaki Mubarak : The Common Law in the Sudan, Oxford, 1971, chap. 1. Par ailleurs Al Mukâachfi Taha Al Kabâchi, dans son livre Tatbiq ach chari'a al islâmiyya fi as sûdân baina al haqiqa wal ithâra, Le Caire, 1986, p 25-26, soutient que l'*ijtihad* n'est autorisé que dans le cas de silence de la loi. Mais il tronque le texte de la loi qu'il cite, ce qui évidemment facilite sa démonstration !

(9) Toujours en violation avec le principe *nulla poena sine lege*, mais plus efficace au niveau de la vie quotidienne, pour le harcèlement islamiste des gens, a été la Loi sur la commanderie du Bien et l'interdiction du mal, qui donnait, (selon P.N. Kok, nous n'avons pas le texte), aux chefs religieux, à certains enseignants

paragraphe 458.5 rappelle encore le principe qu'il "n'est pas permis d'expliquer n'importe quel texte de ce code par une interprétation qui contredirait la source islamique".

c. Comparaison avec le projet de code islamique égyptien.

La faiblesse du code soudanais de 1983 ressort bien si on le compare avec un autre code islamique, le projet de code pénal égyptien que soutenait le Dr Soufi Abu Taleb, code qui a été finalement rejeté.

Le projet égyptien, tout en faisant de larges emprunts au code pénal égyptien actuellement en vigueur, ne se contentait pas de le décalquer. Il y avait un véritable travail de création, de reclassement, une volonté manifeste de résoudre certains problèmes posés par le code actuel égyptien, même si à son tour le projet posait d'autres problèmes.

Le projet égyptien divisait les peines en deux groupes conformément au droit islamique : les *qisas wa hudûd* d'une part, et les *ta'ziriyah* d'autre part. Dans cette dernière catégorie, le projet égyptien faisait entrer tout ce qui vient du travail humain (codes, jurisprudence ..etc). Cela limitait l'arbitraire du juge puisque seul l'État était responsable de la fixation des peines arbitraires, et permettait de sauvegarder le principe *nulla poena sine lege*. Cela justifiait l'emprunt aux droits occidentaux, notamment français, ainsi que la création juridique tout en lui donnant un statut musulman. Dans le code soudanais tout est mis sur le même plan. Les peines *ta'ziriyah* sont vraiment arbitraires. Du coup celles qui ne sont ni *ta'ziriyah* ni *hudûdiyyah* n'ont pas de statut et sont injustifiables d'un point de vue musulman.

d. Critique d'ensemble.

Mais les dispositions interprétatives soudanaises recèlent une ambiguïté fondamentale. L'absence de référence à une école précise (ou à un rite) (10) ainsi que la référence à l'*ijtihad* semble indiquer que la création juridique du II^e siècle de l'hégire est rejetée. Or elle a fait l'unanimité. C'est l'argument que les plus rigoristes ont toujours opposé aux réformistes du XX^e siècle. Ces derniers voulaient réouvrir "les portes de l'*ijtihad*" pour faire un droit islamique moderne, acceptable, humain. Les législations modernistes (par exemple celles sur le mariage en Egypte ou le code tunisien de statut personnel de 1956) ont été vivement critiquées parce qu'elles mettaient en oeuvre le *talfiq* (mélange des dispositions de divers rites) ou parfois un *ijtihad*, le

et responsables, le droit d'obliger à certains actes (assister à la prière, donner l'aumône) ou en interdisant d'autres (manger pendant le mois de Ramadan, porter un vêtement "indécent"...). La désobéissance à ces injonctions peut entraîner l'amende ou la flagellation.

(10) Le Code de procédure pénale a annoncé que le ministère de la Justice enverra des circulaires pour préciser "le ou les rites" applicables (art 307, J. O. soudanais, supplément au n° 1320 du 20/8/83). Cette admission des rites par un autre code et qui sera faite à un niveau légal inférieur, n'enlève rien à l'objection que la principologie soudanaise n'est pas orthodoxe : "le ou les rites" signifie bien qu'on pratiquera l'*ijtihad* ou le *talfiq*.

plus souvent bien timide. Or les mêmes censeurs, ou presque, ont approuvé bruyamment l'islamisation du Soudan qui emploie les mêmes procédés. Ce n'est donc pas la fidélité à l'islam qui compte, mais autre chose.

II - LE DROIT PENAL GENERAL DANS LE CODE

Les parties relevant du droit pénal général dans le code de 1983 (2ème à 10ème parties) ont été simplement recopiées de l'ancien code. Deux problèmes méritent toutefois commentaire, le premier concernant le champ d'application du code, le second relatif à l'innovation majeure du code, la nouvelle échelle des peines.

1. LE CHAMP D'APPLICATION DU CODE SOUDANAIS : PRINCIPE ET REALITE

Le code punit toute infraction commise dans le territoire soudanais, y compris l'espace aérien et les eaux territoriales ainsi que dans tout avion ou vaisseau soudanais où qu'il se trouve. Il énonce partiellement la formule islamique classique que la personne punissable doit être "majeure, responsable, capable de libre-arbitre" (*bâligh, mukallaf, mukhtar*) (art 3).

Le droit pénal islamique classique s'applique en principe à tous les sujets du *dâr al islâm*, de la maison de l'islam, c'est-à-dire aux musulmans et aux "gens du livre" (*dhimmi*, les protégés chrétiens et juifs), à quelques nuances près selon les types d'infractions. Ce qui permet au code soudanais de donner en exergue une formule qui conserve l'apparence d'une non-discrimination religieuse. L'apparence, car le principe n'est pas maintenu, puisqu'il suivra le droit musulman dans les parties spéciales dans le code même (cf III.3)

Dans la partie concernant l'ordre public on trouve par exemple une modification qui mérite d'être signalée ici. L'article 242 sur les religions protégeait dans l'ancien code toute religion de manière à éviter un trouble de l'ordre public. La nouvelle rédaction de cet article ne protège que les religions "divines" ce qui manifestement exclut dans la terminologie musulmane l'animisme pratiqué par la majorité des non-musulmans dans le Sud (même dans les provinces du sud les chrétiens sont minoritaires). Il sera donc possible pour les zéloteurs de l'islam de troubler les cérémonies animistes, de salir les symboles de ces religions..etc.

La discrimination peut apparaître aussi, si le juge le souhaite, par application des principes d'interprétation du code, comme on l'a vu au précédemment. Ou encore par application de l'article 12 de la Loi sur la preuve (11) qui autorise le tribunal à refuser les témoignages non conformes aux principes de la *chari'a*, ce qui permettra aux juges de refuser par exemple le témoignage d'un non-musulman. La discrimination religieuse est ainsi réinstallée de manière doublement

(11) J. O. soudanais, supplément au n° 1323, 10/10/83, p. 4-23 (en arabe).

injuste : parce qu'elle l'est en soi, et parce que le juge peut en tenir compte ou pas.

2. LES PEINES NOUVELLES

La nouvelle échelle des peines a focalisé l'attention et à juste titre. L'échelle des peines qui comprenait dans le code de 1974 six mesures à savoir la mort, la confiscation des biens, la détention (*sijn*, prison), le placement dans une maison de redressement, l'amende et le fouet, se trouve maintenant augmentée des peines supplémentaires suivantes : la mort par crucifixion ; la lapidation ; l'ablation simple (i.e. de la main droite) ; l'ablation double (*min khilaf*, c'est-à-dire de la main droite et du pied gauche) ; la *diyya* (compensation pour le sang versé) qui peut être complète (fixée au prix de cent chameaux) ou partielle ; le talion ; le dédommagement ; le bannissement et l'interdiction de séjour ; la privation de droits (interdiction) (art 64). Un passage (art 64,3) précise que le mot "détention" dans le code peut signifier aussi "détention avec bannissement" ou "détention avec interdiction de séjour".." toutes les fois que cela correspond avec les dispositions de la loi islamique".

Les quelques dispositions que nous allons évoquer au paragraphe suivant ont une grande importance dans l'application du code : en effet, ce code supprime presque totalement l'échelle des peines de l'ancien code sans lui en substituer une nouvelle. Le droit islamique remettant tout à l'appréciation du juge dès qu'on sort des *qisâs wa hudûd*, le code s'est refusé semble-t-il à établir une échelle en fonction de la gravité des infractions. C'est en faire des peines *ta'ziriyâ* sans le dire. Le plus souvent toutes les peines de l'ancien code ont été remplacées par la formule "sera puni de flagellation et/ou d'amende et/ou de prison". La formule est écrite tantôt avec "et", tantôt avec "ou" selon une logique qui nous a complètement échappée, malgré nos comptages et nos recherches.

Voici donc ces dispositions :

1/ le juge doit (article 64.3) apprécier lui-même la gravité des infractions en fonction des circonstances chaque fois qu'il n'y a pas de maximum fixé par la loi en matière de détention (c'est un cas très fréquent). On a donc conservé ici la notion de circonstances atténuantes qui est inconnue en droit musulman. Mais on a ainsi laissé une grande marge d'appréciation au juge, qui peut ainsi infliger des peines allant de 3 mois jusqu'à 29 ans de prison pour presque toutes les infractions. C'est le rendre peut-être trop sensible à certaines "sollicitations" dans un sens comme dans l'autre...Il y a cependant le Code de procédure pénale qui apporte des limitations.

2/ la peine de flagellation reçoit la fixation d'un minimum (25 coups) et d'un maximum (100 coups) ; elle doit être retardée dans certains cas (froid ou chaleur intense, état d'ivresse, maladie) (art 64.8 et 9). Mais on a oublié la femme enceinte que le droit musulman classique n'oublie pas. L'ancien code, dans l'article 76, disposait un maximum de 25 coups applicable aux hommes seulement. C'était le seul châtiment corporel qu'il connaissait.

3/ l'amende s'impose toutes les fois que le coupable a profité de l'infraction (Art 64.5), mais il n'est pas clair de savoir si elle possible dans les autres cas. Autrement dit, devant la formule "flagellation ou amende", le juge a-t-il vraiment le choix ou doit-il n'infliger d'amende que si le coupable a profité de l'infraction ?

4/ l'art 64.11 dispose que les exécutions doivent se faire en public, en présence du juge, par les autorités pénitentiaires. Le paragraphe suivant (64.12) interdit l'application de peines symboliques (*ismiya*, formelles, nominales).

5/ le nouveau code interdit la détention pour les moins de 16 ans comme dans l'ancien code. Mais l'article 65 disposait dans l'ancien code que la peine de mort ne pouvait être appliquée aux jeunes de moins de 18 ans et aux vieillards de plus de 70 ans. Le nouveau code abandonne ces dispositions. Il rajoute que l'exécution de la peine de mort doit être retardée pour la femme enceinte jusqu'au sevrage de l'enfant, alors que l'ancien code n'en parlait pas.

6/ la détention à perpétuité était équivalente à 20 ans dans l'ancien code ; elle devient de 30 ans dans le nouveau code. Cette dernière disposition confirme ce qu'on pouvait déjà soupçonner : qu'il ne s'agit pas seulement d'islamiser un code, mais bien d'aggraver les peines à la faveur de l'islamisation. Autre confirmation, cette fois-ci *a contrario*, l'art. 35 : le calendrier légal du code islamique soudanais est le calendrier grégorien et non pas le calendrier hégirien comme on pouvait s'y attendre. Ce code n'est pas à l'évidence dicté uniquement par des motifs religieux, la religion sert de moyen.

III - LES ADDITIONS ISLAMIKES

Les parties spéciales sont aussi pour beaucoup une copie de l'ancien code, avec toujours l'écrasement de l'échelle des peines par la formule "le fouet ou/et l'amende ou/et l'emprisonnement". Toutefois des additions islamiques considérables sont introduites. Elles constituent l'essentiel du travail des rédacteurs du nouveau code, et il nous a paru nécessaire d'entrer dans le détail.

1. MEURTRE ET HOMICIDE : LE PRIX DU SANG

Le nouveau code reprend la définition de l'ancien dans l'article 246 pour définir l'homicide (*qatl*). Une explication de l'ancien code qui écartait l'avortement du cas de l'homicide n'est pas reprise, ce qui ramène l'avortement au cas général. Le code de 1983 distingue : le meurtre (*qatl 'amd*), l'homicide coupable sans intention (*chibh al qatl*) (en reprenant les mêmes définitions et explications des articles 247-250 de l'ancien code), et l'homicide involontaire (*qatl khata'*) qui n'est défini que bien plus loin (cf art 255).

L'article 251 nouveau punit le meurtre de "la mort ou de la *diya* si le *walî* de la victime y consent". Il s'agit du *walî ad-dam*, du vengeur, généralement le père ou le mari. Mais s'il n'y consent pas ? Imposera-t-il la mort ? Et si le juge choisit la mort, le *walî* peut-il

imposer la *diyya* ? Le code ne répond pas à ces questions (12). De plus le juge n'ayant pas la possibilité de choisir la détention à perpétuité comme dans l'ancien code, il n'a aucune marge de manoeuvre entre deux solutions extrêmes : la peine de mort ou la mise en liberté contre le paiement de la *diyya*. L'article 252 nouveau (sans correspondant dans l'ancien code) punit l'assassinat (*ghîla*) (non défini) de mort sans faire intervenir la *diyya*.

L'article 253 ancien punissait l'homicide coupable sans intention de détention à perpétuité. L'article 253 nouveau punit de mort ou de *diyya* sans parler du *walî ad-dam*, ce qui laisse sous-entendre que c'est le tribunal qui choisit sa solution (12).

L'article 254 nouveau modifie l'article 253A ancien qui lui correspond. L'ancien code qui disposait que l'infanticide immédiat commis par la mère en état de trouble psychologique ou pour éviter la honte d'une naissance illégitime était puni de cinq ans de détention ou/et amende. Le nouveau interdit d'infliger la mort mais sans dire la peine applicable. Le cas du père meurtrier y est assimilé, mais on n'exige pas de lui qu'il ait des excuses psychologiques. Comme on retombe dans l'art 251, que la mort est écartée, reste la *diyya* à payer. On a ainsi ajouté "la procédure pour les parents suit celle du père", formule qu'il faut probablement comprendre ainsi : les parents se substituent au père ou à la mère coupables pour toucher la *diyya*.

L'article 255 nouveau définit l'homicide involontaire (mort résultant d'un acte sans intention agressive) et l'article 256 nouveau le punit par le paiement de la *diyya*. Dans l'ancien code les articles 254/256 punissaient l'homicide involontaire en distinguant trois cas, suivant que l'acte qui l'a causé était plus ou moins agressif ou était un acte de négligence.

L'article 257 nouveau (complicité/incitation au suicide d'un mineur ou d'un dément) reprend le même texte que l'ancien en donnant les peines de l'article 251 avec les mêmes inconséquences. La suite du code reprend les articles de l'ancien pour la tentative, en substituant la peine de "flagellation ou/et amende et détention" (articles 258/261).

Les articles 262/267 traitent de l'avortement. L'ancien code avait une échelle de peines assez précise ou intervenait le consentement de la mère, la mort éventuelle de la mère ou de l'enfant, etc. Le nouveau code impose le paiement de la *diyya* chaque fois qu'une mort s'en est suivie, sans bien distinguer tous les cas. Ainsi tous les cas d'homicide se ramènent au choix entre la mort ou le paiement de la *diyya*.

La fin de la partie traite de l'abandon d'enfant, des sévices envers eux, etc. Les peines sont la flagellation et l'amende, éventuellement le *qisâs*, c'est-à-dire le talion.

(12) Nous n' avons pas trouvé la réponse non plus dans le Code de procédure pénale. J. O. soudanais. supplément au n° 1320 du 20/8/83.

2. BLESSURES ET MUTILATIONS : LE TALION

L'article 271 est le même dans les deux codes ; il inclut toute atteinte corporelle, pouvant entraîner ou pas des maladies ou des infirmités, sous les termes *adhan wa jarâh*, voies de fait et blessures.

L'ancien code distinguait les blessures légères des blessures graves (mutilations, émascultation, perte d'un sens, de la parole, défiguration, fractures, toute atteinte mettant la vie en danger ou entraînant 20 jours d'inactivité). L'infraction (toujours volontaire) se dédoublait donc en coups et blessures légères et coups et blessures graves. A partir de là, divers cas d'atténuation, notamment la provocation, ou d'aggravation (en fonction des moyens utilisés ou des buts visés) de la peine permettaient d'établir une échelle allant de 6 mois à 14 ans de détention.

Le nouveau code, avec l'article 272, ne reprend pas cette distinction, mais en substitue une autre (islamique) entre les blessures (de la peau qui saigne jusqu'aux coups profonds atteignant l'intérieur, le cerveau par exemple) d'une part, et d'autre part les mutilations (de tout membre, auxquelles on rattache la perte d'un sens, de la parole). La défiguration et les fractures entrent dans la première catégorie.

Les articles 273 et 274 nouveaux définissent les deux types d'infraction volontaires (blessures et mutilation). L'article 275 nouveau définit la blessure ou la mutilation involontaire, dont il n'était pas question dans l'ancien code qui évoquait dans cet article et le suivant (276) la provocation et donnait des peines en fonction de la gravité de la blessure. L'excuse de provocation est donc absente du nouveau code.

L'article 276 nouveau punit les voies de fait de flagellation ou d'amende ou de prison. L'article 277 nouveau punit les blessures volontaires par le talion (*qisâs*) ou la composition partielle (*diyya nâqisa*). Le talion n'est pas applicable si l'on craint la mort du coupable. L'ancien code donnait pour les blessures légères 1 an de prison maximum ou/et une amende.

L'article 278 nouveau punit la mutilation volontaire par le talion et la *diyya*. Conformément au droit islamique la *diyya* est complète pour la mutilation d'un membre unique du corps (ou dommages assimilés comme la perte de la vue, de la parole, de la raison..), partielle pour la perte d'un membre double du corps. Cependant une dent vaut cinq chameaux, un doigt dix. L'ancien code donnait 7 ans maximum et une amende éventuelle pour les blessures graves.

L'article 279 nouveau où le délinquant a employé une arme ou toute chose pouvant servir d'arme (feu, électricité, animal..) punit du talion seul, mais rajoute à la *diyya* la flagellation ou la prison. L'ancien code punissait de 3 ou de 10 maximum selon la gravité du résultat.

Les articles 280 à 283 (violences à buts divers ou sur un fonctionnaire ou agent public) reprennent l'ancien code et la peine devenant "la flagellation ou l'amende ou la prison" en cas de blessure, à laquelle on ajoute le talion ou la *diyya* en cas de mutilation.

L'article 284 punit de la *diyya* seule les coups et blessures involontaires.

L'article 284 A de l'ancien code qui interdisait l'excision totale (clitoris et lèvres) (dite pharaonique) mais permettait la partielle (clitoris) n'est pas repris. Pourquoi n'a-t-on pas saisi l'occasion pour n'autoriser que l'excision islamique (*sunnie*) qui en principe est encore plus légère ? N'a-t-on pas affaire à un code à prétention islamique ? De fait il légalise l'excision pharaonique.

Même si on prend le soin de ne pas se laisser entraîner par un point de vue trop évolutionniste de l'histoire du droit en parlant de régression ; même si on se rend compte que la vengeance s'inscrit dans un système "d'échanges de violences" et que son efficacité pour la contrôler n'est pas négligeable ; même si l'on peut arguer du caractère tribal et primitif de certaines populations soudanaises ; même si enfin la mentalité occidentale a tendance à mépriser et à falsifier les stades antérieurs de la vengeance privée (contrôlée ou non par l'Etat), on aura beaucoup de peine à considérer les dispositions du code de 1983 comme préférables à celles du code de 1974.

3. LA FORNICATION

L'ancien code (art 316 à 319) définissait le viol (peine : 14 ans), les relations sexuelles avec une mineure consentante de 16 à 18 ans (peine : 2 ans), l'homosexualité (peine : 2 ans et 14 s'il y a viol), enfin l'attentat à la pudeur (7 ans). Le cas du viol de la mineure de 16 ans n'était pas envisagé.

Le nouveau code développe un droit islamique. L'article 316 définit la *zina*, la fornication, comme toute relation sexuelle avec pénétration entre deux personnes non unies selon la *chari'a* (c'est-à-dire par le mariage). Sont donc des relations coupables les relations commises entre personnes libres avant le mariage, ou après veuvage et les relations d'adultère. Le fait de la pénétration doit être constaté par quatre témoins oculaires, qui ne doivent pas se rétracter. L'aveu fait preuve et ne doit pas être rétracté. Tout cela est conforme au droit islamique commun aux quatre écoles. On a ajouté que la grossesse aussi est une preuve, comme en droit malékite.

La loi sur la preuve (13) donne quelques précisions : les témoins doivent être des hommes *'adûl*, c'est-à-dire intègres. Les traités classiques décrivent longuement les conditions de cette intégrité et y figure entre autres qu'il faut être musulman. Ici hypocritement on dit "*'adûl* ou autres à défaut" ce qui veut dire qu'on se contentera de non-musulmans ou de femmes si le juge le décide. Pour l'adultère, cinq serments du conjoint contre sa femme peuvent faire preuve si cette dernière ne les annule pas par cinq serments contraires. La loi rappelle que la peine doit être écartée par la rétractation de l'aveu, par la non concordance des témoignages, par la rétractation d'un témoin. Tout cela est conforme au droit musulman classique.

L'article 317 définit le viol (*ightisâb*) comme la fornication avec une personne non-pubère (*ghair bâligh*), sans faire aucunement

(13) J. O. soudanais, supplément au n° 1323, p 4-23 (en arabe).

intervenir la notion de consentement. Ce crime est alors assimilé à la fornication.

L'article 318 énonce la peine pour la fornication : c'est la mort pour les *muhsân* (non défini, mais on sait qu'en droit musulman il s'agit des personnes libres, pubères, musulmanes et ayant contracté un mariage légal). Pour les non-mariés, la peine est de cent coups de fouet. De plus l'homme non-marié reçoit une peine de prison et un bannissement d'un an. Quant à ceux qui appartiennent à une religion "divine", on leur applique la peine prévue par leur religion et à défaut une peine de 80 coups de fouet et une amende, ou bien une peine de prison. Ainsi la discrimination religieuse, qui avait été écartée jusqu'ici dans les nombreux cas où elle devait s'appliquer en droit islamique, notamment dans le calcul de la *diyya*, fait ici son apparition.

L'article 318 punit les proxénètes et tenanciers de maison ou toute personne complice par la formule "flagellation et amende ou prison". Mais en cas de récidive, "à la mort et à la crucifixion ou à l'amputation double". Est-ce à dire qu'on crucifie le cadavre ? L'article 319 sur l'attentat à la pudeur s'inspire du 319 de l'ancien code mais s'étend aussi à la bestialité, à l'homosexualité, à la tentative de viol et d'adultère. Comme toujours "flagellation et amende ou prison". Cet article permet de condamner le viol des adultes.

A signaler enfin que la 26ème partie (atteintes au mariage et inceste) (art 425/432) tient compte de ces dispositions sur la *zina* et y renvoie pour ce qui concerne les musulmans, à une omission près, celle de l'article 431, séduction et détournement de la femme mariée, qui devrait renvoyer à la *zina*.

Si l'on compare avec le projet égyptien, on constate que les rédacteurs du projet ont voulu serrer de plus près le droit musulman. L'aveu fait preuve s'il n'est pas contredit par le partenaire ni rétracté. La grossesse ne fait pas preuve conformément au droit hanéfite. La peine est la lapidation pour les *muhsan*, mais la définition du *muhsan* donnée par le code égyptien ne tient pas compte de la religion et les non-musulmans seraient soumis à cette loi. La lapidation doit se faire en présence du parquet et d'un médecin (pour quoi faire ?). Pourtant la difficulté de réunir les preuves est telle que la loi ne peut s'appliquer qu'aux suicidaires, ce qui finalement en rend les incohérences peu importantes.

4. LA FAUSSE ACCUSATION DE FORNICATION

L'ancien code soudanais consacrait cette partie à la diffamation. Il distinguait soigneusement tous les cas d'exception, en particulier les critiques de l'action politique (art 433). La peine était de deux ans pour la diffamation, les propos injurieux, la production ou la vente d'objets diffamatoires (art 434 à 437).

Le nouveau code ne change l'optique de cette partie qu'au début, en introduisant du droit islamique. Le *qadhf* est défini comme la fausse accusation (sous toute forme) de *zina* (art 433). La peine est fixée à 80 coups de fouet "si la victime de l'accusation est un musulman dans son droit, et à la flagellation et l'amende ou la prison dans les cas

contraires" (art 434). De nouveau la discrimination religieuse. La suite reprend l'ancien code avec toutes les exceptions (art 435 à 442). Les peines sont soit celle du *qadhf*, soit la flagellation, l'amende et la prison.

5. LA CONSOMMATION D'ALCOOL

L'ancien code réprimait l'ivresse dans un lieu public ou dans un lieu privé s'il y a eu violation de domicile (7 Jours) ; il décrivait quelques cas d'aggravation, mais même avec récidive on ne pouvait dépasser une peine trois mois d'emprisonnement (art 443 à 445).

Le nouveau code condamne à 40 coups de fouet la consommation de *khamr* (litt."vin, boisson alcoolisée") par un musulman, l'odeur suffisant au tribunal pour preuve (art 443). En cas de désordre ou de gêne, le musulman est puni de 40 coups de fouet et de prison, le non-musulman par la peine habituelle, la flagellation et l'amende ou la prison (art 444). On définit ensuite le *khamr* comme étant toute boisson dont l'excès enivre (art 445). Ensuite on condamne l'ivresse par un autre moyen que le *khamr*, sans désordre ou avec désordre, à la peine habituelle, flagellation et amende ou prison (art 446 et 447). L'article 448 rajoute la prison aux peines pour les récidivistes. Enfin l'article 449 promet la flagellation et l'amende et la prison à tous ceux qui fabriquent, vendent, achètent, transportent de l'alcool (*khamr*). Il en résulte que la détention d'alcool n'est pas interdite.

6. LE VOL : LE CODE DE 83 ET L'ESPRIT DU DROIT MUSULMAN

Dans l'article 320 le code soudanais définit deux types de vol, le vol comme dans l'ancien code, qui est la soustraction de biens meubles contre la volonté du propriétaire, (le texte précise le cas particulier du vol d'électricité) ; et le vol *haddiyya*, qui a la même définition (sans la précision du cas de l'électricité) mais ajoute que le bien volé doit être estimable et supérieur à une valeur minimum dite *nisâb*. Le *nisâb* est fixé à un quart de dinar ou à trois pièces d'argent, ce qui est une somme dérisoire.

Les exceptions sont ici réduites à trois (art 320 et 323) : si l'objet volé a une valeur inférieure au *nisâb* comme on l'a dit, si le vol est commis à l'encontre des proches parents, si enfin le voleur agit pour récupérer son bien. Tout autre vol est un vol *haddiyya*. La peine est alors l'amputation de la main droite (*qar'*) pour le vol *haddiyya* et le fouet et l'amende ou la prison pour l'autre vol (art 321). L'ancien code distinguait le vol simple (cinq ans ou amende ou les deux) du vol aggravé (vol dans les lieux d'habitation, vol commis par des employés, vol avec menaces de mort, de coup ou de séquestration). Les peines s'étagaient entre cinq et dix de prison ou amende ou les deux. Le nouveau code maintient seulement la dernière aggravation qui entraîne l'amputation (art 324).

Pour bien se rendre compte de l'extension donnée ici à la notion de vol (*sirqa*) par rapport au droit musulman, voyons ce que ce droit exige pour qu'il y ait *sirqa* et donc amputation (14) :

- quant au vol il faut qu'il ait lieu en cachette, *khufiatan*, en une seule fois, mais pas dans un lieu public où la personne est admise
- il faut que l'objet soit conservé dans un *hirz mithlihi*, c'est-à-dire de "lieu fermé adéquat à la chose renfermée" comme par exemple un coffret pour les bijoux, un garage pour une voiture...
- il faut que l'objet soit licite, *muhtaram*, ce qui exclut en principe le vol de porc, d'alcool, d'instruments de musique, de livres non religieux...etc.
- il faut que l'objet ne soit pas abandonné ni sans valeur en pays d'islâm, ce qui exclut le vol de bois, de roseaux, d'herbe, de poisson, de gibier, de chaux, d'arsenic...
- il faut que l'objet ne soit pas périssable, ce qui exclut tout vol d'aliment frais.
- les moyens de preuve islamiques excluent les femmes, les témoignages discordants, le témoignage du propriétaire, le témoignage par oui-dire, les témoins non-honorables. La rétractation de l'aveu par le voleur entraîne la non application de la peine. Ces dispositions sont à peu près reprises dans la Loi soudanaise sur la preuve.
- l'achat de l'objet volé par le voleur ou le don effectué par le propriétaire empêche l'application de la peine.

Divers distinguos juridiques permettaient encore d'écarter la peine. Par exemple la notion selon laquelle l'essentiel suit l'accessoire, entraîne par exemple que le vol d'un Coran décoré de pierreries n'est pas punissable d'amputation puisque l'essentiel volé (le Coran) exclut la peine, quoique livre religieux.

Les juristes musulmans se sont ingénies à multiplier les cas de dispense d'application de la loi sur les *hudûd*. Quelle que soit la légitimité de cette opération, que les *hadîth* (dires du prophète Mohammed) soient ou non inventés, que les rites ou écoles de droit musulman aient des divergences, peu importe en fin de compte : le fait important c'est que la tradition islamique a été constante dans sa volonté de limiter au maximum le champ d'application des *hudûd*. Un certain esprit s'est maintenu et se maintient encore : les lois libyennes de 1972/74, le projet de code pénal égyptien maintiennent ces cas d'exception pour l'essentiel et parfois en rajoutent au niveau de la procédure : il faut recourir aux cours suprêmes en Egypte et en Libye par exemple ; ou bien on fait intervenir un médecin, etc.

Rien de tout cela dans le code soudanais qui élargit le champ d'application des *hudûd* en contradiction totale avec la lettre aussi bien qu'avec l'esprit du droit musulman. Ici on avait les moyens légaux, islamiques, traditionnels, de limiter le champ d'application d'un *hadd* très souvent écarté par les musulmans. Si on ne l'a pas voulu c'est qu'on recherchait autre chose que la fidélité à l'islam.

(14) Nous suivons le rite hanéfite ; il y a des nuances mineures suivant les écoles ou rites.

IV - L'ACCROISSEMENT DE LA REPRESSION

Cet élargissement du champ d'application des *hudûd* nous a fait supposer une volonté répressive de la part du rédacteur du code. C'est ce que confirment les parties non-islamiques consacrées aux atteintes aux biens autres que le vol et surtout à celles contre la chose publique.

1. INFRACTIONS CONTRE LES BIENS AUTRES QUE LE VOL

La définition de l'extorsion (*ibtizâz*) qui est celle de l'ancien code (art 325) inclut le chantage. C'est tout vol effectué par une menace de nuire (y compris de tuer). La peine est le fouet et l'amende ou la détention. Un paragraphe nouveau fait obligation de restituer (art 326). L'ancien code distinguait soigneusement entre l'extorsion commise par menace de mort ou menace de nuire, et les menaces faites en vue d'une extorsion (c'est-à-dire que l'extorsion n'est pas encore commise) et échelonnait les peines entre 2 et 10 ans de prison que pouvait remplacer ou renforcer une peine d'amende. Ici la formule "fouet et amende ou détention" enlève toute valeur aux distinctions qui sont cependant maintenues (art 327 à 331).

Dans le droit classique islamique, l'extorsion se distingue du vol par le fait que ce dernier est commis en cachette et qu'il rend difficile la recherche du coupable. Ce qui ne serait pas le cas de l'extorsion qui a un côté "loyal" et qui expliquerait pourquoi la peine d'amputation n'est pas encourue. C'est en fait une distinction juridique qui permet encore de restreindre le champ d'extension de l'amputation. Dans le code soudanais, la distinction perd tout son sens, étant donné que la définition du vol ne retient pas *khufiatan*, c'est-à-dire "en cachette". On aboutit au résultat qu'un vol simple sera puni d'amputation et qu'une extorsion avec menace de mort ne pourra donner lieu qu'à la flagellation et l'amende et la prison, ce qui est disproportionné.

Le code nouveau adopte aussi les définitions de l'ancien pour le banditisme et le brigandage. Le banditisme (*nahb*, littéralement "pillage") se distingue de l'extorsion par le fait que la menace (de mort, de coup ou de séquestration) est immédiate. Il faut nécessairement les éléments constitutifs du vol ou de l'extorsion (art 332). Le brigandage (*nahb bil ichtirâk*, litt. banditisme en association) ajoute encore comme élément l'association d'au moins cinq bandits (art 333).

Les peines de l'ancien code s'étagaient entre deux ans (port d'arme pendant l'opération), et la mort (s'il y a une victime), avec pour moyenne une peine de dix ans qui pouvait être aggravée ou allégée suivant les circonstances. Le nouveau code donne la peine de mort, ou de mort par crucifixion, ou d'amputation double, ou de prison à perpétuité (c'est-à-dire 30 ans) avec (sic) bannissement, ceci pour le banditisme (art 334) (10 ans dans l'ancien code, 14 ans de nuit). Les coups et blessures dans l'accomplissement de cette infraction sont punies de la même peine pour l'auteur et pour les complices (art 336)

(14 ans dans l'ancien code). La tentative (art 335) est punie par la formule habituelle de flagellation (7 ans dans l'ancien code).

Le brigandage est puni des mêmes peines, sauf que la mort simple est rendue impossible, elle doit se faire par crucifixion (art 337) (14 ans dans l'ancien code). S'il y a une victime du fait du brigandage le choix de la peine est restreint à la crucifixion ou à l'amputation double (art 338) (mort ou perpétuité comme maxima dans l'ancien code). L'emploi d'armes ou les coups et blessures dans le cas du brigandage est puni de mort ou mort par crucifixion ou d'amputation double ou de prison à perpétuité (30 ans) et de bannissement (art 339). L'ancien code se contentait dans ce cas de fixer un minimum de 2 ans.

Pour le reste, actes préparatoires, association de voleurs et de brigands, le nouveau code donne la formule habituelle de flagellation, amende et prison (art 340 à 343) (ancien code : 7 à 14 ans).

Le droit musulman classique définit le brigandage ou le banditisme (*hirâba*) comme essentiellement commis dans la campagne, la victime ne pouvant espérer de l'aide. Les peines sont aussi sévères. Le rite malékite réserve la crucifixion à l'esclave brigand. La crucifixion est inconnue en droit hanéfite : on avait ici encore les moyens de se passer de cette horreur et on ne l'a pas voulu.

Toute la fin de cette partie copie l'ancien code, en gardant la numérotation et en supprimant l'échelle des peines par l'emploi de la formule "la flagellation ou/et l'amende ou/et la prison". On a ainsi l'appropriation frauduleuse (art 344 et 345), l'abus de confiance (art 347 à 351), le recel (art 352 à 356), l'escroquerie (art 357 à 362), les dégâts ou dommages (*itlâf*) (art 364 à 379), la violation de propriété ou de domicile (art 380 à 407). Ces infractions ne peuvent être considérées comme représentant les exceptions prévues par le droit islamique à la peine de vol. Il s'agit d'infractions différentes. Cela n'en pose pas moins le problème de la disproportion entre les peines pour vol et les peines pour l'abus de confiance, l'escroquerie, ...etc. Cette contradiction tient au droit islamique lui-même et on retrouve la même incohérence dans les diverses lois islamiques en projet (comme en Egypte) ou en vigueur (comme en Libye, mais elle n'est pas appliquée). Peut être les rédacteurs du nouveau code soudanais ont-ils senti la difficulté car on a rajouté des passages où l'on promet la mort, la mort par crucifixion ou l'amputation double ou la prison à perpétuité suivi du bannissement à tout voleur, bandit ou escroc qui serait un récidiviste présentant un danger pour la tranquillité des gens ou leurs biens (art 362 H) ou pour les cas les plus graves (violation de domicile ou cambriolage en vue d'atteinte aux personnes, ou à main armée, ou de nuit, ou avec coup et blessures, ou ayant cause une victime) (art 393 à 399). On n'est pas exactement dans les cas prévus par la loi islamique contre le brigandage.

Aux articles 400 et 401 on a la surprise de voir apparaître la notion de *hirz* (lieu fermé). L'effraction d'un *hirz* n'entre pas dans la définition du vol comme en droit musulman (qui a l'objectif que la non-effraction amène la non-application de la peine), mais constitue ici une circonstance aggravante du vol et du dommage. On a recopié l'ancien code dans lequel il était normal que l'effraction constitue une

circonstance aggravante. Mais il est clair que la notion de *hirz* est détournée.

Il faut rattacher ici l'article 457 qui vise les associations et les réseaux de malfaiteurs susceptibles de constituer un danger pour les personnes, les biens, la tranquillité publique ou de provoquer la corruption (*ifsâd*, terme à connotations religieuses) de la vie publique. Ceux qui s'associent à ces entreprises risquent la peine de mort, la mort par crucifixion, l'amputation double ou la prison à perpétuité. On ne voit pas en quoi cet article complète ceux qui portent sur le brigandage, à moins qu'on veuille se donner la possibilité d'inclure ici n'importe qui s'opposerait à l'islamisation.

2. LES ATTEINTES A LA CHOSE PUBLIQUE

Les parties consacrées aux atteintes à la chose publique sont les plus révélatrices. Ce sont les parties 9 à 21, dans les deux codes. La neuvième partie s'intitule "Atteinte à la constitution, provocation à la guerre." L'article 96, court, de l'ancien code laisse place à un long article nouveau. Il promet la mort, la prison à perpétuité ou à temps, avec confiscation possible des biens dans tous les cas, à ceux qui cherchent à "renverser (*taqwîd*) la constitution, à abattre l'autorité (*sulta*) ou le régime (*nizâm*) politique du pays" (art 96.A). De même est sanctionné tout ce qui "conduit à porter atteinte à l'indépendance du pays, à son unité, à l'intégrité de son territoire" (art 96.B). La suite détaille les atteintes possibles à la sûreté de l'Etat. La rédaction en est large, c'est-à-dire propre à ramener n'importe quel acte de l'opposition dans les filets de la justice. Citons par exemple les paragraphes TA, YA, KEF :

- "TA (Est condamné à mort, à la détention, ...etc) Celui qui répand ou écrit ou publie volontairement par n'importe quel moyen, des nouvelles ou des rapports mensongers ou tendancieux sur la situation intérieure du pays dans le but d'égarer l'opinion publique ou de la soulever contre l'autorité ou de troubler la sécurité publique ou de semer la panique parmi les citoyens ou d'affaiblir le crédit financier du pays ou le prestige du gouvernement"
- "YA Celui qui répand ou écrit volontairement par n'importe quel moyen hors du Soudan des nouvelles ou des rapports mensongers ou tendancieux sur l'état intérieur du pays dans le but d'affaiblir le crédit financier du pays ou le prestige du gouvernement ou qui entreprend par n'importe quel moyen que ce soit une activité de nature à nuire à l'intérêt général du pays."
- "KEF Celui qui possède ou prépare ou s'associe à la préparation de n'importe quel écrit ou imprimé ou enregistrement contenant des nouvelles ou des rapports mensongers ou tendancieux concernant la situation intérieure du pays ou tout autre matériau qui contiendrait une attaque contre l'autorité ou qui inciterait à se révolter contre elle ou à organiser un quelconque acte hostile contre elle ou contre l'intérêt du pays ou qui possède des appareils pour imprimer ou enregistrer ou diffuser quoi que ce soit de ce qui est énoncé dans ce paragraphe" ..

La rédaction de ces paragraphes permet de museler toute opposition. La simple possession d'écrits qui critiquent l'autorité ou encore qui incitent à commettre un acte hostile contre elle (et les tracts appelant à la grève entrent dans cette catégorie comme on le verra à l'article 98) expose à des peines très lourdes et toujours à la confiscation possible des biens.

L'article 97, nouveau lui aussi, condamne aux mêmes peines les traîtres et les espions. La distinction entre le temps de paix et le temps de guerre n'est pas faite. Cette distinction a pourtant été faite une fois dans l'article 96 à propos de celui qui est au service d'un pays "en état de guerre avec le Soudan ou dont le Soudan a proclamé que c'était un Etat hostile". Définition large encore une fois, qui, quand on connaît avec quelle vitesse les renversements d'alliances se font en Afrique, met certains travailleurs dans une situation instable.

Mêmes peines aussi dans l'article 98 nouveau contre les crimes économiques. Ceux-ci comprennent le commerce avec l'ennemi en temps de guerre ; la contrebande ; "tout ce qui nuit à l'économie nationale, qui ébranle la confiance en sa santé, qui répand des slogans nuisibles.." ; mais surtout la grève et l'occupation de locaux. Citons le passage sur la grève :

"(Est condamné....) Celui qui organise, conduit, incite ou encourage ou participe à une grève illégale... ou à une cessation de travail, ou à un abandon collectif de travail, même sous la forme d'une démission collective, dans le but de s'opposer à l'autorité légitime ou dans le but de nuire à l'économie nationale ou de faire obstacle à la marche d'un quelconque service public".

Il faut rappeler que ce code a été rédigé au moment où les magistrats, en signe de protestation contre le limogeage de 41 de leur collègues, soutenaient une grève difficile qui dura du 7 juin au 8 septembre 1983. Il est net que les articles 96/98 mettent en place des moyens juridiques nouveaux pour soutenir une dictature chancelante. C'est le sens essentiel du code de 1983.

La suite de cette neuvième partie (atteinte à la défense nationale) reprend l'ancien code et se contente de modifier les peines en les aggravant en général. La dixième partie porte sur la sédition (art 105/107). Le nouveau code reproduit l'ancien en allégeant certaines peines. Dans l'ancien code ces trois articles (opposition illégale, excitation à la haine de classe, publication de fausses nouvelles) étaient les seuls à pouvoir être invoqués contre l'opposition. Maintenant on peut se permettre d'alléger les peines étant donné que l'on dispose des articles 96/98 pour la mâter. Tout de même un paragraphe a été rajouté pour interdire toute création de parti politique et pour obliger à verser une indemnité en cas de dommages (art 105). A noter aussi le maintien de l'explication 1 qui précise que l'opposition "de bonne foi et de style modéré" reste autorisée. On n'a pas osé l'enlever. Cette présence d'allègements exige un comptage pour bien faire ressortir le déplacement vers l'aggravation des peines : nous l'avons fait dans le tableau de l'annexe 2.

A la onzième partie ("Atteinte aux forces armées") de l'ancien code dont on a changé les peines en les aggravant en général, on a

ajouté l'article 113.BA qui autorise le président de la République à former un tribunal spécial de trois à cinq membres pour juger toutes les infractions des parties 9, 10, 11.

Les dernières parties (de la douzième à la vingt et unième partie) traitent des atteintes à la paix publique, des infractions commises par les fonctionnaires, des atteintes à l'ordre légal, du faux témoignage, de la fausse monnaie, des timbres, des poids et mesures, de la dureté envers les animaux, et des atteintes aux religions (15). Elles copient l'ancien code en ne changeant que les peines : c'est toujours la sempiternelle formule "la flagellation ou/et l'amende ou/et la prison" qui revient.

La rigueur de l'ensemble de cette partie est accrue par l'article 11 de la loi sur la preuve (16) qui permet au tribunal d'accepter les preuves obtenues par des moyens illégaux. C'est bien sûr la porte ouverte à tout acte arbitraire de la police (ou autres...), la légalisation de la torture, ...etc.

CONCLUSION

La confrontation du code de 1983 avec le code de 1974 nous a permis de mettre en valeur :

1/ que le code de 1983 est pour les trois quarts au moins le recopiage hâtif de l'ancien code et qu'il comporte nombre d'incohérences.

2/ que les qualités du code de 1974 disparaissent : l'emploi de la formule "la flagellation ou/et l'amende ou/et la prison" écrase une échelle des peines finement élaborée.

3/ il en résulte que les juges doivent eux-mêmes établir une échelle des peines par la jurisprudence : le code 1983 est le contraire d'un code. La latitude laissée aux juges est trop grande.

La comparaison avec le projet de code pénal égyptien a fait ressortir en outre :

1/ que le code de 1983 n'est pas islamique au niveau symbolique : il n'adopte pas le calendrier hégirien, il n'adopte pas franchement la terminologie islamique.

2/ que le code de 1983 n'est pas islamique au niveau de la composition : les peines qui ne sont ni *hudûdiya* ni *ta'zîriya* n'ont pas de statut islamique.

La comparaison avec le droit islamique classique met enfin en évidence :

1/ qu'en introduisant le *talfîq* (mélange de solutions de rites divers) et un *ijtihâd* (recherche de la loi islamique) moderniste, le code de 1983 tombe sous le coup des mêmes critiques que les rigoristes font contre les législations musulmanes modernes.

2/ que le code de 1983 n'est pas fidèle à l'esprit du droit musulman classique qui a toujours cherché à limiter le champ d'application des *hudûd*. Alors que le droit musulman classique est déjà l'objet de vives

(15) Cf II, 1.

(16) J. O. soudanais, supplément au n° 1323, p 7.

critiques quant à sa capacité d'inspirer un droit pénal moderne, le code de 83 en présente une caricature.

Enfin la comparaison des parties concernant l'ordre public dans les codes de 1974 et 1983 fait ressortir l'aggravation des peines et l'extension du champ d'intervention de la répression politique. Le code de 83 est un instrument permettant d'éliminer toute opposition, même la plus timide.

*

Le nouveau code pénal soudanais entra en vigueur le 9 septembre 1983. Le 23, à Khartoum les boissons alcoolisées étaient détruites publiquement et ce jour érigé en fête nationale. En avril 84 il n'y avait encore eu que deux amputations, mais le 29, la proclamation de l'état d'urgence lança avec brutalité l'islamisation. Le 1er mai neuf tribunaux d'exception furent créés à Khartoum. Le 21 août 1984, soit moins d'un trimestre plus tard, Amnesty international comptait déjà 58 peines d'amputation (17).

Les observateurs s'accordent pour dire que les mobiles de cette "islamisation" viennent de la volonté de Gaafar El Numeiry de sauver son régime en s'appuyant sur la vague islamiste. Il obtint ainsi l'appui des frères musulmans, appui dangereux, car selon Mansour Khalid (18), il était évident que les Frères cherchaient à se débarrasser de lui dès que le "sale boulot" (islamisation du Sud, élimination des communistes...) aurait été fini. Mais Numeiry a du rompre avec eux dès le 10 mars 85. Privé de tout appui, il fut renversé dès le mois d'avril par des émeutes populaires doublées d'un coup d'Etat. Le code pénal fut suspendu *de facto*, mais il est toujours en principe en vigueur (au début de 1989), ce qui indique que le texte n'a pas été voulu par le seul caprice du prince, mais que d'autres, assez nombreux et assez puissants après la chute du premier, ont la capacité d'en empêcher son abrogation et peut-être un jour d'en réactiver l'application. Comme on l'a vu, le code de 1983 est une arme politique redoutable. Le fait qu'il ne soit pas islamique ni dans sa forme ni dans son esprit ne semble guère affecter ses partisans, mais l'islam n'est pas leur objectif principal semble-t-il. Ils sont pourtant prêts à faire quelques concessions pour renforcer l'orthodoxie du texte (19), ce qui permettra de rallier beaucoup de monde, mais qui n'en poserait pas moins maints problèmes, notamment celui de la capacité de la *chari'a* à fonder un droit pénal acceptable.

(17) L' application de ce code pénal a été anarchique et cruelle si on suit P. N. Kok et Farag Foda : *qabl as suqûl*, Le Caire, 1985, chapitre sur le Soudan. En sens contraire Al Mukachfi Taha Al Kabâchî dans son livre cité précédemment.

(18) Mansour Khalid, *op. cit.*, p 366.

(19) C'est le sens des recommandations du rapport de la Commission des ulémas sur les lois du Soudan qui s'est tenue à Khartoum en février 87.

ANNEXE 1 :
SOMMAIRE DES DEUX CODES

N° art	Code de 1974	Code de 1983
(PARTIES GENERALES)		
	<u>1ère partie</u>	
1	appellation du code	id
2	abrogation de l'ancien	id
3	application du code	modifié, Cf II, 1
	<u>2ème partie</u>	
5/40	définitions	id
	<u>3ème partie</u>	
41/63	responsabilité pénale	quasi id
	<u>4ème partie</u>	
64/77	peines, dédommagements	modifié, Cf II, 2
	<u>5ème partie</u>	
78/81	association, participation	id
	<u>6ème partie</u>	
82/92	instigation, complicité	id, sauf art 90/92 peines aggravées
	<u>7ème partie</u>	
93	tentative	id + FAP (= "flagellation ou/et amende ou/et prison")
	<u>8ème partie</u>	
94/95	entente criminelle	id + FAP
(ORDRE PUBLIC)		
	<u>9ème partie</u>	
96/104	atteintes à l'Etat trahison, espionnage, etc	id + FAP, sauf art 96/98, cf IV, 2
	<u>10ème partie</u>	
105/107	sédition	modifiées, cf IV, 2
	<u>11ème partie</u>	
106/114	atteintes aux forces armées	id + FAP, cf IV, 2
	<u>12ème partie</u>	
115/127	tranquillité publique	id + FAP
	<u>13ème partie</u>	
128/147	infrac. des fonctionnaires	id + FAP
	<u>14ème partie</u>	
148/166	infrac. contre fonctionn.	id + FAP

N° art	Code de 1974	Code de 1983
	<u>15ème partie</u>	
167/192	infrac. contre la justice	id + FAP
	<u>16ème partie</u>	
193/202	fausse monnaie	id + FAP
	<u>17ème partie</u>	
203/211	faux timbres	id + FAP
	<u>18ème partie</u>	
212/215	poids et mesures	id + FAP
	<u>19ème partie</u>	
216/237	santé publique, etc	id + FAP
	<u>20ème partie</u>	
238/241	cruauté envers animaux	id + FAP
	<u>21ème partie</u>	
242/245	religions	id + FAP, modifications cf II, 1

(ATTEINTES AUX PERSONNES)

	<u>22ème partie</u>	
246/319	atteintes aux personnes, dont détail :	
246/270	homicides	modifié, cf III, 1
271/284	coups et blessures	modifié, cf III, 2
284/292	séquestration	id + FAP
293/301	violences	id + FAP
302/315	enlèvement, travail forcé	id + FAP
316/319	crimes sexuels	modif. cf III, 3

(ATTEINTES AUX BIENS)

	<u>23ème partie</u>	
320/403	atteintes aux biens, dont détail :	
320/324	vol	modifié cf III, 6
325/331	extorsion	id + FAP
332/343	banditisme	id + FAP + modif. cf IV, 1
344/346	appr. frauduleuse	id + FAP

N° art	Code de 1974	Code de 1983
347/351	abus de confiance	id + FAP
352/356	recel	id + FAP
357/362	escroquerie	id + FAP + modif. cf IV, 1
363/379	dommages	id + FAP + modif. cf IV, 1
380/403	violation de propriété	id + FAP + modif. cf IV, 1
<u>24ème partie</u>		
404/415	faux	id + FAP
(PARTIES FINALES)		
<u>25ème partie</u>		
425/431	atteintes au mariage, viol...	id + FAP + modif. cf III, 3
<u>26ème partie</u>		
432/437	insultes	id + FAP + modif. cf III, 4
<u>27ème partie</u>		
438/440	menaces	id + FAP
441/442	provocation	id + FAP
443/445	ivresse	443/449 consom. d'alcool, cf III, 5
<u>28ème partie</u>		
446/450	vagabondage	450/454 vagabonds : id + FAP
<u>29ème partie</u>		
	455/458 divers	
	pour le 457 réseau de malfai- teurs cf IV.1 ; pour le 458 cf I, 2	

ANNEXE 2 :
Tableau de la variation des peines dans la partie ordre public
(art 96 à 241) (1)

PEINES ALLEGES

3 ans devenant 1 an.	4
2 ans devenant 1 an	5
1 an devenant 6 mois	1
6 mois devenant 2 mois	1
Total	11

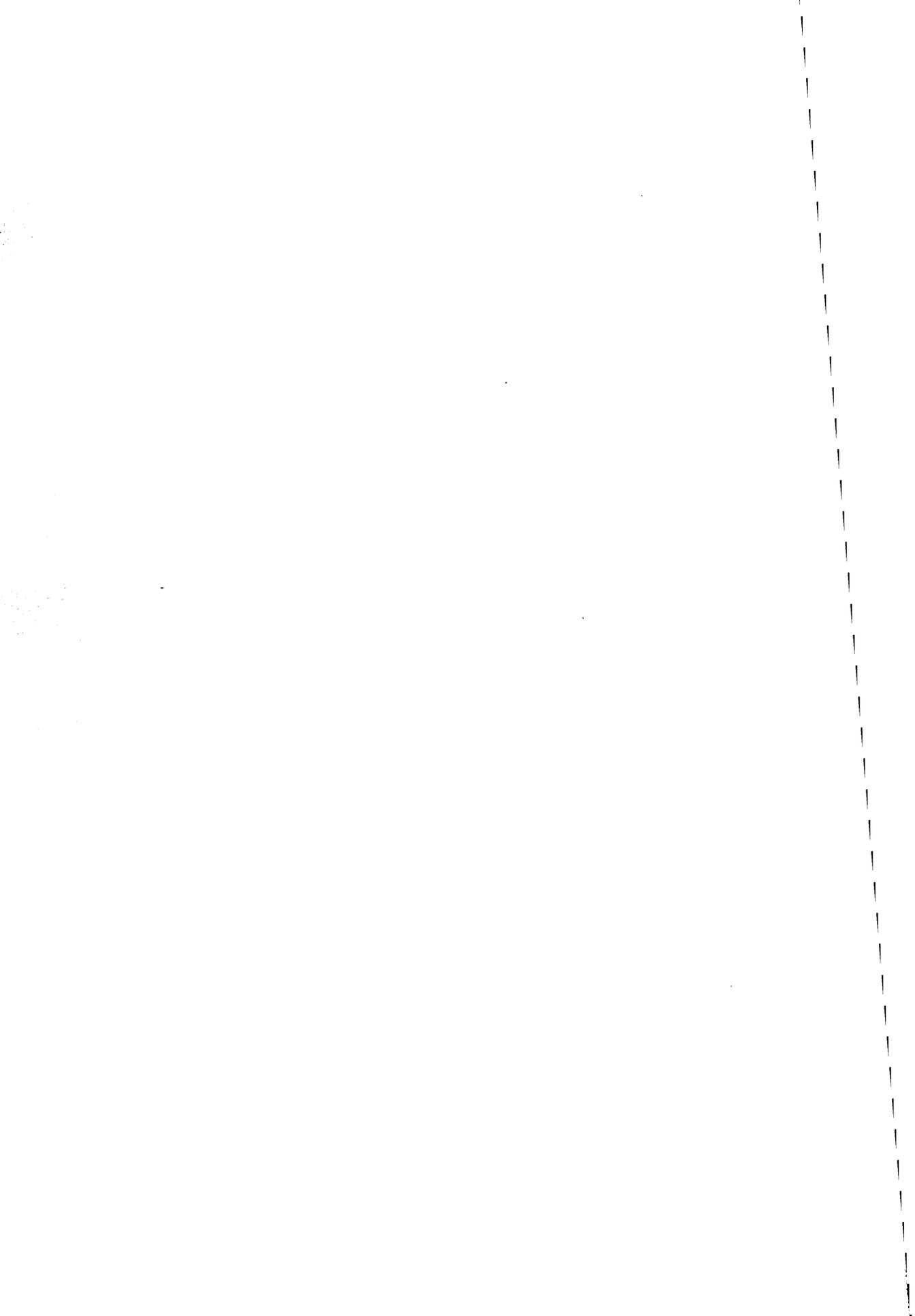
PEINES MAINTENUES

2 ans	4
5 ans	1
Total	5

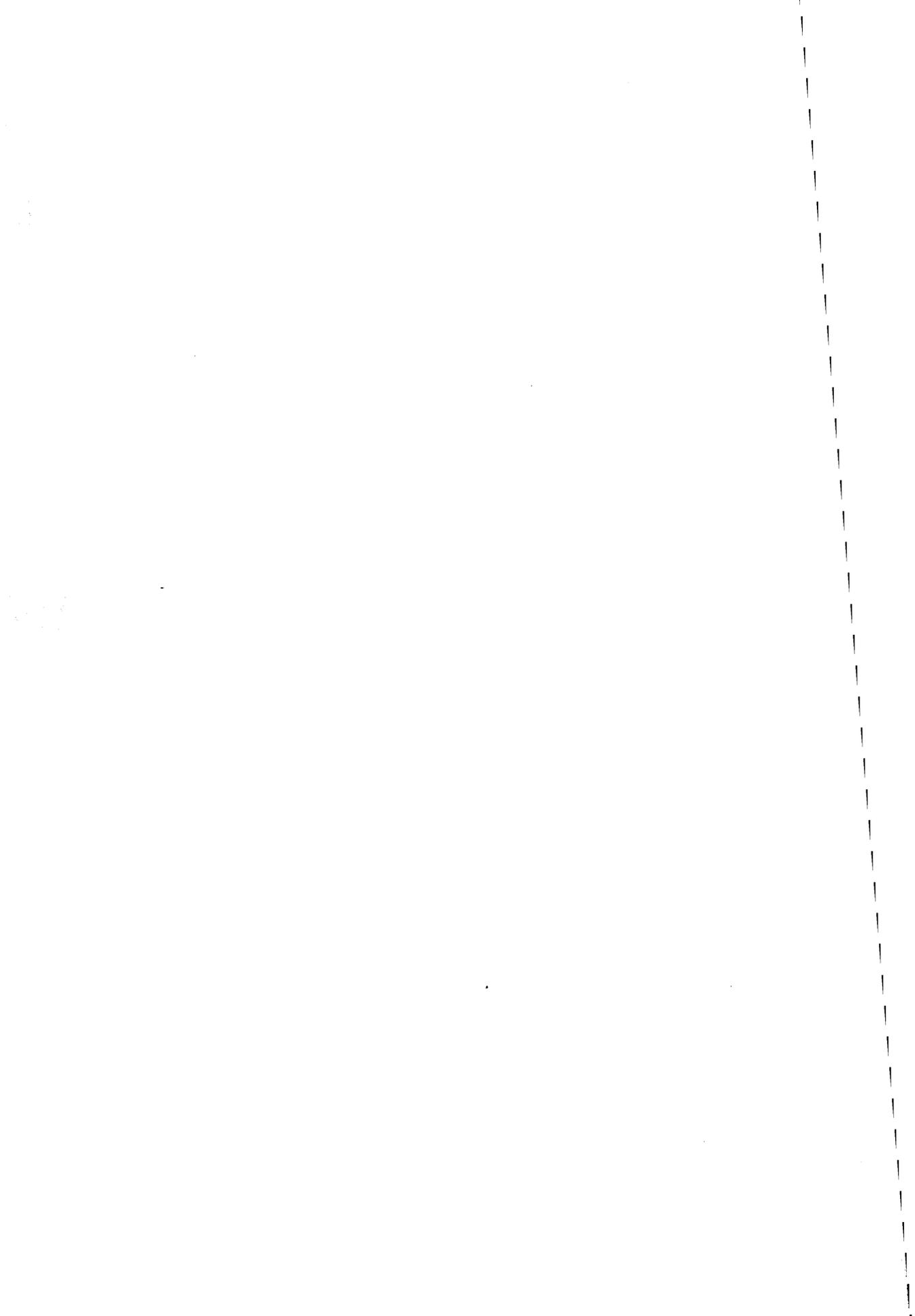
PEINES AGGRAVEES

mort ou 14 ans devenant mort ou perpet	1
14 ans devenant mort ou perpet	1
14 ans devenant 20 ans	6
10 ans devenant 15 ans	1
7 ans devenant 10 ans	7
5 ans devenant 10 ans	1
5 ans devenant 7 ans	1
3 ans devenant 7 ans	1
2 ans devenant 5 ans	2
Total	21

¹ Est exclu aussi tout comptage quand les peines ne sont pas comparables. Le plus souvent la formule "la flagellation ou/et la prison ou/et l'amende" rend toute comparaison impossible.



HISTOIRE DU DROIT



L'ESPRIT ET LE ROLE DES LUMIERES DANS LA REVOLUTION DE 1789

(*)

Par

Yves DURAND

*Ancien Recteur des Académies de Rouen et d'Aix-Marseille
Professeur à la Sorbonne*

Le rapprochement entre les Lumières et la Révolution a été bien des fois avancé, avec des réponses très diverses. Pour les uns, les Lumières n'ont pas constitué l'un des facteurs décisifs du processus révolutionnaire, pour les autres leur rôle a été déterminant. Il est pourtant nécessaire de rappeler quelques caractères fondamentaux de l'ancien régime abattu en 1789, avant tout essai de réponse à la question des responsabilités dans cette mutation politique et sociale.

L'ancien régime se définissait idéalement par un mode de souveraineté où tous les pouvoirs étaient concentrés dans la personne du monarque. En 1632, Cardin Le Bret l'avait parfaitement illustré par une phrase restée célèbre : "la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en géométrie". C'est l'antithèse absolue des principes de 1789, selon lesquels la souveraineté appartient à la nation. Le roi était sacré, de droit divin. Par le sacre et le concordat de 1516, se réalisait une union du Trône et de l'Autel, sans confusion des deux pouvoirs et non sans tensions fréquentes entre la France gallicane et le siège romain, mais la synergie finissait généralement par l'emporter. Le souverain absolu n'était pas un despote, car il se devait de respecter les lois fondamentales du royaume, de gouverner par conseils, de respecter les coutumes.

La société qui correspondait à cette monarchie absolue était une société d'ordres, c'est-à-dire fondée sur le principe de la dignité, d'une hiérarchie de dignités. Une société inégale où presque toute la population, et pas seulement la noblesse et le clergé, disposait de privilèges, autrement dit d'un droit à la différence. Généralement, on jouissait de privilèges parce que l'on appartenait à un corps, c'est-à-dire un groupe social ou professionnel reconnu par l'Etat, disposant de la personnalité morale et juridique.

(*) Conférence prononcée à l'invitation de l'Association des Etudiants et Anciens Etudiants de l'Université d'Aix-Marseille III.

C'est tout à fait à tort que certains théoriciens ont confondu monarchie absolue et monocratie, en soutenant que des chefs d'Etat comme Napoléon, Hitler ou Staline auraient été des monarques absolus à l'instar de Louis XIII ou de Louis XIV. La monarchie absolue est liée intrinsèquement à un type de société chrétienne et l'affaiblissement des sentiments religieux au XVIIIe siècle a certainement constitué l'un des éléments majeurs de l'affaiblissement de la monarchie française.

En regard, il convient de définir la nature des Lumières. Le plus simple est de retenir la réponse donnée par Kant en décembre 1784 à la question "Qu'est-ce que les Lumières ?".

"Les lumières se définissent comme la sortie de l'homme hors de l'Etat de minorité, où il se maintient par sa propre faute. La minorité est l'incapacité de se servir de son entendement sans être dirigé par un autre. Elle est due à notre propre faute quand elle résulte non pas d'un manque d'entendement, mais d'un manque de résolution et de courage pour s'en servir sans être dirigé par d'autre. Sapere Aude ! Aie le courage de te servir de ton propre entendement ! Voilà la devise des lumières.

La paresse et la lâcheté sont les causes qui expliquent qu'un si grand nombre d'hommes, alors que la nature les a affranchis depuis longtemps de toute direction étrangère, restent cependant volontiers, leur vie durant mineurs ; et qu'il soit si facile à d'autres de se poser comme leurs tuteurs. Il est si commode d'être mineur. . . "

L'exercice du *Sapere Aude* ne rend cependant pas facile la réduction à l'unité de l'esprit des Lumières. Entre les Lumières françaises, espagnoles, italiennes, l'Aufklärung germanique, que de différences sur des points essentiels, quant aux aspects philosophiques, religieux, quant à la sensibilité... Pour s'en tenir à la France seule, le déisme de Diderot, dès le milieu du siècle, n'est pas le théisme de Voltaire. Pour Helvétius, les instincts moraux ne sont que le fait de l'égoïsme, alors que Diderot croit à une essence immuable de la moralité. Confrontés au problème du luxe, les positions des philosophes divergent ; Rousseau le condamne fermement, alors que Voltaire en voit nombre d'aspects bénéfiques. Il est de même pour le thème du progrès, pour le débat entre cosmopolitisme et patriotisme. Les despotes éclairés qui incarnent la philosophie des Lumières, ou les ministres qui s'en inspirent, sont bien différents, de Frédéric II à Catherine II ou à Joseph II, en passant par Pombal au Portugal et Olavide en Espagne.

L'hétérogénéité des Lumières françaises a été ainsi présentée par Franco Venturi : "Révolte contre la civilisation et contre l'inégalité de Jean-Jacques Rousseau, athéisme enthousiaste de Diderot, rupture avec tout esprit de système de Condillac, matérialisme de La Mettrie et de d'Holbach : nous avons déjà là, entre 1745 et 1754, tous les éléments par lesquels les Lumières françaises se distingueront de l'Aufklärung, du déisme anglais et du rationalisme de certains autres pays.

Ce ferment -le mot lui-même naît à ce moment-là- trouve dans l'Encyclopédie, grâce au génie de Diderot, sa forme organisatrice" (1).

Quand meurt Louis XV, en 1774, l'essentiel des Lumières françaises a déjà été exprimé. C'est de France et de Paris, que l'on a tiré les conséquences les plus hardies des idées souvent puisées Outre-Manche.

Divergences encore quant à la descendance politique et sociale d'un même philosophe. J.-L. Talmon a bien établi que de Rousseau sont issues les pratiques, pourtant contradictoires, de la démocratie libérale et des systèmes totalitaires contemporains qui prétendent reconstruire l'homme (2).

Le cas du racisme et des droits de l'Homme est particulièrement ambigu. On garde naturellement en mémoire nombre de déclarations de l'époque en faveur de l'émancipation des juifs et des noirs, mais une lecture plus attentive montre également l'antisémitisme de Voltaire, les haras humains de Maupertuis, le mépris de Buffon pour certains peuples noirs. Si bien que Léon Poliakov a pu écrire que "le racisme est un enfant, un fils naturel non reconnu de la science des Lumières" (3). On pourrait d'ailleurs découvrir la même ambiguïté dans les écrits de l'Abbé Grégoire, récemment panthéonisé.

Les Lumières ne sont-elles alors qu'une collection disparate de *membra disjecta*? Il existe en réalité un fil conducteur, un dénominateur commun, au moins pour le plus grand nombre des philosophes et des écrivains de l'époque : l'antichristianisme, plus précisément l'anticatholicisme.

L'esprit critique de *Sapere aude* ne laisse aucune place à la vie mystique, au surnaturel, aux "superstitions". Les Lumières sont farouchement hostiles à la forme catholique du sacerdoce chrétien, avec le célibat ecclésiastique et la vie monastique, comme au culte marial, au culte des saints, aux pèlerinages. Surtout, elles refusent, dans la plupart des cas, le dogme central du christianisme, l'incarnation, la folie de la croix, la souffrance rédemptrice, le péché originel. Ce dernier point est peut-être le plus décisif. Tous refusent l'idée du péché originel. Tous, comme Voltaire, se dressent contre Pascal qui acceptait l'impuissance radicale de la raison, d'une raison qui ne peut atteindre la vérité qu'en se soumettant à la foi. Même si l'on ne réduit pas tout le mouvement philosophique à "Ecrasons l'infâme" ou aux écrits de d'Holbach, on constate un refus général d'examiner les fondements métaphysiques des choses (4).

(1) Venturi (Franco), Europe des Lumières. Recherches sur le XVIIIe siècle, Paris-La Haye, 1971, p. 19.

(2) Talmon (J.-L.), Les origines de la démocratie totalitaire, 1952 ; tr. fr. 1966.

(3) Cité par Xavier Martin, Sur l'homme de la déclaration des Droits, in La pensée catholique, 241, juillet-août 1989, p. 95.

(4) Sur tout ceci, Ernst Cassirer, La philosophie des Lumières, 1932, tr. fr. 1966 ; par exemple p. 153 : "Quel est le trait le plus caractéristique du siècle des Lumières ? Rien ne semble plus aisé que de répondre, selon l'idée traditionnelle qu'on s'en fait : l'attitude critique et sceptique à l'égard de la religion, voilà ce qui tient à l'essence même de la philosophie des Lumières". Encore faut-il souligner que cela reste surtout vrai de la France, beaucoup moins du monde germanique.

En face des philosophes, les apologistes chrétiens ont écrit près d'un millier d'ouvrages, recensés jadis par Albert Monod pour la période 1670-1802, sans beaucoup de succès, faut-il le souligner. Les détracteurs du christianisme les plus percutants ont d'ailleurs été souvent davantage les romanciers et les pamphlétaires de second ou de troisième niveau, que les auteurs consacrés par l'admiration des siècles à venir. Mais, vers 1770, l'Académie française est cependant devenue le bastion du parti philosophique ; d'Alembert en est secrétaire perpétuel à partir de 1772.

Si les *Lettres philosophiques* de Voltaire ont pour objet de "créer dans l'opinion un état d'indifférence, voire de mépris à l'égard de la religion, en suggérant que l'incrédulité l'emporte sur la "superstition" dans tous les domaines..." (Frédéric Deloffre), les positions de Montesquieu contre le catholicisme sont tout aussi virulentes dans les *Lettres persanes*, comme dans ses *Pensées*. Le frontispice de l'*Encyclopédie* est par ailleurs très significatif. La gravure de Prévost représente le "Triomphe de la Vérité dévoilé par la Raison" ; la religion, Bible en main, fait très modeste figure au-dessous des deux premières allégories.

Les actes politiques suivirent les écrits polémiques. Le grand tournant, en France et dans le monde, fut certainement la suppression de la Compagnie de Jésus entre 1764 et 1773, c'est-à-dire entre la date de la publication du très antichrétien *Dictionnaire philosophique* de Voltaire et l'achèvement de l'*Encyclopédie*. En août 1790, le fermier général Brac de La Périère, qui devait bientôt passer à l'échafaud révolutionnaire, pouvait écrire dans son testament :

"Les ravages que (la religion) a essayés depuis la destruction de cette société par le torrent de l'indépendance d'une liberté sans frein, d'une impiété audacieuse, la perte irréparable qu'a fait l'éducation publique au préjudice des oeuvres, les désavantages qui en résultent pour l'intérêt et le respect dûs à nos maîtres, et pour la surêté des principes de chaque état, m'ont fait gémir constamment et je n'ai jamais pensé à la destinée d'un corps qui opposait une digue à tant de maux qu'en adorant les décrets du Ciel et en espérant qu'un jour, il en développerait à l'univers le sens et les motifs" (5).

Le gouvernement royal, en France, en créant la Commission des réguliers, en 1766, amorça la suppression de 450 maisons religieuses et supprima 9 ordres de très ancienne fondation. Il préparait, sans le savoir, les voies de la Constituante. Quant au caractère sacré de la monarchie, il s'affaiblissait de plus en plus. Turgot proposa même à Louis XVI de supprimer le sacre de Reims. Au même moment, la "Guerre des farines" ternissait l'image du Prince, comme l'affaire du Collier quelques années plus tard. A l'étranger, il en allait de même, Joseph II en Autriche s'attaquait à la vie monastique et fermait des centaines de couvents. Il transformait des évêques en véritables

De même, René Pomeau, *La religion de Voltaire*, Paris, 1956, p. 458 : "Il a juré de détruire la foi dans le Dieu incarné (...) Il attaque la citadelle même du christianisme".

(5) Durand (Yves), *Les fermiers généraux au XVIIIe siècle*, Paris, 1971, p. 582-583.

fonctionnaires, légiférait contre la fréquente communion, les confréries, le culte des reliques. Tout cela préfigurait la politique religieuse de la Révolution française, au moins dans ses commencements.

Dès 1754, le marquis d'Argenson avait prédit une véritable révolution dans l'ordre religieux :

"L'on assure que tout se prépare en France à une grande réforme dans la religion, et sera bien autre chose que cette réforme grossière, mêlée de superstition et de liberté, qui nous arriva d'Allemagne au XVII^e siècle. Toutes deux sont venues par les excès de tyrannie et d'avance des prêtres mais, comme notre nation et notre siècle sont bien autrement éclairés que celui de Luther, on ira jusqu'où l'on doit aller : l'on bannira tout prêtre, tout sacerdoce, toute révélation, tout mystère..." (6).

*
* *

La Révolution est-elle fille des Lumières ? La réponse est négative pour beaucoup d'auteurs. Roland Mortier a soutenu cette thèse en montrant que tous les responsables majeurs de la philosophie française sont morts avant 1789, à commencer par Voltaire et Rousseau en 1778. Condorcet, un voltairien antireligieux s'est suicidé dans sa prison pour échapper à l'échafaud. Chénier y est mort. Rivarol et Suard ont dû émigrer. Marmontel et l'abbé Raynal sont hostiles aux idées révolutionnaires. Certains thuriféraires de Voltaire se convertirent et passeront à la contre-révolution, comme La Harpe sauvé des prisons de la Terreur par le 9 thermidor. Quant à Robespierre, il n'eût pas de mots assez durs pour stigmatiser les encyclopédistes, des "charlatans ambitieux.... rampants dans les antichambres... des sophistes intrigants".

Si l'on s'arrêtait à ces exemples, il n'y aurait guère de corrélation entre les Lumières et la Révolution. Michelet a cependant défendu l'autre thèse, celle d'une filiation plus ou moins directe ; comme Auguste Comte, qui voyait dans les girondins les héritiers de Voltaire, dans les dantonistes ceux de Diderot, dans Robespierre la théocratie de Rousseau.

La notion de subversion permet sans doute d'apporter un élément au débat, si on définit la subversion comme "l'ensemble des moyens psychologiques ayant pour but le discrédit et la chute du pouvoir établi, du régime ou du système social (...) dans un climat général qui exclut les conditions matérielles et rationnelles de la révolte et a fortiori de la révolution" (Roger Mucchielli). A ce compte, la remarque de d'Alembert, dans le discours préliminaire de l'Encyclopédie, à propos de Descartes, apparaît comme révélatrice et pouvant s'appliquer aux encyclopédistes eux-mêmes : "On peut le regarder comme un chef de conjurés qui a eu le courage de s'élever le premier contre une puissance despotique et arbitraire et qui, en

(6) Argenson (Marquis d'), Journal et Mémoires, t.VIII, p. 83 et 289-290. A la date du 9 mai 1754.

préparant une révolution éclatante, a jeté les fondements d'un gouvernement plus juste et plus heureux qu'il n'a pu voir établir".

Dès 1932, Ernst Cassirer observait que, pour Diderot, l'Encyclopédie n'était pas destinée à constituer un simple corps de connaissances, mais à provoquer une véritable mutation dans la manière de penser.

Le mot même de "subversion" est employé en 1770 par Lefèvre de Beauvray, dans le *Dictionnaire social et patriotique*: "l'esprit d'indépendance et de liberté qui mène à la subversion de tout ordre social" : Grimm, trois ans auparavant reconnaissait qu'il se formait en Europe "une immense république des esprits cultivés".

L'Encyclopédie est véritablement subversive, puisque l'entreprise tend à un complet renversement des valeurs traditionnelles. Elle remplace les anciennes valeurs sociales de l'honneur, du service, de la gloire, par celles du travail, de l'économie, de la bienfaisance, de l'indépendance, de la simplicité, c'est-à-dire par des valeurs bourgeoises. L'idéal du négociant ou de l'homme de loi remplace l'idéal militaire. On ridiculise les privilèges de naissance. On affaiblit le principe d'autorité au bénéfice de l'idée de nature. L'homme est le centre du cosmos et non plus l'incarnation du Verbe. L'homme est doté d'une totale liberté de penser, dans tous les domaines (7).

De tels principes, contraires à la société d'ordres et à la monarchie absolue, sont diffusés par les académies de province, les sociétés de lecture, par les innombrables réseaux clandestins du commerce des livres prohibés, par les loges maçonniques qui se multiplient. On aurait tort de négliger le préceptorat. Le prince de Montbarrey soutient que la haute noblesse aurait été convertie par les femmes, souvent sorties de la robe ou de la haute finance, elles-mêmes conduites à la philosophie par des précepteurs militants. Rousseau, Diderot, Grimm ont exercé de telles fonctions.

La république de lettres, qui n'est souvent qu'un réseau de salons, assure la diffusion européenne des idées.

Au niveau gouvernemental et à la Cour, les philosophes ont reçu d'incalculables appuis. Choiseul et Madame de Pompadour sont des leurs. Il suffit de penser au tableau de la favorite par Quentin de La Tour ; la marquise se tient appuyée sur un tome de l'Encyclopédie, alors qu'un volume de l'Esprit des Lois et la Henriade de Voltaire sont placés sur le bureau. Voltaire, qu'elle avait fait nommer historiographe du Roi.

Rousseau a été protégé par des financiers - les Dupin, les Lalive d'Epinay-, par le marquis de Girardin ; l'abbé Raynal par le fermier général Paulze.

Chacun sait que Malesherbes qui devait assurer la censure des livres fut en fait le sauveur de la manufacture encyclopédique et qu'Antoine de Sartine, lieutenant général de police, conseillait Diderot quand ses amis poussaient trop loin la contestation des valeurs établies.

(7) Durand (Yves), La bataille de l'Encyclopédie, in Douze moments clés de l'Histoire de France, Paris, 1973, p. 109-125.

A la veille de la Révolution, le Palais Royal, avec le duc d'Orléans et ses fidèles, et plusieurs lieux privilégiés dans Paris, constituaient autant de foyers d'où sortaient libelles et pamphlets contre la politique royale.

*
* *

En réalité, la Révolution était engagée et même pratiquement déjà réalisée avant 1789. Le changement d'esprit est sensible, lorsqu'on considère le choix des ministres. Celui de Necker, protestant, genevois et banquier, n'est guère imaginable à l'époque de Louis XIV.

La fin de l'ancien régime social et politique ne doit pas être arrêtée au 21 septembre 1792, date officielle de l'abolition de la royauté, ni, à plus forte raison, au 10 août lorsque l'Assemblée supprima les ordres et les privilèges, caractères fondamentaux de l'ancienne société. Bien avant la réunion des Etats généraux, l'application politique des idées des Lumières avait mis à mal l'ancien régime.

Dès 1778, Necker, en créant les assemblées provinciales, avait décidé d'en choisir les membres dans les trois ordres traditionnels, mais selon des critères de fortunes, en doublant le nombre des représentants du Tiers, en accordant le vote par tête et non par ordre. En 1787, Loménie de Brienne institua des assemblées municipales et provinciales sur le même modèle. C'est exactement ce que le parti patriote exigera lors de la convocation des Etats Généraux, dix ans plus tard, qu'il obtiendra de Louis XVI, et qui sera mis en oeuvre dès la réunion des Etats. On passe entre 1778 et 1789 d'une structure d'ordres à une structure de société de classes.

Tout cela allait à l'encontre des systèmes de représentation des sujets dans le cadre de la vieille Europe, où les délibérations se faisaient au sein de chaque ordre qui collaborait, mais ne se confondait pas avec les autres. Les républiques pratiquaient de même. Dans les monarchies et les états princiers, le souverain gouvernait en prenant conseil des Etats provinciaux, parfois dans certains pays il leur avait accordé le vote de l'impôt, mais la structure des ordres séparés était toujours préservée. En France, elle avait vécu avant même les échéances de 1788-1789. La comparaison terme à terme avec les Etats généraux de 1614 est en tous points éclairante. En 1614, la séparation des ordres avait permis au gouvernement royal d'échapper à la mise en tutelle de la monarchie par les Princes. La souveraineté, reposant uniquement dans la personne du Roi, n'était pas mise en cause, alors que tout le mouvement des Lumières finissantes tendait à faire triompher le principe de la souveraineté nationale.

Certains facteurs de destabilisation furent d'ailleurs communs - au moins en apparence - en 1614 et en 1789 : l'agitation fomentée par les Princes au début du XVII^e siècle et celle de la maison d'Orléans à la fin de l'ancien régime, l'opposition des gens de justice, en l'occurrence des parlements, les éternels problèmes financiers. Pour essayer de trouver une solution budgétaire, on fit appel en 89, comme en 1614,

aux Etats généraux. Chateaubriand a pu écrire "l'idée des Etats généraux était dans toutes les têtes, seulement on ne voyait pas où cela allait".

Ce n'était pas la première fois, au XVIII^e siècle, qu'on exigeait la convocation des Etats, mais l'état des esprits avait considérablement changé depuis le siècle précédent. Il suffit de faire, pour les mêmes paroisses, une lecture conjointe des cahiers de doléances de 1614 et de 1789. Au début du XVII^e siècle, on pense en termes de réforme, jamais de révolution, de retour à un âge d'or, de restauration de l'idéal social propre à chaque ordre, d'instauration d'une société chrétienne pour le salut éternel de chaque fidèle, dans le cadre d'une société de corps et de lignage où l'individu compte moins que la famille. L'idéal proposé, c'est l'entente des trois ordres complémentaires, sous la tutelle bienveillante d'un Roi fécondant l'Etat.

En 1789, à l'inverse, la noblesse souhaite souvent elle-même la fin de la société d'ordres, elle confie le vote de l'impôt aux Etats, un impôt égal pour tous et proportionnel aux fortunes. On accepte le vote par tête, typique de la société de classes et symbole, tout autant qu'outil, de la révolution individuelle. En 1614, on ne remettait jamais en cause les privilèges ; en 1789, la clameur unanime des cahiers du Tiers exige leur suppression. Tous les hommes sont considérés comme des frères égaux, alors que le monde de 1614 acceptait facilement la structure hiérarchique de l'univers. Enfin, et surtout, les Français de 1614 pensaient la politique comme une restauration, un retour aux bonnes coutumes perturbées par les conséquences du péché, alors qu'en 1789 les rédacteurs des cahiers ont adopté les idéaux des Lumières : on est tourné vers l'avenir, le monde n'est plus à reformer, il est à construire. Le mythe du Progrès guide l'action des nouveaux politiques (8).

Chateaubriand, après avoir lui-même sacrifié à la contestation de l'ordre ancien, tenta dans les Mémoires d'Outre-Tombe d'exposer l'enchaînement des formes de la monarchie française à travers les siècles. Nombre de théoriciens suivront la même voie.

"Transformation qui se développait depuis deux cents ans touchait à son terme : la France passée de la monarchie féodale à la monarchie des Etats Généraux, de la monarchie des Etats Généraux à la monarchie des parlements, de la monarchie des parlements à la monarchie absolue, tendait à la monarchie représentative, à travers les luttes de la magistrature contre la puissance royale..."(9).

(8) Durand (Yves), Cahiers de doléances des paroisses du bailliage de Troyes pour les Etats Généraux de 1614, Paris, P.U.F., 1966 ; et du même, L'idéal social en Champagne méridionale du XVI^e au XVIII^e siècle, in 92^e Congrès national des sociétés savantes, Strasbourg, 1967, hist. mod., t. III, p. 111 à 123 . Pour la comparaison entre 1614 et 1789, Durand (Yves), Les Etats Généraux de 1614 et de 1789 : vie et mort de la monarchie absolue, in XVIII^e siècle, Paris, avril-juin 1989, n° 163, p. 131-144.

(9) Chateaubriand, Mémoires d'Outre-Tombe, livre V.

LES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE "CODE DES DELITS ET DES PEINES" DU 3 BRUMAIRE AN IV (25 OCTOBRE 1795)

Par

Marc PENA

*Attaché temporaire d'Enseignement et de Recherche à la Faculté de
Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*

INTRODUCTION

La période judiciaire qui s'ouvre avec les Etats généraux et s'achève avec l'Empire, est l'une des plus importantes et des plus significatives de l'histoire de notre justice. "Les Principes de la Révolution dans les droits civil et criminel" (1) défont un long passé et forgent des institutions judiciaires entièrement nouvelles fondées sur la souveraineté de la nation et inspirées par la philosophie des Lumières (2). Au sein des grands principes émanant de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'août 1789, le plus profond et le plus significatif est peut-être le rejet de l'ancienne justice pénale. C'est que, au-delà de sa fonction répressive, celle-ci assure dans toute société une fonction expressive : elle traduit les valeurs de la société au nom de laquelle elle poursuit et condamne.

Le célèbre ouvrage de Beccaria : "Des délits et des peines", traduit en 1766, avait donné aux hommes du XVIIIème siècle, la théorie d'une justice pénale fondée sur la raison (3). Cette théorie

(1) A. Leca, "Les principes de la Révolution dans les droits civil et criminel" in Les principes de 1789, P.U.A.M., 1989, pp. 113-149.

(2) "Une autre justice" 1789-1799, publié sous la direction de R. Badinter, Fayard, Paris 1989.

(3) Dans les cahiers des Etats Généraux on trouve les réformes que la constituante va accomplir et qui reproduisent la pensée des philosophes du XVIIIème siècle :

1° - égalité, personnalité et adoucissement du système pénal

2° - suppression de l'arbitraire du juge au double point de vue de la détermination des faits délictueux et de la détermination des peines

traduite en principes universels le 26 août 1789, allait être greffée sur le corps social par l'assemblée constituante qui vota, en matière de droit criminel quatre lois d'une importance capitale : la loi des 8-9 octobre 1789 qui opère, dans la procédure criminelle, des réformes partielles et provisoires du système judiciaire d'Ancien régime (4), la loi des 16-29 septembre 1791, qui sous le titre de "Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés" adapte la procédure, en ce qui concerne les délits les plus graves, à l'institution nouvelle du jury (5) ; la loi des 25 septembre-6 octobre 1791, qui, avec le titre très général de Code pénal, établit un système d'incriminations et de pénalités en ce qui concerne les délits les plus graves (6) ; la loi des 19 et 22 juillet 1791 enfin, qui, sous le nom de "Décret relatif à l'organisation d'une police municipale et d'une police correctionnelle", règle les pénalités, en même temps que la juridiction et la procédure quant aux délits mineurs.

Le système pénal ainsi conçu prit sa place dans la Constitution de 1791 au titre III, chapitre V. L'organisation pénale et plus largement l'organisation judiciaire relevaient dorénavant de l'ordre constitutionnel. Les conséquences étaient fondamentales : les principes de la législation pénale inscrits dans la déclaration des droits de l'homme (7) avaient valeur constitutionnelle. Le droit naturel pouvait essayer de s'incarner en droit positif et celui-ci trouver sa signification dans ces mêmes principes de droit naturel. Cependant, pour l'avenir, c'était au législateur, institué par le texte constitutionnel, que l'on se fiait pour mettre en oeuvre les garanties nécessaires. Le fragile équilibre ainsi créé allait alors se détériorer au gré de l'évolution politique.

Après la chute de la Monarchie, la Convention nationale adopta juste avant de se séparer, outre la Constitution de l'an III, le "Code des délits et des peines" du 3 Brumaire an IV (8) : on eut dit qu'après avoir déchaîné la tempête, elle recherchait l'apaisement avant de se séparer.

3° - abolition des délits contre la religion et les moeurs

4° - publicité des procédures

5° - assistance du conseil à la cause

6° - obligation de motiver les sentences et de les rendre publiquement

7° - institution des peines

Cf. Merle et Vitu : *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, Paris, 1981, p. 37.

(4) J.-J. Clerc : "Les constituants et l'organisation de la procédure pénale", in "La Révolution et l'ordre juridique privé", Actes du Colloque d'Orléans des 11-13 sept. 1986, P.U.F., Paris, 1988, pp. 441-457.

(5) A. Padoa-Schioppa : "Le jury d'Adrien Dupont", in "La révolution et l'ordre juridique privé", op. cit., pp. 609-622.

(6) P. Lescoumes, P. Poncela, P. Lenoël : "Au nom de l'ordre", une histoire politique du Code pénal, Hachette, Paris, 1989, pp. 65-151.

(7) Surtout dans les art. 7-8 et 9.

Cf. J.M. Carbasse : "Le droit pénal dans la déclaration des droits" in La déclaration de 89, *Revue Droits*, P.U.F., Paris, 1988, pp. 123-134.

(8) P. Lescoumes, P. Poncela, P. Lenoël : "Au nom de l'ordre", op. cit., p. 155.

L'évolution des rapports entre l'individu et le pouvoir s'inscrit dans le cadre, bien connu, du passage du régime constitutionnel monarchique à la "démocratie totalitaire" (9), mise en place par la conjonction des lois révolutionnaires de 93 (10). Il n'est pas d'étude portant sur la "Terreur" qui ne fasse une référence indignée à la "loi des suspects", ou, au mieux, aux "lois sur les suspects" (11). La loi du 17 sept. 93 officialisa ainsi "la chasse aux suspects" commencée avec les français émigrés et les prêtres réfractaires. Son pendant, le décret du 22 prairial an II, traduit la volonté du groupe jacobin d'éliminer, sous le nom d'ennemis du peuple, tous les adversaires, les "malpensants" et jusqu'aux "défaitistes" (12). Avec cette législation culmine la "Terreur" qui ne doit pourtant pas être séparée du contexte de guerre intérieure et extérieure, même si ce contexte fût amplifié par "l'imagerie" révolutionnaire de la France de 93. D'un régime pluraliste, la France en est venue à la répression de toute opposition ou divergence. Le droit d'être jugé dans la légalité est remplacé par un appareil répressif spécialisé dans la répression des infractions politiques : le tribunal criminel établi à Paris par le décret du 10-12 mars 93, devenu tribunal révolutionnaire, les "tribunaux révolutionnaires", créés par les représentants du peuple en mission, sont les instruments de cette politique (13). La Constitution du 24 juin 93 est bien une morte-née (14).

(9) J.-L. Talmon, *Les origines de la démocratie totalitaire*, Calman-Lévy, Paris, 1952, intro. pp. 9-24.

(10) Parmi les critiques que certains auteurs émettent sur le système juridique et politique mis en place par la Révolution, il y a l'idée qu'un glissement s'était accompli depuis les votes d'août 89 : les prérogatives de l'homme face au pouvoir d'inviolables et sacrées, sont ressenties comme déterminées et circonscrites par la loi. Les députés n'ont alors pas manqué par leurs lois, d'étendre ou restreindre ces droits selon leur lecture de l'intérêt général.

Cf. A. Leca, "Les principes de la Révolution...", op. cit., pp. 144-199

J. Carbasse, "Le droit pénal dans la déclaration des droits", op. cit., pp. 123-134.

et G. Sicard : "De la réforme libérale à l'absolutisme révolutionnaire : le citoyen et la nation, (1789-1791)", "L'individu face au pouvoir", Recueils de la société pour Jean Bodin, Paris, 1988, pp. 209-236.

(11) Cf. G. Sicard, "De la réforme libérale...", op. cit., p. 220.

(12) Préface Isabelle Albaret, "Les mots de la Révolution", Ed. Leduc, Paris, 1987, pp. 3-12.

(13) Quand 21 accusés, les "Girondins", passent devant le tribunal, leurs ennemis du club des Jacobins remettent une pétition à la Convention tendant à "débarrasser le tribunal révolutionnaire des formes qui étouffent la conscience et empêchent la conviction" ; de son côté, Fouquier-Thinville intervient pour faire accélérer la procédure. La Convention vote le décret du 9 Brumaire an II (30 oct. 93) : "Après 3 jours de débats, le président du tribunal sera autorisé à demander aux jurés si leur conscience était suffisamment éclairée. S'ils répondent négativement l'instruction du procès sera continuée jusqu'à ce qu'ils déclarent qu'ils sont en état de se prononcer".

Le volontarisme l'emportait sur les garanties juridiques.

(14) La Constitution montagnarde fût votée par la Convention le 24 juin 93 et ratifiée par le peuple, dans une consultation confuse qui fut organisée au suffrage

Dans cette logique, les règles de procédure pénale, dont les constituants puis les thermidoriens ont vu combien elles importaient à la protection concrète des droits de l'homme (15) sont bafoués pour parvenir à l'élimination des adversaires de la Révolution. Pour les émigrés, les aristocrates, les prêtres réfractaires, "tous ceux qui ont pris ou conservé leurs fonctions dans les territoires conquis par l'ennemi", ou encore pour "les promoteurs de révoltes ou d'émeutes" (16), le recours en cassation et l'assistance d'un avocat sont écartés. Plus encore, l'accusé cesse d'être protégé contre les irrégularités ; il n'y a plus ni jury (17), ni délibération sur la peine. La glorification des principes philosophiques de 89, des principes juridiques de 91, reprise par la nouvelle déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 93 (18), ne sert de rien pour protéger contre la répression (19).

Avec le Décret du 9 brumaire an II sur la procédure devant le tribunal révolutionnaire (20), la machine judiciaire s'accélère encore. Les affaires sont jointes pour aller plus vite : pas ou peu de témoins à charge (21) ; une seule peine possible : la mort. Il y a également suppression de l'interrogatoire secret préalable à l'audience ; plus de témoins s'il existe d'autres preuves "soit matérielles, soit morales" : le décret du 22 prairial an II monte encore plus dans l'arbitraire. Ces textes bruts et simplifiés à l'extrême amenèrent ainsi plusieurs milliers d'accusés à la guillotine.

Cette volonté d'élimination ajoutée à la concentration extrême du pouvoir n'a pas survécu, on le sait, à l'élimination de Robespierre

universel, direct, public et oral de juillet à décembre 93 : 1.801.918 citoyens l'approuvèrent, 11.610 osèrent voter non, les autres (15 millions environ) s'abstinrent.

(15) J.-L. Clère, "Les constituants et l'organisation de la procédure pénale", in "la Révolution et l'ordre juridique privé", op. cit., p. 441-456.

(16) Décrets des 9 oct. 92, 19-20 mars, 7 août, 5 juillet 93.

(17) Cf. B. Schnapper, *Le jury criminel* in "Une autre justice", op. cit., pp.158-159. "L'an 1 des Droits de l'homme", Presses du CNRS, Paris 1988.

(18) Cf. M. Vovelle, A. Debaecque, M. Schmamale, *La nouvelle déclaration est dans l'ensemble empreinte de la même philosophie que sa devancière de 89. Mais il existe entre elles des nuances. L'égalité y apparaît comme le premier droit naturel et imprescriptible de l'homme, avant même la liberté et surtout sa consistance s'est accrue depuis 89, puisqu'elle s'étend de l'égalité des droits civils, sociaux et politiques, ainsi que de l'égalité de considération.*

(19) Cf. G. Antonetti, p. 79. La mise à l'écart du peuple par une minorité révolutionnaire s'observe aussi bien durant la phase de domination girondine que pendant la prééminence montagnarde.

(20) *Supra* note 13.

(21) Une victime plus coriace rendit nécessaire un traitement brutal : Danton. Arrêté avec Desmoulins dans la nuit des 10 au 11 Germinal, se défendant avec éloquence, il nécessite l'intervention de Saint Just qui fit voter à la Convention un décret qui annonçait : "Tout prévenu de conspiration qui résistera ou insultera à la justice nationale sera mis hors du débat sur le champ" (décret du 15 Germinal). De fait, dès le lendemain les accusés qui protestent contre le déni de justice sont mis hors débat, condamnés à mort et livrés à la guillotine.

en Thermidor an II. En cela, on qualifie ce régime post-thermidorien d'époque de "réaction" (22). En effet, les hommes au pouvoir, ont voulu rétablir un régime libéral et pluraliste. Pour cela ils ont construit un nouvel ordre constitutionnel (23) et proclamé une nouvelle déclaration des droits de l'homme (24). C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre le besoin qu'éprouve la convention thermidorienne de reprendre une activité législative importante en matière pénale : il fallait supprimer "ce droit pénal d'exception" et revenir aux principes glorifiés en 89 et mis sous forme juridique en 91.

Le 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795) entra en vigueur un "Code des délits et des peines", loi au premier abord entièrement consacrée à la procédure, qui fut elle-même modifiée par la Constitution du 22 Frimaire an VIII et par les lois des 7 et 18 pluviôse an IX, montrant par là que la législation du Directoire en la matière ne fût pas proprement parler "une législation en sommeil" (25).

Pourtant, si les principes de droit criminel de la déclaration de 1789, comme le droit pénal et la procédure de l'époque de la Constituante ont été abondamment commentés (26), il n'en va pas de

(22) J. Godechot, *Histoire des Constitutions de la France*, Garnier, Flammarion, Paris, 1979, p. 7-8.

(23) La Constitution du 5 Fructidor an III se caractérise par une séparation rigide des pouvoirs et un suffrage censitaire très restreint.

Cf. J. Godechot, *Les constitutions de la France...*, p. 97.

(24) La liste est plus courte qu'en 89, la rédaction plus terne, l'esprit plus étriqué. Elle est complétée de façon significative par une déclaration des devoirs. L'idée que les hommes naissent égaux est absente et le concept est clairement circonscrit à l'égalité devant la loi.

Cf. M. Vovelle, A. Debaecque, W. Schamale, *L'an I des droits de l'homme*, op. cit., pp. 329-331.

(25) P. Lescoumes, P. Poncela, P. Lenoël, "Au nom de l'ordre", op. cit., p. 167. Ces auteurs défendent eux l'idée d'une législation en sommeil d'octobre 95 à novembre 99.

(26) Pour le droit pénal dans la déclaration de 1789 cf. deux publications récentes :

- J.-M. Carbasse, "Le droit pénal dans la déclaration des droits", op. cit., pp. 123-134.

- A. Leca, "Les principes de la Révolution dans les droits civil et criminel", op. cit., pp. 113-149.

Pour le Code pénal de 1791

- F. Musson, "La révolution pénale de 1791 et ses précurseurs", Nancy, 1899.

- Rémy, "Les principes généraux du Code pénal de 1791", Thèse, Paris, 1910.

P. Lawski, "Le Pelletier de Saint Fargeau (1760-1793), auteur du Code pénal de 1791", *Revue des Sciences Criminelles*, Paris, 1957, pp. 619 et ss.

- J. Sacotte, "La politique criminelle de la constituante", Thèse Droit, (dactylographiée), Paris, 1966.

Pour la procédure :

- E. Seligman, "La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)" Paris, 1901.

- A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle en France", Paris, 1882, reprod. anastique.

- Nerlag Saver et Auvermann, R 6, 1989.

même de l'esprit de thermidor dans les mêmes matières. Cet esprit donnera le jour au Directoire, souvent critiqué comme une époque de compromis et de coups d'Etat (27). Plus spécifiquement, l'attitude des historiens du droit pénal, insistant sur le fait que le Code Brumaire apporte très peu de modifications aux principes révolutionnaires et ne touche qu'une technique procédurale accessoire, explique ce désaveu ou ce désintérêt.

Il est vrai que sur les 646 articles de ce code obscur de 1795, 596 concernent la procédure (28). De même, nombre de dispositions du Code Brumaire font une référence expresse à la législation pénale de 91 et demandent même aux tribunaux criminels de s'y conformer (29). La tendance de fond des lois de 91, s'écartant des règles de l'ancien droit français, est, en effet, respectée. Cependant, le nouveau code devait surtout se distinguer des lois antérieures en ce qu'il serait une oeuvre synthétique et détaillée à la fois (30), et, dans les détails, des modifications importantes étaient introduites (31). La permanence des discours sur la "liberté" n'avait pas empêché la Terreur. Au contraire, en concevant les droits de l'individu comme des limites abstraites, les constituants avaient souvent oublié de lui octroyer des "prérogatives de participation" (32). Il n'est pas alors de lois plus scrupuleuse que le Code Brumaire, traçant minutieusement la marche pénale à suivre et multipliant de ce fait les garanties de la défense (33). On le sait depuis, le meilleur code pénal serait voué à l'échec, si son exécution était arrêtée ou rendue incomplète par des règles de procédure médiocres. Il apparaît ainsi que le Code Brumaire eut pour ambition et inquiétude de perfectionner le système de la Constituante et tirer un trait sur l'épisode dictatorial : en un mot réaffirmer l'intangibilité des principes révolutionnaires libéraux.

Rétablir l'ordre judiciaire implique pour les héritiers de la Constituante l'affirmation de garanties pour la liberté. Cependant ceux-ci étaient aussi des notables qui recherchaient un compromis social et

(27) S. Rials, F. Bluche, J. Tulard, *La Révolution française*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 114-148.

- F. Furet, *La Révolution (1770-1880)*, Hachette, Paris, 1988, pp. 161-213.

- J. Tulard, J.-F. Fayard, A. Fierro, *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, Laffont, Paris, 1987, pp. 185-257.

(28) P. Lescoumes, P. Poncela, P. Lenoël, "Au nom de l'ordre", *Une histoire politique du Code pénal*, op. cit., pp. 163-167.

(29) Surtout le livre III consacré aux peines (art. 599 à 640).

(30) A. Laingui - A. Lebigre, *Histoire du droit pénal II, La Procédure criminelle*, pp. 140-141.

(31) A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, op. cit., p. 442.

(32) G. Sicard, "De la réforme libérale à l'absolutisme révolutionnaire : le citoyen et la Nation (1789-1794)", op. cit., pp. 232-233.

(33) Les 449 articles du livre II, intitulé "De la justice", sont consacrés à l'organisation des juridictions pénales mais aussi aux moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires.

politique. Si la Révolution n'était pas encore "finie" (34), "elle était faite". Un suffrage censitaire mais considérablement restreint mis en place dans la République s'attaqua par ricochet au jury criminel, symbole de la révolution en matière judiciaire (35). On entendait que les jurés fussent compétents, c'est-à-dire répressifs et par conséquent recrutés majoritairement parmi les propriétaires (36). Bientôt ce serait l'indulgence, non l'erreur judiciaire, qu'on leur reprocherait.

Notre propos n'est pas de suivre l'histoire de la période allant du 9 thermidor, au coup d'Etat des 18 et 19 Brumaire an VIII, ni de juger de la politique du directoire, mais d'essayer de démontrer l'originalité du Code de 95 considéré essentiellement comme procédural.

La glorification des droits de l'homme en forme de principes philosophiques absolus amène à un droit pénal au caractère abstrait et normatif très accusé. A l'inverse, la règle de procédure pénale demeure essentiellement concrète et notamment pour les droits de la défense. Ce qui est en cause ici ce sont les droits de l'individu face au pouvoir. Entre le principe de liberté et celui d'autorité, le Code Brumaire essaiera de donner une réponse. Son étude commande donc une approche analytique et comparative : il faut en effet partir de la législation de 91 pour comprendre la réaffirmation des droits de la défense en 95, puis avoir en perspective l'oeuvre napoléonienne, pour mesurer les conséquences et les apports du Code du 3 Brumaire an IV.

I - LA FIDELITE AUX PRINCIPES DE LA REVOLUTION LIBERALE : LA REAFFIRMATION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE CODE BRUMAIRE

La tendance dominante après Thermidor fut à la normalisation du système répressif. Si le Code Brumaire semble renouer avec la voie libérale des textes de 89 et 91, il a perdu, à l'issue de l'épisode dictatorial, la foi naïve en la raison. Il en résulte un développement et une précision très scrupuleuse des principes posés par la Constituante en traçant minutieusement la marche pénale à suivre et en multipliant de ce fait les garanties de la défense (37).

Ainsi en est-il du jury, création-symbole de la révolution en matière judiciaire (38). Rétabli par la Convention thermidorienne dans toutes les affaires criminelles pour assurer les droits de la défense, il voit sa vocation première remise en partie en cause : l'arbitrage cédant

(34) J.-F. Furet, *La Révolution*, op. cit., p. 152

(35) B. Schnapper, *Le jury criminel* in "Une autre justice" sous la direction de R. Badinter, op. cit., pp. 149-170.

(36) *Ibid.*, p. 162.

(37) Surtout dans le livre II intitulé "De la justice", art. 150 à 598.

(38) A. Padoa-Schioppa, "Le jury d'Adrien Dupont", in "La révolution et l'ordre juridique privé", op. cit., pp. 609-622.

le pas à la procédure, le rôle répressif du jury s'estompe, au profit de sa signification politique (39).

L'étude comparative entre le référent de 91 et le système mis en place après Thermidor, le poids de la politique, l'analyse du jury en tant que rouage fondamental des droits de l'individu face au pouvoir, tels sont les éléments qu'il convient de prendre en compte si l'on veut donner du Code Brumaire une image équitable.

On verra donc d'une part le référent de 1791 et d'autre part le jury.

* LE REFERENT DE 1791

"En s'occupant de l'exécution de ce décret, votre commission des onze a cru nous proposer une refonte générale de toutes les lois rendues depuis le commencement de la Révolution pour régler et diriger la poursuite et la punition des délits de toute espèce..." (40) : c'est en ces termes que Merlin de Douai (41), dans un court rapport, présenta à la Convention thermidorienne un projet de législation criminelle intitulé "Code des délits et des peines" (42). L'ambition était grande puisqu'il s'agissait selon le futur ministre du Directoire (43) "d'établir enfin le

(39) B. Schnapper, *Le jury criminel* in "Une autre justice" sous la direction de R. Badinter, op. cit., pp. 149-170.

(40) Séance du 30 Vendémiaire an IV : journal des débats, n° 1124, pp. 458-459.

(41) Louis Guiffy, "La vie et l'oeuvre juridique de Merlin de Douai", Thèse pour le doctorat en droit, E. Duchemin, Paris 1934, 303 p.

(42) Le Code de brumaire an IV fut voté par la Convention sur un projet présenté par Merlin de Douai au nom du comité de législation. C'est par un décret du 23 fructidor an II (9 sept. 94) que la Convention avait chargé la commission des onze de préparer un projet de "Code de police de sûreté et de police correctionnelle" adapté à la nouvelle constitution. Auparavant la Convention avait chargé le 3 floréal an II Cambacérès et Merlin de préparer un travail général sur l'ensemble de la législation. Merlin s'occupa surtout de la législation criminelle et au bout de 18 mois il présenta à la Convention le "Code des délits et des peines" inachevé. Ici les travaux préparatoires ne sont rien : ils se réduisent comme document au court rapport de Merlin. Le Code n'eut qu'un rédacteur : Merlin. Ce "savant juriste égaré dans la Révolution" joua un rôle très important dans l'élaboration des législations des assemblées révolutionnaires et du directoire.

Cf. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, pp. 439-450.

P. Lescoumes, P. Poncela, P. Lenoël, *Au nom de l'ordre*, pp. 165-167.

L. Guiffy, "La vie et l'oeuvre juridique de Merlin de Douai", op. cit., p. 284.

(43) Philippe Antoine Merlin, dit Merlin de Douai (1754-1838), eut une brillante carrière : avocat au parlement de Flandre, député aux Etats généraux et à la Constituante, président du Tribunal criminel du département du Nord sous la législative, membre de la Convention, ministre du directoire et membre du directoire exécutif, procureur général impérial à la Cour de cassation. S'il ne participa directement à la rédaction des codes napoléoniens, la jurisprudence qu'il imposa fut déterminante, particulièrement pour réaliser l'unification du droit dans l'ensemble des provinces et des pays conquis par Napoléon. Il fut couvert d'honneur par Bonaparte avant de finir en exil sous la restauration pour avoir voté la mort de Louis XVI.

règne de la loi" (44) et ainsi de rétablir l'ordre. On touchait donc aux formes introduites par les lois de 1791 : la procédure comme les pénalités. Le Code de Brumaire an IV qui fut voté en une seule séance sans discussion (45), ne répondait pourtant pas aux espérances de son principal rédacteur. "Il n'était pas aussi complet que son titre semblait le promettre" (46). De fait, dans les grandes lignes, rien ne semblait changé par rapport notamment à la loi des 16-29 septembre 91 sur la procédure criminelle. Mais dans les détails, des modifications importantes étaient introduites : ces "détails" touchaient essentiellement les droits de la défense. L'étude comparative des législations de l'an IV et de 1791 commande ainsi une approche binaire : il faut partir des principes de 91 pour comprendre l'originalité du Code Brumaire.

- Les Similitudes

Les principes introduits par la loi de 1791 étaient considérés en l'an IV comme une institution définitive. Ce ne fut point pour détruire le système, mais pour le perfectionner que la Convention reprit l'oeuvre de la Constituante. De manière générale tout d'abord, la structure de la procédure pénale varie peu de 91 à 95. Autrement dit, la technique juridique est la même : l'instruction devant l'officier de police judiciaire, le juge de paix, le débat devant le jury d'accusation où le directeur du jury prenait l'affaire en main, les débats définitifs et le jugement devant le tribunal criminel où le jury de jugement jouait un rôle capital (47).

Dès la première phase, une philosophie commune se dégage. Le juge de paix est un arbitre plus qu'un juge. Dans son livre 1er consacré à la police le Code Brumaire, mettant en avant les attributions des juges de paix, énonce que ceux-ci "sont chargés de distinguer les hommes justement retenus, de ceux qui sont faussement inculpés" (48). Cela répond directement au tout début du Code de procédure criminelle de 1791 décrivant les fonctions du juge de paix en tant qu'officier de police et de sûreté (49). Au niveau de la plainte ces fonctions sont précisées par les deux codes marquant par là le souci des droits de l'individu en amont de l'inculpation. La plainte quoique signée et

(44) Séance du 30 Vendémiaire an IV : journal des débats, n° 1124, pp. 458-459.

(45) L'Assemblée qui allait se séparer, le vota de confiance. Le décret du 4 brumaire an IV est le dernier texte de la Convention et il stipulait la prépondérance du nouveau Code en son art. 9 : "il n'est dérogé par la présente loi à aucune des dispositions de celle du 3 de ce mois". En mettant fin au règne de cette terrible assemblée, son président prononça ces paroles : "Paix, amitié, union, voilà le moyen de sauver la patrie".

(46) Séance du 30 Vendémiaire an IV : journal des débats, n° 1124, pp. 458-459.

(47) A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle, pp. 417-450.

(48) Art. 48 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

(49) 1ère partie, Titre I, art. 1 : Archives parlementaires, 16 sept. 91. Cf. Tableau comparatif.

affirmée par le plaignant, ne peut seule, et sans autre preuve ou indice, autoriser le juge de paix à décerner un mandat d'amener contre le prévenu. Mais il est tenu d'entendre les témoins indiqués par le plaignant, et de faire tant pour constater le délit que pour en découvrir l'auteur, "toutes les perquisitions, visites et procès-verbaux nécessaires" (50), dispose très clairement le Code Brumaire en écho à la loi de sept. 91 (51). Onze autres articles du Code Brumaire développant 5 articles centraux de la législation de 91 (52) concernent selon l'expression du Code les "modes de procéder par les juges de paix dans l'exercice des fonctions de police judiciaire" (53). Ils précisent les modalités des mandats d'amener, d'arrêt et comparution (54), la marche à suivre pour la recherche des preuves par écrit et la sauvegarde des pièces à conviction. L'un des soucis essentiels est l'information de l'individu mis en cause, et la publicité des premiers actes de la procédure.

Ce souci se retrouve lorsque l'affaire passe du juge de paix au directeur du jury. L'oralité domine cette seconde phase. En effet, après que le directeur du jury eût interrogé le suspect, entendu de nouveaux témoins (55) et dressé un acte d'accusation (56), la procédure devant le jury d'accusation convoqué par le directeur était, en 91 comme en 95, strictement orale (57). Les huit jurés, laissés seuls par le directeur du jury, délibéraient et décidaient à la majorité s'il y avait lieu à accusation (58). Le jury admettait-il l'accusation, le directeur du jury rendait une

(50) Art. 97. Cf. Tableau comparatif.

(51) Ière Partie, Titre V, "De la dénonciation de tout personnel, ou de la plainte", Loi 16 sept. 91. Cf. Tableau comparatif.

(52) Ière Partie, Titre II, art. 2, art. 4, art. 6, art. 7. Titre V, art. 6 Loi du 16 sept. 91. Cf. Tableau comparatif.

(53) Livre 1. De la police, Titre V, Code Brumaire.

(54) Les mandats font l'objet dans le Code Brumaire des art. 56 à 80. Par rapport à 91, le Code introduit un nouveau mandat qui a le caractère d'une citation simple, celui de comparution, mais l'usage en était bien restreint. Cf. Tableau comparatif.

(55) La loi de 95 déclarait que le directeur du jury "recevait leurs déclarations secrètement et les faisaient écrire par le greffier", art. 225. La loi de 91 précisait que "les déclarations étaient faites par écrit avant que les témoins soient examinés de vive voix par le jury d'accusation". IIe Partie, Titre I, art. 16. Cf. Tableau comparatif.

(56) Art. 226-230 du Code Brumaire.

(57) C'était ce qui garantissait la disparition définitive de la procédure écrite et du système de preuves légales de l'Ancien Régime.

B. Schnapper, "Le jury criminel", in "Une autre justice 1789-1799", op. cit., p. 163.

(58) Art. 208 du Code Brumaire : "Les jurés sont appelés, soit pour décider si une accusation doit être admise, soit pour juger si l'accusation est fondée", est en concordance avec l'art. 18, Titre I, IIe part. de la loi de 91.

De même pour les modalités de décision des jurés sur la validité de l'acte d'accusation : les articles des deux lois sont presque équivalents.

art. 243-244-245 du Code Brumaire et art. 22-23-24 du Titre II. Ie part. de la loi de 91. Cf. Tableau comparatif.

ordonnance de prise de corps contre l'accusé (59). Le "Plan" et la logique de la procédure étaient donc équivalents en 91 et en 95.

Lorsque l'affaire après l'accusation passait au tribunal criminel (60), le caractère public de la procédure s'ajoutait à l'oralité déjà évoquée. Le Président du Tribunal criminel que ce soit en 91 ou en 95 interrogeait l'accusé dans les 24 h. de son arrivée à la maison de justice et il était dressé procès-verbal de l'interrogatoire (61). L'accusateur public, la partie privée et surtout l'accusé pouvaient faire entendre devant le Président de nouveaux témoins (62). La manière de composer le jury de jugement (63), le système des récusations, notamment de la part de l'accusé (64), la majorité à laquelle le verdict était rendu et la façon dont les jurés donnaient leur déclaration (65), enfin le pourvoi en

(59) IIe part., Titre I, art. 29. Art. 259 Code Brumaire. Ici les droits de la défense étaient renforcés : "Les ordonnances de prise de corps sont signifiées à l'accusé et lui en est laissée copie. Elles sont nulles si elle ne contiennent le nom de l'accusé, son signalement, sa profession et son domicile, s'ils sont connus, ainsi que la copie de l'acte d'accusation et si elles ne rappellent la loi en conformité de laquelle elles sont portées. Cf. Tableau comparatif.

(60) Le tribunal criminel était "composé d'un président, d'un accusateur public, de 4 juges pris dans le tribunal civil, du commissaire du pouvoir exécutif...", art. 226 Brumaire. En 91, le commissaire du pouvoir exécutif se nommait commissaire du roi et n'était composé que de 5 juges. Ce tribunal devait statuer sur la peine, tandis que les jurés tranchaient la question de fait. Cf. Tableau comparatif.

(61) Art. 273 du Code Brumaire. IIe part., Titre VI, art. 10, Loi 91. Cf. Tableau comparatif.

(62) Art. 319 du Code Brumaire, IIe part. Titre VI, art. 12, loi 91. Cf. Tableau comparatif.

(63) La Constituante puis la Convention établissaient un lien entre l'appartenance au jury et le droit de vote. Pour être juré, il fallait être citoyen. L'idée que seul était habilité à rendre la justice criminelle celui qui avait vocation à * la loi était une idée féconde.

- Cf. infra B) de la IIème partie.

- Cf. II part. Titre XI, art. 2 et 6 de la loi de 91. art. 301 Code Brumaire qui sont foncièrement similaires. Cf. Tableau comparatif.

(64) On présentait à l'accusé le tableau des 12 noms des jurés, et dans les 24 h., il pouvait récuser ceux qui le composaient, lesquels étaient remplacés par le sort.

IIe part., Titre XI, art. 10, Loi de 91. Cf. Tableau comparatif.

Il pouvait ainsi exercer vingt récusations péremptoires ; une fois ce droit épuisé, il pouvait récuser encore indéfiniment, mais en "déduisant" les causes de ses récusations, dont le tribunal criminel jugeait la validité.

Ce système bizarre de récusations successives fut sans aucun doute une des erreurs qui embarrassèrent le fonctionnement du jury.

(65) L'accusé était traduit devant le tribunal criminel, composé des magistrats que l'on a déjà indiqué et de 12 jurés ! Là se déroulait une procédure orale et publique très simple : elle est décrite dans les Titre VI, VII et VIII de la IIe part. de la loi de 1791, qui fixèrent d'une façon définitive les règles des débats devant le jury. Ce Code des délits et des peines a développé et précisé ces règles dans son titre III "de l'examen".

Le caractère oral de la procédure était relevé avec le plus grand soin : "L'examen des témoins sera toujours fait de vive voix et sans que leurs dépositions soient écrites" énonçait l'art. 5 du titre VII, IIe part., à quoi répondait l'art. 352 : "...Le témoin dépose oralement, et sans que sa déposition puisse être écrite".

cassation (66), restaient en 95 ce qu'ils étaient dans la loi de 1791 ; ou plutôt, le Code Brumaire achevait de doter le Tribunal de cassation d'une nouvelle législation claire et cohérente (67) De même, la possibilité pour l'accusé de choisir un ou plusieurs conseils pour l'aider dans sa défense (68), ou encore la théorie des preuves morales (69), étaient maintenues avec plus de fermeté que jamais.

On le voit, de par la loi de 91 rien ne restait pour ainsi dire des institutions d'ancien régime, et le "Code des délits et des peines" avait peu modifié les règles posées. Cependant dans le livre I du Code intitulé "De la police" on saisissait une tendance incontestable à faire de l'instruction préparatoire, secrète et écrite, le préliminaire important des débats devant le jury. A y regarder de plus près encore la production des écritures trouvait une place dans les débats devant le tribunal

Les questions posées aux jurés seraient écrites et ceux-ci n'auraient qu'à répondre par oui ou non. Ces questions étaient posées en présence du public, de l'accusé, de ses conseil. Art. 376 Code Brumaire, art. 20 et 21 du Titre VII, I^{le} part.

L'opinion de 3 jurés devait toujours suffire en faveur de l'accusé, soit pour décider que le fait n'est pas constant, soit pour répondre en sa faveur aux questions relatives à l'intention posées par le président. Les juges statuaient alors sur l'application de la peine et ils donnaient leurs avis à haute voix en présence du public.

Art. 23-28-29-30-32-33 du Titre VII, I^{le} part. de la loi de 91.

art. 373 à 414 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

(66) La décision devant les jurés était sans appel (Part. II, titre VII, art. 9 loi 91. Art. 415 Code Brumaire). Cf. Tableau comparatif.

Un pourvoi en cassation devant le tribunal de cassation étant seulement possible, soit de la part du condamné, soit de la part du commissaire du pouvoir exécutif (en 91 : du roi) au nom de la loi. Il devait être formé dans les 3 jours. Le pourvoi ne pouvait jamais être fondé que sur l'omission des formes prescrites à peine de nullité ou sur la fausse application de la loi (part. I, titre VIII, art. 14-15 sq. de la loi de 91. Art. 440-441 du Code Brumaire. Pour les modalités cf. les art. 447 à 461).

Cf. Tableau comparatif.

(67) Cf. J.-L. Halperin: le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-99) L.G.D.J., Paris, 1987, pp. 200-203. Ce sont les art. 439 et 461 qui traitent du pourvoi de cassation en matière criminelle. Une des grandes nouveautés du Code de Brumaire an IV était qu'il rendait les grandes lignes de cette procédure commune et en matière de police (art. 163 et 205). Enfin, les actes des juges donnant lieu à forfaiture pouvaient être dénoncés au Tribunal de cassation, soit pour le Directoire exécutif, soit par les parties intéressés (art. 561). La prise à partie d'un ou plusieurs juges ordinaires devient également être autorisé par le Tribunal de cassation (art. 566).

(68) Art. 321 du Code Brumaire. Part. IV, Titre VI, art. 13 Loi de 91. Cf. Tableau comparatif.

(69) Le législateur déclarait formellement qu'il entendait répudier le système des preuves légales et ne s'en rapportait qu'à l'intime conviction des jurés.

Art. 237 du Code Brumaire. I^{le} part., titre VII, art. 24, Loi 91.

Deux articles identiques ajoutaient : "L'accusé pourra faire attendre des témoins pour attester qu'il est homme d'honneur et de probité et d'une conduite irréprochable ; les jurés auront tel égard que de raison à ce témoignage" I^{le} part., Tit. VII, art. 14, Loi 91. Art. 357 Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

criminel. Traçant pas à pas la procédure criminelle, le texte multipliait les droits de la défense (70). Faire appel à l'écrit, tout en maintenant le principe d'oralité, apparaissait comme une garantie essentielle en matière de défense. La République post-thermidorienne se rattache donc au principe de liberté de 1791. Il reste que l'apparition de l'écrit avait une autre signification : la volonté décidée d'aggraver la répression en revenant à la procédure, alors que les constituants emportés par les principes de 89 avait espéré faire régler l'essentiel du contentieux, "par le bon sens" (71), c'est-à-dire par des arbitres.

- Les divergences

La volonté de créer une procédure parfaitement rationnelle conduisit les constituants à un système original. Or, ce système, créé "ex nihilo", ne semblait pas, pour les hommes de thermidor, avoir résisté à l'épreuve des faits. Par conséquent, l'image immuable de l'organisation pénale révolutionnaire fut en partie remise en cause. Ce qui est alors, peut-être le plus symptomatique, c'est l'accroissement du pouvoir du juge à tous les stades de la procédure et le développement concret des droits des individus. Ceci se fait d'ailleurs dans le Code Brumaire de manière concomitante.

Bien sûr, les droits des particuliers dans la poursuite sont encore importants (72). Cependant on a posé nettement ce grand principe que l'action pénale n'appartient qu'au peuple et aux fonctionnaires qu'il choisit (73). Pour la première fois, les directeurs du jury, qui, jusque là, n'étaient que des juges d'instruction au second degré, peuvent poursuivre les crimes et se saisir directement de leur connaissance (74). La dénonciation civique ne peut saisir directement le

(70) Il y a environ 120 articles touchant de près ou de loin les droits de la défense.

(71) B. Schnapper, "Le jury criminel", in "Une autre justice", op. cit., p. 151.

(72) La dénonciation civique subsiste dans le Code Brumaire avec toute son efficacité. Art. 87-93 du Code Brumaire.

De même les dénonciateurs et les plaignants participent toujours à la rédaction de l'acte d'accusation. Art. 224-227 du Code Brumaire.

(73) La partie privée n'agit plus qu'à fins de dommages-intérêts. Art. 430 Code Brumaire.

(74) Art. 21-140 à 142. Il faut citer l'art. 140 : "Conformément à l'article 243 de l'acte constitutionnel, le directeur du jury d'accusation poursuit immédiatement, comme officier de police judiciaire, les dénonciations que lui fait l'accusateur public, soit d'office, soit d'après les ordres du Directoire exécutif.

1° Des attentats contre la liberté ou sûreté individuelle des citoyens ;

2° De ceux commis contre le droit des gens ;

3° De la rébellion à l'exécution, soit des jugements, soit de tous les actes exécutoires émanés des autorités constituées ;

4° Des troubles occasionnés, et des voies de fait commises pour entraver la perception des contributions, la libre circulation des subsistances et des autres objets de commerce".

On y voit l'essai de stabilisation de la Révolution au travers de la matière pénale et le souci des droits des individus.

jury d'accusation (75). Quant à la plainte, elle oblige bien le juge de paix à entendre les témoins produits (76), mais c'était tout et ce magistrat peut refuser d'aller plus avant (77). Le tournant est remarquable car toutes ces dispositions rappelaient un principe de l'ancien droit, à savoir que la plainte ne lie pas le juge (78). La justice "populaire" s'éloignerait. Du coup, en amont, les dispositions destinées à assurer les droits du prévenu se multipliaient par le moyen d'un accroissement du formalisme : les mandats d'amener, d'arrêt et de comparution (79) doivent "nommer ou désigner le prévenu le plus clairement possible" (80), "le prévenu amené devant le juge... (était) examiné sur le champ ou dans le jour au plus tard" (81).

Ce formalisme presque draconien (82) accentue encore l'originalité de la législation de Brumaire : l'écriture va logiquement jouer un rôle important et corrélativement une amorce de la fonction de juge d'instruction est déjà ébauchée. Tout ceci accentuant, apparemment, les précautions dans la recherche de la culpabilité du prévenu.

L'instruction préparatoire partagée entre le juge de paix et le directeur du jury est développée, pour ne pas dire mise au premier plan, par le Code Brumaire. Les règles sur les procès-verbaux et l'audition des témoins (83) voulaient que les dispositions des témoins (84)

(75) Art. 90 du Code Brumaire.

(76) Art. 97 "La plainte quoique signée et affirmée par le plaignant, ne peut seule, et sans autre preuve ou indice, autoriser le juge de paix à décerner un mandat d'amener contre le prévenu. Mais il est tenu d'entendre les témoins indiqués par le plaignant, et de faire, tout pour constater le délit que pour en découvrir l'auteur, toutes les perquisitions, visites et procès-verbaux nécessaires".

(77) En cas de refus, le plaignant ne pouvait plus, comme jadis, saisir le jury d'accusation ; il ne pouvait en appeler qu'au directeur du jury. Art. 98 et 147 du Code Brumaire.

(78) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 444.

(79) Les mandats faisaient l'objet des art. 56 à 80. La comparution, nouveau mandat, introduite par le Code Brumaire avait le caractère d'une citation simple mais l'usage en était très restreint.

(80) Art. 58 pour le mandat d'amener et surtout l'art. 71 : "le mandat d'arrêt... énonce le nom du prévenu, sa profession et son domicile, s'ils sont connus, le sujet de son arrestation et la loi qui autorise le juge de paix à l'ordonner. A défaut de quelqu'une de ces formalités, il est nul, et aucun gardien de maison d'arrêt ne peut recevoir le prévenu, sous peine d'être poursuivi comme fauteur et complice de détention arbitraire".

(81) Art. 64 du Code Brumaire.

(82) Les nullités étaient si nombreuses que l'on pourrait parler de manière un peu osée de "parcours initiatique".

(83) Les art. 102 à 131, consacrés à cet objet sont rangés sous la rubrique des "procès-verbaux, de l'audition des témoins et des pièces de conviction". Ces règles étaient une imitation perfectionnée des Titre IV, V, VI de l'ordonnance de 1670.

Cf. A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 444.

(84) Les dispositions des témoins étaient rédigées par écrit sur un cahier séparé comme en 91. Cf. Tableau comparatif.

eussent lieu en la présence du prévenu (85). S'il n'était arrêté que postérieurement, le juge de paix, avant de l'interroger, devait lui donner lecture des dispositions reçues (86). Quant au directeur du jury, il devait interroger le prévenu dans les 24 h. de son arrivée à la maison d'arrêt et faisait tenir note de ses réponses (87). Il devait également statuer sur les demandes de mise en liberté provisoire (88). Enfin l'ordonnance de prise de corps et l'acte d'accusation étaient notifiés à l'inculpé (89). Le "nouveau plan" entendait donc bien compléter et préciser les pouvoirs du juge tout en accentuant les droits de l'individu.

Cette même corrélation se retrouve quant à la procédure devant le jury du jugement (90). On faisait ainsi dans le débat une place importante pour la production des écritures. Cela permettait à l'accusé aidé de son défenseur de mieux organiser son "plan de défense". Le "plan" du Code quant à lui, pour reprendre l'expression, était d'utiliser l'instruction préparatoire dans la procédure orale devant le tribunal. Les pièces de l'instruction écrite étaient dorénavant communiquées à l'accusé sous peine de nullité de toutes les procédures ultérieures (91).

Quelques-unes des dépositions étaient déjà connues de l'inculpé ; celles reçues par le juge de paix lui avait été lues, mais il ignorait le contenu de celles que le directeur du jury avait recueillies secrètement (92). Du coup, cette procédure écrite figure en partie au débat (93). L'art. 366 déclare en effet : "quant aux déclarations écrites que les témoins présents ont faites et aux notes écrites de l'interrogatoire que l'accusé a subi devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel, il n'en peut être lu dans le cours des débats que ce qui est nécessaire pour faire observer soit aux témoins, soit à l'accusé, les variations, les contrariétés, les différences qui peuvent se trouver entre ce qu'ils disent devant les jurés

(85) Art. 115 du Code Brumaire.

(86) Art. 116 du Code Brumaire.

(87) Il pouvait aussi entendre de nouveaux témoins, mais cette fois l'audition n'avait pas lieu en présence du prévenu. La loi déclarait que le directeur du jury "recevait leurs déclarations secrètement et les faisait écrire par le greffier", art. 225. Cette audition des témoins en secret était empruntée à l'ancien droit. Cf. supra IIe partie.

(88) Art. 222 du Code Brumaire. Au niveau de l'instruction cette liberté provisoire était de droit ou ne l'était pas. Cf. infra p. 377.

(89) Art. 259 du Code Brumaire.

(90) Le Code en traitait longuement et minutieusement.

(91) Les textes sont formels. L'art. 319 dispose, en parlant des dépositions reçues par le président du tribunal criminel : "elles seront communiquées à l'accusateur public et à l'accusé à peine de nullité de toutes procédures ultérieures". Cette information de l'accusé n'était pas prise en compte en 91. L'art. 320 ajoute : "l'accusé reçoit partiellement, et sous la même peine, après son interrogatoire, copie des autres pièces de procédure. Cette copie lui est délivrée gratis par le greffier".

(92) Cf. note 86, art. 225 du Code Brumaire.

(93) L'article 365 dispose : "il ne peut être lu aux jurés aucune déposition écrite de témoins non présents à l'audience".

et ce qu'ils ont dit précédemment" (94). Le dénominateur commun de ces différents articles est l'information et la protection presque maximale des droits de l'individu.

Nombre de dispositions formelles affirmaient encore cette tendance de fond et différençaient ainsi le Code thermidorien des lois des constituants. Le président du tribunal criminel devait interroger l'accusé dans les 24 h. de son arrivée à la maison de justice (95). L'accusation publique, la partie privée et l'accusé pouvaient faire entendre devant lui de nouveaux témoins. Dans le débat devant le tribunal criminel, les prérogatives de la défense reprenaient les dispositions de 91 tout en les développant de manière très significative (96). Finalement, un article du Code Brumaire semble résumer l'essentiel de la philosophie des hommes de thermidor. Il s'agit des instructions données aux jurés par le directeur du jury. Le texte est éclairant : "Les jurés d'accusation n'ont à juger si le prévenu est coupable ou non, mais seulement s'il y a déjà des preuves suffisantes à l'appui de l'accusation... Une simple prévention qui souvent a pu suffire pour qu'on s'assurât d'un homme, ne suffit pas pour le priver de sa liberté pour l'instruction d'un procès, et l'exposer à subir l'appareil d'une procédure criminelle... A l'instant même où un homme est arrêté par la police, il trouve des moyens faciles et prompts de recouvrer sa liberté... Ce ne sont plus de simples soupçons, une simple prévention, mais de fortes présomptions, un commencement de preuves déterminantes, qui doivent provoquer la décision des jurés pour l'admission de l'acte d'accusation" (97).

A la lecture de cette instruction ce qui frappe les juristes, c'est le retour à un état de droit. Il reste que rencontrer un texte aussi limpide au sein de la procédure par jurés montre que, par delà les différences, les hommes de 91 comme ceux de 95 avaient une idéologie et une politique très voisine en matière pénale. En effet, le jury criminel semblait bien demeurer l'archétype de cette politique. L'intangibilité des principes révolutionnaires s'incarnait dans l'institution révolutionnaire du jury. Dans la perspective des droits de la défense mis en avant en 95, il convient dans une approche dualiste, d'analyser le jury criminel et d'en dégager sa signification dans le Code Brumaire.

(94) Art. 366 du Code Brumaire. Enfin, d'après l'art. 382, le président remet aux jurés, "toutes les pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites, des témoins et des interrogatoires écrits de l'accusé".

(95) Art. 273. De même le procès-verbal de l'interrogatoire devait "être joint aux pièces" : art. 315 du Code Brumaire.

(96) C'est le cas des art. 234-239-243-244-245, 353-357-360-361-370-376 selon lequel l'accusé avait de larges pouvoirs sur la nature des questions posées devant le tribunal et sur la place et le rôle des témoins.

L'art. 377 surtout énonçait sur la base d'un article constitutionnel (art. 250 de la Const. de l'an III) qu'"il ne peut être posé de question complexe". On ne trouve aucun équivalent en 91.

(97) Art. 237.

* LE JURY CRIMINEL ARCHETYPE DE L'IDEOLOGIE ET DE LA POLITIQUE JURIDIQUE REVOLUTIONNAIRE

Tous les régimes de la Constituante au Directoire ont voulu détruire l'absolutisme par la liberté et remplacer la souveraineté du roi par celle de la nation ou du peuple. C'est ce qu'ils attendaient du jury dans le domaine de la répression. Aussi n'est-il pas surprenant que les principaux textes qui le concernent, depuis la loi du 30 avril 1790, qui en a posé le principe en matière criminelle, jusqu'au Code du 3 Brumaire an IV en passant par la loi du 16-29 sept. 91 qui l'organisa, semblent se répéter et donner du jury une image immuablement libérale (98).

Cependant, dans une période aussi mouvementée, il y eut parfois loin de la théorie à la pratique. D'un côté, le jury se voulait l'instrument de défense des libertés individuelles ; de l'autre, il exprimait la volonté du peuple souverain. La technique juridique qui ressortait du jury et sa signification politique furent donc étroitement imbriquées.

"Rempart de la liberté", expression de la volonté populaire, le jury devait surtout mettre fin à l'ancienne procédure (99). La vérité s'exprimait désormais par l'intime conviction des juges. Les droits de l'individu ne pouvaient donc concrètement s'organiser qu'autour de ce principe.

- La technique juridique

En 91 comme en 95, on peut observer deux sortes de jurys, correspondant à deux phases bien différentes de la procédure pénale : l'inculpation et le jugement.

Le jury d'accusation ne devait pas prendre parti sur l'innocence ou la culpabilité, mais dire si les charges étaient suffisamment sérieuses pour accuser le suspect et l'envoyer au tribunal criminel. La séance avait lieu à huis clos pour préserver la réputation du suspect en cas de poursuite non fondée (100). Le jury devait donc entendre les témoins et le plaignant, puis dire à la majorité simple "s'il y avait lieu" ou non à

(98) B. Schnapper, "L'activité du tribunal criminel de la Vienne 1792-1800" in "La Révolution et l'ordre juridique privé, Colloque d'Orléans, Paris, 1988, pp. 623-638.

(99) L'ancien système était considéré comme trop technique pour des professionnels, devenu incompréhensible et donc dangereux. L'essentiel était de supprimer radicalement le système des preuves, conçu pourtant par les docteurs médiévaux comme un système protecteur de la défense, mais devenu très compliqué par la suite. Un mouvement ancien l'avait d'ailleurs ruiné sans qu'on s'en rendit clairement compte... Cf. J.H. Langbein, *Torture and the law of Proof*, Chicago, 1977, pp. 45-69.

(100) Art. 238-239 du Code Brumaire.

l'accusation (101). En cas de verdict négatif, le suspect était mis en liberté immédiate. On le voit, pour les révolutionnaires il n'y avait pas de meilleure garantie pour la vérité et la liberté des individus que cette procédure inspirée par "le grand livre de la nature et de la raison" (102). Pas de système plus simple que celui du jury de citoyens. Les droits de la défense apparaissent dans cette logique comme "consubstantiels" à cette articulation.

Cette logique se manifestait de façon encore plus flagrante devant le jury de jugement. On l'a vu, à l'audience l'accusé était assisté d'un défenseur. Le système de récusations était plus avantageux à la défense qu'à l'accusation (103). Après prestation de serment, les débats s'ouvraient par la lecture de l'acte d'accusation. Ils étaient conduits par le président, qui disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour parvenir à la manifestation de la vérité (104). Ils se terminaient, après dépôt des réquisitions de l'accusateur public et plaidoirie, par un résumé du président qui, pour faciliter la tâche du jury, devait dégager impartialement les éléments qui militaient pour ou contre la culpabilité de l'accusé (105). C'était alors que se posait le problème décisif des questions. Elles étaient formulées par écrit par le président, mais la défense et les jurés avaient le droit d'intervenir dans leur rédaction (106). Héritier de 91, le système du Code Brumaire apparaît donc bien sous un jour très favorable à la défense : il l'était encore davantage lorsqu'on en arrivait aux questions posées au jury.

Une condamnation ne pouvait résulter que d'une réponse affirmative à trois questions simples (107). Le Tribunal de cassation veillait à l'application stricte de ce qui était considéré comme une garantie fondamentale (108).

(101) Art. 243-244-245 du Code Brumaire.

(102) Adrien Dupont, "Rapport sur le projet de loi de la police de sûreté... Paris, 1790, 79 p. publié le 27 nov. 1790, lu le 26 déc. à l'Assemblée). Assemblée Nationale : Archives parlementaires XVI, pp. 42-61.

(103) Art. 321 Code 3 Brumaire an IV.

(104) Loi du 16-29 sept. 91, IIe part., titre III, art. 2. Art. 276 du Code 3 Brumaire an IV.

(105) Art. 372 du Code 3 Brumaire an IV.

(106) Art. 376 du Code Brumaire.

(107) Art. 374 du Code Brumaire. "La première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation est constant ou non ; la seconde, si l'accusé est, ou non, convaincu de l'avoir commis, ou d'y avoir coopéré. Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait et le plus ou le moins de gravité du délit résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé, ou de débat. Le président les pose dans l'ordre dans lequel les jurés doivent délibérer, en commençant par les plus favorables à l'accusé.

(108) Le pourvoi en cassation est prévu à l'art. 440 du Code Brumaire. La question suivante : "Est-il constant que le nommé Jacques Perron soit auteur ou complice du vol ?" entraîna en l'an IV la cassation d'un jugement du tribunal de la Vienne. A.D. Vienne, L. supra 422, reg.4, F° 149 (jugement du tribunal de cassation du 15 floréal an IV, 3 mai 1796. Cf. B. Schnapper : "Le jury criminel", in "Une autre justice", op. cit., p. 165.

Parmi ces questions, celle qui concernait l'intention coupable joua dans l'histoire du jury un rôle singulier (109). Il fallait, pour condamner, affirmer que tel vol avait été commis méchamment et à dessein, faute de quoi le jugement était cassé (110). L'idée sous jacente était que les jurés puissent acquitter dans l'hypothèse d'une force majeure, d'un cas fortuit, d'un accident, d'une provocation qui diminuaient ou supprimaient la responsabilité de l'accusé. Très vite, les jurés trouvèrent le moyen d'adapter la répression aux circonstances réelles de l'infraction et c'était pour eux le moyen indispensable de réintroduire un peu d'équité dans un système répressif d'une extraordinaire rigidité (111). Une réponse négative contre l'évidence à la question intentionnelle pouvait être un moyen élégant d'assouplir le Code criminel et de tenir compte des circonstances ou de la situation de l'accusé (112). Ce d'autant plus que la décision était irrémédiable ; l'article 426 du Code disposait en effet : "L'accusé ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait".

L'autorité de la chose jugée jouait donc à plein. Enfin, le système de vote du jury était également très protecteur pour l'accusé (113).

L'image qui se dessinait ainsi du jury, rétabli par la Convention thermidorienne dans toutes les affaires criminelles, apparaissait comme presque "idyllique". Or, dès la Constituante on avait établi un lien entre l'appartenance au jury et le droit de vote. L'idée que seul était habilité à rendre la justice criminelle celui qui avait vocation à faire la loi était une idée féconde mais le risque était de passer d'un jury libre à un jury au service du gouvernement. Il suffisait pour cela de modifier le recrutement des jurés pour disposer d'un personnel sûr et de les utiliser dans la répression politique. A la suite de la période montagnarde, pourtant révélatrice, la Convention post-thermidorienne ne modifia pas le système. Les liens douteux qu'entretenaient le pouvoir et le jury subsistèrent.

(109) B. Schnapper, "Le jury criminel", in "Une autre justice", op. cit. p. 166.

(110) A. D. Vienne, L., supra 422, reg. 4 F° 77 (Tribunal de cassation, 2 fructidor an III).

(111) Le droit intermédiaire ignorait, on le sait, la modulation de la peine, les circonstances atténuantes, la grâce du chef de l'Etat.

(112) B. Schnapper, "Le jury criminel", in "Une autre justice", op. cit. p. 168.

(113) La loi fixait une procédure rationnelle, mais lourde. Les jurés étaient tenus de s'isoler dans une Chambre où n'entraient que les membres du tribunal. La condamnation ne pouvait résulter que d'un verdict obtenu à la majorité de 10 voix sur 12 sur les 3 questions principales. Si 3 votes négatifs au total sur l'existence du fait délictueux, son imputation à l'accusé et l'intention étaient réunis, l'acquittement s'ensuivait. Les calculs étaient vérifiés par le moyen de boîtes noires (verdict affirmatif) ou blanches, où chaque juré à tour de rôle déposait une boule de même couleur. Art. 388 à 412 du Code Brumaire.

- La signification politique

Le système de recrutement des jurés était libéral, mais sûrement pas démocratique. En 91 comme en 95, les jurés sont choisis parmi les électeurs âgés de plus de trente ans. Or d'après la constitution de l'an III, la condition censitaire était bien plus forte qu'en 91 (114). Il n'y eut en moyenne que 300 électeurs par département dans toute la France : l'institution des jurés devenait ainsi quasi ploutocratique puisque recrutée majoritairement parmi les propriétaires. La liberté était de plus en contrebalancée par le principe d'autorité (115).

Pour les affaires hautement techniques comme les banqueroutes, les faux, les concussions, la loi organisait des jurys spéciaux qui n'avaient pas de caractère politique particulier (116). Pour plus de sécurité, ces jurés spéciaux reçurent avec le Code Brumaire une tâche nouvelle : ils devenaient maintenant compétents pour des crimes politiques comme la rébellion, la résistance au paiement des impôts, les délits de presse, les attentats contre la liberté individuelle aussi bien que pour le faux et la banqueroute frauduleuse (117). Ces jurés étaient désignés parmi "les citoyens ayant les qualités et connaissances nécessaires" (118) par des agents du pouvoir central : les commissaires du pouvoir exécutif pour les jurys d'accusation, les présidents des administrations départementales pour les jurys de jugement (119), malgré le droit intangible de récusation appartenant à l'accusé (120).

Dès lors si le Code de Brumaire développait toutes les garanties de la défense, la justice criminelle était solidement tenue par des notables. Comme presque tous les accusés étaient issus du peuple ou était aux antipodes du jugement par les pairs que les constituants avaient voulu. Conçu par ces derniers comme une institution très ouverte, le jury était devenu un enjeu de lutte politique et finalement un instrument de "réaction sociale" qui pouvait remettre en cause les droits des individus.

D'ailleurs c'est la Convention thermidorienne qui infligea au jury un premier recul, et justement dans un domaine où il avait valeur

(114) Les électeurs étaient désignés par les assemblées primaires de canton parmi les propriétaires d'un fonds rapportant au moins 150 journées de travail ou locataires rapportant au moins 100 journées.

En 91, la condition censitaire était bien plus légère : la valeur de l'immeuble (et non son revenu) devait être de 100 à 200 journées de travail.

J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P.U.F., Paris 1968, pp. 476-481.

(115) Cf. A. Leca, "Les principes de la Révolution dans les droits civil et criminel", in *Les principes de 89*, op. cit., pp. 141-142.

Cf. supra IIe partie.

(116) Loi des 16-29 sept. 1791, Part. II, titre XII, Cf. Tableau comparatif.

(117) Art. 140-141-142 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

(118) Art. 518 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

(119) Art. 519 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

(120) Art. 520-521 du Code Brumaire. Cf. Tableau comparatif.

de symbole, même si cela peut être chose surprenante pour un esprit moderne, l'armée (121). Par décret du 18 sept. 1795, elle remplaça les tribunaux militaires par des "conseils militaires" ou Conseil de guerre jugeant sans jury (122).

Il n'en reste pas moins que le Code Brumaire a su rétablir un ordre judiciaire, en revenant à la procédure de droit commun et en réaffirmant les principes de 91. Cependant ce retour à un état de droit s'accompagnait, au niveau des droits de la défense d'une "ambivalence" ou au mieux d'un paradoxe. La description minutieuse des droits de l'individu à tous les stades de la procédure cotôyait une volonté décidée d'aggraver la répression annonçant par là les options idéologiques du Consulat et de l'Empire. La stabilisation de la Révolution était largement réalisée. C'était du moins le dessein des thermidoriens partagée entre leur désir de garantir la liberté mais aussi de faire appel aux principes de l'ordre.

C'est ce qui ressort des apports et des implications du Code Brumaire.

II - LE REFLET D'UN ETAT DE DROIT THERMIDORIEN ET SES APPORTS

Le 9 thermidor est une victoire de l'assemblée, ou plutôt d'une coalition sur la Révolution à son paroxysme. La Convention ne peut donc recommencer la Révolution. Il lui faut au contraire en assumer l'histoire, c'est-à-dire en distribuer à la fois sa part de mémoire et sa part d'oubli ; en un mot "stabiliser" la Révolution.

Ces "révolutionnaires conservateurs" (123) vont donc mettre en place un certain nombre d'institutions capables de garantir ces deux pôles d'équilibre. Une constitution tout d'abord pour laquelle la Convention avait été élue, remplaçant la Constitution montagnarde mort-née. Une nouvelle déclaration des droits et devoirs aussi, comme si la Révolution voulait revenir sur ses pas. Enfin au moment où la

(121) Le jury fut, en effet, organisé d'abord en matière militaire. L'armée nouvelle n'était plus composée de mercenaires mais de citoyens, qu'ils fussent volontaires ou, un peu plus tard, recrutés par voie de tirage au sort. Il convenait d'assurer aux "défenseurs de la patrie" les mêmes garanties qu'aux autres citoyens.

Cf. B. Schnapper, "Le droit pénal militaire sous la Révolution, prophétisme ou utopie ?", Trav. de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, V, Paris, 1985, pp. 1-13.

C'est pourquoi la loi de 22 sept-29 oct. 1790 organisa des jurys auprès des tribunaux criminels militaires. La Convention créa par la suite une justice militaire d'exception sans jury, comme il exista des tribunaux criminels révolutionnaires.

(122) Il est vrai que l'armée de l'an III n'avait plus grand chose de commun avec celle de 1793 et que les buts de guerre étaient moins la défense de la patrie que la conquête extérieure.

Cf. B. Schnapper, *ibid.*, pp. 1-13.

(123) F. Furet, *La Révolution 1770-1880*, Hachette 1988, p. 162.

Convention se sépare et comme aboutissement de ce processus, le Code Brumaire, où sont envisagés et développés cette "obsession malade" de la Révolution : les rapports de l'individu et du pouvoir.

La République thermidorienne quitte également "les rivages de l'utopie pour découvrir le poids des intérêts" (124). Le Code de Brumaire atteste alors d'un citoyen régénéré (125) qui annonce déjà le rationalisme des codifications napoléoniennes.

L'oeuvre de compromis entre l'ordre juridique et le moderne transparaît dans l'analyse du texte de Brumaire.

* UNE STABILISATION PENALE

"L'architecture juridique", comme le poids des événements, attestent de cette recherche d'équilibre.

- La Constitution, les droits de l'homme et le code

Désormais, au delà de la philosophie (126), c'est à la législation qu'il appartient de baliser le chemin ouvert en 89 et perdu en 93. La Constitution du 5 fructidor an III, précédé de la déclaration des droits et devoirs de l'homme, sont les deux textes qui vont fournir les principes à partir desquels les dispositions du Code Brumaire prendront valeur et développement.

L'article 4 de la déclaration semble annoncer l'idéologie du Code Brumaire : "La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun". Ainsi "Nul ne peut être jugé qu'après avoir été entendu ou légalement appelé" (127) mais aussi "Nul n'est homme de bien s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois" (128) et "Celui qui viole ouvertement les lois se déclare en état de guerre avec la société" (129). De là le Code Brumaire insistera sur les "moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires" (130), mais aussi précisera les "dispositions particulières sur la forfaiture et la prise à partie des juges" (131), puis développera les "crimes contre la sûreté intérieure de la République" (132).

(124) Ibid p. 162.

(125) D'où une déclaration des devoirs à côté d'une déclaration des droits.

(126) Cela explique sans doute la "minceur" de la déclaration des droits.

(127) Art. XI de la déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 26 thermidor an III.

(128) Art. V des devoirs de la déclaration.

(129) Art. VI des devoirs.

(130) Titre XIX du Code Brumaire.

(131) Titre XVII du Code Brumaire.

(132) Art. 612 à 615 du Code Brumaire.

La Constitution elle-même décrit avec précision le crime de "détention arbitraire" qui est réprimé sévèrement (133). Les articles 581 à 590 du Code Brumaire organisent la protection des individus. Le principe d'information dans l'organisation et la marche de la justice prédomine. D'ailleurs, en amont, l'article 108 du Code Brumaire reprenait la constitution en disposant : "S'il paraît utile à la recherche de la vérité, de procéder à une ou plusieurs visites domiciliaires, le juge de paix rend à cet effet une ordonnance dans laquelle il énonce expressément les personnes et les objets qui donnent lieu à ces visites" (134). En suivant la même logique les articles 560 à 569 du Code décrivent et analysent la forfaiture et la prise à partie des juges. L'article 562 fait écho aux articles 262 et 263 de la Constitution : "Le tribunal annule ces actes, s'il y a lieu, et dans ce cas, il les dénonce au Corps législatif qui rend le décret d'accusation après avoir entendu ou appelé les prévenus" (135). Du coup, il n'est pas étonnant de rencontrer dans le Code des articles prévoyant les crimes et attentats contre la Constitution (136) tant le Code semble être sorti directement de la Constitution. La République, sa constitution, ses institutions judiciaires et surtout pénales constituent un ensemble homogène qui ne peut être remis en cause.

Finalement, les droits de l'individu face au pouvoir apparaissent sous forme de catéchèse. L'appendice apporté au Code pénal de 91 intitulé "crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés" clôturant le Code Brumaire est, à cet égard, symptomatique (137).

(133) C'est la reprise de l'art. IX de la déclaration des droits : "ceux qui sollicitent, expédient, signent, exécutent ou font exécuter des actes arbitraires, sont coupables et doivent être punis".

(134) Art. 359 de l'acte constitutionnel.

(135) Nombre d'articles du Code Brumaire reprennent les termes mêmes d'articles constitutionnels : l'art. 171 du Code Brumaire reprend l'art. 235 de l'acte constitutionnel, de même l'art. 213 avec l'art. 241, l'art. 265 avec l'art. 244, l'art. 268 avec l'art. 247, l'art. 300 avec l'art. 245, l'art. 377 avec l'art. 250.

(136) Il s'agit des art. 616 à 640.

(137) L'art. 644 énonce que "sont coupables de forfaiture :

- 1) les juges des tribunaux civils de département, qui ne convoqueraient pas les assemblées primaires dans les cas prévus par l'art. 105 de la Constitution ;
- 2) les juges qui prononceraient ou signeraient un jugement sur la recherche et l'accusation d'un citoyen qui est ou qui aurait été membre du corps législatif, à raison de ce qu'il a dit ou décrit dans l'exercice de ses fonctions ;
- 3) les juges de paix ou autres qui, hors les cas prévus par les art. 112 et 113 de la Constitution, auraient donné l'ordre de saisir ou d'arrêter un membre du Corps législatif ;
- 4) Tout juge qui s'immiscerait dans l'exercice du pouvoir législatif, en faisant des règlements, ou qui se permettrait d'arrêter ou de suspendre l'exécution de la loi dans l'étendue de sa juridiction... ;
- 5) tout officier de police qui n'a point exprimé formellement les motifs de l'arrestation dans un mandat d'arrêt, et cité la loi qui l'autorise à le décerner ;

Ainsi peut-on affirmer que le Code Brumaire ne protège les droits de l'individu, qu'à proportion que ceux-ci ne portent pas atteinte au nouvel ordre bâti par la République thermidorienne. Au contraire, cet individu doit en être un citoyen symbole.

- Du principe de liberté au principe d'autorité

La République instaurée après thermidor est habituellement qualifiée de "République bourgeoise" (138). La Constitution de l'an III marque un recul par rapport à celle de 91. Les rédacteurs ont surtout obéi au souci de prévenir l'avènement de toute dictature, qu'elle fût celle d'un homme ou d'un groupe d'hommes, et d'assurer à une certaine bourgeoisie la paisible jouissance des avantages que la Révolution avait procurés. Tous ceux qui, de droite ou de gauche, veulent subvertir les institutions seront implacablement éliminés. L'ordre thermidorien doit régner, en ce sens, surtout en matière politique, les dispositions du Code Brumaire sont appliquées dans un sens très répressif. L'art. 612 du Code prévoit ainsi : "Toutes conspirations et complots tendant à troubler la République par une guerre civile, en armant les citoyens les uns contre les autres, ou contre l'exercice de l'autorité légitime, seront punis de mort, tant que cette peine subsistera ; et de vingt-quatre années de fers, quand elle sera abolie" (139). Les royalistes comme les jacobins, suivant les périodes de l'histoire du Directoire, seront concernés par ce texte. Le cas le plus remarquable est sans doute celui de "la conjuration des égaux" et du procès des babouvistes (140). Outre Babeuf et Buonarrotti, l'un des inculpés est Drouet, membre du Conseil des cinq-cents. Dès lors, une haute Cour de justice au sommet de l'ordre judiciaire avec la Cour de cassation est, conformément à la Constitution, réunie à Vendôme. La procédure, les débats, semblent suivre la procédure ordinaire prévue par le Code Brumaire, très protectrice pour la défense comme on a eu l'occasion d'insister. Malgré le secret, les accusés peuvent

6) tout officier de police sur l'ordre duquel un citoyen aura été retenu en charte privée, sans avoir été conduit dans la maison d'arrêt, de justice ou de détention ;

7) tout juge civil ou criminel, tout juge de paix, tout assesseur de juge de paix, qui moyennant argent, présent ou promesse, a trafiqué de son opinion ou de l'exercice du pouvoir qui lui est confié.

(138) J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P.U.F., Paris 1968, p. 453.

(139) La restriction "tant que cette peine subsistera" à propos des actes visés est une disposition importante. En effet, avant de se séparer, le 4 Brumaire an IV (26 oct. 1795), la commission des 11 a présenté un projet relatif à l'abolition de la peine de mort. Le décret dans son art. 1 dispose : "A dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la République française". Il faudra attendre le 9 oct. 1795 pour que cette disposition reçoive une application pleine et entière...

(140) C. Mazauric : *Babeuf et la conspiration pour l'Egalité*, Ed. Sociales, Paris, 1962, pp. 218-219.

communiquer avec l'extérieur et sont assistés d'un défenseur (141). Cependant, les principes du Code Brumaire sont déviés lorsque les juges modifièrent sans en avoir le droit, l'acte d'accusation, afin de pouvoir condamner à mort les principaux accusés suivant l'art. 612 (142). Avec la période directoriale le principe d'autorité contrebalance largement le principe de liberté, du moins en matière politique.

Toutefois dans son ensemble la justice a fonctionné régulièrement pendant la période directoriale (143). Les juges élus furent toujours choisis parmi les techniciens. Cependant, le gouvernement, mécontent de leur modérantisme (144) s'efforça de plus en plus de nommer les juges. Après le coup d'Etat du 18 fructidor, le Directoire révoqua un grand nombre de juges, et nomma directement leurs remplaçants, ce qui était une grave atteinte à la séparation des pouvoirs, et à l'indépendance de la magistrature. En nommant des magistrats, le Directoire a frayé, là comme en bien d'autres domaines, la voie de l'Empire.

Cependant il s'agissait de "déviation" par rapport aux dispositions protectrices du Code Brumaire. Celui-ci avait réussi à reconstruire un état de droit et c'est la conjoncture politique qui poussait aux vagues de répression.

Affirmer cette impuissance n'est pourtant pas rendre service au Code Brumaire. A rebours, l'analyse est un peu trop simpliste, faussement sommaire. En effet, à y regarder de plus près, le Code de l'an IV annonçait certaines dispositions du Code de procédure criminelle ou, même mieux, celui-ci s'inspirait directement de celui-là.

* L'AMORCE D'UN DROIT PENAL CODIFIÉ

Le Code du 3 Brumaire an IV s'était surtout différencié de la loi de 1791 par une tendance incontestable à faire de l'instruction préparatoire, secrète et écrite, le préliminaire important des débats devant le jury. Bientôt on devait aller plus loin. Les lois de l'an IX (145) qui préparent en grande partie la philosophie du Code d'instruction criminelle de 1808 et du Code pénal de 1810 tournèrent ainsi les yeux vers les institutions de l'ancienne monarchie. Peu s'en fallut que l'ordonnance de 1670, telle que l'avaient réformée les législateurs de 1789, ne reprît sa place parmi nos lois. Mais finalement la codification napoléonienne trouva un compromis entre l'ancien et le nouveau.

(141) Babeuf, Textes choisis, Introduction : C. Mazauric, Ed. Sociales, Paris 1965, pp. 42-43.

(142) J. Godechot, "Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire", op. cit., p. 480.

(143) Ibid, p. 481.

(144) Cf. B. Schnapper, Le jury criminel in "Une autre justice", op. cit., pp. 149-170.

(145) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 451-480.

- Un compromis acceptable pour la codification

Sous le Directoire, puis le Consulat, au désir de progrès, succéda un immense besoin de repos. Les difficultés du présent faillirent donner alors la victoire au passé.

La procédure criminelle, telle que l'avait organisée le Code de Brumaire an IV subit donc d'importantes modifications. A l'usage, cette procédure apparut surtout insuffisante pour la répression. Cela tenait d'abord à la profonde décadence du jury (146) que l'on a déjà évoquée, mais aussi aux règles de poursuite et d'instruction préparatoire qui apparurent, pour les hommes du Directoire et du Consulat, comme plus tard ceux de l'Empire, bien trop protectrices pour la défense.

Une première modification aux règles du Code Brumaire fut apportée par la Constitution du 22 frimaire an VIII. L'ancien Ministère public réapparaissait dans son intégralité à l'audience des tribunaux criminels (147). Il était encore plus important de le reconstituer à la base et de lui rendre la poursuite : ce fut l'oeuvre de la loi du 7 pluviôse de l'an IX. Celle-ci marque un retour très net vers le passé en relevant toute l'instruction secrète et préparatoire. Les réformes opérées se ramenaient aux points suivants :

- Création d'un Ministère public et d'un juge d'instruction (148),
- Introduction du mandat de dépôt (149),
- Audition des témoins hors de la présence du détenu (150),
- Substitution des épreuves écrites aux débats oraux devant le jury d'accusation (151).

"L'idée qui domine dans le projet, disait Thiessé, rapporteur de la loi au Tribunat, c'est l'idée d'une partie publique poursuivante et d'un juge d'instruction, avec une distribution nette des fonctions" (152). Les droits "sacro-saints" de la défense du Code Brumaire fondaient comme neige au soleil. La procédure secrète réapparait, les

(146) Le jury faussé par les passions politiques dont il était l'objet, fut de plus impuissant en face du brigandage qui se développa sur toute une portion de la France. *Ibid.*, p. 451.

(147) Il s'agissait de réunir les fonctions d'accusateur public à celle de commissaire du pouvoir exécutif près le tribunal criminel. Celui des deux fonctionnaires qui disparaissait était celui qui puisait son titre dans l'élection. Const. du 22 frimaire an VIII, art. 63.

(148) Art. 1-3-4 et 24 de la loi du 7 pluviôse an IX.

(149) Art. 9. C'était là une création nouvelle. On donnait au Ministère public un pouvoir qu'il n'avait jamais eu. La barrière qu'on déclarait élever entre l'instruction et la poursuite, s'abaissait devant lui, toutes les pièces se concentraient entre ses mains et il ordonnait la détention préventive.

(150) Art. 9 et 10 du 7 pluviôse an IX.

(151) Art. 20 et 21 *ibid.*

(152) Séance du tribunat, du 27 ventôse an IX (Archives parlementaires de 1800 à 1860, t. II, 1^e partie, p. 94).

témoins devaient être entendus "séparément et hors la présence du détenu" (153). Tout ceci bouleversait les règles en vigueur depuis 1791. Les principes de l'interrogatoire changeaient en même temps. Le juge ne donnait tout d'abord à l'inculpé aucune connaissance des charges produites contre lui. Cependant plusieurs points subsistaient de l'esprit libéral du Code Brumaire. Après l'interrogatoire, le directeur du jury devait donner lecture des dispositions au prévenu, et celui-ci pouvait demander à être interrogé de nouveau (154). Plus loin, la décision du magistrat directeur de poursuite de la procédure n'était soumise à aucun droit d'appeler appartenant au prévenu. Enfin, l'article 21 disposait que "la partie plaignante ne sera entendue devant le jury d'accusation, les témoins n'y seront pas non plus appelés ; leurs dépositions lui seront remises avec les interrogatoires et toutes les pièces à l'appui de l'acte d'accusation". Toutes ces dispositions puisaient leur source dans les titre V et XVI de l'ordonnance de 1670 (155).

Il reste que si l'an IX accentuait le processus, le Code Brumaire pour ressourcer et développer sa rubrique très détaillée des "procès-verbaux, de l'audition des témoins et des pièces à conviction" (156), avait puisé en les perfectionnant dans les titres IV, V et VI de l'ordonnance de 1670. Le nouveau, dès 95, se faisait déjà à partir de l'ancien. De l'audition des témoins en secret à la conclusion du commissaire du Gouvernement précédant les ordonnances de prise de corps, bien des traits du nouveau plan étaient empruntés à l'ancien droit.

Cet essai de compromis et d'équilibre entre l'ancien régime et le droit intermédiaire allait se retrouver, se déverser plutôt, dans la codification napoléonienne. En effet, ce qui dans le Code Brumaire était souvent reprise et perfectionnement de l'ordonnance de 1670 passa directement dans le Code d'instruction criminelle, avec de légères modifications.

- Apport du Code de Brumaire à la codification napoléonienne

On a traditionnellement répété que le Code Brumaire est d'abord un code de procédure. Il convient donc d'utiliser comme référent le Code d'instruction criminelle de 1808.

Beaucoup parmi ses détracteurs du XIXe siècle ont insisté sur le fait que "le système du Code d'instruction criminelle n'est autre que celui de l'ordonnance de 1670 avec des formes moins dures". Au delà de la formule un peu rapide et exagérée, il est tentant de faire du Code

(153) Art. 10 Loi du 7 pluviôse an IX.

(154) Ibid.

(155) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 453.

(156) Cf. les art. 102 à 131 du Code Brumaire.

Brumaire, en matière de procédure, un intermédiaire entre les deux textes.

Le Code d'instruction criminelle peut être perçu comme le résultat d'une lutte entre la procédure par jurés et l'ordonnance de 1670. La première remporta la victoire au niveau du principe du jury de jugement. Son maintien en 1808 marque l'héritage révolutionnaire. Le Code Brumaire n'était pas ici au premier plan puisqu'il n'avait fait que reprendre et préciser les dispositions de la loi de 1791 et transmettre une procédure qui fut interprétée par le Code d'instruction criminelle dans un sens restrictif (157). En revanche, dans les autres parties du Code napoléonien, l'ordonnance semblait sortir vainqueur de cette lutte. Cependant, si cela est vrai dans les grandes lignes, le Code Brumaire protecteur des droits de l'individu, sut influencer le législateur et apporter des adoucissements réels.

L'instruction préparatoire (158) est une procédure secrète et écrite ; elle n'est point contradictoire, et la détention préventive forme une règle susceptible d'un fort petit nombre d'exceptions. L'audition des témoins a lieu secrètement, le prévenu ne peut y assister ; chaque témoin dépose séparément en présence du juge seul et son greffier. Les articles 71 à 86, qui épuisent la matière, reproduisaient en fait presque textuellement le titre VI de l'ordonnance d'ancien régime (159). Cependant pour les perquisitions et les saisies, quelques garanties étaient inscrites dans la loi : elles devaient avoir lieu en présence du prévenu s'il avait été arrêté (160) et celui-ci pouvait fournir des explications, reconnaître les objets saisis et parapher les scellés. Ces dispositions étaient empruntées, non à l'ordonnance, mais au Code des délits et des peines (161). En effet dans le Code d'instruction criminelle, la défense ne peut contester le choix que le juge a fait d'un expert ; ni, à plus forte raison, faire procéder officiellement à une contre-expertise. A cet égard, il faut le dire, le Code des délits et des peines avait été moins libéral encore que l'ordonnance (162). Restaient alors les aspects les plus sérieux de l'instruction préparatoire : la comparution du prévenu et son interrogatoire, la détention préventive et la possibilité d'une mise en liberté provisoire. La structure était alors empruntée à l'ancien droit même si la plupart des termes venaient du droit intermédiaire (163). Le mandat de comparution créé par le Code

(157) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 527.

(158) L'instruction préparatoire était nécessaire quand il s'agissait d'un crime, facultative quand il s'agissait d'un délit.

(159) Titre V de l'ord. de 1670.

(160) Art. 39 à 89 du Code d'instruction criminelle.

(161) Art. 125 à 131 du Code Brumaire.

(162) Art. 103 du Code Brumaire an IV, titre V de l'ord. de 1670.

(163) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 534.

Le terme d'époque "intermédiaire" très souvent employé par les historiens du droit pour qualifier l'époque révolutionnaire peut apparaître aujourd'hui légèrement

Brumaire était ainsi maintenu, même s'il revêtait une fonction nouvelle (164). En revanche, l'interrogatoire avait lieu en secret (165). Ainsi toutes les garanties que depuis 1789 on avait données à la défense disparaissaient peu à peu. En 1789, on faisait lire à l'inculpé, avant de l'interroger, la plainte et tous les documents qu'avait déjà recueillis le juge ; il avait dès lors un conseil avec lequel on voulait qu'il pût conférer avec de répondre (166). La loi de 91 voulait que, si l'inculpé avait été arrêté, il fût présent à l'audition des témoins (167). Le Code des délits et des peines contenait la même disposition (168) et décidait de surcroît que, si l'on avait entendu des témoins avant la comparution du prévenu ou son arrestation, leurs déclarations devaient tout d'abord lui être lues, sans que toutefois il pût en obtenir copie (169). Toutes ces ressources n'existaient plus sous l'empire du nouveau Code (170).

La mise en liberté sous caution avait été une des conquêtes de la Révolution. Le Code de Brumaire an IV avait établi un système très simple excluant tout arbitraire ; ou la liberté provisoire était un droit pour le prévenu, ou elle ne pouvait être accordée. On se trouvait dans le premier cas lorsque la peine éventuelle était correctionnelle ou infamante ; dans le second lorsqu'elle était afflictive (171). Le Code d'instruction criminelle ne considère, lui, jamais la mise en liberté provisoire comme un droit du prévenu ; il la prohibait absolument lorsqu'il s'agissait d'un crime (172) et en matière correctionnelle lorsque le prévenu était un vagabond ou un repris de justice (173).

La Chambre d'accusation remplaçant le jury d'accusation on transféra à celle-ci les pouvoirs de cet ancien symbole révolutionnaire.

impropre lorsque l'on voit l'importance et l'influence de cette justice révolutionnaire sur l'évolution de notre droit actuel.

(164) En règle générale, la procédure s'ouvrait par le mandat d'amener, au cas seulement où l'inculpé était domicilié et où il s'agissait d'un simple délit, le juge pouvait se contenter de lancer d'abord un mandat de comparution.

Art. 91 du Code d'instruction criminelle.

(165) Le Code d'instruction criminelle ne s'occupe des interrogatoires que pour fixer le délai, dans lequel le premier interrogatoire doit avoir lieu.

Art. 93 du Code d'instruction criminelle.

Par là même, l'observation de ce délai est la seule garantie qu'il assure en cette matière au prévenu. Celui-ci, seul en face du juge, ne connaîtra de ce qui a été fait jusque-là contre lui, que ce que le juge voudra bien lui communiquer.

(166) Cf. infra A de la Ie partie.

(167) Part. I, titre V, art. 15 de la loi de sept. 91. Cf. Tableau comparatif.

(168) Art. 115 du Code Brumaire.

(169) Ibid., art. 116.

(170) Pendant toute la durée de l'instruction, le prévenu pourra rester dans l'ignorance complète de la procédure. Sans doute le juge peut communiquer oralement les charges aux prévenus, confronter ceux-ci entre eux ou avec des témoins, mais ce n'est pour lui qu'une simple faculté. Art. 539 du Code d'instruction criminelle.

(171) Art. 222 du Code Brumaire.

(172) Art. 113 du Code d'instruction criminelle.

(173) Art. 115 ibid.

Du coup une partie des articles qui règlent la fonction de la Chambre émanèrent directement des articles du Code Brumaire concernant les fonctions du jury (174). Cependant sur un point la nouvelle juridiction acquit un pouvoir qui manquait à l'ancienne. Le jury d'accusation n'avait pas le droit "d'examiner si le fait porté dans l'acte d'accusation méritait peine afflictive ou infamante" (175). La Chambre d'accusation examinait au contraire la qualification à donner au fait (176).

En revanche, les débats devant les juridictions de jugement offraient un contraste complet. Au principe du secret de l'instruction, succédait la publicité, les débats oraux, la libre défense, la pleine discussion. Après avoir été toute entière tournée du côté de l'accusation, la procédure s'ouvrait à la défense. Les lois révolutionnaires qui avaient créé cette procédure virent leur influence accrue de manière sensible. A l'instar de la loi de 91 et du Code Brumaire, l'accusé devait être interrogé dans les 24 h. de son arrivée à la maison de justice (177). Le juge devait demander s'il avait fait le choix d'un défenseur et, au besoin lui en nommer un d'office (178). Dès lors, le Conseil pouvait librement communiquer avec l'accusé, prendre connaissance de toutes les pièces de procédure (179), et en faire prendre copie (180). Une copie des procès-verbaux et des déclarations écrites des témoins est même délivrée gratuitement à l'accusé. Cette disposition était contenue dans le Code des délits et des peines (181). A partir de là on peut dire que les textes réglant la procédure devant les juridictions de jugement furent empruntés au Code des délits et des peines, qu'il s'agisse du tribunal de simple police ou du tribunal de police correctionnelle, ou de la Cour d'assises. Pour s'en assurer, il suffit de comparer les deux codes.

Si le choix des jurés avait été profondément modifié (182), si le système des questions posées au jury avait été simplifié (183), le

(174) Parfois même l'adaptation a été hâtive, le raccord mal fait. Par ex. art. 225 du Code d'instruction criminelle, "Les juges délibéreront entre eux sans déssemparer et sans communiquer avec personne". C'était le dernier alinéa de l'art. 238 du Code de Brumaire ; mais très bien fait pour des jurés, il n'avait guère de portée appliqué à des magistrats.

(175) Art. 241 du Code Brumaire.

(176) Art. 231 du Code d'instruction criminelle.

(177) Art. 294 du Code d'instruction criminelle.

(178) Ibid.

(179) Art. 302 du Code d'instruction criminelle.

(180) Ibid. art. 305.

(181) Art. 380 du Code Brumaire.

(182) Cf. infra B, le part., art. 387 du Code d'instruction criminelle.

(183) D'un excès on était ici tombé dans un autre. Une seule question, dont la formule très simple visait à la fois l'élément matériel et l'élément moral du délit, comprenait tout le contenu de l'acte d'accusation : c'est-à-dire non seulement le fait principal, mais aussi les circonstances aggravantes qui pouvaient y être relevées. Art. 338 du Code d'instruction criminelle. Le Code d'instruction criminelle adopta aussi le principe de majorité pour la réponse des jurés. Art. 387.

caractère oral du débat était maintenu ainsi que la théorie des preuves morales (184). Ainsi même si la fonction des pièces écrites est étendue par le Code napoléonien, l'essentiel de la procédure devant le jury est reprise par le Code Brumaire (185).

Enfin pour le système des voies de recours l'appel était érigé en principe alors que le pourvoi en cassation, sauf des modifications de détail, était réglé comme dans les Codes de l'époque intermédiaire (186).

Au sortir de la comparaison une affirmation s'impose : les deux codes sont assez proches. Du moins, le Code d'instruction criminelle doit beaucoup au Code des délits et des peines. Voilà qui ne laisse pas d'étonner lorsque l'on sait les forces qui opposèrent l'époque révolutionnaire et l'Empire. Avec cette apparente contradiction on est au coeur de ce qui a constitué l'originalité du Code Brumaire : une sorte de "conservatisme-changement" l'anime, qui lui permet de récapituler l'ensemble de l'idéologie et de la politique révolutionnaire en matière pénale, mais aussi de précipiter cette nouvelle justice vers la création d'un nouvel ordre dont l'Empire napoléonien fut "l'héritier symbole".

*
* *

(184) Quelle que soit la preuve fournie, les jurés peuvent toujours acquitter, de même qu'un verdict affirmatif peut être rendu, quelle que soit la faiblesse des preuves. Comme le Code de Brumaire, le Code d'instruction criminelle met sous les yeux des jurés un long avertissement où cette théorie est rappelée. Art. 342 du Code d'instruction criminelle.

(185) Dans la procédure devant le jury, le Code Brumaire avait indiqué d'une façon fort étroite l'usage qui pouvait être fait de l'information, et aucune trace des débats n'était fixée par écriture. Art. 365 : "Il ne peut être lu aux jurés aucune déposition écrite des témoins non présents à l'audience". Art. 366 : "Quant aux déclarations écrites que les témoins présents ont faites et aux notes écrites des interrogatoires que l'accusé a subis devant l'officier de police, le directeur du jury et le Président du tribunal criminel, il n'en peut être lu dans le cours des débats que ce qui est nécessaire pour faire observer soit aux témoins, soit à l'accusé les variations, les contradictions et les différences qui peuvent se trouver entre ce qu'ils disent devant les jurés et ce qu'ils ont dit précédemment". Art. 382 : "Le Président remet aussi aux jurés, toutes les pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins et des interrogatoires écrits de l'accusé".

De ces trois articles, le premier a disparu dans le Code d'instruction criminelle. Les autres dispositions sont reprises dans les art. 318 et 341, sous une forme qui élargit quelque peu la fonction des pièces écrites. Dorénavant les pièces remises contiennent les interrogatoires des accusés.

(186) A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle", op. cit., p. 546.

CONCLUSION

L'une des sources essentielles de la Révolution concerne les rapports entre l'homme et la société. L'expérience révolutionnaire aussi bien en tant que modèle qu'en tant que repoussoir posa avec force le problème des droits de l'individu face au pouvoir. Elle s'essaya à un droit positif conçu comme une machine militante et vraie puisque tout dévoué à une loi omnipotente qui souvent a approfondi l'arbitraire qu'elle désirait réduire.

Cependant, ce "culte de l'homme" fut très tôt remis en cause par l'épisode dictatorial des années 93-94. La foi absolue dans la raison n'animait sûrement plus les hommes de Thermidor. Le fait qu'avant de dissoudre la Convention ils aient voté une dernière loi en matière pénale est à cet égard très révélateur. Le Code Brumaire est un essai de stabilisation et de réconciliation. Stabilisation de la société française en essayant de revenir à un état de droit, réconciliation de la loi avec la liberté.

Le Code des délits et des peines se situe ainsi à un carrefour politique et juridique. En matière de justice, l'utopie originelle de 91 et l'affirmation de l'ordre sous-tendent également le texte. Il se présente ainsi comme un pont, un relais entre les débuts de la Révolution et la synthèse napoléonienne.

Cependant, parce qu'il n'a pas su trancher, le Code Brumaire n'a eu ni le prestige des lois de 91, ni l'efficacité et la pérennité des codifications de l'Empire. Dès lors son apport ne pouvait qu'être occulté.

Il n'en demeure pas moins qu'il pose l'une des questions essentielles du processus révolutionnaire : la liberté ou les libertés ?

TABLEAU DES CORRESPONDANCES

"CODE DES DELITS ET DES PEINES"
Du 3 Brumaire an IV
(25 octobre 1795)

Livre 1 : De la police, Titre 4 : Des juges de paix

Art. 48 : attributions des juges de paix

3) Il sont chargés de "distinguer les hommes justement détenus, de ceux qui sont faussement inculpés".

Livre 1 : De la police, Titre 5 : Mode de procéder par les juges de paix dans l'exercice des fonctions de police judiciaire

Section 1 : Des mandats d'amener, de comparution et d'arrêt

Art. 58 : "Le mandat d'amener... doit nommer ou désigner le prévenu le plus clairement qu'il est possible"

Art. 64 : "Le prévenu amené devant le juge de paix... doit être examiné sur le champ ou dans le jour au plus tard".

Art. 71 : "Le mandat d'arrêt... énonce le nom du prévenu, sa profession et son domicile, s'ils sont connus, le sujet de son arrestation et la loi qui autorise le juge de paix à l'ordonner. A défaut de quelqu'une de ces formalités, il est nul, et aucun gardien de maison d'arrêt ne peut recevoir de prévenu, sous peine d'être poursuivi comme fauteur et complice de détention arbitraire".

Art. 74 : "...Le prévenu trouvé hors de l'arrondissement du juge de paix qui a délivré le mandat d'amener, ne peut être contraint de se rendre devant lui..

Section 2 du titre 5 : "Des procédures et actes qui doivent précéder ou suivre les mandats d'amener, de comparution et d'arrêt.

LOI 16-29 septembre 1791 :
CODE DE PROCEDURE CRIMINELLE

1) De la police de sûreté

Titre 1 : De l'institution des officiers de police de sûreté

Art. 1 : "Le juge de paix de chaque canton sera chargé des fonctions de la police de sûreté..."

Il n'y a aucune mention des droits de la défense

Titre 2 : Du mandat d'amener, du mandat d'arrêt

Art. 2 : "...le prévenu sera nommé ou désigné le plus clairement qu'il est possible"

Aucune indication : si ce n'est l'emploi de force sur le prévenu qui doit être modéré et liminaire (art. 4)

Art. 7 : Presque équivalent

Pas d'équivalent

Titre V : De la dénonciation, du tort personnel, ou de la plainte

- De la plainte

Art. 97 : "La plainte quoique signée et affirmée par le plaignant, ne peut seule, et sans autre preuve ou indice autoriser le juge de paix à décerner un mandat d'amener contre le prévenu. Mais il est tenu d'entendre les témoins indiqués par le plaignant, et de faire tant pour constater le délit que pour en découvrir l'auteur, toutes les perquisitions, visites et procès-verbaux nécessaires.

Art. 6 : "L'officier de police qui aura reçu la plainte recevra également la déposition des témoins produits par l'auteur de cette plainte..."

- Des preuves par écrit et des pièces à conviction

Art. 126 : (Le juge de paix) Il lève les scellés, examine les papiers... le tout en présence du prévenu.

Art. 127 : "Si parmi les papiers trouvés sous les scellés il en est qui puissent servir à conviction ou à décharge, le juge de paix les joint à son procès-verbal, après les avoir paraphés et fait parapher par le prévenu à chaque feuillet. Si le prévenu ne veut ou ne peut pas les parapher, le juge de paix en fait mention dans son procès-verbal".

Aucun équivalent

Art. 128 : "Si les papiers sur lesquels il y a lieu d'apposer les scellés sont hors de l'arrondissement du juge de paix chargés de l'instruction..."

Art. 129 : "Les papiers qui font charge contre lui (le prévenu) ne peuvent être employés au procès, qu'après lui avoir été représentés personnellement pour les parapher..."

Art. 131 : "S'il existe des pièces à conviction, il (le juge de paix) les parapher, les représente au prévenu, l'interpelle de les reconnaître, les lui fait parapher, ou fait mention de son refus, et en dresse procès-verbal".

Pas d'équivalent

Titre 6 : De l'exécution du mandat d'arrêt

Art. 133 : "Le mandat d'arrêt est remis à un huissier, un agent de la force publique, qui l'exhibe au prévenu et lui en délivre une copie en s'assurant de sa personne".

Art. 6 du Titre II

"Le mandat d'arrêt sera également signé et scellé de l'officier de police lequel tiendra registre de tous ceux qu'il délivrera : il sera remis à celui qui doit conduire le prévenu en la maison d'arrêt, et copie en sera laissée de ce dernier".

Art. 135 : "Si le prévenu ne peut être saisi... l'officier chargé de l'exécution du mandat d'arrêt dresse procès-verbal de ses perquisitions et diligences. Ce procès-verbal est dressé en présence de deux des plus proches voisins du prévenu que le porteur du mandat d'arrêt peut trouver. Ils le signent, ou s'ils ne savent ou ne veulent pas signer, il en est fait mention, ainsi que l'interpellation qui leur a été faite à ce sujet".

Pas d'équivalent

Livre II : De la justice - Titre I : Des tribunaux de police

Aucun équivalent

Art. 163 : "Les dispositions... relatives au recours en cassation contre les jugements des tribunaux criminels, sont communes au recours en cassation contre les jugements des tribunaux de police"

Art. 162 : "L'instruction de chaque affaire est publique, et se fait dans l'ordre suivant : ... le tout à peine de nullité"

Important : car il s'agit
d'un "Plan de défense" très précis
qui est mis en place par Brumaire

Titre II : Des tribunaux correctionnels

Ce n'est pas envisagé dans le code 91

Art. 184 : "L'instruction se fait à l'audience ; le prévenu y est interrogé ; les témoins pour et contre entendus en sa présence ; les reproches et les défenses proposées ; les pièces lues..., et le jugement prononcé de suite, ou, au plus tard, à l'audience suivante".

Pas d'équivalent

Art. 188 : Dispositif du jugement

Art. 189 : Si contravention au "Plan de défense" de "disposition de jugement" : nullité

Le Code de 91 ne concerne que la justice criminelle

Art. 192 : "Les jugements du tribunal correctionnel peuvent être attaqués par la voie d'appel"

Art. 205 : Renvoi aux art. sur le recours en cassation contre les jugements des tribunaux correctionnels

Art 15 : (Titre I : Du jugement et de l'exécution) de la IIe partie : De la justice criminelle et de l'institution des jurés.
Droit à se pourvoir en cassation

Titre III : Des jurys d'accusation et leurs directeurs

Art. 208 : "Les jurés sont appelés, soit pour décider si une accusation doit être admise, soit pour juger si l'accusation est fondée".

Art. 18 (Titre I de la IIe partie)

Art. 224-225 : Pour dresser l'acte d'accusation : droits de la défense

Aucun équivalent

Art. 232 : Tout acte d'accusation qui n'a pas observé les dispositions des articles ci-dessus emporte nullité

Aucun équivalent

Art. 234 : "...le directeur du jury ne peut, à peine de nullité, diviser en x actes, à l'égard d'un seul et même individu, soit les différentes branches et circonstances d'un même délit, soit les délits connexes, dont les pièces se trouvent en même temps produites devant lui".

Art. 25 du Titre I de la IIe partie
semble autoriser cela

Art. 237 : Instruction aux jurés du directeur du jury : Essentiel : Il y a là toute la philosophie du Code Brumaire en matière de droits de la défense et de procédure pénale : retour en un état de droit

Art. 18 (Titre I, IIe partie)

Art. 239 : "Toute contravention aux articles précédents emporte nullité"

Art. 243-244-245 : Décision des jurés sur la validité de l'acte d'accusation

Art. 22-23-24 du Titre I, IIe partie
Ici le texte est presque équivalent
(aucun changement de fond)

Art. 259 : "Les ordonnances de prise de corps sont signifiées à l'accusé, et il lui en est laissée copie. Elles sont nulles, si elles ne contiennent le nom de l'accusé, son signalement, sa profession et son domicile, s'ils sont connus, ainsi que la copie de l'acte d'accusation, et si elles ne rappellent la loi en conformité de laquelle elles sont portées".

Titre I, IIe partie

Art. 32 : Pas de rappel de la loi sur laquelle s'est développé l'acte d'accusation, pas de signification à l'accusé

Titre IV des tribunaux criminels : Fonction du président

Art. 273 : "Le président, outre les fonctions de juge, est chargé :

1) d'entendre l'accusé au moment de son arrivée dans la maison de justice, ou 24 h. au plus tard"

Titre III, Ie partie

Art. 1 : Aucun délai mentionné

Titre V : Procédure devant le tribunal criminel

Art. 301 : Nul ne peut être poursuivi... que par un jury composé de 8 citoyens

Art. 1 (Titre VI, Ie partie)
Même article

Art. 303 : Choix du lieu du tribunal

Art. 3 (Titre VI, IIe partie)
Equivalent

Art. 305 : Ord. de prise de corps doit faire mention du droit d'opter accordé par la loi à l'accusé

Art. 5

Art. 319 : Si nouveaux témoins sont produits : ces déclarations doivent être communiquées à l'accusateur public et à l'accusé, à peine de nullité de toutes procédures ultérieures

Aucun équivalent

Art. 320 : Information de l'accusé sur la procédure	
Art. 321 : L'accusé peut choisir un ou x conseils, pour l'aider dans sa défense	Art. 13
Titre VI : De l'examen	
Art. 341 : Description de l'entrée de l'accusé au moment où le tribunal et jurés sont assemblés	Art. 1 (Titre 8, IIe partie)
Art. 343 : Discours au juré	Aucun équivalent
Art. 345 : Information de l'accusé	Art. 2
Art. 346 : Organisation de la liste des témoins	Art. 3
Art. 353 : Après chaque disposition, l'accusé peut répondre et questionner le témoin	Art. 6
Art. 357 : L'accusé peut faire entendre des témoins pour attester qu'il est homme d'honneur, de probité, et d'une conduite irréprochable.	IIe partie, Titre 7, Art. 14
Art. 360 : Les témoins ne peuvent s'interpeller entre eux	Art. 10 Même article
Art. 361 : L'accusé peut demander que les témoins soit entendus en présence des uns des autres	Art. 11
Art. 370 : A la suite des témoins, de l'accusateur public et de partie plaignante l'accusé, peut leur répondre, ... il a toujours la parole le dernier	Art. 18
Art. 372 : Le président rappelle toutes fonctions et responsabilité des jurés	Art. 19
Art. 376 : Pour les questions qui résultent de l'acte d'accusation et des débats, l'accusé... peut faire des observations sur la manière dont les questions sont posées.	Art. 23
Art. 377 : Il ne peut être posé aucune question complexe (Art. 250 : de l'acte constitutionnel)	Aucun équivalent
Art. 389 à 396 : Fait constant et culpabilité de l'accusé	Art. 24-25-27
Art. 415 : La décision du jury ne peut jamais être soumise à l'appel, mais si le tribunal estime que les jurés se sont trompés au fond, le tribunal ordonne que les 3 jurés-adjoints se réuniront aux 12 premiers pour donner une nouvelle déclaration	Art. 38

Titre VII : Du jugement et de l'exécution

Art. 426 : Tout individu acquitté peut poursuivre ses dénonciateurs pour ses dommages-intérêts. Il ne peut être repris ni accusé à raison du même fait

Art. 3 (Titre 8, IIe partie)

Art. 435 : Les juges délibèrent et opinent à voix basse... mais le jugement est prononcé à haute voix en présence du public et de l'accusé, le tout à peine de nullité

Aucun équivalent

Art. 440 : Pourvoi en cassation

Art. 15 (Titre 8, IIe partie)

Titre VIII : De la cassation des jugements

Art. 447 à 461

Art. 15-19-20 à 24 (Titre 8, IIe partie)

Titre IX : Des contumaces

Art. 467 : Si l'accusé est dans l'impossibilité absolue de se présenter, il peut envoyer son excuse et en faire plaider la légitimité par un fondé de pouvoir

Art. 6 (Titre 9, IIe partie)

Art. 468 : Si le tribunal trouve l'excuse légitime, il ordonne qu'il sera sursis au jugement de l'accusé et au séquestre des biens

Art. 7

Art. 476 : Si l'accusé se constitue prisonnier ou s'il est pris et arrêté, le jugement rendu et les procédures... sont anéantis de plein droit et il est procédé à son égard dans la forme ordinaire

Aucun équivalent

Art. 478 : L'accusé contumax, à compter du jour où il a été arrêté ou s'est constitué prisonnier rentre dans l'exercice de ses droits

Aucun équivalent

Titre XI : De la manière de former et de convoquer le jury d'accusation

Titre I (La procédure devant le tribunal du district) et du juré d'accusation

Art. 491 à 515

Aucun équivalent

Titre 13 : Des jurés spéciaux

Art. 520 : Droit de récusation de certains jurés appartenant à l'accusé

Aucun équivalent

Titre 18 : Forfaiture et prise à partie

Art. 560 à 569

Aucun équivalent

Titre 19 : Des moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires

Réactions contre l'époque conventionnelle donc

Art. 581 à 592

Aucun équivalent

Livre III : Des peines

Art. 603

Titre I

Art. 607 : Récidive : tribunal criminel

Titre 3 : Des peines infamantes et afflictives

Des crimes contre la sûreté de la République

Art. 612 : Conspirations et complots contre la République. La fin évoquant... la suppression de la peine de mort

Des crimes et attentats contre la Constitution

Art. 634 : Tout attentat contre la liberté individuelle base essentielle de la Const. française, sera puni ainsi qu'il suit :

Art. 635-636

LOI 25 septembre-6 octobre 1791 :

CODE PENAL

Art. 1 du Titre I, Ie partie

Réf. au Code pénal Titre II, Ie partie

Aucun équivalent

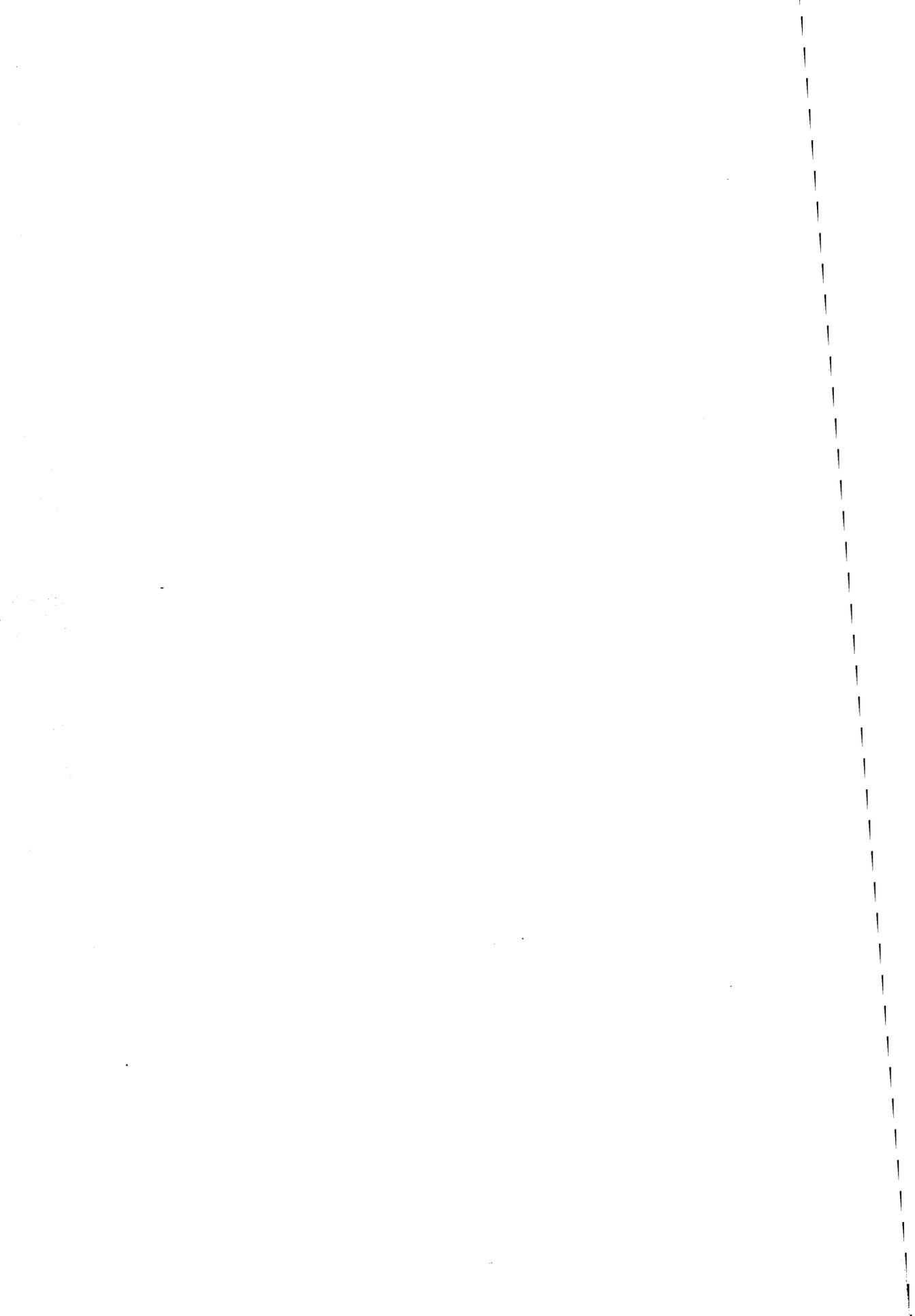
Titre II : Crimes contre les particuliers

Appendice à la Section 5 du Titre I

Code pénal de 91 : Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés

Art. 641 à 646

Le livre III sur les Peines est peu important car il n'est qu'un complément au Code pénal 91. L'art. 612 apparaissant comme le plus important

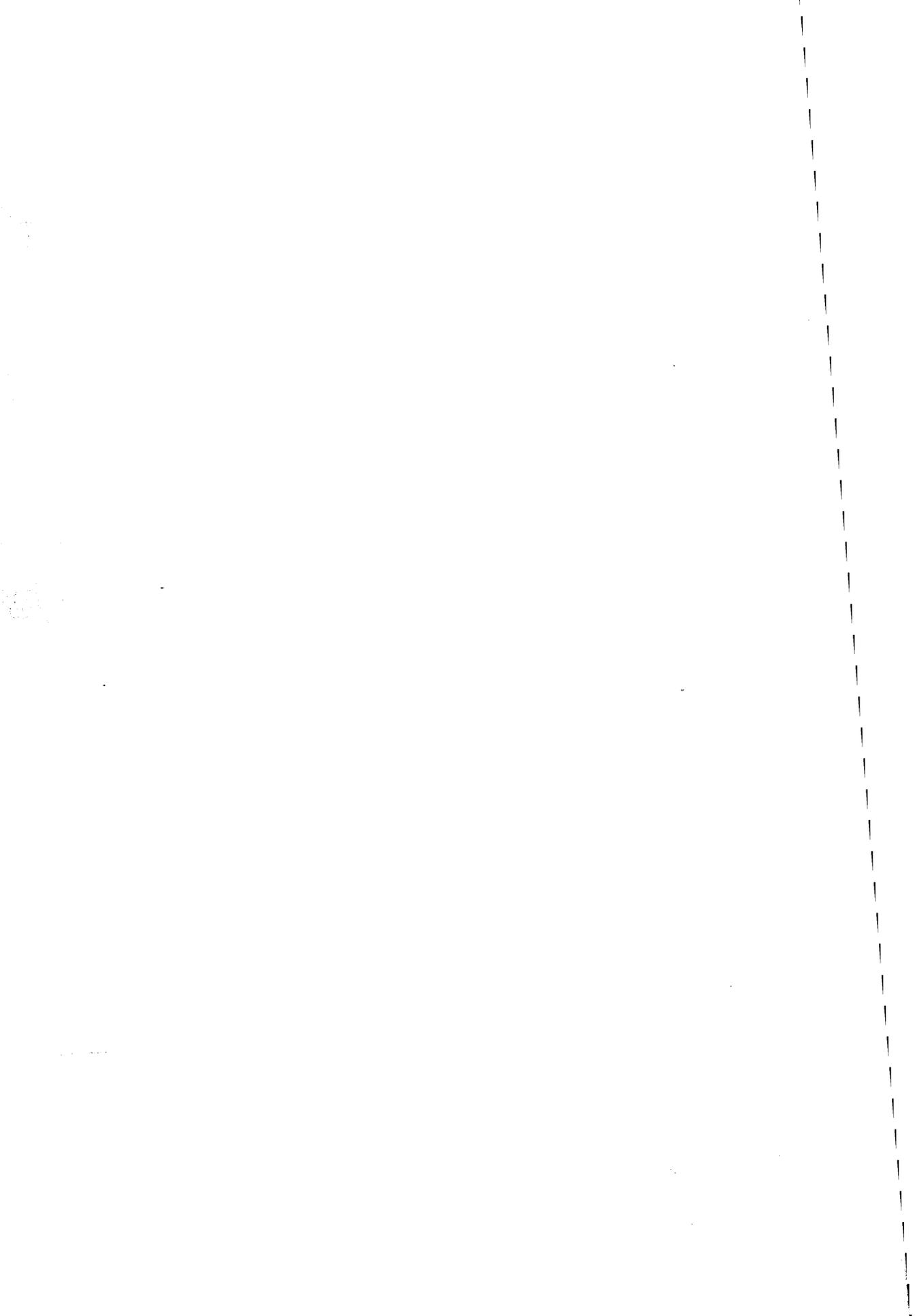


R.R.J. 1990-2

Pages 388 à 397

- II -

**ACTUALITES
DOCTRINALES**



L'AVENEMENT DE L'ENGAGEMENT UNILATERAL EN DROIT PRIVE CONTEMPORAIN

Par

Marie-Laure IZORCHE

Sous la direction de Jacques MESTRE,

Thèse Aix-Marseille III, 1989, dactylographiée, 512 pages

PRESENTATION

Par Emmanuel PUTMAN

Professeur à la Faculté de Droit de la Réunion

On l'attendait, cette thèse sur "l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain" soutenue par Madame Marie-Laure Izorche sous la direction de Jacques Mestre. Les chroniques du directeur de recherches de Mme Izorche à la Revue trimestrielle de droit civil nous avaient déjà convaincu que l'on ne pouvait plus adhérer sans réserves aux conclusions d'une précédente thèse qui, voici près de quarante ans (J. Martin de la Moutte, "L'acte juridique unilatéral", Sirey 1951) estimait que l'acte juridique unilatéral est plus naturellement abdicatif que créateur d'obligations. Mme Izorche achève notre conversion à la cause de l'engagement unilatéral en nous invitant à reconsidérer un vieux débat.

La première partie de l'ouvrage, sur l'affirmation de la valeur juridique de l'engagement unilatéral, propose un renouvellement de la controverse classique avant d'en réussir le dépassement. Nul doute qu'un renouveau de la question soit nécessaire. Les éléments traditionnels de la controverse rappelés liminairement par Mme Izorche évoquent la réponse lapidaire mais juste de MM. Malaurie et Aynes : "le seul fait qu'il y ait en droit positif des cas d'engagement unilatéral (...) suffit à en démontrer l'existence" (Obligations, n° 227). Pour combattre les réticences philosophiques des adversaires de la théorie, Mme Izorche puise dans l'évolution des conceptions relatives à l'obligation et à la volonté des arguments qui emporteront inégalement la conviction. Avec raison, elle justifie par la patrimonialisation toujours croissante de l'obligation la possible indétermination du créancier de l'engagement, phénomène au demeurant banalisé par le contrat d'assurance-vie au profit d'enfants nés ou à naître. Mais, plutôt qu'un exemple du rôle diminué de la volonté face aux éléments objectifs, nous verrions parfois dans l'engagement unilatéral "l'exacerbation" (selon le mot du Doyen Carbonnier, Obligations, § 10) de l'autonomie de la volonté. M.-L. Izorche privilégie l'exemple de l'offre de contracter assortie d'un possible engagement unilatéral de maintien pendant un délai explicite ou "raisonnable", qu'elle appréhende par une séduisante théorie des "trajectoires" éloignant graduellement la volonté des limbes des pourparlers pour la faire un

moment hésiter, entre chien et loup, à l'approche de sa perfection contractuelle. Mais n'y-a-t-il pas d'autres engagements unilatéraux plus chargés de volonté ?

Le dépassement de la controverse classique amène Mme Izorche à le vérifier, en recherchant les éléments de clarification d'une attitude judiciaire qu'elle reconnaît ambigüe, sollicitant la volonté unilatérale pour préciser l'obligation qu'elle engendre, mais n'osant reconnaître nommément cette volonté comme source de l'obligation. En des pages éclairantes, M.-L. Izorche déploie pour nous la diversité des degrés d'intensité de la volonté unilatérale, de la consistance de l'obligation unilatéralement souscrite, de la typologie des engagements unilatéraux. L'engagement unilatéral peut être une étape vers le contrat : il est alors précaire puisqu'il consiste essentiellement à maintenir l'offre pendant un certain temps dont Mme Izorche s'attache à préciser la limite ; l'acceptation du destinataire le rend irrévocable en le transformant en contrat. Ainsi M.-L. Izorche concilie-t-elle la motivation "contractualiste" de la Cour de cassation ("l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant", Civ. III, 28 nov. 1968, RTDCiv. 1969, 555, obs. Loussouarn) avec son explication de l'offre au public par l'engagement unilatéral.

Le caractère précaire et révocable d'un tel engagement réagit sur la consistance de l'obligation souscrite. A notre sens, tant que le créancier ne s'est pas manifesté pour "contractualiser" l'engagement, celui-ci n'engendre qu'un droit éventuel.

Mme Izorche nous rejoint à propos de l'engagement unilatéral indépendant de la négociation d'un contrat, qui peut avoir pour objet une obligation actuelle ou virtuelle. Il sera tantôt déclaratif, tantôt constitutif d'une obligation actuelle, relève-t-elle après J. Mestre qui a montré qu'une reconnaissance de dette peut faire naître une dette nouvelle. L'engagement unilatéral peut aussi consolider une obligation virtuelle préexistante (engagement d'exécuter un devoir de conscience) ou prévoir une obligation virtuelle à venir. Au-delà d'une frontière que trace Mme Izorche, la virtualité devient trop lointaine pour qu'il y ait engagement unilatéral. Ainsi la constitution d'une EURL est-elle un acte juridique unilatéral mais pas un engagement unilatéral créateur d'obligations envers les futurs contractants de la société.

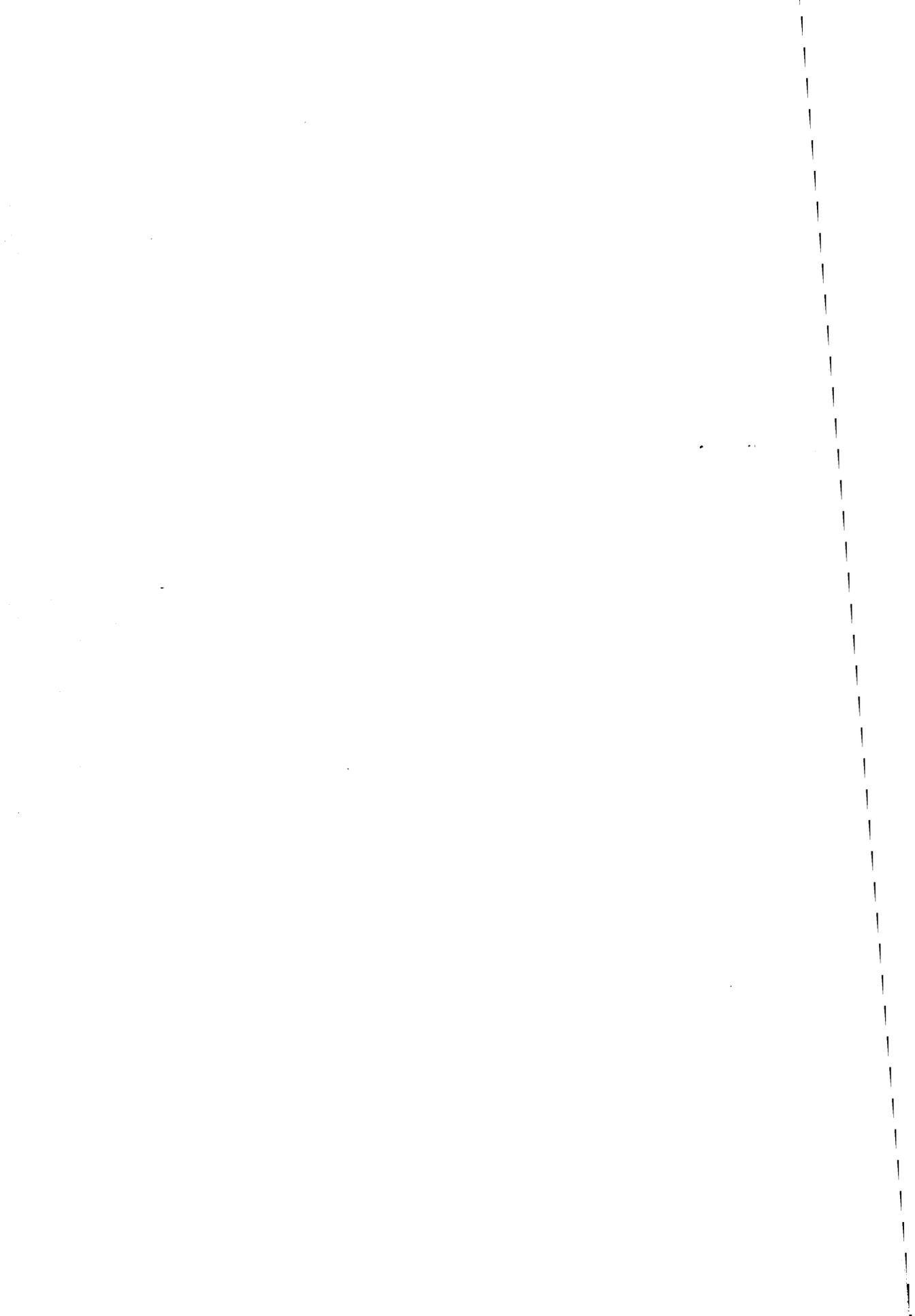
M.-L. Izorche nuance encore, opportunément, la typologie des engagements unilatéraux, où elle range l'engagement unilatéral collectif : de même qu'on peut faire un acte unilatéral processuel à deux (la requête conjointe), on peut souscrire à plusieurs un engagement unilatéral créateur d'obligations (v. Civ. I, 5 mai 1986, RTDCiv. 1987, 102, obs. J. Mestre).

Dans sa seconde partie, Mme Izorche décrit avec ingéniosité le particularisme du régime juridique de l'engagement unilatéral par rapport au modèle contractuel dont il s'inspire, qu'il s'agisse de l'engagement lui-même ou de l'obligation qu'il engendre. L'auteur envisage la cause et le consentement à l'engagement. Quant aux vices du consentement M.-L. Izorche note que le dol sera ici par hypothèse sanctionnable même s'il émane d'un tiers. Elle trouve une référence à l'engagement unilatéral dans l'art. 9 de l'ordonnance du 1er décembre

1986 relatif à l'abus de domination qui vise "tout engagement, convention ou clause contractuelle" (mais n'est-ce pas en forcer un peu l'esprit ?). Après des développements consacrés à l'erreur, elle élargit le débat à la protection du consentement en général à travers l'intéressant exemple de l'art. 83 de la loi du 25 janvier 1985 sur l'offre du candidat repreneur de l'entreprise en difficulté. La preuve de l'engagement unilatéral est marquée à ses yeux par une dialectique entre la nécessaire protection du débiteur -elle prône l'application scrupuleuse de l'art. 1326 C. Civ.- et un assouplissement des modes de preuve au profit du créancier qui, s'il n'est pas tiers par rapport aux effets de l'acte, n'est pas partie à sa conclusion d'où les nombreux moyens que lui offre la jurisprudence de contourner l'exigence de preuve écrite théoriquement maintenue.

L'obligation issue de l'engagement unilatéral est envisagée sous l'angle de sa transmissibilité, de son adaptation aux circonstances économiques, de ses modalités. On retient surtout de la transmission entre vifs l'idée d'une cession de dette facilitée ; la transmission à cause de mort est l'occasion d'une glose sur un "grand arrêt" diversement apprécié (Civ. III, 9 nov. 1983, Defrénois 1984, n° 33368, obs. Aubert ; RTDCiv. 1985, 154, obs. Mestre), Mme Izorche soutenant que même l'offre non assortie de délai, donc révocable, serait transmissible, ce qui accentuerait la patrimonialisation de l'obligation détachée de la personne de son auteur. Quant à l'adaptation de l'obligation, Mme Izorche forme l'hypothèse que sa révision volontaire ou judiciaire serait plus largement admise que celle du contrat. L'analyse des modalités de l'obligation retiendra l'attention pour la tentative de transposition à l'engagement unilatéral, "mutatis mutandis", de la jurisprudence sur la stipulation pour autrui avec charges.

Resterait à suggérer, en marge de cette stimulante synthèse, quelques chemins de traverse. Ainsi pourrait-on jauger le poids de la volonté individuelle à travers la juridicisation de l'engagement unilatéral d'honneur, ici effleuré, ou la place de la volonté du juge dans les actes unilatéraux tacites : la réception tacite des travaux admise par Civ. III, 23 avril 1986 (JCP 1987, II, 20812, note Tomasin) n'est-elle pas en réalité une réception judiciaire ? En replaçant l'engagement unilatéral créateur d'obligations au sein de l'ensemble plus vaste des actes juridiques unilatéraux on enrichirait de types intermédiaires la dichotomie acte unilatéral-contrat, pour s'apercevoir par exemple qu'un faux engagement unilatéral peut cacher un vrai contrat collectif (Soc. 14 juin 1984, Dr. soc. 1985, 192, obs. J. Savatier à propos d'un accord d'entreprise "atypique"). Le rapprochement de l'acte unilatéral substantiel avec l'acte unilatéral pur (la requête) ou "réceptive" (l'assignation), acte unilatéral conjoint (la requête conjointe) voire collectif (l'assignation des dirigeants par l'action de groupe des associés plaçant par l'intermédiaire de l'un d'eux, art. 199 nouveau, décret 24 mars 1967, rédac. décr. 19 janvier 1988) acte tantôt unilatéral tantôt bilatéral (désistement d'action et d'instance)... Mais ceux qui emprunteront la voie tracée par Mme Marie-Laure Izorche ne pourront désormais contourner sa substantielle étude : il faut connaître cette contribution nouvelle à la théorie générale des obligations.



**"L'APPORT DU DROIT CONSTITUTIONNEL AUX
DROITS DES PERSONNES ET AUX DROITS
ECONOMIQUES INDIVIDUELS**

**CONTRIBUTION A L'ETUDE DE LA
CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT PRIVE"**

Par

Marc FRANGI

Thèse Aix-Marseille III, 1990, dactylographiée, 342 pages, sous la
direction de Monsieur le Président Louis FAVOREU

PRESENTATION

Par Emmanuel PUTMAN

Professeur à la Faculté de Droit de la Réunion

Le droit constitutionnel commencerait-il à ressembler au droit communautaire ? La thèse de Marc Frangi soutenue sous la direction du Président Favoreu s'attache à démontrer que les principes constitutionnels ne s'imposent pas seulement aux pouvoirs publics mais directement aux rapports entre particuliers. Il y a selon Marc Frangi un "ordre public constitutionnel" applicable aux relations juridiques privées, autant dire un "effet direct" du bloc de constitutionnalité. Le rapprochement de cette "constitutionnalisation du droit privé" avec ce qu'on pourrait appeler la "communautarisation du droit privé" vient à l'esprit, car les deux principaux acteurs de l'inéluctable unification des diverses branches du droit seront peut-être demain l'Europe et le Conseil constitutionnel. Il n'est pas indifférent d'observer qu'au moment où le Conseil d'Etat abandonne sa jurisprudence "Syndicat des fabricants de semoules de France" dans l'arrêt "Nicolo" (CE. Ass. 20 oct. 1989, J.C.P. 1989, II, 21371, concl. Frydman) le Conseil constitutionnel se refuse toujours à contrôler la conformité de la loi française avec le Traité communautaire (C. const. décis. n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, J.C.P. 1990, III, 63415). A la possible rivalité du droit constitutionnel et du droit communautaire de l'économie répondrait sans doute un syncrétisme du droit européen et du droit constitutionnel des droits de l'homme : quand la Cour de cassation se prononce pour la nullité d'écoutes téléphoniques au regard de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à la vie privée (Ass. plén. 24 nov. 1989, "Baribeau", D. 1990, Chron. Pradel p. 15, et J, p. 34) elle applique un droit qui a "aussi" valeur constitutionnelle... Mais Marc Frangi taxe la Cour de cassation d'une certaine "frilosité" à l'égard de la constitutionnalisation directe du droit privé par référence aux principes constitutionnels eux-mêmes. Ne négligeant jamais les rappels historiques, il nous démontre que cette constitutionnalisation est aussi ancienne que celle du droit des Etats Unis, et que le juge constitutionnel devra y veiller face à l'unification

européenne, mais qu'elle demeure aujourd'hui contrastée faute par le juge judiciaire d'y avoir toujours pourvu.

A la lecture de cette passionnante thèse, le privatiste se sentira une âme de Candide, ou de Huron au Conseil constitutionnel, dès le chapitre préliminaire qui sur la question bien connue du système des sources du droit privé d'après la Constitution, c'est-à-dire des domaines de la loi et du règlement, montre que la prééminence de la loi, vrai dogme du XIX^{ème} siècle auquel les articles 34 et 37 paraissaient avoir porté un coup fatal, se porte plutôt bien.

Mais là où Candide cueillera plus d'une fleur pour son jardin, c'est dans les deux parties qui, excluant le droit pénal et le droit processuel à cause de leur connotation de droit public (ils méritaient chacun une thèse), passent en revue : les droits relatifs aux individus, droits de la famille, de la nationalité (n'est-ce pas pourtant aussi du droit public ?), de la personnalité ; et le droit constitutionnel de l'économie, c'est-à-dire des obligations et des biens avec des développements approfondis sur le droit de propriété que l'école aixoise de droit constitutionnel a tant contribué à éclairer. Dense en sa volontaire concision, l'ouvrage de Marc Frangi inspirerait à Candide trois ordres de réflexion.

En premier lieu on peut se demander si un principe constitutionnel latent, qui affleure en plusieurs points de la démonstration de Marc Frangi, n'innerve pas l'ensemble de la matière : celui de la compensation du déséquilibre des patrimoines, dans son double aspect alimentaire et indemnitaire. Se fondant sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 relatifs à la garantie par l'Etat de la sécurité matérielle, M. Frangi se demande si l'Etat n'est pas partiellement substitué à la famille dans l'obligation alimentaire. Le privatiste verrait bien là une constitutionnalisation des principes qui inspirent le recouvrement des créances alimentaires (loi du 11 juillet 1975) et l'intervention des organismes de sécurité sociale dans le recouvrement des créances alimentaires impayées (décret du 30 septembre 1986). Quant à la compensation indemnitaire du dommage subi, ses illustrations seraient nombreuses. Demandons-nous par exemple si le refus de la prestation compensatoire à l'époux divorcé à ses torts exclusifs résisterait à la constitutionnalisation du droit à prestation que souhaite Marc Frangi, et répondons par l'affirmative grâce à l'indemnisation exceptionnelle du conjoint coupable que préserve l'art. 280-1 C.civ. Outre la constitutionnalisation du principe d'indemnisation de la faute civile de l'art. 1382 à laquelle la décision du 22 octobre 1982 sur la responsabilité syndicale pour fait de grèves s'est peut-être livrée (mais M. Frangi demeure sur ce point prudent et nuancé), le droit constitutionnel de propriété se réduirait, selon l'auteur, à l'indemnisation de sa privation, à la suite des décisions des 16 janvier et 11 février 1982 sur les nationalisations. Le principe constitutionnel de compensation alimentaire ou indemnitaire du déséquilibre patrimonial se traduirait ainsi par la constitutionnalisation d'un droit de créance contre les particuliers ou contre la collectivité. Ce serait peut-être le lieu d'évoquer la définition des droits subjectifs selon Dabin par la notion "d'appartenance-maîtrise". Certains droits sont constitutionnalisés essentiellement sous l'angle de la

maîtrise, du pouvoir d'initiative personnelle et d'exercice de la liberté individuelle : ainsi du droit au mariage ; d'autres sont constitutionnalisés surtout sous l'angle de l'appartenance, dont la privation appelle compensation : ainsi du droit de propriété.

Le deuxième phénomène que la thèse de M. Frangi nous fait découvrir, c'est l'apparition en dehors même du droit du travail de ce que nous appellerions un principe d'"ordre public social constitutionnel". A maintes reprises, Marc Frangi souligne que les acquis législatifs conformes à des principes de valeur constitutionnelle ne pourraient plus être remis en question sans encourir éventuellement les foudres du juge constitutionnel. Par exemple, M. Frangi semble considérer que toute réforme des régimes matrimoniaux qui régresserait en ce qui concerne l'égalité des sexes définitivement assurée par la loi du 23 décembre 1985 serait anticonstitutionnelle. Le droit ne pourrait donc évoluer que dans un sens plus favorable à l'égalité des époux ; l'idée nous paraît avoir d'autres applications : l'intangibilité constitutionnelle de l'obligation alimentaire impliquerait que la loi ne puisse évoluer que dans un sens plus favorable aux créanciers d'aliments. Nous en trouverions une illustration dans l'art. 11 de la loi du 31 décembre 1989 sur le redressement judiciaire civil qui excepte les créances d'aliments de la suspension des voies d'exécution et de l'interdiction du paiement des créances antérieures.

Un troisième point suscite l'intérêt du privatiste, au regard du droit international privé : c'est que plusieurs des principes qui appartiennent à la sphère de l'ordre public constitutionnel ne sont pas d'ordre public international. Marc Frangi est choqué par les décisions qui ont appliqué au contrat de travail la loi sud-africaine du lieu d'exécution interdisant la grève en dépit de la garantie constitutionnelle de celle-ci (Soc. 16 juin et 27 octobre 1984, *Clunet*, 1984, 332). A la lumière de ses développements, d'autres jurisprudences nous apparaissent tout à coup bien contestables. Marc Frangi démontre, de manière absolument convaincante, la valeur constitutionnelle de l'égalité des enfants légitimes et naturels, qu'il compare avec l'arrêt "Marckx" de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 juin 1979. La Cour de cassation est donc en retrait par rapport au juge européen et aux principes constitutionnels lorsqu'elle considère la loi algérienne prohibant la recherche de paternité naturelle comme non contraire à l'ordre public international, qui dit-elle, exige seulement que les enfants naturels reçoivent des subsides (Civ. I, 3 nov. 1988, *Clunet* 1989, 703). La lecture de l'ouvrage de M. Frangi nous incite à penser que tous les principes appartenant au bloc de constitutionnalité devraient être consacrés comme règles d'ordre public international français. Ne participent-ils pas des "fondements politiques et sociaux de la société française" selon une des définitions que Lerebours-Pigeonnière donnait de l'ordre public international ? Ce n'est pas le moindre mérite de la thèse de Marc Frangi de nous obliger à regarder d'un oeil neuf de tels concepts de base.

C'est dire la richesse des perspectives qu'ouvre cette "contribution à la constitutionnalisation du droit privé". Nous évoquons plus haut l'école aixoise de droit constitutionnel : la thèse de M. Frangi en est l'un des nouveaux fleurons.

DEPOT LEGAL 2ème Trimestre 1990

- Droit de l'Homme
 - Jean-Claude GALLOUX, « L'encadrement des biotechnologies : de la normalisation à la réglementation des pratiques. »
 - Questions d'éthique.
- Droit processuel
 - Rafaël Domingo, « Juridiction et judication ».
- Droit comparé
 - Hervé BLEUCHOT, « Le code pénal islamique soudanais de 1983 ».
- Histoire du droit
 - Yves DURAND, « L'esprit et le rôle des Lumières dans la Révolution de 1789 ».
 - Marc PENA, « Les droits de la défense dans le Code des délits et des peines de Brumaire an IV (25 octobre 1795) ».

II - Actualités doctrinales

- Marie-Laure IZORCHE, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain.
(Présentation Emmanuel PUTMAN.)
- Marc FRANGI, L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé.
(Présentation Emmanuel PUTMAN.)

DROIT PROSPECTIF

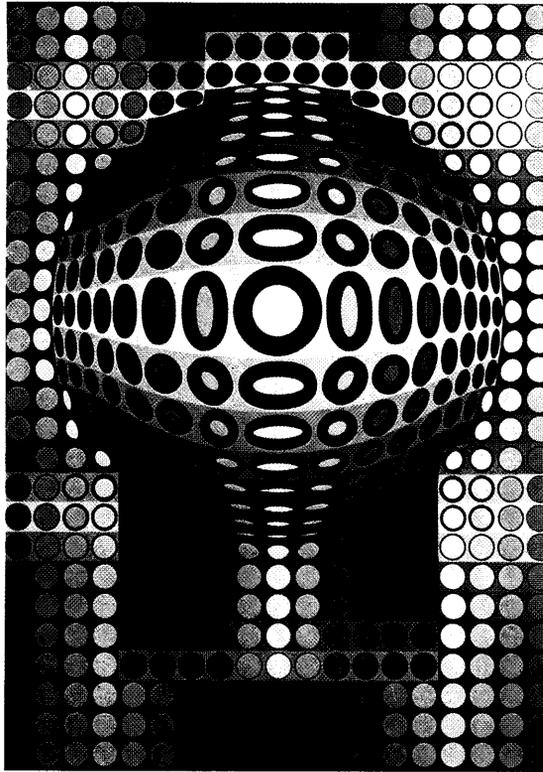


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I Droit civil

— Bernhard BERGMANS, Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé. Contribution à une théorie générale des contrats.

— Elie Joseph LOKO - BALOSSA, De l'article 1144 du Code civil.

Suite page 4 de couverture.

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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1990-3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XV - 42 (15ème année - 42e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE 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 de l'Université de Bordeaux I Correspondant 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 Doyen honoraire 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 Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETT	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 (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur J.-L. BERGEL	M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur D. BERRA	M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur F. BOULAN	M. le Doyen C. LOUIT
M. le Professeur J. BOURDON	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-Y. CHEROT	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur Y. DAUDET	M. le Professeur C. MOULY
M. le Président Ch. DEBBASCH	M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE	M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Professeur F. BOULAN	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Président L. FAVOREU	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. M. GARCIN	M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1990

Abonnement de Soutien : 400 F
Abonnement (France) : 300 F

Abonnement étranger : 350 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 407

I - DROIT CIVIL

- Bernhard BERGMANS, Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé - Contribution à une théorie générale des contrats..... 411

- Elie Joseph LOKO-BALOSSA, De l'article 1144 du Code civil..... 453

II- DROIT PUBLIC

DROIT CONSTITUTIONNEL

- Tadakasu FUKASE, Les deux problèmes constitutionnels japonais d'aujourd'hui - La tradition et la Paix 481

DROIT INTERNATIONAL

- Prof. Dr. Wolfgang GRAF VITZTHUM, Le droit international du désarmement 509

III - PHILOSOPHIE POLITIQUE

- Alain SERIAUX, Libéralisme et morale..... 529

IV - DROIT COMPARE

- H. Patrick GLENN, Y a-t-il crise dans la profession juridique en Amérique ? 549

V - CULTURE JURIDIQUE

- Christopher POLLMANN, Le discours juridique comme stratégie - Un nouveau regard sur l'Affaire *Pinna* 563

- Françoise THIBAUT, **Travelling-avant comparatif sur le rôle socio-politique du cinématographe depuis sa création, en France et aux Etats-Unis, et destin européen**..... 607

- Daniel VERGELY, **La notion de droit chez les étudiants de première année - Enquête anthropologique menée auprès des étudiants de première année de DEUG de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille** 653

VI - COMPTE-RENDUS BIBLIOGRAPHIQUES

- Michel SERRES, **"Le contrat naturel"**
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 687

- Rémy CABRILLAC, **"L'acte juridique conjonctif en droit privé français"**
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 689

- Jacqueline POUSSON-PETIT et Alain POUSSON,
"L'affection et le droit"
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)..... 691

EDITORIAL

LE JUGE JUDICIAIRE A L'ASSAUT DE L'ADMINISTRATION ?

Depuis quelques années, mais le mouvement semble s'être accéléré ces derniers mois, on assiste à la multiplication de décisions rendues en matière administrative par les juridictions de l'ordre judiciaire. Alors que jusqu'à une date récente la ligne de partage des compétences paraissait bien respectée par les deux ordres juridictionnels, du moins lorsqu'elle était tracée avec une suffisante clarté, force est de constater une dégradation certaine de la situation.

Tel Tribunal de grande instance voit dans la non-communication de son dossier administratif à un fonctionnaire communal la preuve d'une voie de fait permettant à l'ordre judiciaire de se déclarer compétent et reçoit l'aval de la Cour d'appel dont il relève.

Telle Cour d'appel ordonne, en référé, à l'administration, sous astreinte définitive, de procéder, dans le mois, à l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal administratif.

Telle autre Cour d'appel déclare que les règles du droit de la concurrence sont intégralement applicables aux activités de production, de distribution et de service même lorsque celles-ci sont le fait de personnes publiques et alors même qu'elles résulteraient de décisions unilatérales ou de contrats administratifs.

La doctrine s'émeut, le Tribunal des conflits intervient, les commissaires du gouvernement admonestent et le Conseil d'Etat, par l'organe de sa Section du Rapport et des Etudes, fait publiquement part de son vif désaccord et de sa colère.

Ce qui frappe, c'est la diversité des juridictions judiciaires concernées, la multiplicité de leurs décisions et la répétition de leur comportement "offensif" à l'endroit du monde administratif.

Jouant tout à la fois du référé, de la théorie de la voie de fait et d'une certaine conception de la "privatisation" des activités de puissance publique (cf. le droit de la concurrence, le droit boursier, la diffusion des règles du droit européen favorables à la non intervention de l'Etat en matière économique), le juge judiciaire perd la réserve qu'il avait toujours su garder envers son collègue de l'ordre administratif. Pourquoi ce soudain désir de transgresser les tabous ? Cette tendance, sinon cette volonté, à secouer le "cocotier" de la compétence juridictionnelle ?

Il faut garder présent à l'esprit que, ce faisant, le juge répond aux sollicitations des justiciables ; il y répond mais n'en prend pas

l'initiative. Après tout, si un juge des référés statue c'est parce qu'il s'est trouvé un plaideur qui l'a sollicité en ce sens ; et s'il croit apercevoir une voie de fait c'est parce que les conclusions du demandeur sont en ce sens. Les usagers du service public sont les premiers auteurs, ou du moins les initiateurs, de ce "dérapiage". On doit s'interroger sur ce qui les pousse à ce comportement. De nombreuses raisons peuvent être avancées. La justice administrative paraît trop lente. Son efficacité est parfois jugée insuffisante. Ses membres sont souvent taxés de favoritisme envers l'administration. Sa légitimité est quelquefois remise en cause. Il n'est pas jusqu'aux efforts considérables d'amélioration et de rénovation qu'elle accomplit (institution des cours administratives d'appel, réforme du référé, évolutions remarquables de la jurisprudence, information du public...) qui ne soient portés à son débit par ceux qui constatent que, ce faisant, elle "imite" le "modèle judiciaire, preuve de sa faiblesse et de son insuffisance. L'air du temps, également, est malsain pour le juge de la puissance publique alors que de charmeuses sirènes invitent à la dérégulation, à l'abandon des prérogatives exorbitantes, à l'immersion du secteur public dans l'univers de l'activité privée....

Mais cela n'explique point, et justifie encore moins, que les juges de l'ordre judiciaire y prêtent la main. Agents de l'Etat, ils sont serviteurs du service public dont ils ont la charge, magistrats, ils sont tenus à une sérénité et à une hauteur de vues que leur permet leur statut, citoyens ils sont astreints à respecter les principes et les règles édictés à cette fin par la société représentée par ses élus.

Toutefois on conçoit bien ce que la pression de l'opinion conjuguée à un phénomène de mode et peut-être à la conviction d'agir pour le bien de la Justice peut produire dans ce corps si important de la Nation.

Sans doute aussi que nos juges judiciaires auraient plus de maîtrise de soi et moins d'emportement s'ils n'avaient eu, depuis longtemps, le sentiment d'être les oubliés de la France ou les dindons de la farce de budgets étiques en lois d'amnistie méprisantes... Mais il reste qu'en ce cas comme dans tout autre la colère est mauvaise conseillère.

J.-C. RICCI

- I -

DROIT CIVIL

ESSAI DE SYSTEMATISATION NOUVELLE DES CONTRATS DE DROIT PRIVE

CONTRIBUTION A UNE THEORIE GENERALE DES
CONTRATS

Par

Bernhard BERGMANS

Centre de Droit des Obligations -

Université Catholique de Louvain - Louvain-la-Neuve, Belgique

"Si l'on examine l'ordre contractuel, il est également erroné de croire que les contrats s'établissent dans l'anarchie... La liberté contractuelle est par essence même désireuse d'ordre".

(A. Lapeyre, L'ordre contractuel et les techniques des contrats, *J.C.P.*, 1967, I, 2107, § 2)

"Ce serait, je crois, un travail utile de faire l'histoire des erreurs résultées uniquement d'une classification systématique fausse".

(R. Von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, 3ième éd., trad. O. de Meulenaere (Lib. Maresq, Paris, 1887), t. III, p. 24)

	N°
INTRODUCTION.....	1
I - LES PROBLEMES RESULTANT D'UNE APPROCHE NON SYSTEMATIQUE	
A - Le domaine des contrats innomés.....	7
B - Le domaine des contrats nommés.....	12
C - Détermination du régime juridique.....	14
D - Appréciation critique.....	19
E - Le besoin d'une classification rationnelle.....	28
II - ESSAIS DE CLASSIFICATIONS FONDEES SUR L'OBJET ET LA CAUSE.....	
A - Les conceptions traditionnelles de l'objet et de la cause .	32
1. L'objet	33
2. La cause.....	42
B - L'objet et la cause comme critères de classification	
1. M. Planiol.....	46
2. J.-F. Overstake.....	51
C - Critiques	
1. Planiol.....	67
2. Overstake	70
3. Critique générale et esquisse de solution.....	75
III - ELABORATION D'UNE SYSTEMATISATION NOUVELLE	
A - Introduction.....	85
B - Le cadre contractuel.....	90
C - Les éléments	
1. Introduction : objet et élément.....	94
2. Eléments statiques	98
3. Eléments dynamiques	100
D - Les structures	
1. Introduction : cause et structure.....	105
2. Structures de premier degré	111
3. Structures de second degré	113
E - Le régime juridique des contrats	
1. Conception de base.....	124
2. Mise en œuvre	132
3. Exemples relatifs aux éléments.....	138
4. Exemples relatifs aux structures	148
CONCLUSION.....	158

INTRODUCTION

1 - L'institution du contrat est en mutation. Sa fonction sociale semble aller au-delà du service de la libre volonté des particuliers, les techniques de formation et d'exécution des contrats se sont compliquées et multipliées, de nouveaux contenus contractuels apparaissent et se développent sans cesse, les structures multicontractuelles demandent à être reconnues etc.

On pourrait multiplier les exemples où les règles du Code civil sont lacunaires ou dépassées, laissant à la pratique et à la jurisprudence le soin de lever les incertitudes et de résoudre les problèmes nouveaux. L'intervention sporadique du législateur ne vient généralement que consacrer une situation acquise ou imposer une réglementation impérative, manquant de vue d'ensemble.

2 - Face à ce phénomène, la doctrine s'interroge sur la crise du contrat (1), son avenir (2) et son évolution (3), et elle essaye, soit de maintenir la cohérence du système en abordant ces réalités nouvelles par des concepts et structures classiques et en les intégrant tant bien que mal dans la théorie traditionnelle, soit de refonder le concept de contrat sur de nouvelles bases.

Les résultats de ces recherches sont généralement parcellaires et restent par ailleurs eux-mêmes tributaires d'une théorie générale des contrats dogmatique, parce que coupée des deux sources effectives du droit des contrats, à savoir la pratique contractuelle et le droit positif le plus significatif (4).

3 - Comme remède à ce mal, on a proposé ceci : "*changer la diète pour enrichir cet aliment premier de l'activité doctrinale, la logique. Renoncer au vieux sirup scolastique en faveur d'une logique plus dialectique ainsi que nous le suggère le mouvement de l'étude critique du droit, ajouter à notre mode de raisonnement trop souvent dichotomique et binaire une analyse typologique plus raffinée, réarticuler nos concepts comme états successifs d'une variable continue plutôt que de les traiter systématiquement comme variables discontinues, tels sont parmi d'autres les ingrédients susceptibles de revigorer notre capacité d'aborder les problèmes anciens et nouveaux que pose l'évolution des contrats*" (5).

(1) H. Battifol, La crise du contrat et sa portée, *Arch. philo. droit*, vol. 13 (1968), p. 13 et sv.

(2) G. ALPA, L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique, *Rev. int. dr. comp.*, 1985, p. 7 et sv.

(3) V. seulement : *L'évolution contemporaine du droit des contrats* (Journées R. Savatier 1985) (P.U.F., Paris 1987) ; Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, *Mélanges offerts à P. Raynaud* (Daloz-Sirey, Paris 1985), p. 349 et sv., avec d'autres références ; L. Simont, Observations sur l'évolution du droit des contrats, *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 285 et sv.

(4) J.-G. Bellay, La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme, *Cah. de Dr.*, vol.26 (1985), p.1045 et sv.

(5) Bellay, loc. cit., p. 1055.

4 - L'on tentera dans la suite de tester ce médicament en abordant le problème fondamental du régime juridique des contrats. Partant d'un exposé des questions à résoudre, on analysera ensuite de manière critique les réponses apportées par l'approche classificatrice traditionnelle, avant de proposer une systématisation nouvelle plus adaptée à la réalité et plus nuancée en ce qui concerne le régime juridique des contrats, même innomés.

5 - Cette systématisation peut contribuer à une théorie générale des contrats spéciaux, dont l'élaboration a été réclamée "*de toute urgence*" (6), celle-ci pouvant former à son tour la matière première pour une "*théorie générale du contrat, ensemble de règles et de principes ayant vocation à régir toute convention*" (7).

I - LES PROBLEMES RESULTANT D'UNE APPROCHE NON SYSTEMATIQUE

6 - Dans ce premier chapitre sont présentées les sources et les formes essentielles des problèmes rencontrés lors de l'établissement du régime juridique de contrats ne correspondant pas parfaitement à une qualification légale préétablie, telles quelles sont perçues par la théorie classique.

A - LE DOMAINE DES CONTRATS INNOMES (8)

1. Importance

7 - En vertu de l'article 1134 du Code civil, les parties sont souveraines (sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : article 6 du Code civil) de déterminer librement le contenu des conventions qu'elles estiment opportunes de conclure. Un contrat est valable dès que les conditions de validité sont remplies, même s'il ne correspond pas à un des contrats prévus dans le Code civil, le Code commercial ou une loi particulière (appelés contrats nommés ; il constitue alors ce qu'on appelle un contrat innomé) (art. 1107 C. Civ.) (9).

(6) Bellay, loc. cit. ; Ph. Jestaz, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in : *L'évolution contemporaine ...*, op. cit., p. 117 et sv. (135).

(7) M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges dédiés à G. Marty* (Univ. de Toulouse 1978), p. 235 et sv. (237, 248).

(8) Les deux orthographes "innommé" et "innomé" sont utilisées : la doctrine plus récente a consacré l'usage de la seconde forme (préconisée par l'Académie), alors que les auteurs anciens utilisaient la première (qui garde la faveur des dictionnaires : v. E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4 (1962), p. 1008 ; P. Robert, *Dictionnaire alphabétique de la langue française*, t. 3 (1972), p. 749).

(9) La qualification "nommé-innomé" est trompeuse : c'est l'existence d'une réglementation légale et non celle d'une dénomination propre (qui peut exister en dehors d'un cadre légal : voy. ci-après) qui est décisive. La confusion provient des interprètes du droit romain qui distinguaient les contrats "nommés" (correspondants à un cadre légal formel et ayant reçu un "nomen", et sanctionnés

8 - Les contrats nommés sont régis par des dispositions légales expresses qui sont cependant, à l'exception de quelques dispositions essentielles, de nature supplétive : il s'agit des contrats les plus fréquents, les plus usuels, la loi venant au secours des parties en suppléant les éléments qu'elles n'auraient pas ou mal prévus. Pour ce faire, elle s'inspire des usages et pratiques des affaires, de la volonté implicite normalement présumée des parties et des données économiques pour en déduire ce qu'un contrat dans son principe devrait comporter comme conséquences normales et habituelles, parfois en dérogeant aux règles générales des obligations, parfois en les complétant ou en les spécifiant dans certaines hypothèses (10).

9 - Tous les autres contrats sont innomés et, vu le principe d'autonomie de la volonté, leur variété est théoriquement beaucoup plus grande que celle des contrats nommés, de sorte qu'en réalité, c'est le contrat innomé qui est la règle, et non le contrat nommé (11).

2. Typologie

10 - Les contrats innomés peuvent théoriquement provenir de trois sources (12) :

a) d'une décomposition de la qualification initiale, quand un emprunt partiel est fait aux éléments qui servent de base à une qualification préexistante (par exemple le contrat de manutention ou d'acconage par rapport au contrat de transport) (13) ;

b) d'un alliage d'éléments empruntés à différentes catégories préexistantes, d'une présentation nouvelle d'éléments déjà englobés dans des cadres existants. Mais il existe différents degrés d'alliage, allant de la simple juxtaposition, superposition ou succession de plusieurs contrats nommés au mélange et enfin à la fusion. On ne sera en présence d'un contrat innomé qu'en cas d'unicité du contrat et que si le contrat nouveau présente un élément nouveau, résultant de l'unité de l'ensemble, c'est-à-dire si le contrat présente une autonomie, une physionomie rigoureusement propre, irréductible.

par une action en exécution spécifique) et les contrats "innomés" (qui appaurent plus tard et englobaient les contrats non reconnus sous l'ancien droit, mais sanctionnés s'ils répondaient à certaines conditions et ayant parfois reçu un nom spécifique, ainsi que les pactes démunis d'action) ; v. par ex. G. Baudry-Lacantinière, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil* (3ième éd.), t. I, (Paris, 1906), p. 20, note (1) ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* (L.G.D.J., Paris, 1957), p. 448-49 ; P. Ourliac, J. De Malafosse, *Histoire de droit privé*, t. 1 (2ième éd.) (P.U.F., Paris, 1909), p. 26 et sv. Remarquons d'ailleurs que les auteurs ne s'intéressent guère à cette distinction. Seul De Page y consacre de plus longs développements.

(10) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge* (3ième éd.), (Bruylant, Bruxelles 1972), t. IV, pp. 11-12.

(11) De Page, op. cit., p. 10.

(12) Terré, op. cit., pp. 456-57, 481 et sv. ; cf. De Page, op. cit., p. 15 et sv.

(13) V. par exemple J. Neret, *Le sous-contrat* (L.G.D.J., Paris 1979), pp. 125-126, 152.

Il faudra donc éliminer les successions et composés ou complexes de contrats nommés (14) de même que les cas où l'un des emprunts colore l'ensemble du contrat et permet de lui donner une nature juridique unique nommée. Seuls les contrats vraiment mixtes ou complexes seront innomés (15), en empruntant soit tous les éléments à différents contrats nommés, soit certains (par exemple le contrat d'exposition, le contrat d'hôtellerie) ;

c) de la création d'un type effectivement nouveau-né correspondant en rien à des cadres préexistants : ce sera un contrat véritablement *sui generis* (par exemple le contrat d'édition, le contrat de compte courant).

11 - Ces différentes hypothèses idéales peuvent encore être combinées entre elles et se présenteront d'ailleurs rarement à l'état pur.

B - LE DOMAINE DES CONTRATS NOMMES

12 - A l'intérieur du domaine des contrats nommés, le rattachement d'un contrat donné à un type nommé déterminé ne se fait pas toujours sans problèmes, parce que les contrats nommés ne forment pas un régime de contrats-types rigoureusement systématisés, mais ont des champs d'application qui sont souvent difficiles à délimiter clairement (par exemple le contrat de vente et le contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière), d'autant plus que le législateur lui-même crée des formes intermédiaires entre les types nommés classiques (16).

13 - Le choix d'une qualification nommée simple devient aussi difficile en cas d'ensembles contractuels multilatéraux ou de structures contractuelles pluripartites (par ex. les contrats "clé-en-main", le contrat de sous-traitance, etc.) : il s'agit de déterminer d'une part si on est en présence d'un contrat complexe unique ou d'un complexe de plusieurs contrats, et d'autre part si dans ce dernier cas, le régime juridique des contrats ne devrait pas être aménagée pour tenir compte de leur insertion dans un ensemble plus vaste (dans le premier cas, on rentre dans le domaine des contrats innomés).

(14) V. B. Teyssié, *Les groupes de contrats* (L.G.D.J., Paris 1975), p. 11 et sv.

(15) V. aussi M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2ième éd.) (L.G.D.J., Paris, 1952), t. 6 par P. Esmein, n° 43 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général* (Lib. A. Rousseau, Paris 1923), t. II, pp. 909-10.

(16) V. Jestaz, loc. cit., qui parle d'"hybrides" (par exemple la location-vente, le contrat de promotion immobilière) et de "monstres" (par exemple la vente sans transfert de propriété) (p. 121).

C - DETERMINATION DU REGIME JURIDIQUE

14 - Il importe d'abord de ne pas réduire systématiquement tout contrat à un des contrats nommés, comme le font souvent implicitement ou même explicitement (17) doctrine et jurisprudence. Il n'existe pas de typologie limitative de cadres légaux obligatoires (18) à laquelle tout contrat devrait obligatoirement se ramener pour être valable, et l'autonomie des contrats innomés doit dès lors être respectée, à condition bien sûr qu'elle existe effectivement (19) ; en effet, un contrat n'est pas déjà innomé, parce qu'à première vue il ne correspond pas à un contrat nommé pur, car certaines divergences mineures par rapport au type idéal prévu dans un code ou une loi sont possibles, sans pouvoir parler d'une dénaturation.

15 - Le problème du régime juridique des contrats innomés ne se posera donc que si un juge est amené à interpréter ou à compléter un contrat vraiment innomé, imprécis ou lacunaire. Il s'inspirera alors des règles générales d'interprétation des contrats (art. 1156 et sv. du Code civil) (20), des usages (art. 1135, 1159-60 du Code civil) (21), de la matière du contrat (art. 1158 du Code civil), et si possible par analogie des règles supplétives du contrat nommé techniquement ou économiquement le plus voisin (22) ; et en général, il tiendra compte de l'équité et de la bonne foi (art. 1134, al. 3, 1135 du Code civil).

16 - Par la pratique des affaires et des usages qui se forment (23), ainsi que par la jurisprudence, certains contrats deviennent standardisés et reçoivent des dénominations (souvent aussi avant une quelconque standardisation), devenant ainsi des contrats "quasi-

(17) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (5ième éd. ; (L.G.D.J. Paris, 1908), t. I, n° 1352 bis note (1) : "Il n'y a donc pas en droit français, de contrats innomés, et il ne peut pas y en avoir". Cette affirmation repose cependant sur sa conception particulière de classification des contrats, à laquelle on reviendra dans la suite, et semble comprendre le concept de contrat innomé dans le sens du droit romain, rejeté par Planiol : cf. Terré, op. cit., p. 470.

(18) La multiplication des règles légales impératives a cependant pour effet de brider la liberté de créer des contrats innomés, et de réintroduire des cadres et catégories avec une valeur comparable à celle qu'elles avaient perdue par suite de la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté (par exemple en matière de bail) : Terré, op. cit., p. 475 et sv. ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. T. II, vol. 1 : Les obligations*, (Sirey, Paris 1962), p. 44.

(19) H. De Page, op. cit., pp. 12-13 ; Terré, op. cit., pp. 450-51 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif* (Sirey, Paris 1981), t. III, p. 135, 145-46.

(20) V. E. Causin, L'interprétation des contrats en droit belge, in : *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (FUSL, Bruxelles 1978), p. 281 et sv. ; Y. Hannequart, La portée du contrat, in : *Les Nouvelles. Droit civil, t. IV/2. Théorie générale des obligations* (Larcier, Bruxelles 1958), n° 242 - 760.

(21) V. F. Leclercq, Usages civils et commerciaux, *J.T.* 1973, p. 157 et sv.

(22) De Page, op. cit., p. 21 ; Vandeputte, op. cit., p. 21-22 ; Terré, op. cit., p. 455-56, 490-91 ; Gény, op. cit., p. 137, 143 ; Planiol, Ripert, Esmein, op. cit., p. 45 ; H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, (Ed. Montchrestien, Paris 1978), t. II, vol. 1, 6ième éd. par F. Chabas, p. 90, 316.

(23) V. H. Van Houtte, Het gebruik ontstaan uit contract of verdrag, *R.W.* 1985-86, col. 2169 et sv. (2171, 2178) ; Hannequart, op. cit., n° 167 et sv.

nommés" (24). Finalement, certains sont réglés légalement, le plus souvent quand il s'agit de protéger des parties ou de sauvegarder l'intérêt général par des règles impératives.

17 - Cette méthode d'établissement du régime juridique d'un contrat ne sera cependant utilisée que si un contrat est vraiment *sui generis*. En cas de contrat mixte ou complexe, on aura généralement recours aux règles supplétives des contrats nommés dont le contrat en question présente des éléments, soit en appliquant celles-ci cumulativement, si les éléments sont d'importance égale, soit en choisissant le régime nommé prédominant, qui absorbe les autres (25).

18 - Pour résoudre le problème de l'unicité ou de la pluralité contractuelle, on part de l'examen d'une possibilité d'application simultanée ou successive des règles des contrats nommés, de la recherche de la volonté commune des parties ou d'autres indices permettant de trouver une réponse (26). En cas de pluralité, des règles particulières sont souvent dégagées pour tenir compte de la cohérence de l'ensemble et redonner une certaine unité à la structure pluricontractuelle (27).

D - APPRECIATION CRITIQUE

19 - L'approche, telle que décrite, de la détermination du régime juridique des contrats ne correspondant pas parfaitement à un type nommé se révèle insuffisante. Partant d'une analyse typologique imparfaite et peu approfondie, l'établissement du régime juridique se fait sur la base de règles incertaines, peu nuancées et guère utiles.

20 - Ceci peut être montré en prenant comme point de départ les contrats innomés qui, comme toute institution innomée, présentent trois caractères fondamentaux (28) :

- a) un caractère subsidiaire : un contrat ne sera qualifié d'innomé que s'il est vraiment impossible de le faire rentrer dans une catégorie (contrat nommé) préexistante ;
- b) un caractère relatif : l'innomé ne se détermine que par rapport au nommé. L'importance de l'innomé est donc minime lorsque les catégories nommées sont nombreuses et diversifiées. Inversement, si

(24) Au sens strict, un contrat est innomé quand il n'est pas normé légalement. Terré (op. cit., p. 455, 481, 491 etc.) parle plus généralement de "qualifications existantes, catégories préétablies" et admet que le régime juridique puisse être déterminé par la jurisprudence, le rendant ainsi nommé. En ce sens également R. Savatier, *La théorie des obligations - vision juridique et économique* (Dalloz, Paris 1967), p. 182.

(25) V. par exemple, L. De Keyser, *Onbenoemde overeenkomsten en roerende leasing*, in : J. Herbots (éd.), *Bijzondere overeenkomsten* (Kluwer, Antwerpen 1980), p. 439 et sv. (443). V. également les notes (30) et (174).

(26) V. Teyssié, op. cit., p. 11 et sv.

(27) V. Teyssié, op. cit. ; J. Neret, *Le sous-contrat* (L.G.D.J., Paris 1979), et par exemple la consécration des chaînes de contrats par la Cour de Cassation française : Cass. (ass. plén.) 7 février 1986, *D.*, 1986, p. 293, note A. Benabent (remise en cause par la 3^{ème} chambre ; 7 mai 1986, *D.*, 1987, p. 257, note A. Benabent).

(28) Terré, op. cit., pp. 453-455.

les types définis sont en nombre restreint, les nécessités de fait feront surgir des cadres innomés ;

c) un caractère souvent transitoire : une fois précisé le régime juridique du contrat innomé, il se transforme en contrat nommé (29).

21 - Le groupe des contrats innomés doit dès lors son existence à celui des contrats nommés. Mais cette distinction n'est d'aucun secours en notre matière et ne fait au fond qu'attirer l'attention sur les lacunes et faiblesses de la démarche traditionnelle.

22 - D'abord, les deux groupes ne constituent pas des catégories bien distinctes, mais s'enchevêtrent profondément : chaque contrat concret peut diverger de différents degrés par rapport au type nommé idéal à cause de l'autonomie de la volonté des parties (on glisse du nommé vers l'innomé et inversement), et certains "types" de contrats sont partiellement standardisés et dès lors à mi-chemin entre le nommé et l'innomé. Comment alors déterminer clairement si un contrat donné peut encore, ou déjà, obtenir la qualification d'un contrat nommé, ou par contre être disqualifié comme innomé dès qu'il présente des divergences relativement importantes par rapport à un type nommé ?

23 - Si ce problème peut déjà se présenter pour un contrat "simple", il se pose avec beaucoup plus d'acuité pour les contenus contractuels complexes, et de manière analogue pour les complexes de contrats : les concepts d'unité et de pluralité contractuelle supposent en effet que l'on soit sûr d'être en présence de contrats nommés ; que faire cependant si des éléments de différents contrats nommés sont combinés avec des éléments non classifiables ou "innomés" ? Et si ces derniers sont prépondérants, la question de l'unité ou de la multiplicité a-t-elle encore une raison d'être ?

24 - Les concepts utilisés, qui essayent tant bien que mal de spécifier la complexité par rapport aux contrats nommés, simplifient d'ailleurs encore les difficultés en confondant l'objet du contrat et l'objet des obligations (v. infra) : car aux différents alliages et mélanges mentionnés, il faut encore ajouter les combinaisons résultant du fait que chaque partie peut être obligée à fournir des prestations mixtes, de sorte qu'on sera en présence d'un contrat doublement complexe.

25 - Même à supposer qu'on se situe dans le domaine nommé, les solutions s'établissent souvent au "cas par cas", puisqu'il n'existe pas de critères sûrs pour choisir entre plusieurs qualifications possibles ou pour combiner les règles de différents contrats nommés.

26 - Enfin, quel régime juridique le juge va-t-il appliquer à un contrat innomé si vraiment il a dû, ou osé, le faire rentrer dans cette catégorie résiduaire ? Il lui est conseillé de raisonner par analogie, mais comment déterminer si deux (ou plusieurs) contrats sont techniquement ou économiquement voisins ?

27 - Placé devant le choix entre le régime nommé, même inadéquat, et l'innomé inexistant, le juge aura normalement tendance à rattacher le contrat à un type nommé pour justifier sa solution, même si

(29) V. la note (24) ci-avant.

objectivement ce n'est pas fondé. Ce rattachement est d'ailleurs souvent purement formel : en réalité, le juge crée du droit, mais il prête aux intentions présumées des parties ce qui est son œuvre. Le renvoi à la volonté des parties et la qualification du contrat n'est alors qu'une façade (30). Et le choix de la qualification est souvent influencé par les règles applicables, alors que théoriquement, la détermination du régime juridique applicable découle de la qualification préalable (31).

E. LE BESOIN D'UNE CLASSIFICATION RATIONNELLE

28 - "*La technique juridique exige des distinctions, elle ne répugne même pas à distinguer à l'intérieur d'une catégorie qu'elle n'a pas analysée mais dont elle sent, plus qu'elle n'explique, la raison d'être*" (32).

29 - Cette constatation vaut également en notre matière : quand le juge est amené à qualifier un contrat pour déterminer son régime juridique supplétif, il doit faire des distinctions entre, et à l'intérieur de, catégories de contrats mal définies, qui ne permettent pas toujours de trouver une réponse claire et certaine.

Cette qualification devenant même obligatoire en cas de dispositions impératives ou d'ordre public pour vérifier si elles sont applicables et si, le cas échéant, elles ont été respectées, son besoin d'une classification valable sera donc d'autant plus grand puisqu'il doit disposer de critères sûrs pour déjouer les tentatives d'éluder fictivement la volonté du législateur (33).

30 - La nécessité d'une classification peut donc être déduite de l'exigence de la qualification des contrats ; or, toute qualification suppose l'existence de règles légales et ne mène donc à aucun résultat pour les contrats innomés. L'existence d'un régime légal (supplétif) ne peut dès lors servir de critère puisque la classification doit pouvoir couvrir l'ensemble des contrats, nommés et innomés.

(30) A. Weill, F. Terré, *Droit civil. Les obligations*, (2ième ed.), (Dalloz, Paris, 1975), p. 394 ; Van Houtte, loc. cit., col. 2186 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les obligations* (Cujas, Paris, 1985), p. 288, n° 240-41 : les juges dénaturent le contrat sous prétexte d'équité ; il y a "forçage" du contrat pour déterminer les obligations implicites découlant de la nature du contrat. Inversement, il arrive qu'un contrat soit hâtivement considéré comme *sui generis* pour éviter le travail de qualification.

(31) Terré, op. cit., p. 484, 490 ; cf. J.F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux* (L.G.D.J., Paris 1969), p. 12 : dans ces cas, "on a recours à la fiction : les conventions nouvelles deviennent fictivement des contrats nommés en attendant de le devenir réellement quand la loi ou la jurisprudence en feront des contrats *sui generis*. Il ne s'agit là que d'un artifice qui fait ressortir l'étroitesse et l'insuffisance des catégories contractuelles existantes car souvent l'effort d'assimilation démontre le caractère original de la convention nouvelle".

(32) J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique* (L.G.D.J., Paris, 1971), p. 24.

(33) Cf. Gény, op. cit., t. I, p. 139 qui affirme "l'intérêt permanent d'une catégorisation consciemment établie pour maintenir, en face d'une justice aux bras largement ouverts, la fermeté et la précision des institutions juridiques".

31 - Si l'on veut résoudre les différents problèmes que posent les contrats innomés (v. supra), il faut donc adopter une classification qui

- puisse couvrir la totalité de la réalité,
- permette d'apercevoir le voisinage (similitudes et différences) entre les contrats nommés et innomés (34),
- permette de résoudre le problème du régime juridique des contrats complexes et autres combinaisons de contrats,
- facilite l'élaboration de règles générales applicables à tout contrat d'un type donné, qu'il soit nommé ou innomé (ce qui éviterait de le rattacher fictivement à un contrat nommé).

L'utilité de la classification sera évidente "*lorsqu'elle permet de regrouper de façon rationnelle tous les contrats spéciaux existants et tous les rapports contractuels nouveaux susceptibles de se former en leur conférant une réglementation de base suffisante, quand ils sont dépourvus de toute réglementation*" (35).

II. ESSAIS DE CLASSIFICATIONS FONDEES SUR L'OBJET ET LA CAUSE

32 - Si le besoin d'une classification rationnelle a été maintes fois souligné, il n'y a eu que peu de tentatives pour y parvenir, celles-ci illustrant cependant bien l'approche classificatrice traditionnelle. Etant donné qu'elles sont basées sur les notions d'objet et de cause, on présentera brièvement les analyses existantes de ces deux concepts, ce qui permettra également de mieux comprendre la systématisation nouvelle proposée au chapitre suivant, résultant de la critique de l'approche exposée dans le présent chapitre.

A. LES CONCEPTIONS TRADITIONNELLES DE L'OBJET ET DE LA CAUSE

1. L'objet

33 - Selon certains auteurs (36), le contrat n'a pas à proprement parler d'objet. Il engendre des obligations qui ont un objet, c'est-à-dire donner, faire ou ne pas faire. On dit "objet du contrat" par ellipse, ce qui explique pourquoi le Code civil parle tantôt de l'objet du contrat, tantôt de l'objet de l'obligation. En réalité, ces textes visent l'objet de

(34) Il ne faut pas mettre simplement un ordre artificiel dans les concepts juridiques, mais, en relevant les ressemblances et les différences, permettre au droit positif un emploi sûr de l'analogie ; Gény, op. cit., t. Ier, p. 154.

(35) Overstake, op. cit., p. 15.

(36) Par exemple, Carbonnier, op. cit., p. 84 ; Marty, Raynaud, op. cit., n° 164 ; J. Flour, J.-L. Aubert, *Droit civil. Les obligations. Vol. I : L'acte juridique* (A. Collin, Paris 1975), p. 170 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations* (réimpression de l'édition 1937) (Sirey, Paris 1965), p. 89 ; C. Renard, E. Vieujean, Y. Hannequart, *Théorie générale des obligations, Les Nouvelles*, t. IV/1 (Larcier, Bruxelles 1957), n° 991.

l'obligation, et la notion d'objet du contrat ne présente pas d'intérêt, sinon purement théorique.

34 - D'autres (37) affirment la nécessité de distinguer l'objet du contrat, à savoir l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser, et l'objet des obligations, à savoir, les prestations promises : en effet, l'objet de l'obligation pourrait être licite et l'objet du contrat illicite (par exemple un pacte sur succession future), ou inversement (par exemple la vente d'un animal contagieux).

Mais, ce faisant, ces auteurs ne distinguent plus l'objet du contrat du contrat lui-même (38), ce qui rend cette notion à nouveau inutile et renvoie à l'objet des obligations.

35 - Ce dernier semble plus facilement déterminable : l'objet de l'obligation est la prestation promise par le débiteur (39), qui consiste à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1126 Code civil), les deux premiers étant des obligations positives, la dernière une obligation négative (40).

Dans l'obligation de donner, la prestation consiste soit dans le transfert d'un droit réel, personnel ou intellectuel au créancier (41), soit aussi dans la création d'un droit réel sur une chose (42), cette chose dont parle l'art. 1126 pouvant être corporelle ou incorporelle (de droit) (43). Cette chose (objet de l'obligation) doit exister, être dans le commerce, être déterminée ou déterminable et la personne qui transfère le droit réel doit en être le titulaire (44).

(37) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 231, 244, 252 ; Weill, Terré, op. cit., n° 224, 240.

(38) Overstake, op. cit., p. 25, 28, suivi par J. Ghestin, *Traité de droit civil. T. 2. Les obligations* (L.G.D.J., Paris 1980), n° 512 : "comment parler d'obligations valides à propos d'une opération juridique qu'on ne peut conclure ?" Abstraitement, tout contrat et toute obligation est évidemment licite ; le caractère illicite découle seulement des circonstances concrètes (la chose à laquelle se rapporte l'opération, le résultat qu'elle vise à réaliser) et on ne peut séparer artificiellement les deux niveaux. Par ailleurs, déterminer l'objet du contrat comme étant une opération juridique n'a de sens que pour les obligations de donner, mais n'est pas correct pour les prestations de services (faire ou ne pas faire) : c'est le contrat lui-même qui constitue l'opération juridique (v. infra).

(39) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 232 ; Weill, Terré, op. cit., n° 225 ; Ghestin, op. cit., n° 510 : dans l'art. 1126, il faudrait lire "obligation" à la place de "contrat" et "prestation" à la place de "chose".

(40) Cf. Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 19 qui qualifient ces deux classifications de peu d'intérêt.

(41) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 234 ; Weill, Terré, op. cit., n° 22 -227.

(42) Weill, Terré, op. cit., n° 226.

(43) Selon Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 234, "donner une chose" (art. 1126) est inexact : d'abord, c'est le droit et non la chose qui est transféré ; puis, les droits personnels et intellectuels ne portent pas sur des choses. Selon une conception extensive, basée sur l'art. 1127, il y aurait obligation de donner chaque fois que le débiteur s'engage à remettre une chose matérielle : ainsi le bailleur tenu de délivrer la chose louée, le locataire tenu de la rendre à la fin du bail seraient liés par une obligation de donner, bien qu'il n'y ait ni création ni transfert de droit réel. "Donner" ne serait plus synonyme de *dare* mais de *praestare* : v. De Page, op. cit., t. I, n° 440, note (3).

(44) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 235-38 ; Weill, Terré, op. cit., n° 227 et sv.

Dans les obligations de faire ou de ne pas faire, l'objet consiste dans une prestation de services, un acte ou une abstention du débiteur (45), qui doit être possible, licite, personnel au débiteur et présenter un intérêt au créancier (46).

35 - Pour être tout à fait précis, il faut distinguer un troisième objet, celui de la prestation, c'est-à-dire la chose corporelle ou incorporelle qui fait l'objet de l'obligation de donner (47), ou l'activité matérielle, le service promis (48).

37 - Si la notion d'objet du contrat renvoie à celle d'objet des obligations nées du contrat, le contrat n'a pas nécessairement un seul objet, mais parfois plusieurs (dans les contrats synallagmatiques, ce sont au moins deux) (49).

38 - Partant de la constatation que certaines prestations sont plus importantes que d'autres, on a cru pouvoir en déterminer une qui constitue l'obligation principale ou essentielle et qui définirait l'objet du contrat : "*l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit ; mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat ; c'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer, elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat*" (50).

39 - Les discussions concernant l'objet du contrat semblent être liées à la conception même de la notion de contrat en rapport avec celle de convention.

40 - Pour ceux qui y voient une différence, sur la base de l'article 1101 du Code civil, la *convention* est le terme générique et le *contrat* le terme spécifique, soit que le contrat est cette variété de convention qui crée des obligations (51), soit qu'il peut aussi transmettre un droit (52), ou plus clairement : le contrat est un accord

(45) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 239.

(46) Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 240-43 ; Weill, Terré, op. cit., n° 234 et sv.

(47) Ghestin, op. cit., n° 511 ; Overstake, op. cit., p. 28 ; Weill, Terré, op. cit., n° 224, note (2).

(48) Farjat, op. cit., p. 190.

(49) Flour, Aubert, op. cit., t. 1, n° 232 ; Gaudemet, op. cit., p. 89 ; Malaurie, Aynès, op. cit., p. 224, n° 312 ; Renard, Vieujean, Hannequart, op. cit., n° 992.

(50) G. Ripert, J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil, t. II* (L.G.D.J., Paris 1957), n° 241, suivi par Ghestin, op. cit., n° 513. La prestation caractéristique est également utilisée en droit international privé comme critère de rattachement pour la détermination de la loi applicable à un contrat international. Cette théorie a été élaborée dans la doctrine suisse : A. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts* (4. Aufl.) (Verl. Recht und Gesellschaft, Basel 1958), t. II, p. 639 et sv. ; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht* (Stämpfli, Bern 1962), p. 108 et sv. Elle a été consacrée par l'art. 4 § 2 de la Convention de Rome du 19 novembre 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

(51) Par ex. Farjat, op. cit., p. 190-91 ; Ghestin, op. cit., n° 5 (qui ne s'y rallie cependant pas).

(52) Renard, Vieujean, Hannequart, op. cit., n° 70.

de volonté en vue de créer des obligations ou de transférer des droits patrimoniaux (réels, personnels ou intellectuels ou de propriété incorporelle) d'une personne à une autre (53). Corrélativement, la convention couvrirait ceci et pourrait en outre, notamment, modifier des obligations préexistantes ou les éteindre (54).

De manière implicite ou inconsciente, le mot "contrat" semble être utilisé quand il s'agit d'un accord de volonté qui porte un nom, tandis que l'on emploie plutôt le mot "convention" pour les opérations complexes, qui n'entrent pas dans une catégorie déterminée (55).

41 - Cependant, les rédacteurs du Code civil paraissent avoir utilisé indifféremment les deux termes et il n'y aurait pas d'intérêt pratique à les distinguer puisque les mêmes règles s'appliquent à tout acte de volonté, contrat ou convention (au sens précisé ci-avant). Selon d'autres auteurs, on peut donc définir les deux comme des accords de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit (56), c'est-à-dire la création, la modification, le transfert ou l'extinction d'obligations, et la création ou le transfert d'un droit réel (57). De façon plus générale, la convention peut créer, modifier, transférer ou éteindre tous les droits patrimoniaux, y compris les droits intellectuels. Elle peut également porter sur des droits extrapatrimoniaux sans cependant pouvoir les céder, et enfin elle peut faire naître une personne morale (58).

2. La cause

42. Il ne peut être question de présenter toutes les controverses auxquelles la notion de cause a donné naissance, mais on essaiera seulement d'apporter les clarifications nécessaires dans le cadre de cette étude.

En dépit des divergences terminologiques et des nombreuses nuances des différents auteurs, il semble que tous admettent que les articles 1131-1133 utilisent la notion dans un double sens (59) :

a) La cause dynamique et externe : cause extrinsèque, cause du contrat entier, cause subjective, mobile des parties, but (cause finale) ou origine (cause efficiente), la raison pour laquelle les parties concluent le contrat dans son ensemble, le résultat qu'elles poursuivent en faisant la convention, motif individuel et concret, etc. Il s'agit de la cause en tant qu'élément de validité à apprécier au moment de la conclusion du contrat, et qui peut être illicite si elle est contraire à l'ordre public ou

(53) Starck, *op. cit.*, n° 1008.

(54) Starck, *op. cit.*, n° 1009.

(55) Ripert, Boulanger, *op. cit.*, n° 35.

(56) *Par ex.* Ghestin, *op. cit.*, n° 5 et les références citées ; Renard, Vieujean, Hannequart, *op. cit.*, n° 23, 70.

(57) Weill, Terré, *op. cit.*, n° 240.

(58) Ghestin, *op. cit.*, n° 6.

(59) De Page, *op. cit.*, t. II, n° 475 ; Renard, Vieujean, Hannequart, *op. cit.*, n° 1073 ; Marty, Raynaud, *op. cit.*, n° 183 ; Mazeaud, Chabas, *op. cit.*, n° 244, 252.

aux bonnes mœurs. Elle remplit ainsi une fonction de protection de l'ordre social (60) mais aussi de la volonté individuelle et de la prééminence de la volonté réelle par un contrôle du consentement lié aux buts et mobiles (61).

b) La cause statique et interne : cause intrinsèque, raison d'être ou contrepartie d'une obligation, cause de l'obligation, cause objective découlant de l'économie du contrat, raison abstraite, raison pour laquelle le contractant assume son obligation, cause qui, selon la conception classique, était identique dans tous les contrats de même espèce parce qu'il existe un but-type par catégorie de contrats (62), etc. C'est dans ce sens qu'on pourrait parler de fausse cause ou d'absence de cause, qui intervient lors de l'exécution du contrat.

44 - C'est sur la base de cette dernière acception que le concept de cause est utilisé pour qualifier et cataloguer les contrats : "une qualification-type implique une cause-type" (63) et cette cause catégorique, qui est spécifique par type de contrat, sert à déterminer la catégorie juridique à laquelle appartient le contrat (64) et entraîne éventuellement sa dénaturation.

B. L'OBJET ET LA CAUSE COMME CRITERES DE CLASSIFICATION

45. L'objet et la cause ont été utilisés comme critères de classification des contrats par M. Planiol et J.-F. Overstake, les seuls auteurs qui ont essayé d'élaborer une réponse au problème de la classification (65).

1 . Planiol (66)

46 - Selon Planiol, il faut concevoir une classification qui aurait une portée synthétique et qui permettrait d'envisager l'ensemble des contrats, groupés d'après leurs similitudes naturelles, et voir comment ces différents instruments juridiques s'acquittent de leurs fonctions

(60) J. Maury, v° Cause, in : *Encyclopédie Dalloz- Droit civil* (2ième éd.), n° 259.

(61) P. Van Ommeslaghe, Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine modernes, R.C.J.B. 1970, p. 328 et sv. (365).

(62) Conception critiquée pour étant fausse et inutile : cf. Marty, Raynaud, op. cit., n° 174 ; De Page, op. cit., n° 476 ; Mazeaud, Chabas, op. cit., n° 264.

(63) Terré, op. cit., p. 258.

(64) Marty, Raynaud, op. cit., n° 184, 192 ; Maury, loc. cit., n° 39 et sv.

(65) Farjat, op. cit., p. 191-92 dresse une typologie rudimentaire des contrats suivant leur objet ou leur "fonction économique en distinguant : 1. les contrats translatifs de biens ou de droits, 2. les contrats relatifs à l'usage, à la jouissance ou à la garde d'une chose, 3. les contrats relatifs à l'activité humaine (travail, service, abstention), 4. les contrats constitutifs de personnes morales, 5. les contrats cadres et les contrats normatifs. Mais il reconnaît qu'"une typologie rationnelle reste à construire".

(66) Classification synthétique des contrats, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1904, p. 470 et sv .

économiques. A cette fin, il faut chercher l'objet possible de tous les contrats imaginables (67).

47 - Tout contrat a pour objet un service qu'une personne demande à une autre ; mais la nature du service étant variable, les contrats se réunissent en groupes distincts de la même manière que les services qui leur servent d'objets. Ainsi, on distingue les contrats qui ont pour objet un travail, ceux qui ont pour objet les choses (le travail constituant un effort insignifiant), et ceux qui ont pour objet un droit.

48 - Dans chacune de ces trois catégories, des sous-distinctions peuvent être établies sur la base de l'existence ou de l'absence d'une contre-prestation et de la nature variable de cette contre-prestation, quand elle existe (68).

49 - Tous les contrats ne peuvent avoir que ces trois sortes d'objet, mais de nouveaux contrats peuvent naître de deux manières : soit de nouvelles espèces de contrats naissent par l'application à des objets nouveaux d'un genre de contrats connu, soit de nouveaux contrats résultent d'un mélange de différents genres (69).

50 - Planiol ne précise cependant pas le régime juridique de ces nouvelles formes contractuelles et se borne à mettre en garde contre l'utilisation de l'expression "contrats innomés", qui possède une signification déterminée et inchangeable depuis le droit romain (70).

51. - Selon l'auteur, son analyse lui permet de répondre affirmativement à la question si on dispose de types de contrats assez nombreux et assez variés pour répondre réellement dans toute leur étendue à tous les besoins de la pratique, et il voit l'avantage de la classification en ce qu'elle montre que la diversité des genres contractuels tient à la question de savoir si et comment celui qui donne ou fait quelque chose pour autrui reçoit lui-même un avantage en retour (71).

2. J. F. Overstake (72)

a) Introduction

52 - Selon Overstake, le contrat est généralement la transposition juridique d'une opération économique, le titre onéreux et le titre gratuit constituant les deux pôles de l'activité économique. Le contrat est l'instrument technique qui va permettre à l'homme d'atteindre le résultat recherché au sein de son activité économique générale.

53 - Il apparaît donc que le contrat peut être envisagé sous deux aspects : sous l'angle de l'opération économique qu'il permet de réaliser et sous l'angle de la technique juridique employée pour arriver au résultat recherché (73).

(67) p. 471.

(68) p. 471-72.

(69) p. 472, 484-85. (71) (72) (73).

(70) V. supra, note (9).

(71) p. 471, 486.

(72) *Essai de classification des contrats spéciaux* (L.G.D.J., Paris 1969).

(73) p. 17, se basant sur Ripert, Boulanger, op. cit., n° 64.

Il faudrait donc classer les contrats en fonction de l'opération économique qu'ils permettent de réaliser, et dresser un tableau des principaux types d'opérations économiques réalisables au sein de toute société et intégrer les contrats à l'intérieur des cadres fournis par ces types d'opérations selon qu'ils servent à réaliser telle ou telle opération.

54 - Cependant, ceci serait une vue trop économique : le contrat étant avant tout une notion juridique, il faut fonder la classification non sur des données économiques mais juridiques, même si en définitive ces dernières ne font que traduire les premières. Il faut donc rechercher des critères juridiques de classification qui permettent d'introduire, munie du sceau juridique, cette classification d'après l'opération économique recherchée (74).

55 - Il s'agit en premier lieu de l'objet, le substratum du contrat qui est la traduction générale juridique du contenu contractuel exprimant l'opération économique réalisée et déterminant la spécialité d'un contrat, qui constitue le point de départ de la classification recherchée. Cette notion matérielle et objective est complétée par la notion psychologique et subjective de la cause qui rend possible l'existence du contrat et qui détermine l'économie générale (titre onéreux ou gratuit) du contrat d'après le but de l'accord de volontés (75).

b) L'objet

56 - Selon Overstake, il semble qu'en regroupant en trois catégories (donner, faire, ne pas faire) les obligations qui émanent d'un contrat et qui le composent juridiquement, on regroupe en même temps les opérations économiques que ces obligations ne font que traduire sur le plan juridique.

57 - Cependant, il arrive qu'une opération économique unique soit constituée par un enchevêtrement des trois catégories d'obligations juridiques. L'objet de l'obligation ne peut donc servir de critère de classification car trop rares sont les hypothèses où un contrat ne donne naissance qu'à un type d'obligations ou même à une obligation unique.

58 - Cependant, les différentes obligations n'occupent pas la même place au sein d'un contrat, et il y en a une que l'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord des volontés intervient. Cette prestation essentielle constitue l'objet du contrat (cf. supra) et par son caractère unique, elle peut servir de critère de classification (76).

Ainsi, dans un contrat à titre onéreux, l'obligation principale est celle du débiteur autre que le débiteur du prix, et s'il est à titre gratuit, celle du débiteur autre que celui qui serait susceptible de payer un prix si le contrat était à titre onéreux. Si le contrat ne comporte d'obligations qu'à charge d'une seule partie, l'obligation principale est celle de cette unique partie débitrice, et s'il comporte une même obligation à charge de tous les co-contractants, l'obligation principale est cette obligation

(74) p. 18-19.

(75) p. 19-20.

(76) p. 29-31.

identique pour tous, qui s'apprécie indifféremment chez chacune des parties du contrat (77).

59 - Toutes les opérations économiques réalisées juridiquement au moyen d'une obligation de donner peuvent être regroupées à l'intérieur d'une même catégorie, et celles réalisées au moyen d'une obligation de faire ou de ne pas faire dans une autre. Les contrats appartenant à une catégorie selon leur obligation principale font partie du même type contractuel. Comme l'obligation de donner apparaît comme une obligation translatrice, les contrats dont l'obligation principale consiste à donner peuvent être appelés contrats translatifs, ceux dont l'obligation principale consiste à faire ou à ne pas faire des contrats non translatifs (78).

60 - L'obligation de donner peut consister dans le transfert d'un droit préexistant, dans la constitution de droit réel ou dans la livraison d'une somme d'argent, ce à quoi correspondent trois catégories de contrats translatifs, à savoir les transferts de droits préexistants, les démembrements de droits et les promesses de payer (79).

Les contrats non translatifs peuvent avoir pour objet l'exécution d'un travail, l'accomplissement d'un service ou le respect d'une abstention (80).

61 - Sur la base de ces critères, Overstake établit une classification, fondée sur l'objet du contrat envisagé en tant qu'objet de l'obligation principale (traduction juridique de l'opération économique réalisée par le contrat envisagé), de tous les contrats, simples ou complexes, connus ou nouveaux.

c) La cause

62 - Overstake a recours à la conception objective de la cause (cf. supra) car elle seule présente les éléments de permanence et de fixité nécessaires à l'établissement d'une classification. La cause précisera l'économie du contrat et permettra la distinction entre le titre onéreux et le titre gratuit qui sont les deux aspects sous lesquels peuvent se manifester les divers contrats spéciaux qui peuvent prendre l'une ou l'autre de ces qualités suivant la volonté des parties (81).

63 - Dans les contrats à titre gratuit, la cause apparaît comme la volonté de ne rien recevoir en échange, d'agir envers autrui d'une manière purement libérale. Dans les contrats à titre onéreux, la cause réside dans l'échange (au sens économique) envisagé, soit de manière réciproque ou simultanée dans les contrats synallagmatiques (à cette cause principale peut s'ajouter un but spécifique, comme dans les contrats aléatoires, ceux inspirés par une fin commune ou conclus

(77) p. 32.

(78) p. 33-34.

(79) p. 41-42.

(80) p. 86.

(81) p. 183-85.

intuitu personae) soit sur la base d'une contrepartie fournie en dehors du contrat (avant ou après) (82).

64 - Les signes de l'onérosité ou de la gratuité résultent d'un élément intentionnel (l'existence ou l'absence d'une intention libérale) et d'un élément matériel (l'attribution d'un avantage avec ou sans contrepartie équivalente) (83). Overstake reconnaît que certains contrats peuvent réunir en eux des caractères de l'onérosité et de la gratuité et constituer des contrats hybrides, mixtes. Mais il considère qu'on préfère leur conférer une qualification unique en fonction de l'intention réelle des parties (84).

65 - Mais la cause ne sert qu'à fonder la classification des contrats en contrats à titre onéreux et à titre gratuit. Lorsqu'il s'agit de répartir les contrats à l'intérieur de ces deux catégories, il faut se référer à l'objet. Pour les contrats à titre gratuit, il faut à cet égard opérer une distinction entre la donation et les contrats de services gratuits ou de bienfaisance (85).

C. CRITIQUES

66 - On peut adresser aux classifications de Planiol et Overstake des critiques générales en fonction des objectifs fixés dans la partie précédente. En généralisant celles-ci, on peut établir une esquisse de solution, qui servira comme point de départ à l'élaboration d'une systématisation nouvelle.

1. Planiol

67 - Le raisonnement de Planiol est faussé dès le départ en ce qu'il tend à démontrer que les contrats spéciaux ne sont pas en nombre illimité et ne peuvent pas être inventés librement par les particuliers : selon lui, les éléments spécifiques qui servent à distinguer les différents contrats sont peu nombreux et ne peuvent former que des combinaisons en nombre défini (86).

68 - Il établit dès lors une classification rigide en genres et espèces, dans lesquels tous les contrats devraient pouvoir être rangés. Ceci même lorsqu'il s'agit de contrats nouveaux par leur objet (point sur lequel il est confus puisqu'il dit que tout contrat ne peut avoir qu'un des trois objets prédéterminés, et qu'on peut créer de nouveaux objets (87)) ou complexes, sans qu'il précise dans quelle catégorie il faudrait ranger ceux-ci.

(82) p. 178-79.

(83) p. 187 et sv.

(84) p. 203-4.

(85) p. 205 et sv.

(86) Cf. Planiol, op. cit., t. II, n° 1352 bis.

(87) Loc. cit., p. 472 et 484.

69 - Planiol utilise la notion d'objet sans l'analyser, ce qui à pour conséquence qu'il mélange l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation, détruisant par là la validité de sa classification (88).

2. Overstake

70 - Comme Planiol, Overstake cherche une classification basée sur la fonction économique des contrats, c'est-à-dire l'opération économique qu'un contrat permet de réaliser. Celle-ci confère la cohésion aux différentes obligations découlant d'un contrat et permet d'en sélectionner la principale qui constitue la prestation caractéristique.

71 - Ceci constitue un détour inutile puisqu'une classification juridique doit évidemment être basée sur des concepts juridiques, et il vaudrait mieux éviter la référence à un rôle économique mal défini qui caractérise un contrat dans sa totalité : comme ce sont les différentes obligations qui forment la substance du contrat, il faut en déceler fictivement une qui caractérise l'ensemble. Or, les règles (assez simplistes) de détermination de la prestation caractéristique échouent face à un contenu contractuel complexe ou une structure contractuelle multilatérale (Overstake n'envisage d'ailleurs même pas ces cas).

72 - Par le biais de la prestation caractéristique, Overstake parvient à fonder sa classification sur l'objet des obligations. Il n'arrive cependant pas à se défaire des analyses classiques quelque peu confuses de cette notion (v. supra) et sa réflexion reste fortement inspirée par les types nommés de contrats.

En effet, Overstake se sert souvent de l'exemple de la vente et son raisonnement semble souvent (implicitement) influencé par le régime juridique de ce contrat. Ceci a pour conséquence que sa classification devient insuffisante dès que l'objet du contrat devient spécifique ou complexe (89).

73 - L'utilisation du concept de cause permet de distinguer le titre onéreux du titre gratuit (également une suite de la conception "économique" du contrat) dans les contrats simples (90). Mais ce critère n'apporte pas de différenciations utiles supplémentaires lorsqu'un contrat est à mi-chemin entre les deux ou lorsqu'il est multilatéral. Overstake admet d'ailleurs qu'il peut y avoir d'autres buts spécifiques, mais n'approfondit pas ce point (91).

(88) Planiol reconnaît lui-même ailleurs (op. cit., t. I, n° 2176) à propos de la distinction entre biens corporels et incorporels qu'une classification opposant les droits et les choses n'est pas valable, parce qu'elle met en présence des catégories de nature profondément différente.

(89) Il classe par exemple dans la catégorie "promesses de payer" le prêt d'argent, les effets de commerce, le jeu et le pari, et la rente viagère (p. 68 et sv.). Par ailleurs, la société est classée comme contrat de transfert de droit préexistant, alors que l'association serait un contrat de prestation de services (p. 129 et sv.).

(90) Logiquement, Overstake aurait dû analyser la cause avant l'objet puisque tous les contrats classés en fonction de leur objet sont à titre onéreux et l'insertion de la cause permet uniquement d'en distinguer ceux où il n'y a pas de contre-partie équivalente.

(91) Sauf en ce qui concerne le rôle différent de l'*intuitu personae* dans les contrats à titre gratuit ou onéreux.

74. - En somme, le système de classification de Overstake est tributaire de la théorie traditionnelle des contrats et témoigne des difficultés de celles-ci d'intégrer adéquatement toute la réalité contractuelle et de résoudre les problèmes énumérés au premier chapitre.

3. Critique générale et esquisse de solution

75 - Les problèmes à résoudre résultent en fait de notre conception de base en matière contractuelle : pour l'échange de biens et de services, les particuliers ne sont pas obligés d'avoir recours à des mécanismes contractuels légalement prédéterminés pour engendrer des obligations sanctionnées, mais ils peuvent en principe fixer librement la forme et le contenu de leurs conventions, et dès que celles-ci sont légalement formées, elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 al. 1er Code civil).

76. - Ce faisant, le législateur délègue donc aux parties la tâche d'établir soigneusement, c'est-à-dire clairement et complètement, la loi qui doit régir certains rapports d'obligation qui existent entre elles. Sa confiance dans l'aptitude des parties n'est cependant pas absolue, de sorte qu'il ajoute au principe de base quelques règles d'interprétation (art. 1156 et sv. Code civil), et une disposition selon laquelle "*les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*" (art. 1135 Code civil).

77 - Supposant un instant qu'il n'existe pas de contrats nommés, le juge, auquel les parties feraient appel en cours d'exécution du contrat, devra alors trouver dans la convention le droit applicable aux faits (92) en se servant des règles légales d'interprétation (93).

Les faits étant ce que les parties ont effectivement fait (ou n'ont pas fait : les deux sont vérifiables) et le droit ce qu'elles devaient faire ou ne pas faire), le juge comparera les deux pour en déduire les conséquences.

78 - Sa tâche essentielle consistera évidemment à déterminer le sens et la portée exacte de la convention, ses seuls secours externes étant dans un premier temps l'équité et la "nature de l'obligation" (art. 1135) ou la "matière du contrat" (art. 1158) (94).

(92) L'application du droit au fait se fait en trois étapes : 1. La constatation des faits dans leur matérialité, 2. La qualification légale des faits (c'est-à-dire leur subsumption par le concept classificateur appartenant à la règle de droit), 3. L'application à ces faits des conséquences légales déduites de la même règle : F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation* (Bruylant, Bruxelles 1966), p. 78. V. encore les précisions ci-après.

(93) Rigaux, op. cit., p. 280-82 ; F. Dumon, De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes, *J.T.*, 1978, p. 465 et sv., 485 et sv. (473). Cf. J. Dabin, note in *R.C.J.B.*, 1947, p. 217 : "Interpréter un contrat, c'est rechercher ce que les parties ont voulu faire (*id quod actum est*) ; quelle opération elles ont entendu réaliser et de quelle manière elles ont entendu régler leurs rapports en conséquence de cette opération".

(94) Pour Hannequart (op. cit., n° 154 et sv.), l'expression "d'après sa nature" constitue une limite (et non pas un secours) au pouvoir du juge d'interpréter et de

79. - S'il s'agit d'une opération contractuelle usuelle, elle tend à se standardiser dans ses éléments essentiels. Par la pratique et la jurisprudence, des règles d'usage se forment et sont renforcées par le fait que les juges s'y réfèrent (art. 1135, 1160) pour déterminer le régime juridique applicable à un contrat. Celui-ci acquerra ainsi progressivement une structure typique et deviendra finalement éventuellement un contrat nommé (légal ou jurisprudentiel).

80 - Mais dès que le juge va chercher la solution d'un problème ailleurs que dans contrat lui-même, il doit vérifier si le cas soumis correspond bien à l'hypothèse où il va chercher la règle supplétive applicable, c'est-à-dire il doit qualifier le contrat (95). Dans cette opération de qualification (96), le juge met en relation les termes du contrat (considéré globalement comme une donnée de fait) (97) et les concepts correspondants empruntés à la règle de droit (98). Il faut donc que ces concepts aient été rigoureusement définis et les hypothèses

compléter le contrat, en ce sens que l'usage ne pourrait pas imposer une obligation qui ne découlerait pas naturellement du contrat, mais il ne précise pas en quoi consiste cette "nature". Il indique plus loin (n° 510) que Pothier parlait de la "nature" et non de la "matière" du contrat, et qu'il n'apparaît pas pourquoi les auteurs du Code ont fait cette substitution terminologique. En tout cas, le sens conforme à la matière du contrat serait le sens conforme au droit commun et non la matière concrète du contrat parce que sinon, l'art. 1158 ferait double emploi avec l'art. 1161.

(95) En théorie, la qualification intervient après l'interprétation. Cf. Causin, loc. cit., p. 317-18. En fait, il y a plutôt simultanéité que succession : le juge connaît généralement les règles supplétives liées à l'une ou l'autre qualification, et son interprétation sera dès lors influencée consciemment ou inconsciemment par les conséquences qu'elle entraîne via la qualification (cf. supra) : Causin, loc. cit., p. 323 et sv. ; J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique* (FUSL, Bruxelles 1980), p. 86 et sv., 133 et sv. Le juge doit en effet partir de la connaissance du droit s'il ne veut pas subsumer un contrat à toutes les hypothèses imaginables. Vu le nombre croissant de dispositions impératives, il devra donc pratiquement toujours qualifier.

(96) Cette qualification ne doit pas être confondue (comme le font de nombreux auteurs) avec la "qualification" que les parties donnent au contrat et qui n'est en fait qu'une dénomination (c'est-à-dire le nom d'un contrat nommé) choisie par les parties pour indiquer clairement (ou au contraire cacher) le type de contrat qu'elles ont voulu conclure et qui ne lie pas le juge (v. cependant l'art. 12 al. 4 du Code de procédure civile français, selon lequel le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat : cf. J. Miguet, *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges offerts à P. Hébraud* (Univ. Toulouse, 1981), p. 567 et sv.).

(97) En vérité, toute "constatation" des faits se fait par la médiation du langage qui en fait un "jugement" de fait par la part importante qu'y prend l'interprète par le choix des termes de description : ainsi, par exemple, l'utilisation du concept légal prédétermine la qualification juridique qui explique l'influence que le juge peut exercer au niveau de l'interprétation (comp. la note précédente) : Rigaux, op. cit., p. 79 et sv. Le propre du contrat est cependant que les parties fournissent elles-mêmes la description linguistique du fait, c'est-à-dire ce dont elles ont effectivement convenu, et le juge ne peut substituer la sienne.

(98) Rigaux, op. cit., p. 84.

voisines clairement délimitées, ce qui indique donc le besoin d'une systématisation des concepts (99) (cf. supra n° 28 et sv.).

81 - Dans l'approche traditionnelle, cette systématisation des concepts est toujours comprise comme une classification des contrats : tout le raisonnement est basé sur les quelques contrats nommés qui servent comme point de départ pour l'établissement d'une typologie et du régime juridique.

82 - Mais ce "passage à la catégorie" déforme la réalité et ne permet pas d'arriver à une "classification naturelle" (100) parce qu'on part toujours de contrats envisagés globalement et parce que les contrats nommés ne couvrent pas la totalité des contrats imaginables en réalité.

83 - Car en vérité, tout contrat est formé de nombreuses variables ; en ne choisissant que quelques éléments "essentiels" ou "caractéristiques" pour qualifier l'ensemble, et en déduisant les règles supplétives applicables à toutes les autres variables de cette qualification initiale partielle, il y aura nécessairement une inadéquation si ces autres variables ne correspondent pas (complètement) aux hypothèses prévues comme découlant normalement des éléments "essentiels", ou si inversement à des variables "secondaires" répondent certaines règles supplétives sans qu'il y ait correspondance entre les éléments décisifs pour la qualification principale, ou si enfin un contrat concret ne correspond en rien à des hypothèses légales "essentielles" ou "secondaires".

84 - Pour classifier, il ne faut donc pas partir des régimes juridiques des seuls contrats nommés existants, mais de toute la réalité en tant que telle, indépendamment d'une qualification contractuelle existante. Corrélativement, il ne faut pas se baser sur des contrats pris en tant qu'entités globales, mais systématiser à partir de la réalité des concepts infracontractuels dotés de règles juridiques supplétives spécifiques, permettant de tenir compte de toutes les variables contractuelles et d'établir un régime juridique complet pour chaque contrat (101).

(99) Rigaux, op. cit., p. 233, 238; Ch. Eisenmann, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, *Arch. philo. droit* 1966, p. 25 et sv. (29-30). Cf. F. Terré, Volonté et qualification, *Arch. philo. droit* 1957, p. 99 : "L'opération de qualification permet donc au juriste d'établir de l'ordre : les objets matériels, les faits juridiques, les actes juridiques sont les uns et les autres groupés dans des cadres qui postulent une réglementation juridique déterminée.... La nécessité d'un classement est donc inéluctable".

(100) Gény, op. cit., t. Ier, p. 174, 155.

(101) Pour établir une classification valable, il faut également respecter certaines règles formelles :

- les concepts qualitatifs (c'est-à-dire permettant de formuler un énoncé sur l'existence d'une qualité d'un objet) doivent permettre de grouper en certaines classes les objets auxquels ils sont appliqués ;
- les concepts doivent être disjonctifs, c'est-à-dire ne pas se chevaucher partiellement ou totalement ;
- les concepts doivent épuiser le domaine sans laisser de résidu : M. Herberger, J. Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen* (Metzner, Frankfurt/M. 1980), p. 277.

III. ELABORATION D'UNE SYSTEMATISATION NOUVELLE

A. INTRODUCTION

85. - A priori, tout élément structurel, toute caractéristique du contrat peut servir comme critère de systématisation (102). Ainsi, il existe différentes classifications traditionnelles, exprimées par des antithèses fondées essentiellement sur les techniques de formation ou d'exécution du contrat. Celles-ci ont certes leur utilité d'un certain point de vue, mais elles ne peuvent répondre au besoin d'une classification tel qu'il vient d'être déterminé. Elles ne prennent en effet en considération qu'un caractère isolé qui ne permet pas de rendre compte de la variété des contrats ni de leur spécificité dans l'ensemble des possibilités imaginables (103).

86 - Le critère qui remplit ces différentes fonctions, qui permet d'établir une classification plus que binaire, fondée sur la présence ou l'absence d'un caractère donné, et qui est susceptible d'être complété par les autres, c'est le contenu du contrat. Il faudra donc concrétiser ce contenu et essayer de trouver une typologie des configurations virtuellement infinies qu'il peut prendre.

87 - Chaque contenu contractuel est formé d'un certain nombre d'éléments, reliés entre eux par une structure pour former une unité. Ces éléments de base et les liens qui peuvent les unir doivent donc être déterminés pour en déduire une classification systématique (104).

88 - Cependant, les concepts de contenu contractuel, d'éléments et de structures n'existent pas dans la théorie traditionnelle du contrat. Il faut donc les situer par rapport à des notions existantes, dont notamment celle d'objet du contrat, dont on a dit que, dans le langage moderne, on le dénommerait plus concrètement le contenu du contrat (105). On y ajoutera la cause qui, comme on l'a vu, joue un rôle important dans la qualification et la classification des contrats (106).

89 - Au préalable, on exposera le cadre dans lequel s'insèrent les éléments et structures, en délimitant ainsi le champ contractuel quant aux personnes qui y sont impliquées et quant à sa place dans le temps.

(102) Eisenmann, loc. cit., p. 36, 38, 40.

(103) Cf. Overstake, op. cit., p. 13-14.

(104) Cf. Terré, loc. cit., p. 104-105 : toute qualification suppose à la fois un ou plusieurs éléments et une certaine structure, c'est-à-dire un ordre selon lequel les éléments doivent exister pour que telle ou telle qualification soit admise.

(105) J. Carbonnier, *Droit civil. 4. Les obligations* (4ième ed.) (P.U.F., Paris, 1969), p. 83 ; Overstake, op. cit., p. 19 : l'objet est la traduction en termes juridiques du contenu.

(106) Cf. Terré, op. cit., p. 491 qui considère qu'il importe de préciser très nettement le contenu et la cause d'un contrat innomé pour déterminer son régime juridique.

B. LE CADRE CONTRACTUEL

90 - Le contrat est un acte juridique bilatéral (ou multilatéral (107)) créant (108) des rapports d'obligation entre les parties contractantes (109), soit à charge d'une d'elles (contrat unilatéral), soit à charge des deux (contrat synallagmatique), l'obligation à charge d'une partie constituant un droit de créance dans le chef de l'autre.

91 - Le contrat est un phénomène temporel et temporaire. Dès lors, cet acte s'inscrit dans le temps : étant réalisé par la rencontre des volontés des parties (110) et prenant effet à ce moment (111), il engendre des rapports juridiques ayant une certaine durée et prenant fin après l'exécution des obligations, à moins qu'ils ne soient transformés en rapports de dédommagement en cas d'inexécution fautive et dommageable par le débiteur.

92 - On peut donc distinguer trois phases successives (112) : la phase précontractuelle (phase 1), la phase postcontractuelle (phase 3) et la phase contractuelle (phase 2). Le contenu du contrat peut dès lors être déterminé par l'observation du comportement des parties pendant la phase 2 (113) et par la comparaison de leur situation matérielle et juridique aux trois stades : toute altération à cette situation et à ce comportement par rapport au cours normal des choses peut avoir été induite par l'accord contractuel (114).

93 - Les parties doivent donc se mettre d'accord sur et spécifier ce qu'elles entendent faire changer au niveau matériel et/ou juridique auprès de chacune d'elles. Le contrat sera la norme directrice de leur

(107) Les particularités des contrats multilatéraux seront examinés ultérieurement. On part provisoirement de l'hypothèse courante d'un contrat bilatéral.

(108) V. infra, note (116).

(109) On ne traitera pas des problèmes spécifiques des effets à l'égard des tiers : v. par ex. E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden* (Maarten Kluwer, Antwerpen 1984) et les ouvrages précités de Teyssié et Néret.

(110) Pour les contrats consensuels ; pour les contrats solennels et réels, il faut en plus une formalité ou la remise d'une chose.

(111) Sauf modalité (terme, condition) suspensive.

(112) C'est la situation idéale. En réalité, notamment dans les contrats à prestations multiples ou successives, il y a des chevauchements suite à des exécutions partielles, retardées etc. ; v. par ex. M. Fontaine, Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres, *Festschrift K. H. Neumayer* (Nomos, Baden-Baden 1985), p. 217 et sv. La présentation reste exacte si on considère qu'il s'agit chaque fois de l'exécution d'un contrat à contenu spécifique.

(113) Celle-ci peut être courte et s'épuiser en un instant (contrat instantané) ou avoir une certaine durée (contrat successif).

(114) On trouve une conception similaire de manière embryonnaire chez certains auteurs : Carbonnier, op. cit., p. 17 pense que les trois termes (donner, faire, ne pas faire) peuvent se ramener à un seul, qui est "faire". Ce qu'il y a d'essentiel dans l'objet de l'obligation, c'est l'activité, le service, l'effort à la fois corporel et psychique du débiteur. Selon L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I (3ième ed.) (Fontemoing, Paris, 1927), p. 325, "est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné".

comportement, le critère du niveau d'(in-)exécution (115) et le titre permettant de faire respecter l'engagement pris.

C. LES ELEMENTS

1. Introduction : objet et élément

94 - Les discussions concernant la notion d'objet (v. supra) sont imprégnées de malentendus et de confusions malgré la différenciation de trois niveaux d'objets dont le contenu est loin d'être uniformément déterminé entre les auteurs, ni même utilisé uniformément par un même auteur (116).

95 - Il en résulte qu'on "*manque encore d'analyses approfondies sur l'objet des contrats*" (117), et que "*toute cette matière de l'objet peut paraître paisible, teintée d'archaïsme*" (118), puisque les auteurs restent prisonniers des conceptions classiques.

96 - La raison profonde semble en être le fait qu'on ne fait pas clairement la distinction entre le domaine matériel et le domaine juridique, à savoir :

- la différence entre une chose et le droit qui porte sur cette chose ;
- la différence entre une action (matérielle) ayant une signification juridique prédéterminée, c'est-à-dire un acte (119) déclenchant un changement dans l'ordonnement juridique, et la même action ne représentant qu'un simple fait, notamment lorsque cette action a trait à une chose (120).

97 - Conformément à la description du cadre contractuel, il faudra donc déterminer abstraitement en droit et en fait les éléments statiques qui caractérisent les situations de départ et d'arrivée, ainsi que les changements qui peuvent y être apportés (éléments dynamiques).

(115) Il s'agit d'obligations de résultat si la partie s'est engagée d'atteindre le stade 3 de la manière prévue, et d'obligations de moyen si elle a seulement promis de s'efforcer d'y arriver.

(116) V. par exemple Farjat, op. cit., p. 190-91.

(117) Farjat, op. cit., p. 192.

(118) Carbonnier, op. cit., p. 89.

(119) Selon la conception de Duguit, op. cit., p. 328, il s'agit d'un acte-condition avec cette particularité qu'un contrat forme l'acte-règle. Cf. M. Réglade, La place de la convention dans une classification des actes juridiques, *Arch. philo. droit* 1940, p. 159 et sv.

(120) A cela s'ajoutent les confusions dues au double sens du mot "chose" dans les art. 1126 et sv. selon qu'il s'agit de "donner une chose" (bien matériel ou immatériel) ou de "faire ou ne pas faire une chose" (prestation). Clairement cependant : Flour, Aubert, op. cit., n° 23337, et sur la double nature possible de l'acte de paiement : N. Catala, *La nature juridique du paiement* (L.G.D.J., Paris 1961), p. 15, 37.

2. Eléments statiques

98 - Les éléments qui, en fait et en droit, peuvent caractériser la situation particulière de chaque partie sont les suivants :

a) en fait :

- la qualité, la fonction, les caractéristiques personnelles, etc. de chaque partie (121),
- les choses matérielles mobilières (corps certains et choses de genre, y compris la monnaie) et immobilières (122),
- les choses immatérielles (clientèle, know-how, etc.) ;

b) en droit :

- les droits de la personnalité (au sens large),
- les droits sur les choses matérielles : droits réels,
- les droits sur les choses immatérielles : droits intellectuels (propriété littéraire et artistique, marques, brevets) et droits de propriété industrielle (clientèle, know-how, etc.),
- les droits de créance.

99 - L'ensemble de ces éléments forme une constellation déterminée qui peut être modifiée par un contrat sur un ou plusieurs points, en fait ou en droit. Et chaque situation présente des éléments caractéristiques différents qui permettent d'introduire des différenciations supplémentaires et de fixer un contenu contractuel particulier.

3. Eléments dynamiques

100 - L'exposé du cadre contractuel a montré le caractère dynamique du contrat, dû au comportement des parties (123) qui implique un changement dans le cours normal des choses, c'est-à-dire normalement (sauf dans le cas de l'abstention) une modification dans les éléments statiques de départ.

101 - Ces actions sont normalement le fait d'une des parties et au profit d'une d'elles, mais elles peuvent également être le fait d'un tiers (porte-fort) ou lui profiter (stipulation pour autrui).

102 - Au niveau matériel, on peut distinguer (124) :

- l'abstention, c'est-à-dire ne pas faire soi-même un acte matériel (par exemple non-divulgaration de secret, non concurrence) ; ou tolérer que quelqu'un d'autre fasse un acte (par exemple servitude

(121) On considère dans le cadre de cette étude qu'il s'agit de personnes (physiques ou morales) privées.

(122) On fait abstraction du problème de la détermination du caractère mobilier ou immobilier des choses d'un point de vue juridique : cf. Terré, *op. cit.*, p. 40, 67 et sv.

(123) Cf. Catala, *op. cit.*, p. 39 qui détermine le contenu de l'obligation comme le comportement du débiteur propre à fournir au créancier l'avantage qui lui est dû, et Carbonnier cité à la note (114).

(124) Cf. la conception classique de l'obligation de faire et de ne pas faire. En notre sens cependant, Flour, Aubert, *op. cit.*, n° 234.

- conventionnelle de passage), déterminée de manière plus ou moins extensive par rapport à un état, une personne, une chose, etc. ;
- l'action appliquée à une chose (par exemple transporter, livrer une chose, garder, transformer, créer une œuvre à partir de matériaux fournis, etc.) ;
 - l'action pure (par exemple rendre un service (125), donner un renseignement, jouer une pièce de théâtre, etc.) ;
 - le transfert de numéraire, soit par la remise matérielle d'une somme d'argent, soit par une opération comptable.

Tous ces actes positifs ou négatifs peuvent être conditionnels ou aléatoires (par exemple jeu, pari, cautionnement, assurance), ou avoir une portée juridique particulière (par exemple mandat).

103 - Dans le domaine juridique, on retrouve également l'abstention, c'est-à-dire ne pas exercer soi-même un droit, ou tolérer que quelqu'un d'autre exerce son droit. Par exemple, le contrat peut entraîner les modifications suivantes, l'opération juridique étant adaptée à la nature du droit qui est concerné (126) :

- créer un droit qui n'existait pas (127) : droit de créance (par exemple accord-cadre prévoyant la conclusion de contrats dans l'avenir), droit réel principal (par exemple occupation de *res nullius* sur la base d'un accord) ou accessoire (par exemple hypothèque), droit intellectuel (par exemple création d'une œuvre artistique sur commande) ;
- transférer un droit préexistant (128) : droit de créance (par exemple, cession de créance), droit réel principal (par exemple vente) ou accessoire (par exemple cession d'hypothèque), droit intellectuel (par exemple cession de brevet) ;
- éteindre un droit préexistant (129) : droit de créance (par exemple remise de dette), droit réel principal (abandon sur la base d'un accord) ou accessoire (par exemple extinction d'hypothèque), droit intellectuel (par exemple renonciation à un brevet par le non-paiement des taxes sur la base d'un accord).

104 - Ces opérations peuvent aussi ne pas concerner le droit dans sa totalité mais uniquement certaines prérogatives (par exemple

(125) Ce service peut être rendu à l'aide d'une chose, moyen de prestation, qui ne constitue cependant pas l'objet de la prestation (cas précédent) : cf. B. Grelon, *Les entreprises de services* (Economica, Paris 1978), p. 48 et sv.

(126) Rappelons que le contrat ne fait que naître des rapports d'obligation (créances, dettes) entre les parties (ce qu'on peut appeler objet du contrat) ; l'objet de ces obligations peut être de créer, transférer ou éteindre des droits. La confusion entre ces deux niveaux résulte du fait de l'exécution instantanée de l'obligation dans la plupart des cas, ce qui n'est cependant pas nécessairement la règle : v. infra. Certaines des opérations juridiques citées sont généralement effectuées unilatéralement, mais rien n'empêche qu'elles le soient à la suite d'un accord, qui peut prévenir un litige. Les actes purement confirmatifs ou déclaratifs n'engendrent aucune situation juridique nouvelle, mais n'apportent que la constatation officielle d'une situation juridique préexistante qui jusque là était occulte ou incertaine (Flour, Aubert, op. cit., n° 490).

(127) Acquisition par mode originaire.

(128) Acquisition par mode dérivé.

(129) Peut éventuellement être prévu déjà au moment de la création par un terme extinctif ou une condition résolutoire.

occupation d'une *res nullius* par attribution séparée de la nue-propiété et de l'usufruit, cession de certaines prérogatives sur une chose matérielle (bail, gage) ou immatérielle (licence, gage sur fonds de commerce)).

On peut y ajouter la cession de certaines prérogatives attachées à la personnalité (par exemple cession du droit au nom (commercial) avec un fonds de commerce, délégation de l'autorité parentale, etc.).

D. LES STRUCTURES

1. Introduction : cause et structure

105 - La raison profonde des divergences d'opinion sur la notion classique de cause semble être la difficulté d'admettre que ce terme unique peut avoir différentes significations. Les uns conçoivent la cause comme quelque chose qui existe de manière indépendante et qu'il faut découvrir en la définissant le plus adéquatement possible, déduisant ainsi de l'unité du mot une unité de concept. D'autres admettent une pluralité (généralement une dualité) de sens sur la base des différentes fonctions que remplit la cause, mais semblent alors partir de la conception que ces différents rôles sont joués par le même concept (130).

106 - Pourquoi ne pas admettre clairement qu'il s'agit de choses différentes ? Le Code civil (articles 1131-33) utilise le même mot pour exprimer différentes choses, mais cette polysémie ne doit pas empêcher de faire les différenciations qui s'imposent (131). Par ailleurs, il faut éviter de généraliser hâtivement des vérités particulières (132) et plutôt approfondir la véritable signification de ces dernières.

Ainsi, la cause joue un rôle utile dans la vérification des motifs des parties. Mais il s'agit là du but des parties et non de celui du contrat, de sorte qu'il est inutile de discuter dans ce cadre s'il s'agit de la cause du contrat ou de l'obligation (cette dernière joue cependant un rôle au niveau de la structure : v. ci-après).

107 - On a néanmoins voulu assigner un but (typique) à chaque contrat par la cause catégorique, qui permettrait de qualifier chaque contrat (v. supra). Mais l'utilité de ce concept est également douteuse.

(130) On confond par ailleurs parfois le problème de la distinction des différents sens avec celui de leur prise en compte effective par le droit positif.

(131) On enseigne généralement que la cause du Code civil est la cause finale, et non la cause efficiente. En vérité, il s'agit de la même réalité, théorétisée différemment selon le point de vue temporel par rapport au contrat : *ex ante*, il s'agit du but (cause finale), *ex post*, de l'origine (cause efficiente), les deux constituant la cause dynamique ou externe au contrat (cf. supra) ; avec des indications en ce sens également H. Capitant, *La cause des obligations* (2ième ed.) (Dalloz, Paris 1324), p. 21-22.

(132) Ainsi, par exemple, la cause peut jouer un rôle utile dans les contrats synallagmatiques, mais pourquoi vouloir en introduire une semblable dans les libéralités ? Cf. De Page, op. cit., t. II, n° 476.

D'un point de vue pratique, la jurisprudence ne qualifie pas nécessairement les actes juridiques d'après leur cause (133). D'un point de vue théorique, il n'est pas évident d'identifier comment cette cause est déterminée et de quels éléments elle se compose ; on semble généralement admettre que la cause découle d'un type idéal de contrat et que ce type représente une certaine fonction économique-sociale du contrat, mais personne n'est parvenu à établir une telle typologie abstraite complète (134). On part au contraire toujours des types nommés du Code civil, de sorte que ce n'est pas la cause qui spécifie le contrat, mais inversement le contrat qui spécifie la cause (v. supra).

108 - La cause du contrat équivaut donc à la définition du contrat dans ses éléments essentiels (ou catégoriques) par opposition aux éléments accidentels (135). Or, comment déterminer ces éléments essentiels (136), comment tenir compte de l'insertion, par les parties, d'un élément étranger, mais déterminant, dans le champ contractuel (137), et surtout : que faire en l'absence de toute qualification préconstituée, c'est-à-dire de contrat innomé ? (138)

109 - La théorie classique de la cause n'est donc d'aucun secours en la matière et ne fait que confirmer les problèmes déjà soulevés. Les discussions concernant la cause catégorique, la cause du contrat ou des obligations etc. attirent cependant l'attention sur la structure du contrat, sur les liens qui unissent ses éléments (les prestations des parties) et qui forment la cause véritablement propre au contrat (139).

110 - Les éléments statiques et dynamiques, matériels et juridiques, peuvent être concrétisés et combinés à l'infini pour former un contenu contractuel. Ces combinaisons se situent à deux degrés :

(133) V. Terré, op. cit., p. 255, 303-4 : certaines qualifications sont la conséquence de la cause (p. 259 et sv.), d'autres la conséquence d'un des éléments inclus dans la cause (p. 269 et sv.), et certaines même étrangères à la cause (p. 291 et sv.).

(134) Cf. Farjat, op. cit., p. 192.

(135) Cf. par ex. M. Storme, *De progressive totstandkoming der contracten*, T.P.R. 1984, p. 24, note (75), qui distingue les éléments essentiels, sans lesquels le contrat n'existerait pas, les éléments naturels, qui sont réglés supplétivement par la loi, et les éléments accidentels, que les parties peuvent ajouter au contrat et sur lesquels la loi est muette.

(136) V. déjà supra le problème de la prestation caractéristique.

(137) Terré, op. cit., p. 258.

(138) Terré, op. cit., p. 237, indique le problème sans cependant rechercher une solution.

(139) C'est ce qu'on a appelé supra la cause statique ou interne au contrat. "L'essentiel, au fond, n'est pas de diviser un objet en parties, mais de mener l'analyse de façon à tenir compte des rapports ou des dépendances qui existent entre ces parties, et d'en rendre compte de manière satisfaisante" : L. Hjelmlev, cité par P. Dauchy, Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat, *Arch. philo. dr.* 1981, p. 269 et sv. (272). La conception objective du lien d'obligation de Dauchy, défini comme "l'affectation d'une contre-prestation pour rétablir l'équilibre des patrimoines voulu par l'organisation sociale" (p. 280) ne paraît pas utilisable dans le présent contexte.

celles qui déterminent séparément les obligations de chaque partie (structures de premier degré), et celles qui réunissent les obligations des différentes parties pour constituer l'ensemble contractuel (structures de second degré)..

2. STRUCTURES DE PREMIER DEGRE

111 - Abstractionnement, les combinaisons du premier degré déterminant les obligations d'une partie peuvent donner les résultats suivants :

- une simple prestation matérielle ou un ensemble de prestations matérielles composé de différents éléments matériels dynamiques,
- la même chose au niveau juridique,
- une combinaison des catégories précédentes,
- le transfert d'une somme d'argent, ou de tout autre objet servant d'étalon de valeur et d'instrument de paiement dans l'économie (140).

112 - Les prestations d'une partie peuvent être homogènes ou hétérogènes : elles sont homogènes si elles sont composées des mêmes éléments dynamiques, hétérogènes dans les autres cas.

3. STRUCTURES DE SECOND DEGRE

113 - Le contenu des obligations d'une partie, tel que spécifié ci-avant, peut résulter d'un engagement unilatéral ou d'un contrat (141), bilatéral ou multilatéral.

114 - Dès qu'on se trouve en matière contractuelle, il ne se pose pas seulement le problème du nombre de combinaisons possibles entre les obligations des parties, mais également de leur position l'une vis-à-vis de l'autre.

115 - Tenant compte du nombre de parties on peut distinguer deux types contractuels en fonction de leur structure :

116 - a) *les contrats de type échangiste* : le contrat réalise l'échange de valeurs, de richesses corporelles ou incorporelles (capital, travail) entre les parties, et les prestations d'une partie trouvent leur raison d'être dans la contre-partie fournie par l'autre (contrat synallagmatique).

L'échange étant fondamentalement une opération entre deux partenaires, les contrats de ce type seront généralement bilatéraux. Mais rien n'empêche un nombre plus grand de parties de conclure un contrat par lequel elles conviennent d'un échange multilatéral de prestations (142) ;

(140) Toutes les autres prestations étant spécifiques, il s'agit de classer à part leur commun dénominateur qui servira à évaluer la valeur (pécuniaire) des prestations de chaque partie et éventuellement à les rémunérer entièrement ou partiellement (v. infra : régime juridique).

(141) Cf. Flour, Aubert, op. cit., T. Ier, n° 485.

(142) E. Dirix, De meerpartijenovereenkomst, T.P.R. 1983, p. 757 et sv. (765), cite l'exemple d'un échange (au sens juridique) trilatéral, mais les prestations peuvent aussi être de nature différente.

117 - b) *les contrats de type synergique* : si, en termes économiques, l'augmentation de bien-être résulte essentiellement de l'échange de biens et de services sur la base des préférences et des avantages comparatifs de chacun, il peut y avoir des situations où une attitude coopérative est préférable à un comportement concurrentiel : soit pour réaliser quelque chose en commun indépendamment des tiers, soit pour réaliser ensemble des échanges avec des tiers.

Les prestations des parties vont dès lors dans le même sens pour atteindre un but commun, dont la réalisation constitue la raison d'être des actions de chacun. Même si cette constellation peut former le contenu d'un contrat bilatéral (par exemple un contrat de coopération), elle se prête par sa structure surtout aux contrats multilatéraux (par exemple une société).

118 - Un contrat de type synergique sera généralement à moyen ou à long terme, sinon à vocation viagère (143) ou perpétuelle (144), puisqu'il comporte des obligations de faire pour atteindre l'objectif fixé et que celles-ci impliquent la durée. Mais on peut retrouver cet élément de durée également dans les contrats de type échangiste : si beaucoup de contrats peuvent être appelés transactionnels (145) parce qu'ils s'exécutent instantanément ou à court terme, d'autres sont plutôt relationnels (145) parce qu'ils impliquent des prestations successives (par exemple le contrat de travail) ou des échanges répétés. Et ces derniers se rapprochent ainsi des contrats structurels de type synergique, sans cependant jamais devenir des contrats vraiment institutionnels (146).

119 - Par ailleurs, il existe un minimum de but commun dans chaque contrat de type échangiste (réaliser l'opération envisagée dont chacun profite, à défaut de quoi on ne se serait pas engagé) et un minimum d'échange dans un contrat de type synergique (on ne coopère pas pour des raisons d'altruisme, mais parce que, en échange de l'effort conjoint, on obtient un résultat qu'on n'aurait pas pu atteindre seul, ou seulement de manière plus difficile).

120 - Ces caractères communs, découlant de l'essence contractuelle même, ne suppriment cependant pas l'opposition fondamentale au niveau structurel entre ces deux types idéaux, donnant lieu à des règles supplétives spécifiques.

121 - La combinaison des éléments au second degré dans des contrats bilatéraux de type échangiste peut dès lors engendrer les types de contrats suivants :

- un contrat simple homogène ou hétérogène, lorsque la contre-partie des prestations homogènes ou hétérogènes est uniquement constituée par du numéraire,
- un contrat à titre gratuit, homogène ou hétérogène, lorsqu'il n'y a pas de contre-partie ou une contre-partie insignifiante,

(143) V. le contrat de mariage.

(144) V. le contrat de société.

(145) Cf. Bellay, loc. cit., p. 1048.

(146) Les associés ou membres peuvent évidemment conclure un contrat avec la personne morale - institution qu'ils ont créée.

- un contrat composé uniforme (les deux parties fournissent des prestations homogènes de même nature), double (prestations homogènes de nature différentes) ou hybride (dans les autres cas).

122 - Dans les contrats échangistes à structure multilatérale où plusieurs parties interviennent activement (147) en occupant une place propre et spécifique (148), les possibilités de combinaisons bilatérales augmentent exponentiellement.

123 - Dans les contrats de type synergique, la communauté de but confère l'unité au contrat dont la structure de base n'est pas affectée par le nombre des parties. Pour le surplus, la combinaison des prestations des parties peut varier à l'infini, mais se situera normalement dans le domaine matériel.

E. LE REGIME JURIDIQUE DES CONTRATS

1. Conception de base

124 - La nécessité d'une classification systématique des contrats résulte au fond du besoin de disposer de règles supplétives en toutes circonstances, notamment en ce qui concerne les contrats innomés et les contrats complexes (v. supra).

125 - A ce sujet, la doctrine classique part toujours de contrats entiers et elle parle de la "nature juridique" de ceux-ci, en s'inspirant essentiellement des contrats nommés du Code civil, comme s'il s'agissait de réalités ontologiques auxquelles on a donné un nom, plutôt que de constructions juridiques auxquelles on applique un régime juridique et qu'on identifie par un nom (149).

126 - Cette conception se reflète dans les propositions de classification exhaustive des contrats comme celle d'Overstake, qui veut établir une réglementation générale des contrats à la fois suffisamment précise et assez large, propre à chaque catégorie et surtout à chacune des sous-catégories structurées et compartimentées qu'il a établies. L'élaboration de cette réglementation générale permanente attachée à chaque sous-catégorie contractuelle ou à chaque

(147) Les problèmes ne se posent évidemment pas si des tiers profitent, par exemple, d'une convention sans y participer.

(148) Il ne s'agit donc pas d'une pluralité de parties liées par un contrat à structure bilatérale qui ne pose de problèmes qu'au niveau de la contribution de la dette ou de la participation à la créance. Dirix, loc. cit., p. 763 l'appelle convention multilatérale symétrique, par opposition aux conventions asymétriques, parmi lesquelles il classe indifféremment l'échange tripartite, la délégation, la cession de créance, le leasing et les contrats de coopération (p. 764 et sv.). Ch. Larroumet (*Droit civil, t. III : Les obligations, 1ère partie* (Economica, Paris, 1986)) distingue dans les actes juridiques multilatéraux les contrats multilatéraux (pluralité de contractants dans la même situation juridique : cela reste donc des contrats à structure bilatérale) et les opérations juridiques à trois personnes (chacune se trouvant dans une situation différente des deux autres, par exemple la délégation, la lettre de change) (n° 73 et sv.).

(149) Cf. Eisenmann, loc. cit., p. 31 et sv.

type contractuel fixe, structuré et limité, se ferait par une généralisation habile, une synthétisation harmonieuse des dispositions particulières consacrées aux principaux contrats spéciaux traditionnellement réglementés qui font partie de chaque sous-catégorie ou de chaque type servant de fondement à cette réglementation générale (150).

127 - Il a été montré que cette approche, qui essaye de rattacher toutes les règles supplétives, obligations secondaires, etc., à un contrat pris en tant qu'ensemble, mène à des impasses : la déduction de la nature juridique d'un contrat équivaut à sa qualification et rencontre dès lors tous les problèmes précités.

128 - Dès lors, plutôt que par son objet et par sa cause, le contrat a été décrit par ses éléments et ses structures, et plutôt que de vouloir partir d'un régime juridique global préétabli par contrat, il faut déterminer des règles particulières pour les éléments et structures qui peuvent être appliquées à n'importe quel contrat en fonction de la présence ou de l'absence de caractéristiques déterminées. On obtient ainsi une grille d'analyse des contrats, indépendante de qualifications légales préexistantes, qui fournit, pour chaque caractéristique qu'un contrat peut recouvrir, une règle supplétive.

129 - Chaque contrat concret est alors analysé sur la base d'un certain nombre de variables, et chaque variable détermine des règles spécifiques selon le contenu concret qu'elle reçoit. Cela évite la recherche périlleuse d'une prestation caractéristique et permet de tenir compte de toutes les prestations, et ainsi d'ensembles contractuels complexes, sans devoir établir la prépondérance de l'une ou l'autre composante concrète en vue de la qualification de l'ensemble (151).

130 - On remplace ainsi le mode d'analyse juridique traditionnel, qui raisonne le plus souvent implicitement en termes de cercles concentriques, de cases adjacentes ou chevauchantes, de subdivisions hiérarchisées etc., par une approche basée sur l'algèbre linéaire, qui permet de tenir compte de variables plus nombreuses et de situations plus complexes, et ainsi de "*réarticuler nos concepts comme états successifs d'une variable continue plutôt que de la traiter systématiquement comme variables discontinues*" (152).

131 - Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une nouvelle classification des contrats en tant que tels, mais d'une nouvelle méthode d'analyse de ceux-ci, basée sur une systématisation des prestations des parties (les éléments) et de la combinaison de celles-ci (les structures).

(150) Overstake, op. cit., p. 161-66, 255 ; cf. Gény, op. cit., t. III, p. 145.

(151) Toute prestation peut en soi être principale ou secondaire et compte tenu des innombrables possibilités de combinaison de premier et second degré, il est impossible d'établir un régime juridique supplétif pour tous les ensembles contractuels imaginables (cf. n° 83). La typologie de combinaisons possibles est d'ailleurs seulement illustrative et n'a pas en tant que telle d'incidence sur le régime juridique : v. ci-après.

(152) Bellay, loc. cit., p. 1055 (cf. la note 139).

2. Mise en œuvre

132 - La question du régime juridique d'un contrat se pose essentiellement (153) quand il y a un problème d'inexécution, selon le point de vue d'au moins une des parties. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, elles (ou le juge auquel elles feraient appel) cherchent du secours dans des règles supplétives, qui doivent donner des réponses à trois types de questions :

- Quels est le contenu et l'étendue des obligations de chacune des parties ? Qu'est-ce qu'elle doit faire, quand, où et comment ?
- Quelles sont les sanctions en cas d'inexécution ?
- Quels sont les moyens d'action et de défense des parties ?

133 - Ces règles supplétives sont celles relatives aux éléments dynamiques, spécifiées en fonction des éléments statiques qui leur servent de base, et complétées ou, au besoin, corrigées par les règles régissant les structures.

134 - Elles ne doivent pas être inventées de toutes pièces mais peuvent en premier lieu être déduites d'une lecture diagonale des règles applicables aux contrats nommés existants, analysés sur la base de la nouvelle grille en termes d'éléments et de structures. Par ailleurs, on peut utiliser les règles générales déduites de classifications classiques basées sur d'autres critères, qui contribuent également à caractériser un contrat (154).

135 - Il faut cependant que les différentes règles puissent être appliquées de manière harmonieuse. Cela résulte d'une part d'une certaine hiérarchie et des différents degrés de spécificité des variables, et d'autre part surtout naturellement du fait que, par le contenu spécifique de celles-ci, on évite les problèmes de délimitation entre les contrats tels qu'ils existent actuellement en raison du chevauchement partiel de leur contenu.

136 - Les règles existantes doivent le cas échéant être complétées en conformité avec celles-ci. Si cette approche fait ressortir des incohérences ou insuffisances du droit en vigueur, ce sera l'occasion d'y remédier. Mais en somme, ce sont moins les règles qui doivent changer que notre type d'analyse et notre mode d'établissement et d'application judicieuse des règles existantes, qui doivent être basées sur une perception et une conceptualisation différente de la réalité.

137 - Le cadre de la présente étude ne permet pas d'élaborer un régime juridique complet concernant les éléments et les structures. On essaiera uniquement d'indiquer, à travers des exemples, quelques points essentiels, qui permettront d'aller plus loin.

(153) Il se pose également en ce qui concerne le respect de règles impératives fixées pour un "type" de contrat défini légalement. Ce problème peut cependant être évité en spécifiant expressément, sans référence à un type de contrat, les conditions d'application de ces règles.

(154) V. par exemple Larroumet, *op. cit.*, p. 163 et sv.

3. Exemples relatifs aux éléments

138 - En premier lieu, il s'agit de bien distinguer les niveaux matériel et juridique, car de nombreuses règles sont liées à ce caractère de l'obligation : en effet, dans le domaine du fait, l'exécution du contrat implique toujours une certaine durée et doit nécessairement avoir lieu à un endroit concret, alors que dans le domaine juridique, l'exécution sera toujours instantanée et indépendante d'une localisation.

139 - Au niveau juridique, la détermination du moment exact, où le changement de la situation originale a lieu, est donc particulièrement important (155). En matière de transfert de propriété, les articles 1138 al. 2 (obligation de donner), 938 (donation), 1583 et 1486 (vente) disposent que non seulement la conclusion du contrat se fait *solo consensu*, mais également son exécution au niveau juridique, qui est censée avoir lieu au même moment. Cette solution est généralement étendue à toutes les opérations juridiques (156), et, encore qu'il n'en soit pas nécessairement ainsi (même en cas de transfert de propriété (157)), ceci peut valoir comme règle supplétive, à défaut de volonté contraire des parties.

140 - Au niveau matériel, la détermination du moment exact de la fin de l'exécution dépend du contenu concret de la prestation : dans une obligation de faire de type action pure, le contenu de l'obligation lui-même nécessite la détermination d'une durée, d'un terme ou d'une activité à accomplir (art. 1780 Code civil) (en cas de durée indéterminée, on peut s'inspirer des règles du contrat de travail pour la rupture unilatérale du lien contractuel) ; quand il s'agit d'une action appliquée à une chose, cela peut être le moment de la réception d'un ouvrage (voy. le contrat d'entreprise), de la restitution d'une chose (voy. le contrat de dépôt), etc. Similairement, la détermination du lieu d'exécution fait normalement partie intégrante du contenu contractuel, le lieu de délivrance ou de retraitement d'une chose (quand cela ne fait pas nécessairement partie du contenu, par exemple en cas de vente, de transformation d'un produit, etc.) découlant normalement de la détermination de la partie à qui cette obligation incombe (v. ci-après).

141 - La distinction des niveaux matériel et juridique se révèle utile encore dans le monde matériel puisque tout droit a trait soit à une personne en tant que telle, soit à son action, soit à une chose (ou à un ensemble de choses). Dans ce dernier cas, la nature exacte de la chose (immatérielle -matérielle, immobilière- mobilière, d'espèce ou de genre, concrète ou de nature monétaire) entraîne par la force des choses des

(155) Soit que le contrat se situe exclusivement au niveau juridique, soit que l'aspect juridique s'adjoit à un aspect matériel qui requiert une certaine durée (par exemple en matière de contrat d'entreprise).

(156) Ceci a eu pour effet d'opposer les accords qui créent des obligations (contrats) et celles qui les transfèrent ou éteignent (conventions), distinction qui résulte d'une confusion des étapes de conclusion et d'exécution des contrats : v. note (126) et Catala, op. cit., p. 76.

(157) Par ex. en cas de choses de genre, de choses futures, d'obligations alternatives, de clauses de réserve de propriété : cf. très clairement sur ce point De Page, op. cit., t. II, n° 442.

particularités dans les règles (158), mais celles-ci sont fondamentalement les mêmes en fonction de l'opération réalisée, indépendamment de la chose qui en forme l'objet (par exemple donner en jouissance (159)).

142 - Inversement, dès qu'une action matérielle a trait à une chose, le statut juridique de celle-ci doit être précisé, ainsi que les changements que cette action peut entraîner à ce niveau. La même action matérielle peut en effet avoir différentes significations juridiques : la remise d'une chose par exemple, peut être l'exécution d'un contrat de transport, d'entreprise, de dépôt, de vente etc. ; Mais les obligations de celui qui remet la chose, quoique nuancées par le statut de la chose et la portée de son acte, sont fondamentalement les mêmes dans toutes les hypothèses (par exemple veiller à l'intégrité de la chose, permettre à l'autre partie d'en prendre possession, etc.) (comp. en cas de garde (160)).

143 - Passant de l'étendue des obligations aux problèmes liés à leur exécution, les mêmes distinctions s'imposent. Ainsi, les obligations à contenu juridique et l'obligation de ne pas faire sont de résultat, alors que l'obligation de faire (avec ou sans chose) peut être de résultat ou de moyen (161). Par ailleurs, la notion de sous-contrat n'a de sens qu'en ce qui concerne les obligations de faire (162).

144 - L'exécution forcée en nature est toujours possible, sauf pour les prestations matérielles spécifiquement personnelles au débiteur (art. 1142 Code civil) (163) : en effet, un acte juridique accompli contrairement à une obligation de ne pas faire peut être déclaré inopposable, et le juge peut ordonner que son jugement tiendra lieu de l'acte juridique que le débiteur refuse indûment d'accomplir. Au niveau matériel, les obligations de livrer (ou de prendre livraison), de restituer, etc. souffrent également l'exécution forcée, l'art. 1143 Code civil

(158) Par exemple en matière de transfert des risques ; en principe, *res perit domino*, mais en matière de choses de genre *res perit debitori* ; les modalités de délivrance d'une chose varient évidemment avec son caractère mobilier, immobilier etc.

(159) Celui qui procure la jouissance doit délivrer la chose et assurer la jouissance (réparation, éviction, vices cachés), celui qui l'obtient doit en user suivant sa destination, l'entretenir et la restituer, qu'il s'agisse d'une chose immobilière (bail à loyer, bail à ferme, bail commercial), mobilière (bail à loyer) ou immatérielle (licence : v. R. Joliet, *Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français*, *R.T.D. Com. Econ.* 1982, p. 166 et sv.).

(160) Le gardien doit veiller à la conservation de la chose, ne pas s'en servir, et la restituer : cf. Grelon, op. cit., p. 50 et sv. ; J.H. Herbots, *De bewaargeving*, in : *Bijzondere overeenkomsten*, op. cit., p. 269 et sv.

(161) Flour, Aubert, op. cit., t. I, n° 49-50 ; cf. A. Planqueel, *Obligations de moyens, obligations de résultat* (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la preuve en cas d'inexécution), *R.T.D.Civ.* 1972, p. 334 et sv.

(162) Néret, op. cit., p. 36 et sv.

(163) V. W. Jeandidier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, *R.T.D.Civ.* 1976, p. 700 et sv. (701, 705) ; F. Derrida, v° *Obligations*, in *Encyclopédie Dalloz - Droit civil* (2ième éd.), n° 110 ; Cass. b., 5 janvier 1968, *Pas.* 1968, I, 567.

permet de détruire ce qui a été fait en contravention à une obligation de ne pas faire (164), et l'art. 1144 de faire exécuter soi-même, au dépens du débiteur, l'obligation non exécutée par ce dernier.

145 - En cas de nullité du contrat, une résolution *ex tunc* avec remise en état n'est possible qu'en ce qui concerne des choses, qui peuvent être restituées, alors que la résiliation *ex nunc* s'impose en cas de prestations pures.

146 - Dans ce contexte, l'obligation de payer une somme d'argent présente des spécificités (165) : il s'agit d'une obligation pécuniaire qui, en tant que dette de somme (et non de dette de valeur) (166), est sensible aux variations monétaires (art. 1895 Code civil) et constitue une obligation de résultat qui est toujours susceptible d'exécution forcée, donnant lieu généralement à des intérêts moratoires (art. 1153 Code civil). Elle suit en général le régime des choses de genre, de sorte que, par exemple, la force majeure n'est pas libératoire (articles 1147-1148 Code civil), et par le caractère parfaitement fongible de l'argent, elle se prête à l'extinction par compensation (articles 1251 Code civil).

147 - Indépendamment de la nature spécifique de chaque type d'obligation, il existe des devoirs généraux, comme l'exécution de bonne foi (articles 1134 al. 3 Code civil), l'interdiction d'abus de droit et les soins d'un bon père de famille (article 1137 Code civil).

4. Exemples relatifs aux structures

148 - Les règles relatives aux structures confèrent au contrat sa configuration individuelle et son unité, en intégrant dans un ensemble la situation réciproque spécifique des parties et les liens qui unissent leurs prestations, et en complétant par le contexte l'étendue des obligations respectives.

149 - En ce qui concerne les structures de premier degré, il faut établir des règles permettant de décider dans quelle mesure des prestations forment une unité, ou bien peuvent être scindées si cela ne résulte pas clairement de la volonté des parties, par exemple en cas d'inexécution d'une partie des prestations.

150 - On peut s'inspirer à cet égard en premier lieu des règles relatives aux obligations à objets multiples (conjonctives, alternatives (articles 1189 et sv. Code civil) (167). De manière générale, la

(164) S'il s'agit d'un acte irréversible, il se résoudra évidemment en dommages-intérêts.

(165) Carbonnier, op. cit., p. 18 ; G. Sousi, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *R.T.D.Civ.* 1982, p. 514 et sv.

(166) Cf. G. Pierre-François, *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie* (L.G.D.J., Paris 1975) ; R. Savatier, Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, *D.* 1972, chr., 1 et sv. ; J. Van Mullen, L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1978, p. 1 et sv.

(167) V. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé* (L.G.D.J., Paris, 1969), p. 212 : deux éléments peuvent être soumis, par exemple quant à la nullité, à un régime unique sans qu'il n'y ait pour autant qualification unique (cf.

cohérence entre les différentes prestations pourra résulter du fait qu'elles sont effectuées en faveur de la même personne, qu'elles ont trait à la même chose, qu'elles visent la réalisation d'un même objectif, qu'elles forment une unité économique, etc.

Par ailleurs, l'unité du régime juridique peut résulter de l'application de la règle *accessorium sequitur principale* (168).

151 - Pour les structures de second degré il faudra distinguer les contrats de type échangiste et de type synergique et différencier selon qu'ils sont bilatéraux ou multilatéraux.

152 - Dans les contrats bilatéraux de type échangiste, l'existence et la nature d'une contrepartie servent de critères d'appréciation de l'intensité et de la stabilité des liens entre les parties et leurs prestations. On peut alors recourir, par exemple, aux règles générales relatives aux contrats synallagmatiques (169) ou à titre gratuit (170).

153 - Les contrats multilatéraux de type échangiste posent en premier lieu un problème d'unité : qui est lié envers qui et responsable de quoi ? Dans quelle mesure les prestations des différentes parties sont-elles interdépendantes, causées l'une par l'autre, ou abstraites ? Les notions de groupe de contrats (171) et de sous-contrat (172) ont été proposées pour rendre compte des structures se situant entre les extrêmes d'une pluralité de contrats indépendants et d'un contrat unique et devront sans doute encore être approfondies. On pourrait s'inspirer dans ce domaine également des opérations triangulaires classiques (par exemple délégation, cession de créance, leasing, etc.) (173). On fera bien sûr aussi intervenir les règles relatives aux obligations à sujets multiples.

Terré, op. cit., n° 482). "Ce n'est que si les différents éléments étaient eux-mêmes atteints dans leur structure que l'indivisibilité retentirait sur la qualification de l'ensemble". Cf. J. Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, *R.T.D.Civ.*, 1950, p. 1 et sv. (2-9).

(168) V. Goubeaux, op. cit., p. 198 et sv. avec une analyse détaillée de la règle de l'accessoire et de son influence sur la qualification des contrats, où il ne parvient cependant pas à se dégager des cadres nommés. Plus loin (p. 497), il suggère par contre d'utiliser la règle "seulement au niveau de l'application concrète des différentes pièces du régime, sans remonter à la qualification globale". V. également infra.

(169) V. par exemple l'*exceptio non adimpleti contractus*, la condition résolutoire tacite (art. 1184 Code civil), la théorie des risques, la preuve (art. 1325-26).

(170) Par exemple régime différent en ce qui concerne les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs (article 900 : réputées non écrites, alors que l'article 1172 les déclare nulles, ainsi que toute la convention qui en dépend) ; appréciation moins sévère de l'obligation de garantie et de la responsabilité en cas de gratuité qu'en cas d'exonérosité : articles 1927, 1928, 2° (dépôt), 1992 (mandat) : les contrats à titre gratuit étant toujours *intuitu personae*, les règles spécifiques à ces derniers leur sont également applicables (v. infra) ; l'action paulienne est simplifiée.

(171) Teyssié, op. cit.

(172) Néret, op. cit.

(173) V. de manière générale Dirix, loc. cit.

154 - En ce qui concerne les contrats multilatéraux de type synergique, il faut régler les problèmes suivants : quels sont les moyens à mettre en commun et les apports à faire, comment partager les résultats (positifs ou négatifs) de l'activité commune, comment régler les points non prévus au départ (par accord unanime ou par décision majoritaire), quelle est la position hiérarchique des parties entre elles, comment organiser la gestion interne et la représentation externe, etc. ? Les réponses à ces questions peuvent être puisées dans le droit des sociétés, associations et groupements.

155 - Les contrats bilatéraux de type synergique sont fondamentalement régis par les mêmes règles, avec des aménagements découlant par la force des choses de la structure bilatérale. Celle-ci les rapproche des contrats bilatéraux de type échangiste, mais leur nature particulière implique notamment un renforcement du devoir d'information et de coopération, et leur cause est formée par le but commun, critère d'appréciation des droits et devoirs respectifs des parties.

156 - On pourra faire intervenir comme correctif dans toutes ces hypothèses le niveau d'équivalence ou de déséquilibre des prestations des parties (voy. par exemple la lésion) ou du partage des résultats de leurs activités (voy. par exemple la société léonine).

157 - Enfin, il faudra tenir compte de manière générale de la situation respective des parties : leur qualité, fonction, qualification professionnelle, situation hiérarchique respective, etc. jouent un rôle important dans l'appréciation des soins à apporter lors de l'exécution du contrat, des renseignements à fournir lors de sa conclusion, ou du caractère *intuitu personae* de la convention (qui empêche, par exemple, le remplacement d'un associé dans une société de personnes, ou du débiteur d'un travail qualifié, ou qui permet d'annuler un contrat pour erreur sur la personne).

CONCLUSION

158 - Les suggestions faites sont-elles réalisables en droit positif sans nécessiter une intervention législative ou un revirement jurisprudentiel marqué ?

159 - On peut répondre sans hésitation de manière affirmative à cette question. Comme il a été montré (voy. ci-avant), le nouveau mode d'établissement du régime juridique des contrats ne requiert en principe pas un changement des règles de fond, mais de nos méthodes d'analyse et de raisonnement. L'application de multiples règles qui se complètent et se corrigent sans chevauchement parce qu'elles ont un champ d'application spécifique se justifie d'autant plus facilement que l'application cumulative de plusieurs régimes juridiques nommés différents à un même contrat mixte a été acceptée (174).

(174) V. par ex. en France : Cass. civ. 30 octobre 1950, *D.*, 1950, jur., 753, note R. Lenoan ; Cass. civ. 16 mars 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18.913, note Th. Hassler (G. Cornu, *R.T.D.C.*, 1977, p. 785 remarque que l'arrêt confirme une vérité première) ; Cass. com. 23 janvier 1978, *J.C.P.*, 1978, IV, 103 ; Grelon, op. cit., p. 284 à propos des contrats d'ingénierie et d'hôtellerie.

160 - Même dans les limites de la théorie traditionnelle, la possibilité de cette nouvelle approche a d'ailleurs été entrevue (175), mais sa complexité soulèvera probablement la question de sa praticabilité (176). Ce problème est sûrement plus apparent que réel ; et même s'il n'en était pas ainsi, "*quel avantage trouverait-on à faire violence aux faits et à la nature des choses, pour faire subir à tous les contrats à éléments multiples un régime insuffisant par sa simplicité ?*" (177).

161 - Les impératifs de la justice et de la sécurité juridique requièrent une adaptation, des méthodes tout autant que des règles de fond, à l'évolution de la société. Comment dès lors justifier d'aborder encore les réalités complexes de la vie moderne avec l'outillage intellectuel du temps de Napoléon, sinon du droit romain ?

162 - La présente ébauche d'une systématisation nouvelle des contrats de droit privé essaye de fournir les lignes directrices de cette approche méthodologique nouvelle, qui peut également contribuer à une théorie générale des contrats en ce qui concerne les règles de fond.

163 - Mais, si la direction a été indiquée, le but n'en est pas pour autant déjà atteint. Le cadre du présent travail lui impose forcément un caractère incomplet, indiquant le besoin de recherches ultérieures. Par ailleurs, il reste de nombreuses lacunes, où même une analyse attentive du droit existant ne fournit pas de solution claire, par exemple en matière de structures multilatérales et multicontractuelles, en matière de contrats de type synergique, en matière de contrats de services, etc.

164 - Conscient de l'état d'inachèvement et des imperfections qui persistent, la justification ultime de la recherche entreprise peut être trouvée dans ces phrases de F. Gény à propos de la classification de M. Planiol : "*Le malheur est que ces nouvelles catégories manquent de règles précises, par cela même qu'elles déforment à plaisir tout le jeu, essentiellement concret, des conventions organisées par la loi. Peut-être une habile généralisation des règles de nos contrats nommés corrigerait-elle, en partie, cette défaillance. Le travail reste à faire ; et il vaudrait d'être tenté*" (178).

(175) En Belgique : Comp. Brux. 25 septembre 1972, *J.C.B.*, 1973, 263 ; cf. Goubeaux, op. cit., p. 498 : "Admettre que la qualification double subsiste bien que la règle quantitative de l'accessoire soit parfois appelée à modifier, sur certains points, le régime applicable, serait reporter un peu plus loin les limites de l'élasticité des catégories. Ce serait, en somme, *ébaucher un régime juridique original*, prélude à la reconnaissance d'une catégorie nouvelle".

(176) V. déjà Goubeaux, op. cit., p. 495 à propos des contrats mixtes.

(177) M. Planiol, note sous Cass. civ., 18 octobre 1911, *D.P.* 1912, I, p. 113. V. de manière générale, J. Dabin, *Théorie générale du droit*, (Nouv. éd.) (Daloz, Paris, 1969), n° 260 et s.

(178) Gény, op. cit., t. III, p. 145.

DE L'ARTICLE 1144 DU CODE CIVIL

Par

Elie Joseph LOKO-BALOSSA

Maître-assistant à la Faculté de Droit de Brazzaville.

La vocation de toute obligation est, de par sa définition, d'être exécutée de la manière exacte dont elle a été contractée. Les principes élémentaires du droit des contrats confirment, s'il en était besoin, cette vérité première (1). Il convient de rappeler, en particulier, les articles 1134 ("Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites") et 1243 du Code civil ("Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande") De son côté, l'article 1144 limite l'article 1142 (2) en disposant : "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur". L'article 1144 du Code civil vise des cas dans lesquels le créancier peut obtenir l'exécution en nature de la prestation dès lors qu'il peut se passer de l'intervention personnelle du débiteur (3). L'exécution en nature de l'obligation doit encore présenter un intérêt pour le créancier ; une exécution tardive peut être sans intérêt pour le créancier, lorsqu'il s'agit d'une chose à faire dans un délai déterminé, c'est le cas de l'entrepreneur qui n'a pas achevé à temps la construction d'un pavillon destiné à une exposition. Ensuite, l'exécution doit être possible par d'autres que le débiteur lui-même ; par exemple, le locataire se fera autoriser à exécuter au compte du bailleur les réparations que celui-ci a promises et qu'il refuse de faire (4). L'article 1144 du Code civil établit cependant un lien entre la défaillance du premier débiteur et le recours à un autre cocontractant.

Les procédés de substitution allient donc avec élégance satisfaction du créancier et intangibilité du refus opposé par le débiteur

(1) Philippe Simler, Contrats et obligations, Juris-classeur civil, 1983, n° 101, p. 21 .

(2) Alex Weill, François Terré, Droit civil, Les obligations, Dalloz, quatrième édition, 1986, n° 832, p. 849.

(3) Alex Weill, François Terré, Droit civil, Les Obligations, Dalloz, troisième édition, 1980, n° 832, p. 922 .

(4) Trib. civ. Seine, 4 déc. 1939, D.H. 1940,60.

(5). Aussi leur essor ne saurait étonner : la meilleure preuve en est l'importance de la faculté de remplacement en droit commercial où, pour les besoins de la cause, les techniques du droit civil ont été considérablement assouplies (6).

Mais une telle suppression du conflit entre la force obligatoire du contrat et la liberté du débiteur n'est pas universellement possible, et il existe des cas où le créancier désire l'exécution par le débiteur, et par lui seul. Il est évidemment trop facile de sacrifier les intérêts du créancier sur l'autel de la liberté individuelle sous prétexte que l'exécution forcée est source de scandale. Mais il est aussi évident que des violences, physiques comme morales, peuvent être inadmissibles et doivent alors être rejetées. Ce débat ne peut être éludé ; il faudra que le juge décide s'il ordonne l'exécution forcée ou s'il la refuse, ou encore s'il ordonne la substitution du débiteur défaillant, et l'on conçoit peut être son embarras au moment de trancher.

Au fil du temps, les solutions ont varié. Après s'être tardivement imposé en droit romain, l'exécution en nature subit une longue éclipse au Moyen Age et, au XVI^e siècle, le président du Sénat de Savoie, Antoine Fabre, formulait dans le fameux brocard "*Nemo praecise potest, cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio ejus quod interest*" (7). Mais cette négation absolue de l'exécution en nature, due à une analyse discutable du Digeste par les glossateurs, s'avéra vite embarrassante, et l'on s'efforça d'en limiter les applications, si bien qu'à la fin de la monarchie, l'état de l'ancien droit pouvait se résumer ainsi : le fait promis est "*in obligatione*" ; toutes les obligations de faire et de ne pas faire doivent être exécutées en nature.

L'interprétation de l'article 1144 pris à la lettre, paraît opposer un obstacle à toute contrainte, quelle qu'elle soit. Ni le poids moral de la parole donnée, ni les besoins de sécurité juridique ne pourraient prévaloir contre la liberté individuelle.

Mais une rupture aussi totale avec les principes adoptés à la fin de l'Ancien régime serait surprenante. Il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code civil aient pu sereinement envisager un tel affaiblissement de la force obligatoire du contrat par les cocontractants en autorisant le créancier, en cas, d'inexécution, à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Ainsi existe-t-il une autre analyse qui fait de l'article 1144 une protection relative tenant aux moyens. Le Code n'a pas banni, sans distinction, la pression sur le débiteur ; seuls sont interdits les procédés d'exécution brutaux, impliquant une atteinte inadmissible à la personne humaine. En revanche, la contrainte indirecte ne suscite pas la même réprobation, et

(5) Wilfrid Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. trim. dr. civ., 1976, p. 702.

(6) Martin de la Moutte, Les sanctions de l'obligation de délivrance, in La vente commerciale de marchandises, 1951, p. 187 et s.

(7) Adage que l'on peut approximativement traduire ainsi : personne ne peut être contraint à accomplir un fait, parce que cela ne peut se réaliser sans violence ni pression, et pour cette raison, le paiement de la valeur de ce qui est dû remplace l'obligation de faire. cf Wilfrid Jeandidier, art. précité, n° 4.

il est légitime d'y recourir, sous peine de ruiner le principe du respect de la parole donnée. L'exécution forcée en nature n'est exclue que si la contrainte directe exercée sur la personne du débiteur, contrainte qui est en effet moralement et socialement inacceptable, apparaît comme le seul procédé à la disposition du créancier. En d'autres termes, le seul objectif de l'article 1144 du Code Civil, qui détermine du même coup les limites de sa portée, est de donner l'autorisation au créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, et d'interdire l'exercice de la violence sur la personne même du débiteur (8).

Cette perception de la portée de l'article 1144 était d'ailleurs celle qu'avaient exprimée les rédacteur du Code civil, qui l'avaient eux-mêmes empruntée à Pothier (9). Il reste alors à établir les frontières du champ d'application du principe formulé à l'article 1144 et à préciser les moyens mis en oeuvre pour obtenir, directement ou indirectement, l'exécution en nature de l'obligation aux dépens du débiteur.

I - LES CONDITIONS OBJECTIVES DE MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 1144 DU CODE CIVIL

L'article 1144 du Code civil prévoit que le créancier peut "en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur", ce qui suppose que l'obligation ne comporte pas d'intuitus personae (10). Le créancier n'est pas tenu de se contenter de dommages-intérêts si le débiteur refuse d'exécuter son obligation. Le créancier peut, dans toute la mesure du possible, s'efforcer d'obtenir l'exécution en nature, l'exécution exacte de l'obligation en la faisant exécuter par un tiers (11). Mais, avant d'obtenir la substitution du débiteur défaillant prévu par l'article 1144 et de requérir du juge l'autorisation d'y procéder, le créancier doit, conformément au droit commun, et sauf urgence justifiée (12), mettre le débiteur en demeure de s'exécuter (13).

A - LES CONDITIONS RELATIVES AUX PRESTATIONS

Lorsqu'un débiteur n'exécute pas son obligation volontairement, la solution qui vient naturellement à l'esprit consiste à le contraindre. Il serait inadmissible qu'il puisse se soustraire à son obligation, quitte à payer un dédommagement. Celui-ci ne doit être qu'un pis-aller, lorsqu'il n'est pas possible de donner satisfaction directe au créancier (14). Donc ce qui constitue le principe, c'est que le

(8) Weill et Terré, Les obligations, n° 831 ; Marty et Raynaud, Les obligations, n° 663 et s.

(9) Wilfrid Jeandidier, art. précité n° 7.

(10) Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Droit civil, Les obligations, 1ère éd. 1985, n° 638, p. 453.

(11) Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, Droit civil, Obligations, 2e éd. 1986, n° 1354, p. 474 et s.

(12) cf. infra, La mise en demeure du débiteur.

(13) Cass. civ. 29 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 642.

(14) A. Weill et F. Terré, Droit civil, Les obligations, 3e éd., n° 829, p. 918.

créancier a droit à l'exécution directe, à l'exécution en nature de la prestation. Mais une telle exécution en nature est-elle toujours possible ? Grâce à quels procédés le créancier peut-il l'obtenir ? En cas d'inexécution de l'obligation, l'article 1144 du Code civil précise : "Le créancier peut aussi... être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur". Dans ces conditions, l'exécution en nature de la prestation doit encore présenter un intérêt pour le créancier, ensuite l'exécution doit être possible par d'autres que le débiteur lui-même.

1) Le droit du créancier à l'exécution en nature de la prestation

Le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire a comme tout créancier contractuel ou délictuel, le droit d'obtenir une exécution en nature de l'obligation (15). L'article 1144 du Code civil permet au créancier d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation dès lors qu'il peut se passer de l'intervention personnelle du débiteur. L'exécution en nature doit encore présenter un intérêt pour le créancier ; une exécution tardive peut être sans intérêt pour le créancier, lorsqu'il s'agit d'une chose à faire dans un délai déterminé (16). C'est le cas de l'entrepreneur qui n'achève pas à temps la construction d'un pavillon destiné à une exposition. Souvent dans les faits l'exécution en nature d'une obligation de faire sera difficile à obtenir (17), mais il faut se garder d'en conclure que les obligations de faire ne peuvent pas s'exécuter directement. Juridiquement, il n'y a aucune différence, sous ce rapport, entre l'obligation de faire et de donner car toute obligation doit être remplie telle qu'elle a été contractée, cela est de l'essence de l'obligation. De plus, les articles 1143 et 1144 viennent démontrer que l'article 1142 du Code civil n'est pas un principe juridique général. S'il s'agit d'une obligation de ne pas faire l'article 1143 donne au créancier le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit : c'est bien là une exécution directe de l'obligation de ne pas faire; De même l'article 1144, se plaçant dans le cadre d'une obligation de faire déclare que le créancier peut aussi être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur : il s'agit bien là de l'exécution en nature d'une obligation de faire.

Une obligation de faire à un caractère personnel quand le fait à accomplir met en jeu les qualités strictement individuelles du débiteur : un artiste peintre, qui s'est engagé à faire un portrait, ne peut être condamné à l'achever, mais à verser des dommages et intérêts. L'exécution en nature n'est pas possible lorsqu'il s'agit d'une obligation dont l'exécution ne peut être faite que par le débiteur lui-même, en ce sens que l'on a traité avec lui *intuitu personae* et que

(15) Mazeaud, François Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 6e éd., tome III, n° 2308, p. 624.

(16) Alex Weill, François Terré, *Droit civil, Les obligations*, 3e éd. n° 832, p. 922.

(17) Jean François Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux* L.G.D.J., 1969, p. 78.

l'exécution implique sa propre intervention : c'est un artiste lié par un engagement théâtral. On est dans de tels cas dans le cadre de l'adage "Nemo praecise cogi potest ad factum", le créancier devra se contenter de dommages-intérêts (18). L'article 1144 du Code civil vise les obligations de faire qui ne présentent pas un caractère personnel, il en est ainsi, de l'obligation à la charge du propriétaire de faire des réparations sur l'immeuble loué. De telles obligations sont en dehors de l'empire de l'article 1142 et susceptibles d'une exécution en nature : le créancier n'aura pas à se contenter d'un équivalent pécuniaire.

Le créancier a droit à l'exécution en nature de l'obligation parce que cette exécution seule efface réellement le préjudice. La Cour d'appel d'Orléans (19) précise en outre : "Attendu que, aux termes de l'article 1142 du Code civil, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois qu'il y a possibilité de l'imposer". Le créancier n'est pas tenu de se contenter de dommages intérêts si le débiteur refuse d'exécuter son engagement. L'article 1144 traduit concrètement ce droit du créancier : "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur". C'est dire que l'inexécution est juridiquement sanctionnée : le créancier peut, dans toute la mesure du possible, s'efforcer d'obtenir l'exécution en nature, l'exécution exacte de l'obligation aux dépens du débiteur défaillant. Seule une telle exécution répond à l'idée que la convention fait la loi des parties.

2) L'exécution de la prestation aux dépens du débiteur

Le créancier a le droit d'exiger l'exécution en nature de l'obligation. Pour de très nombreuses prestations constitutives d'obligations de faire, le créancier compte essentiellement obtenir un certain résultat. Pour invoquer l'article 1144 du Code civil, l'exécution en nature doit encore présenter un intérêt pour le créancier, ensuite l'exécution doit être possible par d'autres que le débiteur lui-même ; par exemple, le locataire se fera autoriser à exécuter au compte du bailleur les réparations que celui-ci a promises et qu'il refuse de faire (20). L'article 1144 du Code civil vise précisément des cas dans lesquels l'exécution en nature de la prestation, ne se heurtant à aucun obstacle, peut être obtenue par le créancier. Il peut être autorisé à faire exécuter l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur (21) (art. 1144), si la considération de la personne de celui-ci n'était pas essentielle. Ainsi en matière de vente à livrer, le procédé du remplacement est courant l'acheteur qui n'a pas obtenu livraison se procure sur le marché la chose due et se fait rembourser le prix d'achat par le vendeur défaillant (22)."

(18) Civ. 4 juin 1924, D.P. 1924, I, 136 ; S. 1925, 97, note Hugueny.

(19) Orléans, 18 oct. 1927. Gaz. Pal. 1927-II-974.

(20) Trib. civ. Seine, 4 déc. 1939, D.H. 1940. 60.

(21) Req. 14 mars 1899, 99-I-445.

(22) Aubry et Rau, IV, § 299, p. 43.

Mais, l'article 1144 ne saurait recevoir application quand l'obligation à un caractère si personnel qu'elle ne saurait être exécutée par un tiers (23). Il faut cependant souligner que, lorsque l'article 1144 du Code civil reçoit application, si le créancier obtient en nature la prestation qu'il attendait, le débiteur n'y pas été contraint directement ; pour celui-ci, l'obligation n'a toujours abouti qu'à une exécution par équivalent, se résolvant en définitive dans le versement de la somme nécessaire à l'exécution de l'obligation par un tiers et éventuellement à des dommages-intérêts supplémentaires ; il y aura donc eu réparation en nature plutôt qu'exécution en nature (24). Et encore, le débiteur sera-t-il soustrait à cette réparation, s'il est insolvable ; mais le créancier aura pu au moins obtenir la satisfaction qu'il attendait, fût-ce ses frais, ce qu'une application littérale de l'article 1142 n'eût pas permis.

Les procédés de substitution allient donc avec élégance satisfaction du créancier et intangibilité du refus opposé par le débiteur (25). Aussi leur essor ne saurait étonner : la meilleure preuve en est l'importance de la faculté de remplacement en droit commercial où, pour les besoins de la cause, les techniques du droit civil ont été considérablement assouplies (26). Ainsi, lorsque l'obligation de livrer porte sur des choses de genre non individualisées, les tribunaux permettent aux créanciers de "se remplacer", c'est-à-dire d'acheter aux frais du débiteur, les chose de genre non livrées ; sans doute y a-t-il là le plus souvent simple application de l'article 1144 ; en matière commerciale, où les marchés-doivent être exécutés ponctuellement. La faculté de remplaceant peut s'exercer sans autorisation de justice préalable, quelle que soit la nature de la vente, pourvu qu'elle soit commerciale (27). Le créancier doit au préalable établir l'inexécution de l'obligation de délivrance, qu'il s'agisse d'un retard ou d'un défaut de conformité, sans qu'il soit nécessaire de l'avertir de l'intention de se remplacer, il doit mettre le débiteur en demeure de livrer (28), à moins que ce dernier l'ait prévenu de sa défaillance (29). Le créancier peut alors, pour le compte du débiteur défaillant, acquérir chez un tiers des marchandises de quantité et de qualité identiques à celles qui avaient été promises ; mais un faible écart qualificatif n'empêcherait pas le remplacement, qu'il s'agisse d'une faible infériorité ou d'un excédent minime. Le créancier doit le faire, à peine de se faire réduire les dommages-intérêts que le vendeur lui versera, à la date la plus proche du jour où la défaillance du vendeur a été constatée et aux cours les

(23) Soc 14 juin 1961, D. 1962. Somm. 26 ; Trib. gde inst. Paris, 3 oct. 1968, D. 1969.Somm. 9.

(24) Fernand Derrida, Obligations, Encyclopédie Dalloz 1978, n° 118, p. 8.

(25) Wilfrid Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev.trim. dr. civ., 1976, p. 702.

(26) Martin de la Moutte, Les sanctions de l'obligation de délivrance, in la vente commerciale de marchandises, 1951, p. 187 et s.

(27) Philippe Malaurie, Ventes commerciales Encyclopédie Dalloz, droit commercial, 2° éd. 1974, n° 338, p. 23.

(28) La mise en demeure du débiteur défaillant, cf infra.

(29) Req. 6 janv. 1869, D.P. 69-I-207 ; 7 fév. 1924, Rec. Douai. 1924, 92 ; Rennes, 11 déc. 1931. Rennes 1932.

moins onéreux : en d'autres termes, le remplacement doit être exercé de façon opportune.

Par l'effet de ce remplacement, le créancier obtient d'une part, le droit de refuser une livraison tardive et, d'autre part, de se faire rembourser de tous les frais de son remplacement, en prouvant qu'il a réellement procédé au remplacement de la marchandise ; ces frais comprennent tout d'abord le remboursement du prix qui avait été stipulé, quand bien même le remplacement eût été fait à prix inférieur, la différence étant versée à l'acquéreur à titre de dommages-intérêts ; et, d'autre part, si le remplacement a été fait à un cours supérieur et à un moment opportun, la différence entre le prix convenu et le cours du remplacement ; le créancier n'ayant pas un choix libre pour déterminer ce cours, il y a controverse pour savoir, au cas de variation de cours, quel jour doit être retenu ; certains arrêts prennent le cours du jour fixé pour la livraison (30) ; selon une autre opinion, c'est le jour de la mise en demeure (31) ; dans un troisième système, il convient de retenir le jour de l'assignation (32) ; de toute façon, les juges du fond ont en cette matière un pouvoir souverain (33) et le débiteur doit restituer au créancier les intérêts du prix de vente qui ont couru depuis le jour du paiement jusqu'à la liquidation complète du remplacement (34).

En définitive, si l'article 1144 offre la possibilité au créancier de faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, dans certaines circonstances, le créancier doit mettre le débiteur défaillant en demeure de s'exécuter.

B - LA PROCEDURE APPLICABLE

La satisfaction du créancier est d'obtenir l'exécution de la prestation (35). Le débiteur doit exécuter son obligation à l'époque et de la manière convenues (36). S'il tarde à le faire, il se trouve, sous certaines conditions, en demeure et cet état de demeure entraîne diverses conséquences à son détriment. En outre, s'il persiste dans son refus d'exécuter, la loi donne au créancier le droit et les moyens d'en exiger l'accomplissement. Le créancier doit conformément au droit commun, et sauf urgence justifiée, mettre le débiteur en demeure de s'exécuter avant d'être autorisé par justice à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (art. 1144). La mise en demeure est exigée pour les obligations de donner et de faire, à l'exception cependant d'un certain nombre d'hypothèses où, en raison de la nature

(30) Req. 4 juill. 1982, D.P. 82.I.353 ; Civ. 4 avr. 1922, Gaz. Pal.1922-II-112.

(31) Req. 31 déc. 1900, D.P. 1901-I-135 ; Ripert par Roblot, n° 2536.

(32) Trib. com. Le Havre, 1er déc. 1924, Gaz. Pal. 1925-I-247.

(33) Civ.4 avr.1922, préc.

(34) Req. 8 juill. 1925, Gaz. Pal. 1925 -II-606.

(35) J.C. Noog, La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit, Thèse, Paris, 1971, préf. Perrot, cité par F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, Obligations, n° 96.

(36) Planiol et Ripert, Droit civil, tome VII, 1954, n° 770.

de l'obligation, de la décision de la loi ou de la volonté des parties elles-mêmes, l'exigence de la mise en demeure est écartée (37).

1) Le principe : la mise en demeure du débiteur d'exécuter son obligation

En pratique, toute inexécution d'une obligation n'engage la responsabilité du débiteur que si elle a été formellement constatée au moyen d'une mise en demeure. La mise en demeure est la manifestation de volonté du créancier qui exige l'exécution des prestations qui lui sont dues. Elle est donc destinée à faire constater officiellement que le débiteur est en retard quant à l'exécution de ses obligations. Le créancier doit, au préalable, procéder, en principe à une mise en demeure de son débiteur, même s'il est autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (art. 1144). Les auteurs, Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer (38) et en particulier Philippe Simler (39) estiment qu'avant de mettre en oeuvre la faculté de remplacement prévue à l'article 1144 du Code civil et de requérir en outre l'autorisation d'y procéder, le créancier doit conformément au droit commun, et sauf urgence justifiée, mettre le débiteur en demeure de s'exécuter. La Cour de cassation conformément au droit commun dans l'affaire Jarre contre consorts Jaume (40) rappelle également au créancier de mettre le débiteur en demeure de s'exécuter. En effet la Cour de cassation précise : "Mais attendu, d'abord, que le créancier ne peut, en cas d'inexécution, prétendre au remboursement des dépenses qu'il a faites à la place de son débiteur, s'il n'a préalablement obtenu l'autorisation d'y procéder.

Attendu que l'arrêt constate que Jarre n'a jamais réclamé aux frères Jaumes l'exécution d'une quelconque obligation d'entretien, et les a encore moins mis en demeure d'effectuer les travaux ; que ceux-ci ont été réalisés par Jarre dans le seul but d'avoir des récoltes d'herbe plus favorables que celles qu'il avait achetées".

La demeure (du latin, *mora*), est le nom que prend le retard du débiteur lorsqu'il est de nature à engager la responsabilité de ce dernier ; et la mise en demeure est l'acte par lequel un créancier, en invitant solennellement le débiteur à acquitter sa dette, affirme sa volonté de n'en pas attendre plus longtemps le règlement (41). En effet, tout retard dans l'exécution d'une obligation n'est pas nécessairement une "demeure" au sens technique du terme ; il faut, pour qu'il en soit ainsi, et en règle générale tout au moins, que le créancier ait adressé au débiteur un acte lui dénonçant sa volonté d'obtenir l'exécution de

(37) Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil, Obligations* 2e éd. 1986, p. 464, n° 1324.

(38) Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil, Obligations*, 2e éd. 1986, p. 464, n° 1324 et s.

(39) Philippe Simler, *Contrats et obligations, Juris-classeur civil* 1983, n° 133, p. 26 et n° 136, p. 27.

(40) 29 nov. 1972, *Bull. civ.III*, n° 642, p. 473.

(41) Dominique Allix, *Réflexions sur la mise en demeure*, *J.C.P.*, 1977-II-844, n° 6.

l'obligation, même s'il est autorisé par l'article 1144 du Code civil à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

L'objectif escompté au moment de la conclusion du contrat, est l'exécution volontaire des obligations contractuelles par les parties. Mais les chances de l'obtenir sont d'autant plus grandes que le créancier a à sa disposition des moyens de contraintes efficace qui lui permettent d'obtenir l'exécution de la prestation. L'existence de ces moyens constitue donc le gage d'une bonne fluidité du commerce juridique. Il reste cependant, que le créancier est parfois contraint réellement de mettre en oeuvre ces moyens. Or, ceux-ci ne peuvent être les mêmes, ou du moins leur efficacité n'est identique, selon la nature de l'obligation. C'est à propos des obligations de donner que le Code civil détermine, en ce qui le concerne, les conditions auxquelles le créancier met le débiteur en demeure d'exécuter son obligation. L'article 1139 du Code civil dispose à cet égard : "Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance de terme, le débiteur sera tenu en demeure". En raison des impératifs de simplicité et de rapidité qui caractérisent les relations commerciales, la pratique commerciale, approuvée par les tribunaux, admet un remplacement extrajudiciaire permettant au commerçant, qui attend une livraison et qui, de ce fait, est lui-même empêché de remplir ses engagements envers ses clients, de se procurer les marchandises auprès d'un autre fournisseur, sans avoir recours préalablement à une autorisation, après mise en demeure ou après la date fixée pour la livraison (42).

Le Code civil contient également des dispositions favorables au débiteur. Le juge peut lui accorder des délais de grâce (43). Les dispositions de l'article 1139 du Code civil sont précisément l'une des nombreuses manifestations de cette bienveillance. Jusqu'à preuve du contraire, le débiteur est censé bénéficier d'une prorogation tacite, d'échéance et la mise en demeure est le moyen donné au créancier de fixer un terme définitif à partir duquel le débiteur, à qui n'est plus accordé aucun répit, devra répondre de l'inexécution de son obligation dans les conditions prévues par la loi.

Les exigences de l'article 1139 du Code civil ne sont nullement incompatibles avec le consensualisme auquel de prime abord, elles dérogent. Dans un régime où l'on est lié sans formes, l'on passe insensiblement de la conclusion du contrat à son inexécution. Or, tel débiteur qui se savait engagé (44), mais croyait pouvoir compter cependant quelques temps sur la compréhension et la tolérance de son créancier, sera fort surpris d'apprendre, un jour, que le retard apporté à l'exécution de son obligation était préjudiciable, ou bien encore qu'il n'est plus temps, alors que son créancier n'avait jusque-là, manifesté aucune impatience. Ce débiteur serait particulièrement fondé, en pareilles circonstances, à se plaindre de ce que le créancier, ne lui a

(42) Philippe Simler, art. cité, n° 136, p. 27.

(43) C. civ., art. 1244.

(44) J-L. Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation, L.G.D. J., 1970, n° 369.

laissé aucune chance de s'exécuter, qu'il le met, en un mot, devant le fait accompli et qu'il manque de ce fait, à la bonne foi due à l'exécution du contrat. Demogue parlait d'une collaboration nécessaire entre les contractants (45) : fût-elle antagoniste, une telle collaboration suppose, bien évidemment l'information du débiteur, A cette condition essentielle, le débiteur, dûment averti que son créancier ne lui accorde plus aucun répit, répondra des conséquences de l'inexécution de son obligation.

Le critère de la nature de l'inexécution paraît propre à dissiper les incertitudes. C'est à Esmein qu'il revient le mérite d'en avoir posé les premiers jalons (46). L'inexécution n'est un fait accompli et constant qu'à la condition de rendre impossible de s'en tenir à la nature de l'inexécution. Des arrêts ont ainsi déclaré la mise en demeure inutile en présence d'une inexécution accomplie et constante (47). Personne ne doute, en effet qu'une mise en demeure soit sans objet lorsqu'il est certain que le débiteur n'exécutera pas et que l'obligation se résoudra nécessairement en dommages et intérêts. La mise en demeure est une sommation d'exécuter. Elle suppose, par définition, que l'exécution de l'obligation soit encore possible. La mise en demeure se conçoit, en revanche, tant que l'exécution de l'obligation n'est pas irrémédiablement compromise. Fondé à se prévaloir d'une prorogation tacite d'échéance, le débiteur ne saurait se voir imputer l'inexécution de son obligation. La mise en demeure vient précisément fixer un terme à l'issue duquel le débiteur devient responsable des conséquences de son retard. Cette règle comporte cependant certaines exceptions, y échappent radicalement, en particulier, les obligations de ne pas faire, pour lesquelles la notion de demeure n'a guère de sens : s'il y a contravention à une obligation de ne pas faire, il ne sert à rien de mettre en demeure d'exécuter (48). Cette spécificité résulte de l'article 1145 qui dispose : "Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention". Au contraire, la mise en demeure est exigée pour les obligations de donner et de faire, à l'exception cependant d'un certain nombre d'hypothèses où, en raison de la nature de l'obligation, de la décision de la loi ou de la volonté des parties elles-mêmes, l'exigence de la mise en demeure est écartée.

2) La dispense exceptionnelle du créancier de toute mise en demeure

Le créancier sauf urgence justifiée (49), doit au préalable conformément au droit commun, mettre le débiteur en demeure de s'exécuter, même s'il est autorisé par l'article 1144 du Code civil à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (50). Mais, la

(45) Demogue, *Traité des obligations*, 1931.T. VI, p. 273 et s.

(46) Civ. 31 juillet 1946, J.C.P. 1947-II-3809, note Esmein. Com. 4.

(47) juillet 1955, Bull. III, n° 199.

(48) Philippe Simler, art. précité, n° 91, p. 20.

(49) Michel Vasseur, *Urgence et droit civil*, Rev. trim. dr. civ. 1954, 420, n° 11.

(50) Boris Starck, Henri, Roland, Laurent Boyer, op. cit., n° 1324, p. 464.

convention peut déroger à l'exigence de la mise en demeure du débiteur. L'article 1139 du Code civil autorise expressément les parties à stipuler que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme (51). Toutefois, les procédés visés par l'article 1139 n'étant pas d'ordre public (52), il est toujours loisible aux contractants de régler conventionnellement les conditions de forme de la mise en demeure et de stipuler, par exemple, qu'une lettre recommandée, un télégramme, une lettre missive ordinaire, voire même une interpellation verbale, pourra constituer le débiteur en demeure ; sauf au créancier, dans tous ces cas, à prouver éventuellement l'existence et le contenu de ces divers actes, s'il prétend invoquer la demeure du débiteur pour en tirer des conséquences à son profit. Sans doute, l'article 1139 ne fait pas directement allusion à la faculté de simplifier conventionnellement les règles de forme de la mise en demeure, mais cette solution découle à fortiori, du fait qu'il est loisible aux parties de décider que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme.

Cette dérogation au droit commun peut même être tacite, sauf au créancier, en cas de contestation sur ce point, à faire la preuve de la convention l'autorisant à utiliser un procédé plus simple que ceux prévus par la loi. Une telle dérogation tacite peut notamment résulter des usages ; c'est du reste la raison pour laquelle, en matière commerciale et indépendamment de toute clause formelle, la mise en demeure, quand elle est exigée, se fait généralement au moyen d'une lettre recommandée. On pourrait même se contenter d'une lettre missive ordinaire ; seulement, il est prudent pour le créancier de ne point utiliser ce procédé simplifié car, en cas de contestation sur l'existence de la mise en demeure, il lui appartiendrait d'établir la preuve de la réception et du contenu de la lettre par le débiteur ; ce qui est une preuve très difficile si la lettre n'a pas été recommandée.

La dispense conventionnelle de mise en demeure peut être implicite. La jurisprudence a été amenée à se prononcer sur un certain nombre de clauses, Mais la Cour de cassation a toujours reconnu aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier si les parties ont effectivement eu l'intention de dispenser le créancier de toute mise en demeure (53). Des dispenses implicites de mise en demeure peuvent ainsi s'induire de la nature de la convention ou du caractère strict des délais d'exécution qu'elle prévoit (54). La Cour de cassation va parfois beaucoup plus loin : elle admet que le juge puisse retenir une dispense implicite de mise en demeure sans la motiver (55). Il suffit pour cela, que le juge ait pu l'induire par interprétation des termes du contrat. Une dispense de mise en demeure résulte en pareilles circonstances, de ce qu'elle n'est pas incompatible avec la convention des parties. Comme l'a, fort justement écrit J. Chevallier l'exigence de la mise en demeure est peu contraignante si le juge peut implicitement justifier une dispense

(51) Jean Chevallier, Obligations et contrats spéciaux, La dispense conventionnelle de mise en demeure, Rev. trim. dr. civ., 1968, p. 464.

(52) Roger Perrot, art.précité, p. 470.

(53) Req.28 fév.1938, Gaz.Pal. 1938-I-871.

(54) Civ. 1ère, 18 mai 1966, Bull. civ.I, p. 235, n° 06.

(55) Civ. 1ère, 5 juin 1967, Bull. civ.I, p. 143, n° 195.

conventionnelle, elle même tacite" (56). En vérité, c'est le signe qu'un certain discrédit pèse sur la mise en demeure et que les dispenses n'ont pas d'autres limites que celles qui leur sont assignés par la loi. La loi, elle-même, prévoit un certain nombre de cas dans lesquels le créancier est dispensé de mettre en demeure son débiteur. Ces dispenses légales de mise en demeure sont tantôt liées à la qualité des parties, tantôt liées à la nature de l'obligation. Aussi admet-on qu'avant de mettre en oeuvre la faculté de remplacement et de requérir du juge l'autorisation d'y procéder (art. 1144), le créancier doit, conformément au droit commun, et sauf urgence justifiée, mettre le débiteur en demeure de s'exécuter (57).

Le créancier est également dispensé de toute mise en demeure lorsque le débiteur prend l'initiative de déclarer à son créancier qu'il refuse d'exécuter son obligation ; en pareille circonstance, "le débiteur n'est pas un retardataire ; c'est un révolté contre la loi du contrat" (58). La dispense de mise en demeure peut même résulter d'un aveu de retard de la part du débiteur. Ajoutons cependant que la latitude laissée au créancier de déroger aux règles de forme de l'article 1139 présente un caractère exceptionnel. Quel que soit le procédé utilisé, la mise en demeure doit contenir réquisition d'un paiement immédiat ou, tout au moins, la volonté formelle du créancier d'obtenir l'exécution de l'obligation sans tarder (59). A cet égard, cependant, la Cour de cassation fait preuve d'un libéralisme peut-être excessif, selon les arrêts les plus récents, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'acte a été rédigé en termes assez formels pour constituer une mise en demeure. Cependant, un arrêt de la première section civile du 5 juin 1967 (60) ne semble pas bien exigeant sur les motifs de cette appréciation. A un débiteur qui reprochait aux juges du fond d'avoir retenu sans la motiver la dispense conventionnelle de mise en demeure, la Cour Suprême répond qu'en constatant qu'il n'avait pas exécuté dans le délai déterminé au contrat et "en écartant la nécessité de mise en demeure la décision attaquée a pu par interprétation des termes du contrat faire application de l'article 1146 du Code civil". L'exigence de la mise en demeure est peu contraignante si le juge peut implicitement justifier une dispense conventionnelle elle-même tacite. Sans doute, on comprend très bien qu'il est vain d'exiger une dispense conventionnelle de mise en demeure conçue en termes sacramentels ; mais, réserve faite de ce formalisme procédural, il n'en demeure pas moins que la dispense conventionnelle de la mise en demeure est une notion légale qui produit souvent des effets de droit considérables et dont la qualification justifierait, à ce titre, un contrôle de la Cour suprême (61).

(56) Obs. J. Chevallier, Rev. trim. dr. civ., 1968, p. 144.

(57) Cass. civ. 29 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 642.

(58) H. et L. Mazeaud, Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile, 4e éd. 1950, t.3, n° 2276.

(59) Civ. 15 déc. 1948, D. 1949-105, note Lenoan.

(60) Civ. 5 juin 1967, Bull. civ. I-143, n° 195.

(61) Roger Perrot, Mise en demeure, Encyclopédie Dalloz 1953, p. 470, n° 30.

II - LE ROLE DES TRIBUNAUX DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 1144 DU CODE CIVIL

L'article 1144 du Code civil vise des cas dans lesquels l'exécution en nature, ne se heurtant à aucun obstacle, peut être obtenue par le créancier. Il peut être autorisé à faire exécuter l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur (62). L'autorisation que le créancier doit préalablement solliciter ne peut être, en effet qu'une autorisation judiciaire. Le juge saisi d'une telle demande d'autorisation apprécie son opportunité. On admet cependant qu'en cas d'urgence, le créancier pourrait sans retard procéder de sa seule initiative au remplacement, sauf au juge à régler à posteriori les droits et obligations des parties.

A - L'AUTORISATION DU JUGE

Les tribunaux sont-ils tenus d'autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ? L'autorisation visée par l'article 1144 du Code civil concerne les obligations de faire qui ne présentent pas un caractère personnel, il en est ainsi de l'obligation à la charge du propriétaire de faire des réparations sur l'immeuble loué (63). Si réel que soit en conséquence le contrôle exercé par le juge pour autoriser le créancier à faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur, on admet cependant qu'en cas d'urgence, le créancier pourrait être dispensé de l'autorisation préalable du juge.

1) Le principe d'une autorisation judiciaire préalable

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer l'article 1144 du Code civil et que le créancier s'en prévaut, le tribunal a-t-il le devoir ou seulement la faculté d'ordonner l'exécution en nature de l'obligation aux dépens du débiteur ? Pourrait-il, condamner le débiteur qu'à des dommages-intérêts ? Les principes devraient imposer la négative. L'exécution en nature et l'exécution par équivalent d'une obligation ne sont pas placées sur le même plan (64). La première, qui seule est normale et strictement conforme à l'obligation, doit passer avant la seconde, qui n'est qu'un pis-aller (65). Par suite, tant qu'elle est possible et si le créancier la demande, il a droit à l'exécution en nature et le tribunal est tenu de la lui accorder (66). Larombière estime que le juge a le droit d'accorder ou de refuser, suivant les circonstances l'autorisation au créancier (67).

La jurisprudence cependant reconnaît aux tribunaux de façon constante, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. En effet, la chambre civile de la Cour de cassation précise : "Attendu que si l'article

(62) Req. 14 mars 1899, D. 99.I.445.

(63) Jean-Francis Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, L.G.D.J., 1969, op. cit., 78.

(64) Planiol et Ripert, Droit civil, tome VII, 1954, 7843, p. 93.

(65) Weill et Terré, Droit civil, op. cit., 829, p. 918.

(66) Demolombe, XXIV.

(67) Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. 1, art. 1144.

1144 du Code civil permet d'autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, il appartient aux juges du fait d'user ou de ne pas user, suivant les circonstances, leur refus de recourir à ce mode exceptionnel ne saurait impliquer une violation de la loi et une ouverture à cassation" (68). L'autorisation demandée n'est, en effet, qu'un moyen particulier d'obtenir satisfaction pour l'inexécution de l'obligation, et les juges peuvent rejeter la demande à fin de destruction ou d'inexécution formée par le créancier pour adopter un autre mode d'indemnité qui leur paraît plus juste et plus favorable à l'intérêt commun des parties. L'autorisation que le créancier doit préalablement solliciter ne peut être, en effet, qu'une autorisation judiciaire. Cette condition réjouit, au demeurant, le principe général suivant lequel nul ne peut se faire justice à soi-même. Le créancier peut certes valablement passer un nouveau contrat et agir en résolution du premier et en dommages et intérêts. Mais les deux rapports restent alors distincts et le créancier, surtout, n'est pas à l'abri d'une offre tardive d'exécution qu'il peut ne pas être en mesure de refuser sans s'exposer lui-même au reproche d'inexécution de ses engagements. Le juge saisi d'une telle demande d'autorisation apprécie son opportunité. "Le créancier peut... être autorisé...", dispose en effet l'article 1144. Suivant les circonstances, le juge peut accorder cette autorisation, ou recourir à la technique de l'astreinte, ou combiner les deux, ou encore n'accorder que des dommages et intérêts (69). Les tribunaux peuvent allouer au créancier que des dommages-intérêts, s'ils estiment que c'est le mode d'indemnité le plus juste et le plus opportun. La Cour de cassation estime en effet, du moment que l'obligation n'est pas exécutée volontairement par le débiteur, il y a lieu uniquement à réparation au profit du créancier ; l'exécution en nature en vertu des articles 1143 et 1144 n'est qu'un mode d'indemnisation au même titre que l'allocation de dommages-intérêts, mais un mode anormal (70), dont l'emploi ne peut être imposé aux tribunaux. La jurisprudence se fonde en outre sur les termes du texte : "le créancier peut être autorisé", qui d'après elle accorderaient aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation.

Il resterait toutefois à se demander, lorsque le créancier n'a conclu qu'à l'exécution en nature, sans conclure subsidiairement à une indemnité, si le tribunal ne statuerait pas *ultra petita* en condamnant le débiteur à des dommages-intérêts. La jurisprudence en général ne tient pas compte de l'objection ; elle décide que de plano le créancier a droit à des dommages-intérêts, si le créancier n'a pas exécuté, et qu'il peut lui en être alloué par le tribunal, alors même qu'il n'aurait conclu qu'à l'exécution (71). La réclamation d'une indemnité serait en quelque sorte incluse nécessairement dans celle de l'exécution en nature, pour le cas où le tribunal jugerait bon de ne pas l'accorder.

Si réel que soit en conséquence le contrôle exercé par le juge pour autoriser le créancier à faire exécuter l'obligation aux dépens du

(68) Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. VII, op. cit., p. 93.

(69) Req. 23 mars 1909, D.P. 1910,I,343 ; civ.25 juill. 1922, S. 1923,I,111.

(70) Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. VII, p. 93.

(71) Douai, 28 Août 1844-S-45,II,293.

débiteur, on admet cependant qu'en cas d'urgence, le créancier pourrait être dispensé de l'autorisation préalable du juge.

2) La dispense de l'autorisation judiciaire préalable en cas d'urgence

Les tribunaux sont-ils tenus d'autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ? L'urgence va dispenser le créancier de la nécessité de recourir aux tribunaux pour obtenir une autorisation préalable. Tant et si-bien qu'il est permis de se demander si toutes les règles de forme ne sont pas susceptibles d'être écartées en cas d'urgence. Très certainement en tout cas, aux confins du droit public et du droit privé, l'urgence peut dispenser de certaines autorisations judiciaires et administratives requises afin de pouvoir normalement faire valoir un droit (72). La jurisprudence la plus récente en témoigne. Une personne gravement malade s'était fait transporter de province à Paris, mais n'ayant pu trouver les spécialistes susceptibles de procéder à l'intervention chirurgicale, elle s'était rendue en Suisse pour subir ladite opération. Après, le malade avait avisé la caisse de sécurité dont il relevait et réclamé le paiement des prestations maladie. La caisse avait opposé un refus sous prétexte que l'intéressé avait omis d'adresser à la caisse une demande d'entente préalable. La Cour de cassation, par arrêt du 9 janvier 1953, a jugé ce refus mal fondé (73). L'urgence avait été telle, le désarroi du malade si prononcé, qu'ils l'avaient valablement dispensé de l'accomplissement régulier des formalités.

En d'autres circonstances, l'urgence va avoir pour effet de dispenser du recours aux tribunaux. Les manifestations de l'urgence sont même ici particulièrement nombreuses.

Ainsi en matière d'obligations alimentaires, c'est un principe unanimement affirmé en doctrine que le créancier d'aliments ne peut invoquer sa créance alimentaire afin de pouvoir payer des dettes qu'il aurait antérieurement contractées (74). En effet, l'exécution de l'obligation ne tend pas à remédier à l'insolvabilité d'une personne, mais à lui permettre de vivre. Le créancier d'aliments doit donc faire constater d'abord sa créance en justice et ne contracter qu'ensuite. Le principe est strict. Mais la jurisprudence l'a fait céder et décide que le recours préalable à justice ne saurait être exigé lorsqu'un créancier éventuel d'aliments a été dans la nécessité de contracter une dette pour subvenir à un besoin impérieux et urgent avant d'avoir pu faire constater sa justice l'exigibilité de sa créance d'aliments (75). En l'occurrence, le créancier d'aliments avait dû subir d'urgence une opération chirurgicale.

Et si du droit des obligations légales, on passe au droit des actes juridiques, il convient de constater comment de la même manière

(72) Michel Vasseur, Urgence et droit civil, Rev. trim. dr. civ., 1954, p. 420.

(73) D. 1953, p. 474.

(74) Rouast, in Planiol et Ripert, t. 2, op. cit., n° 46 in fine.

(75) Civ. 28 fév. 1938. D.H. 1938, 341.

l'urgence dispense de la nécessité de soumettre aux tribunaux les difficultés que suscite leur exécution. C'est ainsi que l'urgence jointe à l'inexécution de ses obligations par l'une des parties permet à l'autre de rompre de sa propre autorité le contrat, en dépit de la règle de l'article 1184 du Code civil, d'après laquelle " la résolution doit être demandée en justice". L'urgence autorise le contractant dont les intérêts sont en péril pressant à s'affranchir du respect des exigences légales dès lors que l'observation de celles-ci retarderait la rupture du contrat, indispensable à la sauvegarde de ses intérêts (76).

Et c'est d'un effet dérogatoire analogue qu'il faut faire état pour rendre compte de la jurisprudence qui réserve un accueil favorable au créancier qui, sans référer au préalable au juge, fait exécuter d'emblée par un tiers et aux frais du débiteur l'obligation que celui-ci n'exécute pas. Là encore cependant le Code civil, à l'article 1144, exige que le créancier avant de recourir à l'exécution forcée par l'intermédiaire d'un tiers demande l'autorisation du juge, et cette exigence est d'autant plus justifiée que le tribunal n'est nullement contraint d'accéder au désir du créancier. D'ailleurs grâce au juge des référés, l'autorisation de justice pourra toujours être obtenue rapidement. Pas assez, semble-t-il. L'urgence dispense le créancier de la solliciter ; l'effet dérogatoire qu'elle produit a été consacré tout spécialement, ces dernières années, en matière de bail. Est-ce en effet le peu d'empressement des propriétaires appauvris à faire les réparations qui leur incombent ? En tout cas, les tribunaux n'hésitent pas à décider que le locataire peut faire effectuer d'emblée les réparations urgentes et présenter ensuite la note au bailleur (77). Pothier envisageait déjà cette solution, tout en donnant aux locataires de sages conseils de prudence, car signalait-il, ces demandes de remboursement, souvent abusives, ne sont point facilement accueillies (78). Faut-il rappeler également qu'en matière de ventes commerciales, une coutume consacrée par la jurisprudence, voire implicitement par le législateur et approuvée par la doctrine, reconnaît à l'acheteur la faculté de remplacement, c'est-à-dire la faculté de se procurer auprès d'un tiers et aux frais du vendeur les marchandises que celui-ci ne lui a pas délivrées (79). Mieux pour être dispensé de solliciter l'autorisation du tribunal, l'acheteur n'a pas à justifier de l'urgence. L'urgence est toujours présumée, la dispense est générale ; le commerce est considéré en l'occurrence comme en état permanent d'urgence (80).

Mieux encore, il est possible de constater en jurisprudence une tendance à réduire à l'extrême la portée de l'exigence rationnelle selon laquelle celui qui a enfreint la règle de droit commun pour des motifs d'urgence doit avoir été dans l'impossibilité d'agir autrement. En effet,

(76) Seine, 11 juill. 1939, S. 1942-2-23 ; R. Gassin, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, Rev. trim. dr. civ., 1945, p. 159 et s., n° 14.

(77) Cass. civ., 5 juin 1953, 602 ; Rev. trim. dr. civ., 1953, 710.

(78) Pothier, cité par M. Vasseur, art. précité, n° 11, p. 422.

(79) Rouen, 9 juin 1983, Rev. jur. com. 1983, 133, note B. Gross ; com. 20 janv. 1976, Bull. civ. IV, n° 26.

(80) Civ. 17 déc. 1947, D. 1948. J. 153.

au cas de réparations accomplies d'autorité par le locataire, certains arrêts ont pu donner à penser qu'il suffisait de la carence du bailleur pour que le locataire qui les aurait effectuées, sans avoir sollicité au préalable l'autorisation du tribunal, puisse réclamer ses débours (81). Suivant le surprenant dispositif d'un arrêt, la formalité de l'article 1144 ne serait pas "d'ordre public" ; le locataire pourrait donc s'en affranchir unilatéralement. Mais divers arrêts paraissent s'orienter vers plus de sévérité (82). Il en ressort pour le moins que la seule inexécution par le bailleur des réparations ne suffit pas à dispenser le locataire qui les effectue de solliciter l'autorisation du tribunal (83). Qui ne conviendra d'ailleurs qu'il est bien peu de réparations si urgentes que le locataire ne dispose pas du temps suffisant pour saisir le juge des référés. Si l'urgence d'une situation donnée est une condition nécessaire pour que dispense puisse être reconnue de l'observation des règles légales, l'urgence à elle seule ne suffit pas ; encore faut-il que celui qui l'invoque justifie de n'avoir pu respecter ces règles. C'est là une seconde exigence particulièrement stricte en droit administratif (84), plus stricte même qu'en droit civil, qui se surajoute à la condition d'urgence.

En définitive, l'urgence n'autorise en principe que le minimum de dérogation à la règle normalement applicable et le minimum d'atteinte aux droits et aux pouvoirs d'autrui compatibles avec le résultat recherché. Et ce souci de limiter l'effet dérogatoire de l'urgence à l'indispensable se manifeste de diverses façons. Indirectement déjà, notre droit le traduit en laissant peser sur celui qui, en l'absence d'urgence réelle, aurait enfreint la règle légale, le menace d'une action en responsabilité. De toute manière, lorsque l'autorisation préalable du juge aurait pu être sollicité pour faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur et ne l'a pas été, il est symptomatique de remarquer que le juge, même s'il n'en tient pas rigueur au plaideur, n'omet point de rappeler qu'il n'appartient point aux particuliers de se faire juges de leur bon droit. C'est ainsi qu'à ce commerçant qui s'était introduit d'autorité dans l'appartement du locataire de l'étage supérieur pour vérifier l'état des canalisations d'eau, le tribunal et la Cour de Rennes, alors même qu'il le dégageait de toute responsabilité, n'ont pas manqué de signifier qu'"il avait eu tort d'agir sans l'autorisation de justice" (85). L'arsenal juridique offre tout de même des moyens divers, d'une efficacité plus ou moins absolue, d'obtenir par des voies indirectes ce que l'on ne peut atteindre directement (86).

(81) Civ. 7 déc. 1951, D. 1952, 144.

(82) Civ. 5 juin 1953, Rev. trim. dr. civ., 1953, obs. Carbonnier.

(83) Civ. 2 juill. 1945, D. 1946, 4.

(84) C. Gabolde, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français*, Thèse, Paris 1951 ; *L'exception d'urgence en droit administratif*, D. 1952, p. 41 et s. ; de Laubadère, *traité élém. de droit administratif*, n°404 et s.

(85) Trib. civ. Rennes, 11 janv. 1871, D.73.I.279.

(86) Philippe Simler, art. cité, n° 107, p. 22.

B - LE ROLE DU JUGE DANS L'EXECUTION INDIRECTE DES PRESTATIONS

Pour de nombreuses prestations constitutives d'obligation de faire, le créancier compte essentiellement obtenir un certain résultat. Il aura généralement pu choisir parmi plusieurs prestataires possibles. Il peut le cas échéant, obtenir d'un autre ce que celui avec lequel il avait contracté, finalement, ne lui procure pas (87). C'est cette possibilité que le législateur a mise à profit dans l'article 1144 du Code civil, en établissant cependant un lien entre la défaillance du premier débiteur et le recours à un autre cocontractant. Le remplacement prévu par l'article 1144 ne peut être mis en oeuvre qu'après autorisation de justice (88). Cependant, la jurisprudence admet un remplacement extrajudiciaire en cas d'urgence.

1) Le remplacement judiciaire du débiteur défaillant

L'article 1144 du Code civil, pour les obligations de faire, permet au créancier de se faire autoriser par justice à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. La Cour de cassation veille en outre au respect de l'autorisation judiciaire préalable (89). Le créancier a le droit d'exiger de son débiteur l'exécution de l'obligation. Il doit seulement aux termes de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, "agir de bonne foi" et ne pourrait par conséquent réclamer l'exécution quand il n'aurait d'autre but que de nuire au débiteur (90).

Il peut y avoir un abus de droit dans l'exercice d'un droit contractuel comme dans l'exercice d'un droit légal. Mais les exemples en sont très rares, car l'obligation contractuelle est toujours nettement délimitée dans son contenu et puisque le créancier l'a stipulé à son profit, c'est qu'il a intérêt à son exécution. Si le débiteur ne respecte pas les obligations contractuelles, le créancier peut aux termes de l'article 1144 du code civil "... être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur".

L'arsenal juridique offre par conséquent des moyens divers, d'une efficacité plus ou moins absolue, d'obtenir par des voies indirectes ce que l'on ne peut atteindre directement. Il est parfois possible d'obtenir d'un tiers une prestation rigoureusement semblable à celle promise par le débiteur initial et de rendre celui-ci responsable à la fois du retard et d'une éventuelle différence du prix : il y aura à la fois exécution par équivalent, au moyen de dommages et intérêts, du point de vue du débiteur, mais satisfaction en nature pour le créancier. Pour de nombreuses prestations constitutives d'obligations de faire (par exemple : fourniture de marchandises standards ou exécution de travaux) le créancier compte essentiellement obtenir un certain résultat. Il peut choisir parmi plusieurs prestataires possibles. Il peut, le cas

(87) Philippe Simler, art. cité, n° 130, p.26.

(88) Cass. civ. 29 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 642.

(89) Fernand Derrida, Obligations, Encyclopédie Dalloz 1973, n° 118, p. 8.

(90) Cass. civ. 7 mai 1902, Gaz. Pal., 16 juin 1902, cité par Marcel Planiol, Traité de droit civil, tome II, 1957, p. 585.

échéant obtenir d'un autre la prestation que le cocontractant ne lui procure pas. C'est cette possibilité que le législateur a mise à profit dans l'article 1144 du Code civil, en établissant cependant un lien entre la défaillance du premier débiteur et le recours à un autre cocontractant : "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur". La parenté avec l'exécution forcée est plus lointaine et le procédé, incontestablement, plus indirect. Du point de vue du débiteur, on ne trouve rien qui, ni directement, ni indirectement, ressemble à une exécution en nature ; bien au contraire, il n'aura à supporter qu'une indemnisation. Quant au créancier, s'il peut, par ce procédé, obtenir satisfaction en nature contre la volonté du débiteur, il reçoit néanmoins autre chose que ce qu'il eut reçu du débiteur initial, cette autre chose fût-elle rigoureusement identique à celle que ce dernier devait fournir. Il reste que la possibilité offerte par l'article 1144, appelée faculté de remplacement, apporte une très importante atténuation au principe formulé par l'article 1142 du Code civil. Dans l'affaire Société Siderem contre société Locamic, la Cour de cassation (91) rappelle les conditions d'application de la faculté de remplacement. En l'espèce la société Siderem acheta à la société pour la location de matériel aux industries chimiques, électro-métallurgiques et électrothermiques (Locamic) une cisaille oleohydraulique, machine alors confiée à un tiers en vertu d'un contrat de crédit bail qui venait d'être résilié. N'ayant pu obtenir la restitution de son engin, Locamic se trouva hors d'état d'en effectuer la livraison à son acquéreur. Siderem demanda en justice l'autorisation de se procurer aux frais de Locamic, une cisaille de même nature que celle ayant fait l'objet du marché. Dans cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation précise : "Attendu qu'il est reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas accueilli cette demande, au motif que la machine litigieuse, individualisée, ne pouvait être considérée comme une chose fongible, alors, selon le pouvoir, que cette circonstance n'était pas de nature à exclure l'application de l'article 1144 du Code civil qui ne formule nullement une telle condition et exige seulement que le créancier puisse se faire livrer un matériel de même type et de nature à lui rendre les mêmes services, le fait que le marché porte sur un matériel d'occasion ne constituant pas un obstacle dirimant, puisqu'il peut donner lieu à cet égard à un arrangement sur lequel le débiteur n'avait pas manifesté d'opposition de principe".

La faculté de remplacement vaut pour toutes les variétés d'obligation de faire, du moins dès lors que la substitution d'un tiers au débiteur défaillant est concevable. On a souvent recours à la faculté de remplacement dans le domaine des obligations de livraison en matière mobilière. Elle offre par conséquent à l'acquéreur qui n'obtient pas le transfert de propriété, le moyen de sortir du dilemme que constitue l'option, qui lui appartient normalement, entre une action en délivrance aléatoire et qui, même assortie d'une demande d'astreinte, retarde en toute hypothèse l'exécution, et la simple action en dommages et intérêts, qui ne lui procure qu'une satisfaction très imparfaite s'il a

(91) Cass. 20 janv. 1976, Bull. civ. IV, n° 26, p. 22 et s.

réellement besoin, pour l'exercice de sa profession, les marchandises attendues. Grâce à la faculté de remplacement, cet acheteur pourra, moyennant une autorisation de justice, se procurer ailleurs les marchandises dont il a besoin, aux frais du débiteur défaillant. Suivant le cas, le juge n'autorisera le remplacement que moyennant injonction au débiteur initial d'avoir à exécuter à bref délai son obligation et à défaut d'une telle exécution.

Le remplacement se fait aux frais du débiteur, ce qui signifie concrètement que ce dernier devra indemniser son cocontractant si, pour obtenir les marchandises auprès d'un tiers, il doit payer un prix supérieur au prix convenu dans le contrat. Il faut admettre également le principe, quoique la question soit rarement soulevée, d'une indemnisation éventuelle du préjudice résultant du retard occasionné par l'inexécution, ainsi que d'autres frais éventuellement exposés par l'acquéreur (92).

Bien que l'article 1144 ne fasse aucune distinction entre choses fongibles et corps certains, il a été jugé que la faculté de remplacement ne peut jouer lorsque l'accord des parties s'est réalisé sur un objet bien déterminé, en l'occurrence une machine d'occasion (93). Outre les obligations de livrer, la faculté de remplacement est également mise en oeuvre pour les obligations consistant dans l'exécution de certains travaux. Ainsi, le preneur peut-il, moyennant autorisation de justice, faire effectuer par un tiers aux frais du bailleur les réparations sur l'immeuble devenues nécessaires et qui incombent au propriétaire (94). De même, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, est-il concevable que le maître de l'ouvrage obtienne du juge l'autorisation de faire effectuer ou achever les travaux par un autre entrepreneur (95). Avant de mettre en oeuvre la faculté de remplacement et de requérir du juge l'autorisation d'y procéder, le créancier doit, conformément au droit commun et sauf urgence justifiée, mettre le débiteur en demeure de s'exécuter (96).

Le remplacement prévu par l'article 1144 ne peut être mis en oeuvre après autorisation de justice. Le texte ne le dit pas expressément, tout en étant dépourvu d'ambiguïté : l'autorisation que le créancier doit préalablement solliciter ne peut être, en effet, qu'une autorisation judiciaire (97). Cette condition rejoint, au demeurant, le principe général suivant lequel nul ne peut se faire justice à soi-même. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour autoriser ou non l'exécution aux frais du débiteur. Le remplacement du débiteur défaillant représente une voie d'exécution forcée (98) qui ne peut être mise en mouvement que de l'autorité du juge. Par ailleurs, le contrat ne confère pas au créancier le droit de faire exécuter par un tiers, ce droit

(92) Rouen, 9 juin 1983, Rev. jur. Com. 1983, 133, note B. Gross.

(93) Cass. com. 20 janv. 1976, Bull. civ., IV, n° 26.

(94) Cass. civ. 29 nov. 1972, Bull. civ., III, n° 642.

(95) Cass. civ. 8 oct. 1962, Bull. civ., I, n° 400.

(96) cf. infra, La mise en demeure du débiteur.

(97) cf. infra, Les pouvoirs du juge.

(98) Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, Droit civil, Obligations, 2e éd., p. 477, n° 1361.

n'étant acquis que par l'inexécution de l'obligation, laquelle doit être constatée en justice. La jurisprudence n'excepte que le cas d'urgence et à la condition que les travaux effectués de son propre chef l'aient été de la manière la plus économique (99).

2) Le contrôle judiciaire a posteriori en cas de remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant

On admet cependant qu'en cas d'urgence, pour une exécution en nature, le créancier pourrait sans retard procéder de sa seule initiative au remplacement, sauf au juge à régler a posteriori les droits et obligations des parties (100). Mais, cette solution peut s'expliquer aussi, en dehors de la technique du remplacement, par la combinaison de la conclusion du nouveau contrat avec l'action en dommages et intérêts pour inexécution du premier, l'urgence justifiant alors le rejet de toute offre d'exécution du premier débiteur.

Une dérogation plus importante à la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable résulte des usages commerciaux. Son fondement peut d'ailleurs également être trouvé dans l'idée d'urgence. En raison des impératifs de simplicité et de rapidité qui caractérisent les relations commerciales, la pratique commerciale, approuvée par les tribunaux, a admis un remplacement extrajudiciaire permettant au commerçant, qui attend une livraison et qui, de ce fait, est lui-même empêché de remplir ses engagements envers ses clients, de se procurer les marchandises auprès d'un autre fournisseur, sans avoir recours préalablement à une autorisation après mise en demeure ou après la date fixée pour la livraison. Le risque d'arbitraire et abus est évité par le nécessaire contrôle judiciaire a posteriori (101), si le règlement d'éventuelles indemnités donne lieu à un litige entre les parties (102). De la faculté de remplacement reconnue à l'acquéreur, on peut rapprocher certains procédés permettant au vendeur, cette fois, de contraindre l'acquéreur de prendre livraison. Un tel vendeur peut se contenter, certes de la résolution de plein droit prévue en matière de vente de denrées et effets mobiliers (art. 1657). Mais l'usage commercial donne au vendeur un moyen simple de parvenir indirectement, à une exécution en nature, c'est la liquidation du marché par revente de la marchandise non retirée (103).

La Cour de cassation veille au respect de l'autorisation judiciaire préalable ; cependant, en cas d'urgence, le créancier peut faire exécuter l'obligation, à condition d'établir que cette exécution était indispensable et qu'elle a eu lieu aux moindres frais (104) ; ainsi il a été jugé que le locataire, qui a négligé de se munir de l'autorisation prévue par l'article 1144, peut obtenir de son bailleur le remboursement des

(99) Civ. 2 juill. 1945.D. 1946. 4 ; Soc. 7 déc. 1951. D. 1952.144.

(100) Michel Vasseur, Urgence et droit civil, Rev. trim. dr. civ., 1954-403.

(101) Philippe Simler, art. cit., p. 27.

(102) Sur le remplacement en matière commerciale, cf. Escarra et Rault, contrats commerciaux : vente et gage, par J. Hémar, n° 254.

(103) Cass. com. 27 mai 1983, Bull. Civ. IV, n° 155.

(104) Fernand Derrida, Obligations, Encyclopédie Dalloz 1973, n°118, p. 8.

travaux qu'il a faits à sa place, mais à la condition d'établir que non seulement ces travaux étaient indispensables pour permettre l'usage de la chose louée, mais encore que la dépense n'excède pas celle qu'eût été effective en y procédant de la façon la plus économique (105). Mais, la Cour de cassation fait grief au locataire qui a pris l'initiative de faire effectuer des réparations prétendument urgentes, d'avoir négligé de faire dresser au préalable un état des lieux (106). Les juges attachent la plus grande importance aux mesures de précautions prises afin, de sauvegarder les intérêts de la personne dont les droits ou les intérêts ont pu être méconnus à raison de l'urgence. Ainsi, en même temps qu'elle autorise le propriétaire d'un immeuble qu'il importe de réparer d'urgence à passer sur le fonds voisin, la Cour de Besançon énonce que "les travaux seront exécutés sous la surveillance et le contrôle de l'expert" (107). Il est également symptomatique de relever que la coutume commerciale impose à l'acheteur de marchandises qui use de la faculté de remplacement de recourir à l'intermédiaire d'un personnage semi-officiel : un courtier à la bourse des marchandises, et de faire effectuer le remplacement sans attendre : toute pensée de spéculation, de même que tout dessein de nuire, de la part de l'acheteur se trouvent ainsi écartés (108).

En définitive, l'article 1144 du Code civil permet également au créancier en cas d'urgence de procéder au remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant. En droit judiciaire même, et au strict point de vue de la définition des pouvoirs respectifs de la Cour de cassation et des juges du fait, la notion d'urgence dérogeant à l'autorisation préalable du juge n'est pas soumise à un régime unitaire. Souverainement admise par le juge en matière de référés, l'existence de l'urgence est soumise au contrôle de la Cour de cassation lorsque, sous le nom de célérité, elle est invoquée afin de déterminer l'application des règles de la procédure sommaire (109). En réalité, lorsqu'il prend l'urgence en considération, le juge opère une qualification, et celle-ci comme telle semblerait devoir être soumise au contrôle de la Cour de cassation (110), tant et si bien que ce qui est étrange ce n'est peut-être pas que la Cour de cassation exerce son contrôle lorsque l'urgence est invoquée en droit civil, mais qu'elle ne l'exerce pas en matière de référés. A dire vrai et suivant une remarque souvent faite, il n'est point exagéré de penser que la Cour suprême décide le plus souvent, de l'exercice effectif du contrôle des qualifications en fonction de considérations très louables d'opportunité (111). Précisément on peut penser que la Cour de cassation s'est refusée à contrôler l'existence de l'urgence en matière de référés afin de ne pas entraver le développement très fécond de la

(105) Civ. 2 juill. 1945, D. 1946.4.

(106) Besançon, 12 déc. 1930, D.P. 1931-2-95.

(107) Besançon, 12 déc. 1930, précité.

(108) M. Vasseur, article cité, p. 434.

(109) Civ. 14 fév. 1888, S 90. 1.313, note Balleydier.

(110) G. Marty, La distinction du fait et du droit, Thèse Toulouse, 1929, n° 115, 119.

(111) G. Marty, op. cit., p. 257.

procédure de référés (112) ; en revanche, il est aisément concevable qu'en droit civil, s'agissant de consacrer la mise à l'écart de la règle normalement applicable, la Cour de cassation exerce un tel contrôle afin d'endiguer la liberté que le créancier pourrait être tenté de prendre avec la règle de droit dans l'hypothèse où il veut faire exécuter rapidement l'obligation aux dépens du débiteur.

Etudier les moyens mis en oeuvre par l'article 1144 du Code civil au profit du Créancier pour obtenir directement l'exécution de l'obligation aux dépens du débiteur, est l'occasion pour le juriste, d'observer en quelque sorte, les faveurs accordées par le législateur au créancier en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle du débiteur. Au regard des techniques juridiques, le créancier est assuré d'obtenir pleine satisfaction, même si au regard des phénomènes économiques, il n'en va pas toujours de même. Cependant, il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code civil aient pu sereinement envisager un tel affaiblissement de la force obligatoire du contrat par les cocontractants en autorisant le créancier, en cas d'inexécution à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Aussi, existe-t-il une autre analyse qui fait de l'article 1144 une protection relative tenant aux moyens. Ainsi, pour de nombreuses prestations constitutives de l'obligations de faire, le créancier compte essentiellement obtenir un certain résultat. C'est cette possibilité que le législateur a mise à profit dans l'article cependant un lien entre la défaillance du premier débiteur et le recours à un autre cocontractant. Et, suivant la plaisante remarque du commissaire du gouvernement Romieu, "Lorsque la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'envoyer les pompiers", (113), vainement craindrait-on que le jeu de l'exception d'urgence permettant au créancier d'obtenir un remplacement extrajudiciaire du débiteur défaillant, soit de nature à constituer en droit un facteur d'anarchie ou d'insécurité ; car aussi bien en droit civil qu'en droit administratif, les restrictions dont sa mise en oeuvre est assortie suffisent à donner tous apaisements à ce propos. L'article 1144 du Code civil confère par conséquent au créancier le droit absolu d'obtenir l'exécution rigoureuse de l'obligation contractée lorsque le débiteur n'honore pas ses obligations.

(112) M. Vasseur, art. cité, p. 429.

(113) Conclusions précédant trib. confl. 2 déc. 1902, D. 1903.3.45.col.3.

- II -

DROIT PUBLIC

DROIT CONSTITUTIONNEL

LES DEUX PROBLEMES CONSTITUTIONNELS JAPONAIS D'AUJOURD'HUI

- LA TRADITION ET LA PAIX -

(*)

Par

Tadakazu FUKASE

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Hokkaido,
Sapporo, Japon*

**INTRODUCTION - "Une grande puissance économique"
pour quoi faire ?**

**PREMIERE PARTIE - Le régime de Tennô (l'Empereur) -
La tradition à renaître ?**

- Préliminaire - Le secret de leur naissance

**(1) Pourquoi le régime de tennô est maintenu et si
constamment populaire ?**

(a) Raisons historiques

i) Avant l'époque de Meiji (1868-1911) (première phase)

ii) Sous la Charte constitutionnelle de Meiji (1889) (deuxième
phase)

(b) La nouvelle Constitution (1946) et le régime de tennô-symbole
(troisième phase)

i) "Une révolution constitutionnelle"

ii) La querelle sur la discontinuité et la continuité

(*) Le texte de base sur lequel l'auteur s'est fondé pour prononcer les conférences à l'Université d'Aix-en-Provence le 22 novembre et à l'Université de Grenoble le 24 novembre 1989 comme mission culturelle sous les auspices du Consulat général du Japon à Marseille.

- (2) **Comment le régime de tennô-symbole a-t-il fonctionné pendant 42 ans ?**
- (a) Malgré la stricte délimitation constitutionnelle, un fonctionnement de plus en plus élargi et sa stabilité
- i) Une façade complètement nominalisée et a-politique
 - ii) Le graduel élargissement de la fonction du tennô et la culture constitutionnelle traditionnelle
- (b) Les caractères essentiels et le noyau profond du régime de Tennô-symbole vis-à-vis de ceux de l'actuelle Constitution
- i) Trois caractères et le noyau opposés : familial-hiérarchique-émotionnel et très utilitaire contre individualiste-égalitaire et rationnellement respectueux des droits de l'homme ; et une spécificité traditionnelle contre l'universalité humaine. Une phase de transition de la culture constitutionnelle.
 - ii) Quelques signes donnés lors des Funérailles de Hirohito (Shôwa-Tennô) et l'Avènement de Akihito (Heisei-tennô)

DEUXIEME PARTIE - La Paix Constitutionnelle Japonaise - Un modèle ou une illusion ?

- Préliminaire - Qui a "la gloire d'avoir préparé ce beau jour" ?

- (1) **Pourquoi le principe d'une paix complète est-il introduit dans la Constitution japonaise ?**
- (a) Une lourde expérience historique du peuple japonais à l'égard des guerres modernes, notamment atomique
- i) La fausse gloire d'"une grande puissance militaire"
 - ii) Trois aspects essentiels de l'expérience du peuple japonais par les guerres répétés depuis Meiji :
 1. guerres agressives au nom de la légitime défense
 2. armements renforcés pour provoquer la guerre
 3. la guerre, le plus grand mal du monde à l'âge nucléaire.
- (b) L'introduction du principe de la "mise hors la loi de la guerre" stricto sensu dans la Constitution japonaise
- i) L'inspiration du Premier Ministre Shidehara, le général MacArthur, C.S.P.A. et leur arrière-plan
 - ii) L'article 9 et ses trois aspects pacifiques originaux et universellement valables à notre âge nucléaire et planétaire :
 1. renonciation à toutes sortes de guerre
 2. désarmement nécessaire à réaliser
 3. garantie du "droit de vivre dans la paix"
- (2) **Comment ce principe pacifique complet a-t-il fonctionné pendant 42 ans, sans aucune révision constitutionnelle ?**
- (a) La révision constitutionnelle a échoué, mais la force défensive a été graduellement renforcée dans le cadre du traité de sécurité américano-japonaise

- i) L'épreuve de la guerre froide (chaude) et l'alliance militaire américano-japonaise
- ii) Les querelles politique et juridique sur la constitutionnalité de l'armée américaine de stationnement et de celle de la Garde de Défense :
 - 1. le Gouvernement
 - 2. le Parlement
 - 3. la doctrine
 - 4. la Jurisprudence
- (b) L'état actuel complexe de transition spécifiquement à la japonaise, et les trois orientations à choisir
 - i) Une militarisation à la japonaise : un phénomène spécifique de la culture constitutionnelle japonaise
 - ii) Laquelle des trois orientations le Japon choisira-t-il ?

Conclusion - Ou bien le particularisme traditionnel japonais, ou bien l'universalisme pour la paix et les droits de l'homme ?

*_*_*_*

INTRODUCTION - "UNE GRANDE PUISSANCE ECONOMIQUE" POUR QUOI FAIRE ?

Combien je suis honoré, heureux et reconnaissant de cette chance pour une meilleure compréhension culturelle franco-japonaise mutuelle et approfondie que vous voulez bien me donner à votre Université, particulièrement cette année du Bicentenaire de la Révolution française et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen !

Je suis venu ici du Japon qui ne célèbre pas le Centenaire de sa première Constitution moderne écrite, octroyée par le Tennô (Empereur) Meiji en 1889, mais qui a fait les funérailles de l'ancien Tennô Hirohito, mort le 7 janvier dernier, et vu l'avènement, le même jour, du nouveau Tennô Akihito : l'ère de Shôwa est passée, celle de Heisei commencée.

Vous vous intéressez sans doute beaucoup à l'orientation que le Japon va prendre, dès ce changement de Tennô, pour l'avenir. Ce vieux pays insulaire extrême-oriental, semi-sous-développé il y a un siècle, était devenu rapidement "une grande puissance militaire" avant la défaite de la deuxième guerre mondiale, et, après cette catastrophe, il est devenu aussi rapidement "une des grandes puissances économiques" d'aujourd'hui.

L'ancien Tennô Hirohito avait, lui-même, incarné et symbolisé ces deux aspects radicalement opposés du Japon, militariste et agressif pendant les premiers 20 ans de son règne, et économique et paisible

pendant ses derniers 43 ans. Pourquoi a-t-il procéder à cette extrême volte-face ? Sous le nouveau Tennô, le Japon ne fera-t-il pas une nouvelle volte-face, devenant une puissance armée nucléaire ? Sa puissance économique elle-même, n'est-elle pas déjà menaçante pour les Etats-Unis et l'Europe ?

Voilà : on peut donc dire que la question du régime de tennô et celle de la guerre et la paix sont les deux problèmes *les plus actuels et caractéristiques* de la présente Constitution japonaise de 1946 (1), et il faudrait les analyser non seulement sur le niveau *institutionnel*, mais aussi dans la phase profonde de la *culture* constitutionnelle (la propre manière de l'inspiration, du sentiment, du raisonnement, du comportement des Japonais).

Je voudrais ainsi essayer de déchiffrer "l'énigme" des Japonais dans une perspective comparative notamment franco-japonaise, c'est-à-dire, de mettre en relief l'opposition et la conciliation entre *le particularisme national traditionnel japonais* et *les principes universels de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en vue de me demander avec vous : "*une grande puissance économique ; pour quoi faire ?*"

PREMIERE PARTIE - LE REGIME DE TENNÔ (L'EMPEREUR) - LA TRADITION A RENAITRE ?

PRELIMINAIRE - LE SECRET DE LEUR NAISSANCE

Avant d'entrer dans l'examen approfondi de ces deux problèmes apparemment séparés l'un de l'autre, je voudrais révéler le secret de leur *naissance jumelle*, et expliquer leurs fonctionnements profondément liés à certains égards.

L'actuelle Constitution a ses "processus et circonstances spéciaux" (2) à son élaboration. Après la défaite de la dernière guerre, le Japon se trouvait sous l'occupation des Alliés, dont le Commandant Suprême, le général MacArthur, qui a pris l'initiative de la rédaction de la nouvelle Constitution dans ses principes de base, démocratique, pacifique et libéral.

La note du 3 février 1946 écrite par le général, cachée alors mais publiée ultérieurement, indique les deux principes directeurs, dont

(1) Sur la Constitution japonaise en général, v. T. Fukase et Y. Higuchi, "Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon : une approche comparative", Paris, P.U.F., 1984, et notamment Chap. I et II ; J. Robert, "Le Japon", L.G.D.J., 1969 ; Y. Noda, "Introduction au droit japonais", Dalloz, 1966.

On trouvera le Texte de l'actuelle Constitution japonaise de 1946 dans Centre Français de Droit Comparé, Société de Législation Comparée, "Etudes de Droit Japonais", S.L.C., 1989, p. 362-370.

(2) "Le constitutionnalisme au Japon", op. cit., p. 71-75 ; cf. S. Kozeki, "Shinkenpô no tanjyô" (Naissance de la nouvelle Constitution), Tokyo, Chyûô-kôronsha, 1989.

le premier est le maintien du régime de tennô, dépourvu de pouvoir politique, et le deuxième la renonciation à la guerre et à l'armée. Ces deux principes étaient intimement liés l'un avec l'autre, car le général a voulu utiliser l'immense autorité spirituelle du Tennô, avec sa bureaucratie centralisée et efficace, pour exécuter économiquement la mission de l'occupation suivant la Déclaration de Potsdam, mais en même temps prévenir à jamais la renaissance du militarisme et d'une domination militaire japonaise au nom de Tennô, craints d'ailleurs par les Alliés (notamment par l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les Philippines et l'Union Soviétique qui ont revendiqué vigoureusement une sanction pénale Hirohito et l'abolition du régime de tennô).

Le Chapitre I. Le Tennô, et le Chapitre II. La renonciation à la guerre de l'actuelle Constitution, correspondant exactement aux idées majeures de cette note, conservent toujours leur sens original inséparable.

On verra comment ces deux problèmes influent l'un sur l'autre dans leur fonctionnement complexe, profond et délicat.

(1) POURQUOI LE REGIME DE TENNÔ EST MAINTENU ET SI CONSTAMMENT POPULAIRE ?

Abordons maintenant l'étude du régime de tennô, et demandons-nous pourquoi Hirohito n'avait pas été pendu et son régime aboli, malgré la lourde responsabilité des guerres agressives ordonnées et exécutées en son nom.

Pourquoi le général MacArthur presque omnipotent a été obligé de choisir la politique du maintien du régime de tennô-symbole ? Les raisons historiques en sont très profondes.

(a) Raisons historiques

i) Avant l'époque de Meiji (1868-1911) (première phase)

Je distinguerais les deux phases historiques du régime de tennô depuis son origine il y a 17 siècles jusqu'à la Défaite, pour signaler les traits caractéristiques de ce régime monarchique suis generis (3).

La première phase essentiellement orientale, depuis l'avènement de Himiko, cha-man, au trône vers la fin du 3ème siècle, jusqu'à la fin du shogunat de Tokugawa en 1867, avant l'époque de Meiji (4).

Les trois caractéristiques en sont bien remarquables :

D'abord, cette longue monarchie insulaire demeure toujours *uni-dynastique* de la famille de tennô.

Ensuite, elle a démontré deux types de gouvernement, disons, *dualiste et moniste avec une extrême souplesse*. La reine Himiko possède une autorité religieuse, essentiellement shintoïste, pour régner, mais ne gouverne pas, laissant les autres exercer les pouvoirs politiques

(3) V. S. Ienaga, Tennô, in "Kokushi-daijiten", t. 9, Yoshikawakôbunkan, 1988, p. 991-995.

(4) "Le constitutionnalisme au Japon", op. cit., p. 54-60.

réels. Le proto-régime de tennô est donc *dualiste*, séparant l'autorité et du pouvoir. Mais aux 7ème et 8ème siècles, face aux crises extérieures et intérieures, le Japon a érigé l'Empire de ritsuryô, sous l'autorité divine (shintoïste) du Tennô qui réunit tous les pouvoirs de l'Etat bureaucratique centralisé. Ce régime *moniste* durera pendant 3 siècles, mais au 10ème siècle le proto-régime *dualiste* réapparaît. Dès lors, le Tennô garde toujours une autorité religieuse et nominale, mais les autres : sesshō-kanpaku, jyōkō (insei), shōgunats Kamakura (12-14 s.), Muromachi (14-15 s.), Tokugawa (17-19 s.), ont exercé les pouvoirs gouvernementaux réels. Il est fort intéressant de noter que pendant la grande guerre civile (16 s.) même les plus ambitieux seigneurs militaires, comme Nobunaga Oda et Hideyoshi Toyotomi, n'ont pas osé s'emparer du trône de tennô, mais ont utilisé son autorité pour efficacement gouverner le pays. Le général américain suivra ce style ultérieurement.

Enfin, son autorité religieuse est essentiellement *shintōïste*, et le Tennô était vénéré comme *prêtre suprême* du pays protégé par les divinités ou comme *incarnation* de la divinité pendant le régime moniste. Le shintoïsme, religion autochtone japonaise, est originellement "un culte des esprits divins sans aucun dogme ou système" ou "un culte simple des phénomènes naturels", et toujours "le culte des ancêtres". Son autorité a permis par cela d'absorber, avec son extrême souplesse, tous les éléments culturels des civilisations avancées de la Chine et de l'Inde (à travers la Chine et la Corée) (confucianisme, bouddhisme, taoïsme, l'éki, légisme, etc.), sans cependant perdre le rôle autochtone spirituel pour leur mélange ou synthèse.

ii) *Sous la Charte constitutionnelle de Meiji (1889) (deuxième phase)*

La deuxième phase constitue l'axe de l'intégration nationale totale, à la fois pour réagir contre l'invasion des systèmes de valeurs de l'Occident et pour absorber les techniques modernes occidentales (5).

Face aux crises extérieures et intérieures des années 1850-60, le Japon avec l'avènement du Tennô de Meiji en 1868 agit vigoureusement pour construire "une riche Nation moderne à l'armée puissante", écartant la politique de stricte fermeture de Tokugawa.

Notons les deux points suivants :

D'abord pour intégrer toutes les énergies nationales, le Gouvernement de Meiji a *restauré* le plus puissant régime de tennô *moniste* à l'instar de l'Empire de ritsuryō au 8ème siècle, en rejetant à la fois le principe libéral-démocratique franco-américain et le régime parlementaire anglais, revendiqués par le mouvement libéral-démocratique de l'époque (1974-1988).

Ensuite, on a *renforcé systématiquement et totalement* le régime de tennô à tous les niveaux de l'Etat et de la vie du peuple, au sommet, par la Charte constitutionnelle, influencée par la monarchie

(5) Ibid, p. 61-70.

constitutionnelle autoritaire allemande, qui a auréolé l'autorité du tennô comme souverain éternel de droit divin et réuni avec elle les pouvoirs gouvernementaux et militaires considérables, ce qui constitue le "kokutai" (la finalité nationale et le tabou absolu), en adoptant faiblement les éléments libéraux de la limitation des pouvoirs et de la garantie des droits des sujets ; et par toutes les lois positives, par ses armées indépendantes du contrôle démocratique et civil, par des soutiens social et économique solides, par l'établissement hiérarchisé de la religion d'Etat de fait (shintôisme d'Etat), par l'éducation étatiste pour discipliner les enfants et adultes, en faire des sujets loyaux au Tennô avec une piété filiale aux parents, etc.

Par cette concentration des ressources du peuple ainsi endoctriné et obéissant au Gouvernement du tennô, le Japon est devenu vite la troisième grande puissance militaire après les guerres contre la Chine, la Russie et l'Allemagne. Il s'est enfoncé, sans frein efficace, dans les guerres agressives de Mantchurie, de Chine et de l'Océan Pacifique, ordonné au nom du Tennô Hirohito, et au nom de la légitime défense.

Le régime de tennô, basé profondément sur *sa longue histoire uni-dynastique* toujours régnante, et tellement *sacralisé et renforcé* par et sous la Charte de Meiji, était au moment de la capitulation ordonné par Hirohito le 15 août 1945 *trop sacré* pour le peuple et ses armées. On ne pouvait songer à l'abolir et à poursuivre Hirohito comme criminel de guerre.

(b) La nouvelle Constitution (1946) et le régime de tennô-symbole (troisième phase)

Le général MacArthur, très impressionné par la capitulation parfaitement ordonnée de 3 millions de soldats japonais à l'extérieur et à l'intérieur du Japon par un seul ordre décisif du Tennô Hirohito, a dit qu'il aurait fallu plus de 20 divisions en plus pour pacifier les révoltes des Japonais contre l'occupation, si les Alliés avaient tué ce régime et Hirohito...

Et il a su employer *le style traditionnel japonais* pour gouverner efficacement ce peuple éventuellement indomptable, utilisant son autorité incomparable pour le changement du type de régime *moniste* de Meiji pour retourner à l'ancien *dualisme*, c'est-à-dire, séparer l'autorité spirituelle des pouvoirs gouvernementaux.

i) "Une révolution constitutionnelle"

L'article 1er de l'actuelle Constitution prévoit :

"Le Tennô est le symbole de l'Etat et de l'unité du peuple : il doit ses fonctions à la volonté générale du peuple; en qui réside le pouvoir souverain".

La troisième phase de l'histoire du régime du tennô est marquée par l'établissement du principe de *la souveraineté du peuple* qui a

renversé la souveraineté du Tennô de l'ancien régime de Meiji et avant Meiji. C'est "*une révolution constitutionnelle*" ! (6).

Mais on constate ici une contradiction fondamentale. Révolution signifie *discontinuité* avec l'ancien régime, mais le maintien du régime de tennô et de Hirohito au trône témoignent de *la continuité* de l'ancien héritage. Comment peut-on les expliquer et concilier ?

ii) La querelle sur la discontinuité et la continuité

Le Gouvernement a expliqué que le "kokutai" (génie national) est changé, en ce sens *institutionnel* que la monarchie est transformée en démocratie, étant la souveraineté déplacée du Tennô au Peuple ; mais il n'est point changé en ce sens *historico-moral* que le Tennô continue d'être "le centre des sentiments nationaux", étant le Tennô intimement lié par le cœur avec le Peuple qui ne s'est jamais révolté contre lui. C'est une des thèses de la *continuité*.

La querelle sur la discontinuité et la continuité était un des plus grands thèmes de discussions passionnées. Il faudrait noter ici qu'il y avait l'opinion des publicistes qui insistait sur *la discontinuité* même dans le sens historico-moral, car la nouvelle Constitution exige le nouveau civisme démocratique, égalitaire, libéral et pacifique, fondamentalement différent de l'ancienne mentalité des sujets (6).

L'acceptation de la Déclaration de Potsdam par la défaite, et l'intervention du C.S.P.A. pour diriger la révision radicale constitutionnelle après la guerre, signifient dans la perspective de l'histoire constitutionnelle du monde que *les principes universels de la démocratie* libérale et pacifique (d'origines franco-anglo-américaines) ont brisé *le particularisme traditionnel japonais* trop étroit et fermé pour faire renaître le Japon.

La querelle sur la discontinuité et la continuité de l'identité nationale suggère qu'il existe la tension et l'ambiguïté entre la *discontinuité* (le changement) des *principes et institutions* énoncée par la Constitution avec la souveraineté du peuple d'une part, et *la continuité* dans *la culture constitutionnelle*, symbolisée par le régime de tennô prévu aussi dans la Constitution, d'autre part.

Ces deux éléments fondamentaux et contradictoires influent réciproquement l'un sur l'autre pour produire le fonctionnement ultérieur complexe et délicat de cette Constitution.

(6) Ibid, p. 71-77. V. notamment le numéro spécial sur le régime de tennô-symbole de "Juriste", n° 933 (les 1-15 mai 1989), et n° 934, 936, 938, avec les documents et bibliographies très détaillés.

(2) COMMENT LE REGIME DE TENNO-SYMBOLE A-T-IL FONCTIONNE PENDANT 42 ANS

(a) Malgré la stricte délimitation constitutionnelle, son fonctionnement de plus en plus élargi et sa stabilité

i) Une façade complètement nominalisée et a-politique

Le chapitre 1er (articles 1-8) ainsi que le Préambule de la Constitution proclament solennellement le principe de la souveraineté du peuple, et, énonçant le statut et la fonction du tennô comme "symbole", limitent rigoureusement et triplement ses compétences :

d'abord, le tennô n'exerce sa fonction que dans les cas limitativement énumérés dans la Constitution (art. 6 et 7) comme "actes d'Etat" (art. 4) ;

ensuite, la nature de ces "actes d'Etat" n'est que cérémoniale et formelle, car il ne possède pas "le pouvoir gouvernemental" qui influe sur l'exercice du pouvoir de Gouvernement (art. 4) ;

enfin, tous ces actes du tennô sont substantiellement décidés par le Cabinet qui en est responsable devant le Parlement (art. 3).

Ainsi la façade du régime de tennô-symbole est complètement *nominalisée et a-politique*, mais son fonctionnement et sa réelle portée ne sont point si simples (7).

ii) Le graduel élargissement de la fonction du Tennô et la culture constitutionnelle traditionnelle

Le régime de tennô-symbole ainsi politiquement effacé en apparence conserve la stabilité et la popularité constantes (environ 80-90 % pour) pendant 42 ans sous cette Constitution, mais sa fonction de symbole, débordant graduellement les limitations constitutionnelles rigoureuses, influera, sans intervenir directement dans les affaires gouvernementales, sur la culture politique et constitutionnelle à la japonaise.

L'élargissement progressif de la fonction du tennô s'est affermi notamment dans les deux manières suivantes :

A l'intérieur du pays, les visites officielles (en circulation) du tennô dans toutes les régions du pays pour encourager les populations et participer activement aux grandes cérémonies.

A l'extérieur du Japon, "la diplomatie de la famille impériale" pratiquée de plus en plus souvent et régulièrement par le tennô lui-même ou par le dauphin, bien qu'il ne soit pas constitutionnellement le Chef de l'Etat au sens strict du mot. Ses voyages avec l'impératrice en Europe en 1971 et aux Etats-Unis en 1975 témoignèrent de l'apport indéniablement politique des liens plus serrés avec ces pays.

Ces actes du tennô ne sont pas expressément énumérés dans la Constitution, mais le Gouvernement les explique comme "les actes publics" émanant de son statut de symbole, mais certains

(7) "Le constitutionnalisme au Japon", op. cit., p. 77-84.

constitutionnalistes (Miyasawa, par ex.) critiquent cette argumentation constitutionnellement douteuse, la notion du symbole étant tellement vague que ces actes peuvent éluder la stricte délimitation constitutionnelle.

Ainsi la pratique du régime de tennô-symbole a montré que restait une mentalité monarchique des Japonais à l'intérieur et donné l'image d'un Chef de l'Etat à la monarchie parlementaire à l'extérieur. Cet élargissement fonctionnel du régime du tennô-symbole est à la fois l'effet et la cause de la continuité de la culture constitutionnelle traditionnelle d'une très grande majorité des Japonais (7).

Ce climat psycho-social omniprésent n'est pas changé, malgré les grandes mutations sociales causées par l'étonnante expansion économique japonaise aux années de 1960. Pourquoi ?

(b) Les caractères essentiels et le noyau profond du régime de tennô-symbole vis-à-vis de ceux de l'actuelle Constitution

i) Trois caractères et le noyau mutuellement opposés

Il faut analyser l'énigme de cette culture constitutionnelle du régime du tennô pour mettre en relief ses trois caractères essentiels et saisir son noyau profond, en comparaison d'avec ceux de la Constitution actuelle (8).

La culture traditionnelle japonaise, d'une part, nourrie des religions et morales orientales et proprement japonaises sous le régime de tennô pendant 17 siècles présente les trois caractères fondamentaux suivants :

D'abord, *le caractère hiérarchique*.

Selon le shintoïsme, entre les divinités et les hommes, il n'y a aucune frontière de séparation nette, mais une continuité verticale entre la déesse du soleil (Amaterasuumikami) du temple d'Ise à laquelle tous les Premiers-Ministres rendent un culte dès leur nomination), la divinité ancestrale suprême de la famille de tennô et les ancêtres hiérarchisés du peuple. L'Etat et la société japonais ont un héritage très bureaucratique civil et militaire. Le confucianisme a soutenu moralement ce système hiérarchique. La mentalité verticale et obéissante aux supérieurs ou

(8) Cette analyse approfondie vise à éclaircir les caractères fondamentaux issus du noyau profond de la tradition culturelle japonaise formée sous le régime de tennô, souvent laissée dans l'obscurité énigmatique même pour les constitutionnalistes japonais eux-mêmes, afin de surmonter les défauts de la particularité de la culture traditionnelle japonaise pour créer une nouvelle culture constitutionnelle japonaise vraiment démocratique et pacifique au service de la civilisation et la paix constitutionnelles de l'Humanité de notre temps nucléaire et planétaire. V. "Le constitutionnalisme au Japon", p. 84-89, 332. Cette analyse consiste, d'ailleurs, à extrapoler visiblement les éléments essentiels de son "caractère d'englobement (ou d'absorption globale)" ("hōsetsusei") : thèse de S. Hariu ; V. S. Hariu et K. Yokota, "Kokuminshyuden to Tennō-sei (La souveraineté populaire et le régime de tennô)" Horitsubunkasha, 1983...

puissants reste encore enracinée chez une grande majorité de Japonais sous le régime de tennô-symbole.

Ensuite, *le caractère familial*.

Le shintoïsme est essentiellement une religion de la famille : des clans, des familles nobles et militaires, des villages communautaires et, au sommet et au centre, la famille du tennô, père de la grande famille nationale (shintoïsme d'Etat). Le culte des ancêtres de la famille, profondément enraciné, englobe depuis l'antiquité le bouddhisme, originellement individualiste et universel. Sous le régime de tennô, cette mentalité d'une famille ou d'une pseudo-famille communautaire reste vivante dans les entreprises, le sectionnalisme de l'Administration, les factions des partis politiques, etc. Chaque groupe familial totalement intégré, lutte contre les autres pour survivre et conquérir : de là le dynamisme japonais, dont l'excès anarchique exige un centre de cohésion nationale qu'est la famille de tennô.

Enfin, *le caractère émotionnel mais très utilitaire*.

Le shintoïsme est essentiellement une religion de sentiment où l'on ne demande pas toujours quelle divinité précise, ne demandant ni le principe, ni la logique, et de là son extrême souplesse qui peut absorber les éléments hétérogènes des autres religions et morales, venues de l'extérieur, et de là cet extrême syncrétisme japonais, superposé et combiné confusément. Mais les Japonais se rendent devant les temples shintoïstes ou bouddhistes (plusieurs millions au Jour de l'an) pour prier et demander les mérites terrestres et utilitaires (la prospérité, la santé, le bonheur, le grand succès, etc.). La plupart des Japonais se comportent émotionnellement sans savoir pourquoi ("tada nantonaku") suivant les circonstances et tendances fortes (ou majoritaires), mais leur sens pratique utilitaire reste toujours très aigu et astucieux.

On peut maintenant dire que la monarchie autoritaire de Meiji avait *mobilisé durement* ces trois caractères traditionnels japonais sous l'autorité divine unifiée avec les pouvoirs considérables du tennô, pour former "une grande puissance militaire", et que l'actuel régime de tennô-symbole a *réorganisé doucement* ces trois caractères durables sous l'autorité (le prestige) du tennô séparée du pouvoir politique dans la culture constitutionnelle (et politique), pour construire "une grande puissance économique" avec ses mérites et défauts particuliers à la japonaise.

La nouvelle culture civique universelle, d'une part que l'actuelle Constitution a introduite et voulu former et enraciner sur le sol japonais est foncièrement différente. Elle a ses sources profondes dans la civilisation occidentale de plus de 2.500 ans dont les éléments de base sont composés du judéo-christianisme, du rationalisme grec et du droit romain. En contraste avec la tradition japonaise, elle présente les trois caractères fondamentaux suivants :

D'abord, *le caractère individualiste*.

L'individu, -l'homme et la personnalité-, possède la dignité irremplaçable, et est la finalité suprême (v. l'article 13 de la Constitution). Cette profonde conviction remonte à l'origine de la Genèse (chap. 1, v. 27) de l'Ancien Testament : "Dieu créa l'homme à

son image" (v. la Déclaration de l'Indépendance américaine de 1776 qui proclame expressément "le Créateur", et son influence directe sur l'article 13 de la Constitution japonaise).

Ensuite, *le caractère égalitaire.*

Tous les hommes, monarques ou mandians, sont égaux devant Dieu, la personne unique, absolue et transcendante, catégoriquement la discontinuité entre Dieu et les hommes. Devant le Dieu, qui est le père aux cieux, tous les hommes sont ses enfants, donc frères et soeurs dont les rapports sont horizontalement ouverts et solidaires pour toute l'Humanité. L'inégalité hiérarchique et les discriminations (des états féodaux, de l'esclavage, de la femme, des masses populaires, de la colonisation, etc.) devaient être logiquement corrigées suivant ce principe essentiel de l'égalité des hommes.

Enfin, *le caractère rationnel et juridique* pour le respect des *droits de l'homme.*

Il faut rationnellement et juridiquement protéger les droits de l'homme. Ce sont l'héritage à la fois du judéo-christianisme (le contrat entre Dieu et le peuple), du rationalisme grec et du droit et des institutions romains. De là, les notions de la limitation des pouvoirs et des violences par la loi divine, par la loi naturelle, la garantie des droits naturels de l'homme, la résistance à l'oppression, etc.

Cette culture constitutionnelle, une fois rejetée par la Charte de Meiji il y a 100 ans, est adoptée substantiellement par l'actuelle Constitution, mais a rencontré beaucoup de réactions émotionnelles des révisionnistes constitutionnels qui demandaient le retour à l'ancienne Charte et à sa tradition (mais la révision a échoué), ainsi que des freins imposés par les gouvernements successifs conservateurs au pouvoir.

Il faudrait cependant constater que pendant 42 ans sous cette Constitution, sa nouvelle culture constitutionnelle, individualiste, égalitaire et rationnellement respectueuse des droits de l'homme, pénètre et s'enracine de plus en plus dans les consciences des citoyens et leur pratique quotidienne dont on ne peut plus méconnaître l'importance (les mouvements civiques, des critiques de l'opinion publique, les contentieux constitutionnel, administratif et judiciaire, etc.).

Quels noyaux profonds trouve-t-on, *en dernière analyse*, dans ces deux cultures constitutionnelles, ancienne traditionaliste et nouvelle universelle ?

On peut résumer, à mon avis, cette *opposition des deux crédos*, du *sentiment shintoïste* d'une part et de la *conviction humaine* de l'autre :

Le Tennô a une dignité irremplaçable comme descendant des ancêtres divins qui protègent et chérissent la nation japonaise comme leurs enfants ; et il les représente, priant d'une façon désintéressée, faisant appel à leur charité (de là, l'importance capitale de son culte shintoïste), pour le bien-être de la nation japonaise toute entière.

C'est là le mystère du régime de tennô, et son crédo, conscient ou subconscient, enraciné dans la mentalité d'une très grande majorité du peuple japonais ; mais de l'autre côté, *chaque individu*, ayant sa dignité irremplaçable, dont les droits de l'homme sont inviolables, est

libre, égal, solidaire et responsable pour maintenir et créer l'identité nationale vraiment pacifique.

C'est là le nouveau crédo de l'actuelle Constitution pacifique.

Sous l'apparence si stable et paisible du régime de tennō-symbole, on ne peut pas ne pas constater l'aspect d'une *profonde transition* de la culture constitutionnelle de l'ancienne vers la nouvelle (ou vers l'ancienne renouvelée) avec leurs caractères et crédos fondamentalement différents l'une de l'autre.

ii) *Quelques signes donnés par les Funérailles de Hirohito (Shōwa-tennō) et par l'Avènement de Akihito (Heisei-tennō)*

En ce moment de transition, le Tennō Hirohito est mort, et ses Funérailles et l'Avènement du nouveau Tennō Akihito (9), ont montré quelques signes importants et délicats pour le destin de ce régime et du Japon. Je les résumerai dans les trois points suivants :

1. *Oublier la responsabilité de la guerre agressive* et exalter le succès de la prospérité économique de l'époque de Shōwa-Tennō. Hirohito a eu ses deux faces, moniste belliqueuse et dualiste douce, essentielles au régime de tennō, comme je l'ai expliqué avant. Pendant les 20 premières années de son règne, il était grand maréchal des armées sur un cheval blanc, souverain de droit divin de l'Empire du soleil levant militariste, au nom duquel les guerres agressives ont été ordonnées et exécutées. Mais, pendant ses 42 dernières années, il était le symbole de la reconstruction et de la prospérité économique pacifique. Ses funérailles, effectuées par le Gouvernement Takeshita, montrent une volonté d'effacer son passé au temps militariste pour lui adresser des éloges sur le temps prospère économique. Contrairement aux Allemands qui se rappellent éternellement leurs anciens crimes pendant la guerre, les Japonais paraissent laisser courir dans l'eau les actes criminels d'agression et de colonisation du passé immédiat.

2. La cérémonie des Funérailles *pratiquement etintoïste* risque d'ébranler le principe de la séparation de la religion et de l'Etat de la Constitution (art. 20, als. 1 et 3, art. 89). Le shintoïsme de la famille royale reste toujours, depuis Himiko, l'âme du régime de tennō, comme je l'ai expliqué auparavant. Le Gouvernement a organisé les deux parties des Funérailles dans le même lieu et en même temps, successivement, la première cérémonie shintoïste comme culte religieux privé de la famille royale, et la deuxième laïque comme cérémonie nationale officielle : ces deux parties n'étaient séparées que par un rideau et par un intervalle de 5 minutes, et on a invité les dignités étrangères de 163 pays du monde (y inclus le Président Mitterrand) et

(9) Sur ces événements, v. la documentation objective et détaillée du n° 938 (p. 98-153) de "Juriste", Cf. les observations de R. Guillaïn, L'empereur Akihito a succédé à son père : de profonds retournements, *Le Monde*, 8-9 janvier 1989, p. 1, 5 ; plusieurs articles de Ph. Pons, *Le Monde*, le 12 janvier 1989, les 22, 24 et 25 février 1989. V. T. Fukase, "Kokusaigakkai karamita shōchōtennōsi (Le régime de tennō-symbole, vu par les milieux intellectuels du monde), n° 1, 2, 3", in "Juriste", n° 933, 934, 936.

nationales, en recommandant leur participation à ces deux parties ! Cette confusion pratique délibérée du shintoïsme dans la cérémonie funèbre d'Etat du Tennô-Shôwa témoigne à la fois de l'essence religieuse innée du régime de tennô, et démontre ce particularisme national traditionnel japonais devant 163 pays du monde.

3. L'avènement du nouveau Tennô Akihito au trône annonce une époque du *prolongement* de la dernière moitié de l'ère du Tennô Hirohito, mais un changement de style *plus constitutionnaliste* en comparaison de l'époque précédente, dissimulant paradoxalement des actes et pratiques constitutionnellement douteux, à certains égards très importants et délicats. Son premier geste comme nouveau Tennô, c'était sa Déclaration officielle devant les hautes dignités dans laquelle il a fait expressément le serment d'"observer fidèlement la Constitution". Cette importante position prise par le nouveau Tennô, mais en fait par le Gouvernement responsable devant le Parlement, représente la politique fondamentale du Gouvernement Takeshita qui ne prendra plus l'initiative de la révision constitutionnelle, ce qui a choqué gravement la droite révisionniste. Ce serment d'une fidèle observation constitutionnelle, cependant, peut servir comme camouflage au Gouvernement quand celui-ci prend et maintient les mesures constitutionnellement fort douteuses, par exemple, la cérémonie d'Etat confusément liée avec le shintoïsme à l'encontre du principe de séparation constitutionnel, ou le renforcement de la force défensive à l'encontre de l'article 9 qui interdit la guerre et l'armée.

Après toutes ces réflexions sur le régime de tennô-symbole bien confortable par apparence, on constate qu'il se trouve aujourd'hui *au carrefour de transitions* dans plusieurs niveaux juridique, politique et culturel.

C'est le grand moment crucial pour le régime de tennô et le Japon de choisir *quelle orientation* pour l'avenir ? C'est-à-dire, "*une grande puissance économique*", rapidement arrivée mais entourée par les difficultés et impasses partout dans le monde, *pour quoi faire ?*

A la recherche de la future orientation juste et constructive, passons maintenant au deuxième problème constitutionnel sur la guerre et la paix à notre âge nucléaire et planétaire.

**DEUXIEME PARTIE -
LA PAIX CONSTITUTIONNELLE JAPONAISE -
UN MODELE OU UNE ILLUSION ?**

**PRELIMINAIRE - QUI A "LA GLOIRE D'AVOIR PREPARE CE
BEAU JOUR" ?**

"*La gloire d'avoir préparé*" (10) la Constitution pacifique japonaise appartient, à vrai dire, à la Déclaration de renonciation à la guerre de conquête proclamée par l'Assemblée Constituante de la Révolution française le 22 mai 1790 (le titre VI de la Constitution du 3 septembre 1791) :

"La Nation Française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes, et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple" ;
et encore, plus directement, au Traité de Briand-Kellogg de 1928, de "la mise hors la loi de la guerre".

L'article 9 de l'actuelle Constitution japonaise est, cependant, à la fois le prolongement de ce principe franco-américain et universel, et son *développement* original fondé sur l'*expérience* nationale des guerres modernes, notamment atomique.

**(1) POURQUOI LE PRINCIPE D'UNE PAIX COMPLETE EST-IL
INTRODUIT DANS LA CONSTITUTION JAPONAISE ?**

**(a) Une lourde expérience historique du peuple japonais à
l'égard des guerres modernes, notamment atomique**

i) La fausse gloire d'"une grande puissance militaire"

Le Japon depuis l'époque de Meiji a répété les guerres modernes, en poursuivant *la fausse gloire d'"une grande puissance militaire"*, pour finir par la catastrophe fatale.

Pourquoi cet agrandissement sans frein de l'Empire militariste et colonial ? La cause constitutionnelle principale en est l'indépendance des armées du tennô, sans contrôle démocratique et civil dans la Charte de Meiji. Et à l'extérieur, la retraite de l'adhésion à la Société des Nations en 1933 pour devenir un pays égocentrique et isolé dans le monde, après l'agression de la Manchurie.

Le peuple japonais, de plus, a connu et souffert les *trois grandes expériences* des guerres modernes et contemporaines suivantes :

1. Le Japon a entrepris les guerres agressives au nom toujours de la légitime défense, notamment depuis l'adhésion au traité de Briand-Kellogg.

(10) V. "Le constitutionnalisme au Japon", op. cit., p. 123, 99-101 ; et, sur l'ensemble des problèmes de "la paix constitutionnelle japonaise", v. *ibid*, chap. II La Paix, p. 91-126.

2. Le Japon, s'efforçant de renforcer ses armées pour défendre l'indépendance nationale, a péri par ses armées en provoquant inévitablement la guerre fatale.

3. Le peuple japonais a souffert, et nuï aux peuples voisins, les victimes et désastres de la guerre à l'âge nucléaire, le plus grand (ou absolu) mal du monde qui détruit le fondement même des droits de l'homme.

Le peuple japonais, ayant éprouvé ces dures expériences de guerres, a détesté la guerre quelle qu'elle soit, tout particulièrement les armes nucléaires, du moins émotionnellement, après la défaite, a accueilli, dans une grande majorité (70 %), très favorablement la clause constitutionnelle de renonciation à la guerre et à l'armée.

(b) L'introduction du principe de "la mise hors la loi de la guerre" stricto sensu dans la Constitution japonaise

i) L'inspiration du Premier Ministre Shidehara, le général MacArthur, C.S.P.A., et leur arrière plan

L'origine secrète de l'article 9 de la Constitution, déjà mentionnée plus haut, doit être ici plus approfondie.

C'était à vrai dire le Premier Ministre *Kijyûro Shiderara* qui a proposé au général MacArthur l'idée de constitutionnaliser la renonciation permanente à la guerre, à l'occasion de leur rencontre confidentielle le 24 janvier 1946. Le général, profondément ému de cette proposition, a décidé l'orientation de rédiger la nouvelle Constitution ainsi que la politique de l'occupation du Japon comme C.S.P.A. : le maintien du régime de tennô-symbole avec la garantie du pacifisme complet.

Shidehara était un homme d'Etat mondialement connu comme auteur de "*la diplomatie pacifique de Shidehara*" entre les deux guerres mondiales. Il était le responsable, comme ambassadeur aux Etats-Unis et plénipotentiaire, du traité de désarmement naval de Washington en 1922, et, comme Ministre des Affaires Etrangères, du traité de désarmement naval complémentaire de Londres en 1930 (11).

Il a connu, quant au traité de Briand-Kellogg de 1928, la théorie de "*la mise hors la loi de la guerre*", revendiquée par Levinson, Bohla et Dewey, dont l'idée complètement pacifique consiste à abolir la guerre comme institution internationale, à réduire et finalement abolir les armées nationales pour construire l'organisation mondiale régie par le droit (système juridictionnel) et assurée par les moyens pacifiques. L'autre théorie de "*la sécurité collective*", soutenue par Shotwell, consiste à distinguer les guerres agressive et défensive pour sanctionner "collectivement" l'agression par les moyens militaires, donc pas tellement actif pour le désarmement. Ces deux mouvements pacifiques se sont coalisés pour réaliser ce traité avec succès mais comme *compromis* : le principe général qu'est "la mise hors la loi de la

(11) V. T. Fukase, "Shidehara Kijyûrô no gunshyuku-heiwashisô to jikko (La pensée pacifique de désarmement de K. Shidehara et ses travaux)", in "Mélanges offerts I. Sato", Yukikaku, 1986, p. 74-114.

guerre", mais la réserve du "droit de légitime défense" est faite au profit de chaque Etat souverain (12).

Or, le Japon, "troisième grand militaire", après l'adhésion à ce traité, a entrepris des guerres agressives au nom du droit de légitime défense, réservé dans ce traité. Ne trouve-t-on pas là le défaut souvent fatal de la théorie de "la guerre juste" et de ses nombreux exemples historiques ?

Shidehara, ayant connu et vu toutes ces théories et réalités de la guerre et la paix ainsi que du désarmement et ses réactions, a proposé au C.S.P.A. la constitutionnalisation du principe de "la mise hors la loi de la guerre" *stricto sensu*, pour prévenir à jamais la guerre à l'âge nucléaire.

ii) L'article 9 et ses trois aspects originaux et universellement valables à notre âge nucléaire et planétaire

L'article 9 de la Constitution énonce en ces termes :

"Aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ou à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux.

Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il en sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'Etat ne sera pas reconnu".

Avec cet article 9, le Préambule, la garantie des droits de l'homme (ses droits pacifiques), la démocratie parlementaire, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité, l'internationalisme (art. 98), tous combinés, constituent l'actuelle Constitution complètement pacifique.

Fondée sur de sérieuses réflexions sur les erreurs et victimes avant la défaite de la guerre, elle exige bien entendu le contrôle démocratique et civil sur la force et l'internationalisme de coopération, mais aussi et surtout énonce *les trois principes pacifiques originaux* dans l'art. 9, correspondant aux trois grandes expériences des guerres du peuple japonais, plus haut mentionnées :

1. *la renonciation à toutes sortes de guerre*, inclus la guerre défensive, guerre de sanction ou guerre d'anéantissement collectif, pour abolir enfin le système de guerre ;

2. *le désarmement nécessaire*, pour prévenir à jamais la guerre et faciliter le désarmement général et complet du monde ;

3. *la garantie du "droit de vivre dans la paix"* est le fondement (donc "le premier et le plus important" (13)) de tous les droits de l'homme.

(12) T. Fukase, "Sensô-hôki to heiwateriki-seizonken (La renonciation à la guerre et le droit de vivre dans la paix)", Iwanamishoten, 1987, p. 68-74.

(13) J. Zourek, L'interdiction de l'emploi de la force en droit international, Sijthoff, 1974, p. 125.

(2) COMMENT CE PRINCIPE PACIFIQUE COMPLET A-T-IL FONCTIONNE PENDANT 42 ANS, SANS AUCUNE REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

(a) La révision constitutionnelle ayant échoué, la force défensive a été graduellement renforcée dans le cadre du traité de sécurité américano-japonais

i) L'épreuve de la guerre froide (chaude) et l'alliance militaire américano-japonaise

Ce principe constitutionnel pacifique très idéaliste a rencontré vite l'épreuve de la réalité internationale déchirant le monde : le déclenchement de la guerre coréenne en 1950 qui divisait le monde en deux blocs militaires et paralysait le système de sécurité collective de l'O.N.U.

1. La révision constitutionnelle de l'article 9 pour reconstruire les armées, c'était logique, d'ailleurs demandée par le Gouvernement de Washington (S. d'Etat, J.-F. Dulles) en 1951-1953, mais refusée par le Gouvernement S. Yoshida (14), qui a choisi la route de compromis : *pas de révision constitutionnelle*, mais "un graduel renforcement de la force défensive" dans le cadre du traité de sécurité américano-japonais en vertu duquel les armées américaines de stationnement sont assurées de leurs bases militaires au Japon.

Les mouvements révisionnistes répétés par la droite, notamment entre 1954 et 1964 se sont soldés par l'échec, car les électeurs n'ont pas envoyé le nombre suffisant de révisionnistes (plus de 2/3) ni à la Chambre des Conseillers (en 1956), ni à la Chambre des Députés (en 1958, 1960). L'opinion publique contre la révision s'est augmentée graduellement (aujourd'hui, environ 60-80 % contre).

2. Basée sur l'alliance militaire américano-japonaise dans laquelle les armées américaines nucléaires et conventionnelles contre le bloc soviétique sont complétées par la force défensive japonaise (la Garde de Défense), la défense nationale japonaise est fort *dépendante des Etats-Unis*, aux dépens de l'indépendance nationale japonaise, mais au profit de la reconstruction et de l'expansion économiques japonaises, les dépenses militaires ayant été relativement basse et freinée (moins 1 % du P.N.B. jusqu'à 1986).

L'interprétation approfondie du principe pacifique et de l'article 9 de la Constitution est développée dans p. 185-245, et notamment dans les rapports d'avec "le droit de légitime-défense de l'Etat et avec la protection internationale des droits de l'homme", V. aussi p. 246-289 de T. Fukase, "Sensô-hôki", op. cit.

(14) Sur le processus historique de réarmement substantiel japonais et ses problèmes complexes, v. *ibid.* Chap. 4, p. 291 et s.

ii) Les querelles politique et juridique : l'inconstitutionnalité de l'armée américaine de stationnement et celle de la Garde de Défense

Sous cette Constitution pacifique qui renonce à la guerre et interdit l'armée, comment cette militarisation spécifique japonaise peut-elle se réaliser ainsi ? La Garde de Défense possède un effectif de 280.000 hommes armés, équipés d'armes très modernes de premier rang (sauf l'arme nucléaire), dont la puissance militaire se trouve dans les 7ème ou 8ème grands avec sa dépense militaire dans les 2ème ou 3ème dans le monde d'aujourd'hui (15).

1. *Le Gouvernement* (16) maintient l'interprétation originale du principe de l'article 9 : bien que le droit de légitime défense ne soit pas dénié, le Japon ne peut faire la guerre même au nom de la légitime défense ; ne peut maintenir "le potentiel de guerre" (force militaire) même pour la légitime défense ; le droit de belligérance n'est pas reconnu. En un mot, c'est le principe d'illégaliser le système de la guerre comme droit souverain de la nation, c'est-à-dire, celui de "la mise hors la loi de la guerre" stricto sensu du traité de Briand-Kellogg.

L'interprétation actuelle du Gouvernement change son ton original : elle accentue l'importance du droit de légitime défense (mais ne reconnaît que le droit de légitime défense individuel, non pas collectif) ; le Japon peut utiliser ses forces pour la légitime défense (leur expédition à l'extérieur est donc interdite) ; "la force de légitime défense" étant force minime pour la légitime défense, n'est pas une force militaire inconstitutionnelle (sont interdites les armes agressives (I.C.B.M., porte-avions d'attaque, etc.)).

Pour l'action de la légitime défense, le Droit de belligérance n'est pas pleinement exercé.

2. *Le Parlement* (17) soutenu par le parti dominant conservateur (P.L.D.), le Gouvernement dispose toujours d'une majorité plus que absolue, mais de moins de 2/3 (la majorité a changée à la Chambre des Conseillers aux élections du mois de juillet 1989), la position du Gouvernement : la Garde de Défense est constitutionnelle.

Le P.S. et le P.C., au total un peu plus que 1/3, continuent d'insister sur l'inconstitutionnalité de la Garde de Défense ainsi que de l'armée américaine de stationnement.

Le P. Komei, autrefois, l'a considéré inconstitutionnelle, il la regarde dans les deux aspects constitutionnel et inconstitutionnel.

Le P.D.S. à côté du P.L.D., est plus favorable à la G.D. que celui-ci. L'Union S.D. est proche du P.S., favorable pour le désarmement.

La querelle sur l'inconstitutionnalité de la G.D. subsiste encore au Parlement dont le débat constitutionnel était très passionné aux années 1950 (la G.D. fut créée en 1954), mais, depuis les années 60 au fur et à mesure que la G.D. s'est pratiquement affermie et de plus en

(15) V. Bôeichô, "Bôei-hakusho, 1989 (Livre blanc de la Défense)", sept. 1989, p. 122-193, 315-325. V. aussi T. Fukase, op. cit., p. 312-332.

(16) Ibid., p. 333-355.

(17) Ibid., p. 355-368.

plus renforcée dans le cadre de l'alliance militaire avec les Etats-Unis, le Parlement concentre ses débats sur les *questions concrètes des "limites constitutionnelles"* pour contenir la G.D. dans ces limites et ne pas la laisser déborder ces limitations de plus en plus concrétisées (y inclus, 3 principes non-nucléaires : non-fabrication, non-usage, non-introduction des armes nucléaires ; non-exportation des armes ; etc. mais il n'y a pas de commission permanente parlementaire de défense...).

3. *La Doctrine des constitutionnalistes* reste, dans sa *grande majorité* (71 % en 1981 (18)), *contre* la constitutionnalité de la G.D., en connaissant la norme juridique exacte de l'article 9 et, en même temps, constatant la réalité objective de la G.D. Quelques constitutionnalistes minoritaires dans ses diverses manières (18) soutiennent la position pour sa constitutionnalité.

4. *La Jurisprudence* est juridiquement, bien entendu, la plus importante, car les tribunaux judiciaires, notamment la Cour Suprême, sont "gardiens de la Constitution", énoncés dans l'article 81 de la Constitution (19).

Comment ce système du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois japonaises réagit à l'égard du réarmement de fait constitutionnellement fort douteux ;

D'abord, la Cour Suprême japonaise n'est pas une cour constitutionnelle à l'européenne comme le Conseil Constitutionnel français. L'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire de l'inconstitutionnalité de la Garde de Réserve, rendu le 8 octobre 1952 (20), rejeta la requête d'inconstitutionnalité de la Garde intentée par le P.S.J. directement auprès de la Cour Suprême, en considérant que le système du contrôle constitutionnel japonais n'est pas celui de contrôler abstraitement la constitutionnalité des lois et autres actes étatiques, mais *le contrôle "judiciaire"* pour résoudre juridiquement "*les litiges concrets*", sans lesquels les juges ne peuvent examiner la constitutionnalité.

Voilà donc, la juridiction suprême a montré son attitude passive pour laisser passer toutes les législations et exécutions du "renforcement graduel de la force défensive" dans la limite de ne pas nuire d'une manière concrète aux droits fondamentaux du citoyen qui, en ce cas, pourra tenter le recours d'inconstitutionnalité comme "litige concret".

Ensuite, la Cour Suprême a énoncé, dans son très important arrêt sur l'affaire Sunagawa rendu le 16 décembre 1959, *la non-inconstitutionnalité de l'armée américaine* de stationnement et *la non-intervention judiciaire dans la constitutionnalité du traité de sécurité américano-japonais* dont le caractère est si important et hautement politique qu'elle le considère comme "acte de gouvernement" ou

(18) Ibid., p. 170-184.

(19) T. Fukase, Les juges et les grands choix politiques et administratifs de l'Etat : Droit constitutionnel japonais, in C.F.D.C., S.L.C., "Etudes de Droit Japonais", op. cit., p. 333-341.

(20) Ibid., p. 355-356 ; "Sensôhoki", op. cit., p. 390-393.

"political questions" dans le cas d'une "inconstitutionnalité clairement évidente" (21).

Enfin quant à la constitutionnalité de la *Garde de Défense*, la Cour Suprême ainsi que tous les autres tribunaux inférieurs *ne décident pas* et ne légitiment pas encore, comme "gardiens de la Constitution", *sa constitutionnalité*.

Le jugement du Tribunal de région de Sapporo dans l'affaire Eniwa rendu le 29 mars 1967 a acquitté les accusés-paysans, poursuivis de la part de la Garde de Défense en vertu de la loi sur la G.D. (art. 121), sans entrer dans le fond de la constitutionnalité de la G.D. (ce jugement est devenu définitif) (22).

La Cour Suprême a énoncé récemment deux arrêts dans deux importantes affaires concernant la Garde de Défense : l'une, l'affaire Naganuma (le jugement du Tribunal de région de Sapporo a déclaré catégoriquement l'inconstitutionnalité de la G.D. comme "les forces terrestres, navales et aériennes" interdites par l'article 9 alinéa 2 de la Constitution, rendu le 7 septembre 1973 ; l'arrêt de la Cour d'appel de Sapporo, rendu le 5 août 1976, l'a reformé par la théorie de "l'acte de gouvernement"), la première petite chambre de la Haute juridiction, par son arrêt rendu le 9 septembre 1982, a évité complètement l'examen du fond de la constitutionnalité de la G.D. en confirmant l'intérêt perdu de la requête, et ainsi renvoyait sa question de la constitutionnalité au futur litige concret (23). L'autre, l'affaire Hyakuri, la deuxième petite chambre (l'arrêt du 20 juin 1989) a évité aussi l'examen de la constitutionnalité de la G.D. pour résoudre ce litige civil par l'examen de la validité du contrat privé de l'achat des terres, non contraire à "l'ordre public" de l'art. 90 du Code civil (24).

La Cour Suprême a ainsi évité complètement l'examen et le jugement de fond sur la constitutionnalité de la G.D., et donc sa constitutionnalité reste encore "*en suspens*" devant "le gardien de la Constitution". Il est bien remarquable de constater ici le fait jurisprudentiel dans lequel il n'y a aucune jurisprudence qui a autorité à violer ou freiner *les droits fondamentaux de l'homme complètement pacifiques* ("*le droit de vivre dans la paix*") garantis par la Constitution en vue de protéger la mission de défense militaire de la G.D. (25).

(21) "Les juges", op. cit., p. 354-355 ; "Sensôhoki", op. cit., p. 394-402.

(22) "Le constitutionnalisme au Japon", op. cit., p. 113-114, note (52) ; "Sensôhoki", p. 403-406

(23) "Le constitutionnalisme au Japon". op. cit., p. 114-115, note (53) ; "Sensôhoki", p. 406-415 ; "Etudes de Droit Japonais", op. cit., p. 356-357, 370-377.

(24) Ibid., p. 416-419. K. Takami, Hakuri-kichi jiken, in "Juriste", n° spécial sur les arrêts importants de l'année 1989, 1990.

(25) "Sensôhoki", op. cit., p. 425-430.

(b) L'état actuel complexe de compromis et de transition spécifiquement à la japonaise, et les trois orientations à choisir

i) Une militarisation à la japonaise : un phénomène typique de la culture constitutionnelle traditionnelle japonaise

Devant ce processus graduel du renforcement militaire, comment le peuple japonais l'a-t-il regardé et considéré dans sa conscience spécifique ?

Il s'agit de *la culture constitutionnelle traditionnelle japonaise* qui s'est révélée dans les opinions sur les difficultés constitutionnelles.

Depuis les années de 1960 et 70, les sondages d'opinion relatifs aux problèmes de la Constitution pacifique et de la G.D. ainsi que de la paix et de la sécurité nationale, témoignent d'une évolution et tendance remarquable suivante :

1. "Oui à la fois à la Constitution pacifique et à la G.D.", pour celle-là, et pour celle-ci, avec de chaque côté une grande majorité d'environ 70-80 % d'opinions exprimées.

Mais ce n'est *pas logique* ! Si l'on dit "oui" à la Constitution qui renonce à toute la guerre et interdit l'armée, on doit dire logiquement "non" à la force militaire japonaise puissante au 7ème rang dans le monde qui s'appelle la Garde de Défense.

Ce raisonnement est très clair et fondamentalement juste, à la française et cartésien, c'est-à-dire, rationnellement et universellement valable. Selon lui, cette opinion majoritaire des Japonais est une contradiction, ou trop vague ou hypocrite.

Je me permets ici d'évoquer *la culture traditionnelle japonaise* dont le régime de *tennô* est le symbole, et dont les trois caractères sont hiérarchique, familial, souple et très utilitaire, ce que j'ai expliqué avant. Ne voit-on pas ici son *phénomène typique* dans le renforcement militaire graduel sous la Constitution qui l'interdit ? C'est-à-dire une grande majorité de Japonais ont suivi, malgré tout, "la route de compromis" décidée en haut par le pouvoir gouvernemental appuyé par les États-Unis, dans une atmosphère familiale et communautaire la majorité conservatrice, d'une manière souple et pragmatique très utilitaire pour l'expansion et la prospérité économique (26) ?

(26) Ibid., p. 368-389. Cf. le résultat des sondages d'opinion récent (janvier 1989, le service d'information du Gouvernement) montre le soutien d'une forte majorité du peuple japonais pour la Constitution pacifique : sur les raisons du maintien de la paix de notre pays, 64 (39 %) pour "l'existence de la Constitution pacifique", 45 (19 %) la stabilité économique et sociale de notre pays", 44 (18 %) "le système de sécurité américano-japonaise", 32 (9 %) "les efforts diplomatiques de notre pays, 24 (5 %) "l'existence de l'O.N.U.", 9 (1 %) "l'existence de la Garde de Défense (réponses plurielles, () réponses singulières).

V. le plan de stratégie pacifique de la Constitution japonaise ("Avant-projet provisoire de la loi de base sur l'assurance synthétique de la paix"), in "Études de Droit Japonais", op. cit., p. 370-377.

On peut consulter les articles récents sur la Constitution japonaise : M. Nakamura, Quarante ans de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1987, III, 1989, p. 691-699 ; M.

Les Japonais se demandent maintenant que faire de "la prospérité économique" si rapidement arrivée.

Mais analysons encore plus l'état actuel.

2. 70-80 % de l'opinion pour la nécessité de la Garde de Défense.

3. Mais sa nécessité pour quoi ? Le plus grand mérite de la G.D., ce sont ces actions et services de secours lors des désastres (tremblements de terre, inondations, accidents, maladies...) estimés par 80 % des gens, tandis que pour la défense nationale, sa principale mission, elle est estimée par 5 %.

4. Sur la constitutionnalité de la G.D., environ 40-50 % pour, 30 % contre, mais, il y a l'opinion ni pour ni contre environ 20-40 %.

5. Pour ou contre la sécurité américano-japonaise, 50-60 % pour, le taux relativement le plus majoritaire et assez stable, mais un regard de doute envers la protection militaire des Etats-Unis pour le Japon attaqué éventuellement par des agresseurs (plus de la majorité absolue). L'opinion pour la neutralité militaire est environ de 20-30 %.

Ainsi l'état actuel, si vague, complexe et contradictoire même représente *une grande phase de compromis et de transition* : un compromis entre la Constitution qui interdit la guerre et l'armée et la réalité exigeante de l'augmentation de la force militaire sous l'égide des Etats-Unis contre le bloc soviétique ; le Japon maintient une force militaire qui n'est *ni* authentiquement *l'armée nationale*, *ni la police normale* : la Garde de Défense (26) ; Une transition entre la future organisation pacifique mondiale qui abolira le système de guerre et l'armée nationale et la réalité internationale de rivalité des Etats souverains et armés.

ii) *Laquelle des trois orientations le Japon choisira-t-il ?*

Dans cet état de transition, quelle orientation le Japon, tellement agrandi économiquement et responsable pour la sécurité et la paix mondiales à notre âge nucléaire et planétaire, doit-il choisir ?

Trois orientations peuvent être choisies par le peuple japonais, mais, ce grand problème d'aujourd'hui non seulement *la politique internationale* et de défense, mais aussi *la culture constitutionnelle des Japonais*, comme je l'ai déjà suggéré avant.

Les trois directions possibles :

1. Pour assurer l'indépendance nationale, *le renforcement énergique des armées japonaises*, équipées par les armes nucléaire et conventionnelle, en révisant la Constitution actuelle et en se retirant du traité de non-dispersion des armes nucléaires.

2. *La continuation de la présente politique de compromis*, dépendant de la protection militaire des Etats-Unis, avec la force militaire japonaise complémentaire au minimum mais assez augmentée

Ueno, Les standards juridiques au Japon, Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, 1988-4, p. 910-925 ; du même auteur, Les grandes décisions de l'année 1987, A.I.J.C., 1987, III, p. 685-690 ; M. Shimizu, Le régime de l'empereur, A.I.J.C., 1986, II.

répondant aux exigences des Etats-Unis et du bloc de l'Ouest contre la menace du bloc soviétique.

3. *La revalorisation de l'idéal de la Constitution pacifique* qui vise à abolir la guerre, à faciliter le désarmement et à construire le nouvel ordre pour garantir également "le droit de vivre dans la paix" libéré de la peur et de la misère, non seulement pour le peuple japonais, mais en même temps pour les voisins asiatiques et pour "toutes les nations du monde", comme le rôle et la responsabilité constructives d'"une grande puissance économique" dans le monde.

La première orientation de retourner à l'ancienne grande puissance militaire sera une illusion irréaliste et dangereuse qui verra se répéter une nouvelle catastrophe généralisée, probablement l'apocalypse nucléaire.

La deuxième. Sera-t-il indéfiniment possible de la poursuivre sans résoudre la contradiction fondamentale entre l'article 9 et la militarisation américano-japonaise, et sans trouver son rôle valable dans le monde et indépendant notamment vis-à-vis des Etats-Unis ? Il sera tôt ou tard trop difficile de continuer, alors que les relations entre l'Ouest et l'Est sont en train d'éprouver de si profondes mutations.

La troisième sera la plus honnête et constructive pour surmonter les difficultés et faiblesses du Japon d'aujourd'hui dans le monde en transition. Le 20ème siècle lui-même est "l'époque de transition" (H. Wehberg) entre les deux guerres mondiales couronnées par l'avènement des armes nucléaires et le futur ordre mondial pacifiquement organisé qui abolira la guerre d'anéantissement général avant l'apocalypse et qui garantira également "le droit de vivre dans la paix" libéré de la peur et de la misère pour "tous les peuples du monde".

Cette direction est, certes, très idéaliste, comme, autrefois, les idées de Saint-Pierre et de Kant, mais, à la fois, réaliste et perspicace, si le Japon considère bien à quoi peut servir sa prospérité économique et s'il peut l'utiliser à long terme, avec toutes ses ressources pacifiques, au service de la paix et de la civilisation de l'Humanité.

CONCLUSION- OU BIEN LE PARTICULARISME TRADITIONNEL JAPONAIS, OU BIEN L'UNIVERSALISME POUR LA PAIX ET LES DROITS DE L'HOMME ?

En manière de conclusion, je pourrais dire que le changement des Tennôs ancien et nouveau pose la question du choix ou bien de la deuxième orientation ou bien de la troisième pour l'avenir du Japon, le nouveau Tennô ayant déclaré observer fidèlement la Constitution pacifique, donc *renoncer à la première direction* de redevenir une nouvelle grande puissance militaire par une révision constitutionnelle. Cela signifie en même temps que le nouveau Tennô se contentera du régime de tennô "dualiste", et non plus "moniste" pendant son règne, et de son rôle, nominal et cérémonial, dépourvu de tous les pouvoirs politiques. Mais l'existence même de cette institution monarchique sui

generis profondément traditionnelle jouera son rôle considérable, invisible mais fondamental, dans *l'atmosphère culturelle constitutionnelle et politique*, par le jeu de ces trois caractères essentiels, hiérarchique, familial, émotionnel et très utilitaire, expliqués avant.

Cette position du Tennô Akihito était celle du Gouvernement Takeshita qui a rédigé et approuvé le texte de l'allocution du nouveau Tennô à l'occasion de son avènement, et, si l'on se rappelle le geste du Gouvernement Takeshita témoigné à l'égard des Funérailles de l'ancien Tennô, cela suggère que *le Gouvernement maintiendra la deuxième orientation* de la politique internationale de sécurité, intimement liée avec le maintien et un renforcement nouveau, mélangé de l'atmosphère shintoïste aux dépens du principe constitutionnel de séparation de la religion et de l'Etat, du rôle culturel traditionnel du régime tennô-symbole.

Voilà donc, je voudrais signaler que le choix entre la deuxième et la troisième orientation est tellement fondamental qu'on peut dire qu'il s'agit d'un *grand choix* de la future direction de la culture constitutionnelle japonaise : ou bien *le particularisme traditionnel japonais*, symbolisé par le régime de tennô, ou bien *l'universalisme pour la paix et les droits de l'homme*, implanté par la Constitution pacifique sur le sol japonais depuis 42 ans.

Je me permettrais de dire, comme conclusion de cette étude et avec une majorité des constitutionnalistes japonais, que le peuple japonais devrait choisir fondamentalement *la troisième orientation* en vue, d'une part, de devenir "*une Nation vraiment pacifique*" suivant honnêtement l'esprit et le contenu de la Constitution pacifique qui veut réaliser l'abolition de la guerre, le désarmement finalement général et complet, et l'égal respect du "droit de vivre dans la paix" des peuples du monde, en employant ses ressources et technique d'"une grande puissance économique" au service de la cause de la paix mondiale ; d'autre part et en même temps, *d'élever la qualité de la culture constitutionnelle* japonaise par les principes universels, à l'origine franco-américaine, pour les droits de l'homme et la paix de l'actuelle Constitution, en enracinant ces trois caractères essentiels, individualiste, égalitaire et ouvert, rationnellement respectueux des droits de l'homme, dans les coeurs des citoyens japonais, au service de la civilisation de l'Humanité (27).

C'est *la vraie gloire de la Révolution française* que le peuple japonais d'aujourd'hui, deux cent ans après, trouve la lumière et l'actualité profondes pour leur future orientation juste et constructive à notre âge nucléaire et planétaire, *dans les principes universels* des deux grandes Déclarations françaises, des droits de l'homme et du citoyen et, de renonciation à la guerre de conquête, ainsi que du traité de "la mise hors la loi de la guerre" de Briand-Kellogg.

DROIT INTERNATIONAL

LE DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT

Par

Prof. Dr. Wolfgang GRAF VITZTHUM

LL.M. (Columbia)

Vice-président de l'Université de Tübingen - RFA

(*)

INTRODUCTION

1. LES ELEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT ET LEURS RAPPORTS RECIPROQUES
 - 1.1 Les trois éléments du droit international du désarmement
 - 1.2 La réciprocité entre l'élément formel et l'élément matériel
 - 1.2.1 *La vérifiabilité détermine la réductibilité*
 - 1.2.2 *La vérification des traités et la réduction des troupes*
2. LA BASE JURIDIQUE ET LE CARACTERE SPECIFIQUE DU DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT
 - 2.1 La base juridique
 - 2.2 Le caractère spécifique et les techniques juridiques particulières
 - 2.2.1 *Le caractère spécifique*
 - 2.2.2 *Les techniques juridiques particulières*

CONCLUSION

(*) Professeur invité à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille III.

INTRODUCTION

Qu'est-ce que le droit international du désarmement et comment le définir précisément ? (**)

Si l'on utilise une définition trop étroite - ne concernant, par exemple, que la réduction des troupes ou la mise hors service des tanks - , on risque de méconnaître le caractère complexe de la tâche consistant à progresser vers la paix au moyen du désarmement. Si l'on choisit une définition trop large, elle risque d'englober en fin de compte "toutes" les questions des relations internationales -- de l'aide au Tiers Monde à la couche d'ozone en passant par l'unification de l'Allemagne.

Pour établir une définition plus précise il faut plutôt partir d'une *étude des faits concrets et des normes effectives*. Il s'agit là de la série des nombreux traités et accords célèbres de désarmement, accords et traités qui sont intervenus depuis l'époque du Président Kennedy jusqu'à l'ère Gorbatchev. Figurent dans cette chaîne ces trois maillons essentiels qui sont : le traité de Moscou de 1963 sur l'interdiction partielle des essais d'armes nucléaires, les accords (bilatéraux) SALT des années 70 et enfin le traité de 1987 sur la suppression des missiles à portée intermédiaire (traité FNI [Forces nucléaires intermédiaires]) (1). Il s'agit là de traités et accords effectivement conclus et partiellement en vigueur. En revanche, le traité de désarmement conventionnel Est-Ouest, par exemple, dont tout le monde parle à l'heure actuelle, reste encore à conclure (2).

Laissons pour l'instant de côté les projets qui sont encore dans les limbes et, pour arriver à une définition du droit international du désarmement, concentrons-nous sur le champ illustre des accords et des traités déjà conclus. Et c'est là, dans les détails concrets des traités signés, des conventions et des accords bilatéraux, et non dans les théories générales et les abstractions académiques que nous rencontrerons le noyau dur du droit international du désarmement.

Dans une première partie, j'aimerais donc parler des aspects réels de cette branche du droit, en particulier des rapports entre l'élément formel de la vérification des traités et l'élément matériel de la réduction des troupes. La deuxième partie de mon exposé sera

(**) Conférence à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III, le 29 mars 1990.

(1) Interim Agreement and Protocol on Certain Measures with Respect to the Limitation of Strategic Offensive Arms (Interim Agreement) of May 26 1972 (USA - USSR), International Legal Materials (ILM) vol. 11 (1972), p. 791 et ss.; Treaty on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems (ABM Treaty) of May 26 1972 (USA - USSR), ILM vol. 11 (1972), p. 784 et ss.; Treaty on the Limitation of Strategic Offensive Arms (SALT II Treaty) of June 18 1979 (USA-USSR), ILM vol. 18 (1979), p. 1138 et ss.(unratified); Treaty between the USA and the USSR on the Elimination of their Intermediate-Range and Shorter-Range Missiles (INF Treaty) of December 8 1987, ILM vol. 27 (1988), p. 84 et ss.(= traité de Washington de 1987 sur l'élimination des missiles terrestres de courte et de moyenne portée des deux superpuissances).

(2) Négociations sur les forces armées conventionnelles en Europe "de l'Atlantique à l'Oural" (FACE). Voir *Ghebali*, Les trois atouts de la négociation FACE, dans: *Politique Etrangère* 2/1989, p. 305 et ss.

consacrée à la base juridique et au caractère spécifique des traités de désarmement.

1. LES ELEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT ET LEUR RAPPORTS RECIPROQUES

1.1. LES TROIS ELEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT

Le droit international du désarmement se compose de trois éléments, c'est-à-dire d'un aspect matériel, d'un aspect formel - la vérification des traités - et d'un aspect procédural (3).

Pour ce qui est de l'élément *matériel*, il porte précisément sur les quatre points suivants :

(1) - la *réduction* de l'armement, c'est-à-dire l'abolition complète ou la réduction partielle des armes ou des troupes (comme par exemple par le moyen du traité FNI) ;

(2) - la *limitation* de l'armement, à savoir, l'obligation de ne pas dépasser certaines limites pour des armes particulières ou pour l'armement entier (comme ce fut le cas, par exemple, dans les accords SALT) ;

(3) - la *maîtrise* de l'armement ; parmi les moyens utilisés pour maîtriser l'armement figurent les limitations d'accès à certaines catégories d'armes ou les limitations de leur utilisation (par exemple, la réduction du nombre des essais nucléaires) ; la maîtrise de l'armement repose aussi sur l'interdiction de transférer ou d'accepter, de fabriquer ou d'acquérir certaines armes (par exemple des armes nucléaires, biologiques ou chimiques) ;

(4) - les mesures visant à établir un *climat de confiance* - but qui n'était pas habituellement poursuivi dans un tel contexte ; il s'agit là d'obligations d'information sur des activités et des données militaires, en particulier de la notification et de l'inspection des manoeuvres militaires ; le dernier cri (dans la discussion internationale qui a lieu à Vienne actuellement) étant l'organisation de séminaires communs aux deux blocs sur les doctrines militaires (c'est-à-dire sur la défense et la contre-offensive) (4).

(3) Voir *Bothe/Graf Vitzthum*, Rechtsfragen der Rüstungskontrolle im Vertragsvölkerrecht der Gegenwart, dans: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 30, Heidelberg 1990, p. 9 et ss., p. 95 et ss.; *Boniface*, Les sources du désarmement, 1989, Paris.

(4) Voir *Hamm/Pohlmann*, Militärdoktrin und Strategien - die fehlenden Schlüssel zu erfolgreicher konventioneller Rüstungskontrolle?, dans: Außenpolitik 1/1990, p. 52 et ss. L'articulation de la problématique des mesures de confiance militaires en relation avec le désarmement est clairement affirmée non seulement par les Etats membres de la CSCE mais également par les Nations Unies.

Pour ce qui est du deuxième élément du droit international du désarmement, l'élément *formel*, il porte essentiellement sur la *vérification*. En fait, il s'agit de deux types d'activités :

- la vérification *unilatérale*, c'est-à-dire l'obligation passive de laisser l'autre partie surveiller le respect du traité avec des "moyens techniques nationaux", par exemple avec ses satellites d'espionnage, et
- la vérification *coopérative*, à savoir l'obligation de participer de façon active à sa propre surveillance par l'adversaire potentiel, notamment en admettant qu'il puisse entrer et se déplacer sur le territoire national pour effectuer les inspections prévues, ce qui touche naturellement au point le plus sensible de la souveraineté nationale.

Pour ce qui est du troisième élément du droit international du désarmement, cet élément *procédural* porte notamment sur les procédures de communication, de revue commune et de recours. Ces procédures obligent essentiellement à coopérer de façon convenable et à prendre des mesures communes pour les cas de violations des règles du traité. Idéalement, il s'agirait d'un schéma dans lequel on constaterait les faits ensemble ou bien on les ferait constater par un tiers (third party), par exemple par un arbitre international. Il faut remarquer que la question primordiale des sanctions est rarement abordée dans ces accords de désarmement, sauf dans le projet actuel extrêmement ambitieux du traité sur les armes chimiques (là aussi, le traité reste encore à conclure) (5).

En traitant du droit du désarmement, on met en général l'accent sur le droit matériel, c'est-à-dire sur l'élément classique. Cependant, nous nous intéresserons par la suite surtout à l'aspect formel, à la vérification. Il s'agit ici de la facette la plus fascinante de notre sujet : la politique du désarmement est entrée dans l'ère de la vérification *coopérative*. Autrement dit, ce qui caractérise les plus récents traités et accords sur le désarmement c'est qu'ils instituent l'exercice effectif du droit de regard d'un adversaire potentiel sur son propre territoire et vice versa. L'inspection acceptée et subie est la marque du droit international du désarmement d'aujourd'hui.

1.2. LA RECIPROCITE ENTRE L'ELEMENT FORMEL ET L'ELEMENT MATERIEL

1.2.1 La vérifiabilité détermine la réductibilité

L'impact de l'inspection acceptée et subie dans l'évolution du droit international du désarmement apparaît encore plus frappant quand on se rappelle ce qu'était le schéma idéal de la Société des Nations dans les années vingt et trente. Le refrain traditionnel, le leitmotiv

(5) "Rolling Text of a Convention on Chemical Weapons" (Conference on Disarmament, Document CD/961 [CD/CW/WP.273], 1 February 1990). - L'interdiction de la production et du stockage des armes chimiques font l'objet de négociations actives à Genève depuis le début des années 80.

tragiquement optimiste de cette époque était : *arbitrage - sécurité - désarmement* (6).

Aujourd'hui, on n'espère plus la réduction des armes ou des troupes d'une extension du système d'arbitrage international. Au contraire, selon le schéma réaliste actuel, c'est plutôt après des progrès réalisés sur le désarmement que l'on espère aboutir à des progrès dans les domaines de l'arbitrage et de la sécurité. On a donc remis sur pied le schéma traditionnel uniquement par l'inversion des éléments "arbitrage" et "désarmement".

Selon le schéma classique à la mode jusqu'aux années soixante-dix, il était logique de penser le désarmement sans y inclure l'élément de la vérification. Il en fut ainsi pour le protocole de 1925 sur les gaz toxiques et même pour la convention de 1972 sur les armes biologiques et toxiques (7) -- deux accords importants dans le domaine de la maîtrise de l'armement qui ne prévoient pas d'inspection internationale ; comme on peut le constater, entre autres, à propos de l'affaire de Rapta en Libye.

Pour faire le point sur ces deux approches différentes : Rappelons-nous Messieurs Bénès et Politis, experts auprès de la Société des Nations, utilisant la recette classique : "pas de désarmement sans arbitrage", c'est-à-dire : l'arbitrage d'abord, le désarmement ensuite. Aujourd'hui, nous lançons la formule : "pas de désarmement réel sans inspection mutuelle", "no reduction *without verification*".

L'importance de l'élément de vérification pour l'ensemble du système moderne du désarmement ne peut donc être sous-estimée. En effet, si je peux me permettre ces néologismes : La vérifiabilité détermine la réductibilité. C'est là, dans le domaine de la vérification coopérative et effective, que réside la force innovatrice du schéma actuel d'une avancée vers la paix par le désarmement.

Le grand tournant a été pris au cours de l'été 1986. Lors de la Conférence sur les mesures visant à établir un climat de confiance mutuelle en Europe (CDE), les 35 Etats participant à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) se sont mis d'accord sur l'observation rigoureuse des manoeuvres et sur l'inspection mutuelle des armes et des troupes (8) ; le but étant d'établir un climat de confiance mutuelle grâce à une transparence accrue.

Pour les observations traditionnelles, la définition et la direction de l'opération de surveillance sont du ressort du pays d'accueil, c'est-à-dire de l'Etat observé. Ce n'est plus le cas en ce qui concerne la nouvelle institution des "*inspections surprises*", inspections qui

(6) Voir Denkschrift *Politis/Bénès* vom 1. 10. 1924, dans : *Niemeyer* (Hrsg.), *Handbuch des Abrüstungsproblems*, Bd. 2, 1928, p. 297 et ss.

(7) Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques de 1925 (Recueil de Traités de la Société des Nations, vol. 94, p. 65) ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxine et sur leur destruction de 1972 (ILM vol. 11 [1972], p. 309).

(8) Voir art. 69 f. du document de la Conférence sur le désarmement en Europe (CDE) signé à Stockholm le 19 septembre 1986.

peuvent être annoncées et effectuées presque instantanément. Lors de ces inspections surprises, c'est l'Etat observant qui décide de la date des inspections, des trajets qu'il empruntera et du mode d'observation, terrestre ou aérien (9) -- voyez : il s'agit d'un changement radical dans la géopolitique de vérification.

C'est en juillet et août 1986, que l'URSS de Gorbatchev accepta pour la première fois de se soumettre à de telles inspections surprises sur le sacro-saint sol soviétique sans se réserver le droit de les refuser. Un an après, cette innovation absolue qui n'était que "politiquement obligatoire" (10), c'est-à-dire une obligation molle, fut introduite dans le "hard law" - le droit dur - par un nouveau traité rapidement ratifié : le traité de Washington. Selon ce traité célèbre il est maintenant possible de fixer des contrôles auxquels l'Etat inspecté ne peut pas se soustraire. Les inspections peuvent porter sur toutes les régions et toutes les installations qui ont pu héberger des missiles à portée intermédiaire (FNI). Ce régime est complété aux Etats Unis et en URSS par des postes d'observation fixes devant les usines qui produisent ces missiles, cette inspection ayant pour but de vérifier qu'aucun missile de ce type n'est fabriqué (11). Avec le traité FNI, le monde est entré dans l'ère de *la vérification indiscreète et pénible* et donc enfin efficace.

1.2.2 La vérification des traités et la réduction des troupes

Nous avons remarqué qu'il existe entre la possibilité de vérification des traités de désarmement, d'une part, et la possibilité de réduction des troupes, d'autre part, une relation réciproque. On peut déduire de cette réciprocité des conclusions essentielles au sujet du type même du traité de désarmement. A savoir :

- ce qui importe réellement pour la sécurité nationale (par exemple, l'emploi exclusif de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques par les Etats non dotés d'armes nucléaires), est soumis à une vérification stricte et pénible (exemple : le traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires, TNP) ;

- ce que l'on ne veut pas soumettre au contrôle, c'est-à-dire ce qui doit être caché devant l'adversaire potentiel ou devant une surveillance internationale (par exemple, la charge explosive et le système de guidage des missiles à moyenne portée), n'est pas compris dans les accords de désarmement et, partant, dans les régimes de vérification (exemple : le traité FNI).

Donc on peut dire que les armes qui échappent à la vérification ne "peuvent" pas être soumises à la réduction. C'est-à-dire que l'on inclut dans les traités modernes du désarmement seulement les armes dont la réduction peut être contrôlée.

Permettez-moi d'expliquer cette *réciprocité entre la vérification des traités et la réduction des armes* au moyen de deux exemples. Le premier se situe dans le contexte des accords SALT, et le deuxième

(9) Art. 73 f. du document de la CDE.

(10) "Politically binding", art. 101 du document de la CDE.

(11) Art. XI § 6 du traité FNI.

dans le contexte du traité FNI. Ces deux exemples soulignent le fait que l'élément formel des traités sur le désarmement a une influence majeure sur leur contenu matériel. Plus précisément : l'on peut déduire du régime formel de vérification des conclusions concernant la portée, l'ampleur de l'obligation matérielle de réduction de l'armement. Car on ne veut pas consentir substantiellement à ce qu'on ne peut pas vérifier formellement. *L'élément formel* est donc un moyen complémentaire, *un instrument spécifique d'interprétation des éléments matériels* des traités de désarmement.

Mon premier exemple concerne la stipulation des critères de limitation des armes qui ont été finalement intégrés dans les accords SALT. En principe, il aurait été logique de prendre pour critère l'élément qualitatif technique le plus important de armes stratégiques téléguidées : c'est-à-dire leur précision de pointage. Mais cette précision de pointage résulte surtout des systèmes techniques qui se trouvent à l'intérieur de l'engin et se soustraient ainsi à une vérification de l'extérieur. Même en cas d'un contrôle sur place, l'on ne pourra presque jamais écarter le soupçon d'un échange clandestin de ces "flight control systems" juste avant l'arrivée des inspecteurs de l'adversaire potentiel. C'est pourquoi, l'on ne pouvait pas utiliser le critère de la précision du pointage : ce critère n'étant pas vérifiable (12).

Des problèmes similaires ont surgi lors des négociations SALT II au sujet des têtes à charges multiples, les MIRV (Multiple Independently Targetable Re-entry Vehicle) : à cause de la possibilité de remplacer très rapidement des grosses têtes nucléaires à charge unique par les MIRV, c'est-à-dire par des têtes à charge multiples d'une taille plus réduite. N'étant pas en fait vérifiables, les interdictions de production ou de dispersion ne représentaient pas les moyens adéquats de limitation (13). Où donc trouver le critère de contrôle adéquat, le levier pour soulever le monde des armes stratégiques nucléaires ?

Ce n'est qu'au cours des négociations et lors de l'observation des tests soviétiques par satellites d'espionnage américains que l'on a découvert la possibilité technique de *contrôler par satellite* les essais avec des têtes nucléaires à charges multiples. La "surveillance des essais" soviétiques par satellites américains et vice versa représentait donc le moyen taillé-sur-mesure pour la vérification des MIRV. Ce moyen exigeait des efforts particuliers de la part des techniques de surveillance, notamment en ce qui concerne les satellites. Afin de faciliter leur fonctionnement, les Américains et les Soviétiques devaient mutuellement faire des concessions. Il s'agissait notamment d'interdire le codage des données télémétriques. Ce qui a été fait par des Common Understandings au sujet de l'art. XV de l'accord principal SALT II (14).

Depuis les accords SALT, la *téledétection par satellite* constitue un moyen légal de surveillance. Cette technique de vérification est protégée contre une intervention par l'adversaire potentiel ou par des

(12) Voir Fischer, Les accords sur la limitation des armes stratégiques, dans: AFDI 1972, p. 9 et ss.

(13) Fischer, Les accords SALT II, dans : AFDI 1979, p. 129 et ss.

(14) Second Common Understanding to Article XV.

Etats tiers. En fin de compte, des accords *bilatéraux* ont donc légalisé au niveau *global* l'utilisation des satellites de télédétection électronique ou photographique. Ainsi le droit *particulier* des traités de désarmement a créé une innovation pour le droit international public *général*.

Mon *deuxième exemple* du schéma "vérifiabilité-détermine-réductibilité" - c'est-à-dire "pas de réduction sans vérification" - se situe dans le contexte du traité de Washington. A l'origine, on voulait "simplement" détruire les missiles *nucléaires* de portée intermédiaire ; ce n'est plus que le titre du traité FNI qui exprime encore cette intention. Cependant, l'on ne pouvait pas réellement vérifier la différence entre les systèmes nucléaires, d'une part, et les systèmes conventionnels, d'autre part. C'est pourquoi le traité de Washington tel quel interdisait également les systèmes non-nucléaires. Du point de vue de la technique juridique, on y parvenait en éliminant de la définition de l'art. II du traité FNI un tout petit mot qui cependant pèse lourd, le mot "nucléaire".

Contrairement à ce qui s'est passé au sujet des accords SALT, les contraintes du régime formel de vérification ont donc ici, dans le domaine du traité de Washington, *élargi* la portée des obligations matérielles du désarmement.

2. LA BASE JURIDIQUE ET LE CARACTERE SPECIFIQUE DU DROIT INTERNATIONAL DU DESARMEMENT

2.1 LA BASE JURIDIQUE

Si on considère la base juridique du droit international du désarmement, ce n'est pas l'engagement unilatéral qui en constitue la pièce maîtresse (15) ; pas plus que les textes et les actes qui sont seulement "politically binding", c'est-à-dire qui ne sont contraignants que politiquement (16). Le droit coutumier non plus ne joue pas un rôle significatif dans le domaine du droit international du désarmement. En revanche, c'est la stipulation contractuelle, c'est-à-dire un engagement réciproque et précis sous la forme d'un *traité* qui est au centre de nos propos. Ce schéma contractuel est également celui qui est préféré par les organisations internationales. Ainsi, l'Assemblée générale des Nations Unies favorise-t-elle régulièrement "an international instrument of a legally binding character", c'est-à-dire "des instruments internationaux" - conventions, accords ou traités - "juridiquement contraignants".

Si la communauté internationale veut assurer de façon durable et rigoureuse des inspections drastiques - et la codification de la vérification est la condition indispensable à la réalisation des accords de désarmement -, il faut vraiment employer l'instrument des traités pour les imposer. Etant donné la sensibilité et l'aspect émotionnel qui

(15) Voir *Rubin*, The international legal effects of unilateral declarations, dans: American Journal of International Law (AJIL) 71 (1977), p. 1 et ss.

(16) Voir *Schachter*, The twilight existence of nonbinding international agreements, dans: AJIL 71 (1977), p. 296 et ss.

caractérisent le domaine de la sécurité nationale, les traités de désarmement sont par essence un défi dramatique à l'imperméabilité des Etats. Et ceci bien davantage que, par exemple, le transfert de certaines compétences à une organisation internationale pour la circulation à travers les frontières ou pour la protection du milieu marin méditerranéen.

Les traités de désarmement concernent *un domaine antagoniste*, une "relation ami-ennemi" pour utiliser l'expression célèbre de Carl Schmitt (17). Dans ce domaine d'antagonisme, les parties mettent de côté les convictions fondamentales - marxisme-léninisme ou libéralisme, par exemple - pour lesquelles elles ne peuvent pas trouver de dénominateur commun. On pourrait dire que cela se passe un peu comme entre les différents courants religieux mondiaux. Les divergences de base ne sont pas abordées ; on les évite avec des formules compromissaires et dilatoires ou avec des "agreements to disagree", c'est-à-dire avec une reconnaissance implicite de désaccord. Pour donner un exemple : les travaux préparatoires du traité TNP sont ponctués de ces "accords sur désaccords" (18).

Poursuivons notre étude sur la base juridique du droit international du désarmement ! Ici une question se pose fréquemment : Peut-on déduire de principes *généraux* - tel que le principe de l'interdiction du recours à la force ou un "principe de l'utilisation pacifique de l'énergie atomique" - des devoirs *spécifiques* dans le domaine du droit du désarmement ? Précisément, existe-t-il une obligation juridique générale qui contraigne concrètement les Etats à progresser vers le désarmement ?

La réponse à cette question est négative. L'armement - tout comme le désarmement, le réarmement, le non-armement ou le trafic d'armes - fait partie du domaine réservé, de la souveraineté des Etats. Des obligations strictes de désarmement ne peuvent naître qu'avec la création de réglementations spécifiques. L'établissement de contrôles concrets et réalisables nécessite en fin de compte que l'on se mette d'accord avec l'adversaire potentiel, c'est-à-dire qu'il faut conclure un *traité particulier*. Chaque Etat reste libre de s'y soumettre ou non.

Il n'existe même pas d'obligation juridique générale pour les Etats de s'engager dans la voie qui mène au contrôle des armements. Et même si, lors de la 10^{ème} session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations-Unies, on a stipulé "a duty to contribute to efforts in the field of disarmament" (19), les Nations-Unies, en fait, ne sont pas arrivées à donner force de loi à cette obligation.

La Charte des Nations-Unies ne contient pas la réaffirmation du principe juridique du vieil art. 8 des Statuts de la Société des Nations

(17) Voir La notion de politique (Der Begriff des Politischen), Berlin 1928; trad. française Calman-Lévy, 1972, Paris, deuxième paragraphe : "La distinction ami-ennemi, critère du politique".

(18) Voir *Graf Vitzthum*, Vers un nouvel ordre nucléaire international, dans: Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, 1983, p. 65 et ss.

(19) Doc. A/5-10/4, Par. 28. Voir *Schütz*, Disarmament and the International System: a Textual analysis of the U.N. General Assembly's Special Session on Disarmament, dans : Revue de Droit International, Avril-Juin 1979, p. 124 et ss.

selon lequel la préservation de la paix exige la réduction de l'armement national (20). Ce sont, entre autres, les mauvaises expériences faites entre les deux guerres mondiales au sujet des obligations juridiques de désarmement qui ont influencé la décision prise à San Francisco en 1945 de laisser tomber l'art. 8 ; c'est la même approche qui est reflétée dans l'annotation classique de la Charte des Nations Unies par Hans Kelsen.

Parfois, des auteurs du Tiers Monde ou des résolutions des Nations Unies évoquent un certain "*droit des peuples au désarmement*" (21). Une telle exigence ne peut être prise au sérieux. Elle mélange des principes de droit international, des principes de droit interne, des institutions juridiques bien établies et des soi-disant obligations nouveau genre. Dans ce méli-mélo onusien on ne peut pas vraiment savoir si ce sont les individus, les peuples ou les Etats, qui sont les bénéficiaires de cette obligation de désarmement ou qui doivent la supporter ; ni l'ampleur exacte de cette obligation non obligatoire, ni sa finalité concrète ne sont réellement décelables. Il n'est pas possible de déduire de cet amas incohérent un nouveau "bien juridique", dont la protection ne pourrait être assurée exclusivement que par le désarmement.

De plus, les pays sous-industrialisés insistent sur le droit de participer à toutes les négociations sur le désarmement organisées dans le cadre des Nations Unies. En fait, un tel *droit de participation* résulte déjà du principe de l'égalité souveraine des Etats (art. 2 n° 2 de la Charte). Cette exigence des pays du Tiers Monde concerne avant tout la conférence de Genève sur le désarmement où, c'est vrai, seulement 40 Etats sont représentés. Vu sous cet angle, il s'agit en effet d'un "club fermé" qui aurait de bonnes raisons de se "démocratiser" davantage. Bien entendu, ni le "droit de participer aux négociations sur le désarmement", ni le "droit au désarmement" - même s'ils existaient - ne seraient des droits de l'homme de quelque génération que ce soit (22).

Revenons au problème de savoir si des devoirs spécifiques peuvent être déduits de principes généraux du droit du désarmement! Si on suit une politique de l'équilibre, il est logique et souhaitable que celui qui est le plus armé désarme le plus. Pourtant, il n'existe aucune règle de droit international général qui fixe un tel "*principe d'une réduction asymétrique*". Des modifications de la parité stratégique ou tactique ne sont pas illégales. On a encore le droit au surarmement. De même, la légalité d'une modernisation de l'armement ou de son remplacement partiel ou, par exemple, la légalité controversée du

(20) Voir *Volle/Duisberg*, Probleme der internationalen Abrüstung, 1964, vol.I/I, p. 5.

(21) Voir *Petric*, Right of peoples and right to peace, dans : *Europa Ethnica* 39 (1982), p. 189 et ss.

(22) Voir *Tomuschat*, Recht auf Frieden. Ein neues Menschenrecht der dritten Generation? dans: *Europa Archiv* 1985, p. 271 et ss.

système IDS (l'Initiative de Défense Stratégique) (23), dépendent de traités internationaux spéciaux (par exemple du traité ABM de 1972).

Autrement dit, et j'insiste encore sur ce point : C'est là, dans le réel, *dans les détails concrets des accords et des traités* et non dans le brouillard des déductions vagues des soi-disant principes généraux ou des formules non obligatoires onusiennes que nous rencontrons le cœur même du droit international du désarmement.

2.2 LE CARACTERE SPECIFIQUE ET LES TECHNIQUES JURIDIQUES PARTICULIERES

2.2.1 Le caractère spécifique

En ce qui concerne le caractère spécifique des traités de désarmement, nous pouvons nous interroger sur ce qu'a été l'évolution et l'impact de cet instrument de paix. Après 1918, la sécurité collective était l'idée principale des diplomates et des juristes pour empêcher une nouvelle guerre. Après 1945, la stratégie internationale pour garantir la paix devient plutôt celle du désarmement. A partir des années soixante, les traités sur le désarmement ont rendus plus efficace l'interdiction essentielle du "recours à l'emploi de la force". Ces traités de désarmement concrétisent et dynamisent le devoir des Etats de régler pacifiquement leurs différends.

Mais en général, ces accords ne remplissent qu'assez *indirectement* cette fonction de préservation de la paix. La plupart des traités sur le contrôle des armements n'élimine pas du tout *la menace militaire*. Des traités, des engagements normatifs ne peuvent pas compenser ni une incapacité de fait à se défendre, ni une volonté réelle de faire front. Pour assurer la sécurité nationale, les traités de désarmement ne jouent le plus souvent qu'une rôle marginal. Pour en donner un exemple : Le fameux traité FNI joue un rôle important pour l'évolution juridique du désarmement, bien entendu ; mais dans la réalité, dans le concret, ce traité cher au cœur des internationalistes, ne débouche que sur le démontage de 3 % des ogives nucléaires ; il n'entraîne même pas leur destruction (24).

En revanche, l'effet *politique* des traités de désarmement, c'est-à-dire leur impact sur le climat international, est remarquable. La conclusion et la mise en oeuvre de tels accords améliorent le climat politique même à l'intérieur des Etats. Les traités sur le désarmement ont donc pour but et pour effet de "promouvoir la détente internationale", comme l'exprime littéralement le traité TNP. Et ils peuvent et doivent diminuer la méfiance entre les Etats et entre les alliances.

(23) Voir Nunn, *Interpretation of the ABM-Treaty, Parts I-III*, 1987; *United States Department of State, Office of the Legal Adviser, The ABM-Treaty, Parts I-III*, 1987.

(24) Voir Klein, *Portée et signification du traité de Washington*, dans : *Politique Etrangère* 1/1988, p. 47 et ss.(60); *United States Congress, Senate, Committee on Foreign Relations, The INF Treaty, Hearings, One Hundredth Congress, Second Session, Part 1*, 1988, p. 38 (Senator Biden).

Mais, avant tout, c'est par son caractère éminemment politique que le droit international du désarmement se différencie, par exemple, du droit international de la santé, du droit international de l'environnement et même du droit international du développement (avec la dualité des normes), droit qui a été (avec la théorie de "l'inégalité compensatrice") systématisé par les internationalistes d'Aix (25). En général, l'ampleur de la mise et du risque dans cette branche du droit internationale public frôle le danger de mort. Car dans le droit du désarmement on "joue" avec la substance et l'existence même de l'Etat. Montesquieu le disait bien déjà : "Tous les Etats ont un objet qui est de se maintenir." C'est cette *particularité politique et existentielle* qui définit justement le droit international du désarmement.

Ce caractère spécifique du cette branche du droit exige que l'on introduise dans chacun de ces traités des éléments qui leur permettent de garder une certaine *flexibilité*. Il faut donc y insérer régulièrement des clauses particulières de dénonciation ou de réadaptation des traités (26). En tant que processus, le désarmement est réalisé par une série d'accords successifs qui sont souvent d'une durée limitée (par exemple, dans le cas des accords SALT ou de la CSCE), ou par des "pacta de negotiandis", c'est-à-dire - je cite - : par un engagement "à poursuivre de bonne foi des négociations ... sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace", le fameux article VI du traité de 1968 (TNP).

Théoriquement, les traités de désarmement n'excluent pas la possibilité de régler par *voie judiciaire* les différends qui en ressortent. Cependant, en pratique, ces traités - même les plus "insignifiants" - ne sont pas justiciables. Leur souveraineté étant leur idée fixe, les Etats refusent régulièrement l'instauration des mécanismes judiciaires.

Vu que l'existence d'une armée importante fait partie intégrante de la "souveraineté" d'un Etat, comme la France, et vu que l'appartenance à l'OTAN, par exemple, est un élément quasi-constitutif de la RFA, on comprend que les négociations actuelles de Vienne sur le contrôle des armes conventionnelles touchent nos deux Etats dans leurs fondements, et il en est de même pour l'unification de l'Allemagne qui aura des conséquences sur les alliances militaires. Ces conclusions me semblent valables aussi longtemps que l'Etat-nation continue à exister en tant qu'incarnation de la souveraineté.

Il y a donc une différence *qualitative* entre un traité vital sur le désarmement, d'une part, et la majorité des accords internationaux courants, d'autre part. C'est pourquoi il existe un processus d'élaboration particulier pour les traités de désarmement. C'est pourquoi, vu encore une fois la particularité *existentielle* des traités de désarmement, ces traités ont une architecture particulièrement complexe et sont complétés par des annexes extrêmement techniques et des définitions tout-à-fait spéciales (telles que des règles de compte avec

(25) Voir Flory, *Le droit au développement*, dans: AFDI 1981, p. 169 et ss.

(26) Par exemple les clauses de dénonciation des art. XXX traité de 1967 de Tlatelolco; art. X § 1 TNP; art. XIII § 2 de la convention de 1972 sur les armes biologiques et toxiques; art. XV § 2 du traité ABM; art. VIII § 3 de l'accord interimaire SALT I; art. XIX § 3 du traité SALT II; art. XV § 2 du traité FNI.

une mathématique très particulière). Et c'est pourquoi on combine des critères quantitatifs avec des critères qualitatifs pour les mesures à prendre lors du désarmement. Et enfin, c'est pourquoi - de facto - ces traités font un silence "étourdissant" sur la question des sanctions.

Par conséquent, vu le caractère vital de la matière traitée et son aspect politique virulent - il s'agit en fin de compte de la vie ou de la mort d'un Etat -, les accords sur le désarmement constituent *une catégorie particulière des traités de droit international public*.

2.2.2. Les techniques juridiques particulières

Du point de vue de la technique juridique il est facile d'interdire l'utilisation d'une arme ou l'utilisation de certaines matières dangereuses. Il en est de même, en ce qui concerne l'élimination de certaines armes ou de certaines substances dangereuses. En revanche, dans l'élaboration des traités, il est plus difficile d'interdire le développement, la production ou l'acquisition de certaines armes.

Une illustration de cette difficulté nous est donnée par la convention sur les armes biologiques et toxiques de 1972. Très peu de définitions y figurent. Pour ne pas gêner la recherche médicale et biologique, cette convention admettait même la poursuite de recherches sur des moyens modernes de défense contre les armes biologiques et toxiques (27). Faut-il préciser quels sont les Etats qui profitent de ce flou juridique?

Heureusement, aujourd'hui le "plat de résistance" du droit de désarmement est désormais incarné par l'élément formel de la *vérification*. Au cours de l'évolution juridique, on a été amené à perfectionner les instruments de vérification déjà existants, comme par exemple dans le cas des accords SALT. C'est ainsi que l'accord intérimaire de 1972 prévoyait encore une vérification par des moyens techniques nationaux. Alors que dans l'accord SALT II de 1979 le système de vérification a été changé, la vérification devenant coopérative, et étant protégée contre des entraves possibles de la part de l'adversaire (28).

Les actuelles négociations sur la réduction des armes stratégiques (START) cherchent à établir un régime de vérification encore plus poussé. Ceci souligne, me semble-t-il, un *effet de spirale* : dans les nouvelles négociations, on essaie toujours de surpasser le niveau acquis de vérification des traités antérieurs.

Le rôle primordial de la vérification trouve sa raison-d'être dans la crainte que les promesses et les interdictions matérielles en tant que telles ne suffisent pas pour assurer la paix. C'est pourquoi il faut prendre les mesures de les faire respecter pour autant que possible. Politiquement donc, la vérification de l'exécution d'un accord est aussi importante que l'accord lui-même.

(27) Voir *Chappuis*, La limitation des armements en droit international public, 1975 Lausanne, p. 221 et ss.

(28) Art. XII du traité ABM; art. V de l'accord intérimaire-SALT I; art. XV du traité SALT II. Voir *Calvo-Goller/Calvo*, The SALT Agreements, 1987 Dordrecht, p. 261 et ss.; art. XII du traité INF.

Les Etats sont conscients du danger que représente l'utilisation du contrôle en tant qu'instrument d'espionnage militaire. Il y a toujours quelques espions parmi les inspecteurs ... En 1988, par exemple, Washington refusa pour des raisons d'espionnage plusieurs inspecteurs soviétiques venus sur la base du traité FNI. Moscou prit sa revanche en prétendant que trois experts américains avaient été surpris en train de passer en fraude des échantillons de terre récoltés en URSS près d'une base d'essais nucléaires. A cause de ces abus possibles, on pense déjà à une *vérification de la vérification*. A quand le contrôleur du contrôleur des contrôleurs ? !

L'obligation formelle de vérification pouvait entrer en conflit avec la courtoisie et la règle du "pacta sunt servanda". En fait, on surveille avec méfiance, si la promesse solennelle de respecter le traité est réellement tenue. Mais selon le principe "volenti non fit iniuria", cette méfiance formalisée et institutionnalisée semble acceptable. De plus et comme nous l'avons déjà vu, il s'agit ici, dans le domaine du droit du désarmement, d'une catégorie particulière du droit international, dont on contrôle le respect, catégorie concernant la substance même de l'existence étatique. A cela s'ajoute que l'observation et l'analyse des activités inspectées nécessitent des moyens techniques considérables. Cela va du simple regard au moyen d'une longue vue jusqu'à l'installation d'un réseau planétaire de surveillance par satellites (29).

La vérification - comme technique juridique particulière des traités du désarmement - remplit *quatre fonctions*. En premier lieu, elle doit déceler les activités dangereuses et rendre publiques aussitôt toutes violations du traité (fonction de détection et de préalarme). En deuxième lieu, la vérification a pour but de décourager, de dissuader de toute tentative de violation (fonction de dissuasion). En troisième lieu, la vérification aide à préparer les mesures qui doivent être prises en réaction à des violations du traité (fonction de préparer la réaction). En dernier lieu, la vérification empêche les réactions démesurées qui pourraient être déclenchées par les violations du traité (fonction de rendre le climat international moins émotionnel et plus objectif).

Pour remplir ces quatre fonctions importantes, il faut reconnaître que les régimes actuels de vérification - leurs institutions et leurs instruments - restent encore *trop timides*. Aucun des accords sur le désarmement n'utilise la panoplie entière des mesures qui sont théoriquement possibles. C'est parce qu'aucun des Etats n'accepte "facilement", par exemple, que l'on pénètre dans son territoire (inspection sur place), même s'il ne s'agit que de mesures en vue d'établir un climat de confiance.

Evidemment, il est impossible de toujours atteindre un optimum de vérification. Politiquement, ce qui dans l'Allemagne d'aujourd'hui - et cela ne vas pas être modifié par l'unification - est perçu comme un contrôle important mais encore acceptable pourrait-être déjà ressenti comme insupportable par la France avec son sentiment

(29) Voir *Tsipis/Hafemeister/Janeway* (Eds.), *Arms Control Verification. The Technologies that make it possible*, 1986.

national intact : "touche pas à ma souveraineté". En tout cas, dans les négociations portant sur l'ampleur de la vérification comme élément formel d'un traité du désarmement, on doit se heurter à un "too much too soon" ; un tel "*trop et trop tôt*" risque d'empêcher la conclusion matérielle souhaitée par toutes les parties.

Par conséquent, on est toujours à la recherche d'une vérification *adéquate*, c'est-à-dire d'une vérification qui se contente d'être relativement efficace. La première Assemblée générale extraordinaire des Nations Unies sur le désarmement a accepté ce standard d'origine américaine : "adequate verification" (30). Dans la terminologie actuelle des Etats Unis qui a été acceptée par les Soviétiques en 1986, on parle d'une "vérification effective". Pourtant, il faut encore se demander : "How much is enough ?" (31), quel niveau de vérification est vraiment suffisant?

Comme vous le savez, pour la vérification on utilise des moyens coopératifs ou non-coopératifs. Les satellites, les radars, les capteurs ou intercepteurs électroniques sont des moyens non-coopératifs. Par contre, la vérification coopérative utilise avant tout les moyens de l'inspection sur place, du survol de l'espace aérien de l'autre partie et des "boîtes noires" (équipements d'enregistrement sur place sous scellées ; surtout des équipements sensoriels). Les résultats de cette vérification coopérative sont en général librement accessibles. L'accord SALT II est un exemple de la combinaison de techniques coopératives et non-coopératives (32).

Nous avons déjà mentionné les *réglementations "complémentaires"* qui se trouvent entre autres dans l'accord SALT I (art. V al. 2 et 3) et du traité ABM (art. XII al. 2 et 3) de 1972. Le clou de ces réglementations modèles réside dans l'engagement de ne pas gêner les moyens techniques de contrôle de l'autre partie. Le traité FNI comporte une clause semblable. Lors des négociations START sur la réduction des armes stratégiques, on traite également des mesures coopératives complémentaires (33).

Ce *standard-SALT* représente un module clé dans le mécanisme du contrôle de l'armement. Dans le projet actuel de convention sur les armes chimiques, on remarque seulement : "It was suggested that no reference to National Technical Means is needed in a future Convention" (34). On peut en déduire, me semble-t-il, que le standard-

(30) United States Congress, Senate, Committee on Foreign Relations, The SALT II Treaty, Hearings, 96th Congress, First Session, Part 2, 1979, p. 261.

(31) Voir *Krass*, How much is enough ?, 1985.

(32) Voir First Common Understanding to Article II (3) SALT -Treaty: "... Functionally related observable differences shall be verifiable by national technical means. To this end the Parties may take, as appropriate, cooperative measures contributing the effectiveness of verification by national technical means."

(33) Voir *Einhorn*, The emerging START-Agreement, dans: *Survival* 1988, p. 387 et ss.; *Leggett/Lewin*, Verifying a START-Agreement, dans: *Survival* 1988, p. 409 et ss.

(34) Conference on Disarmament, Draft Special Report of the Ad Hoc Committee on Chemical Weapons to the Conference on Disarmament, Document CD/831, 20. Avril 1988 [= CD/CW/WP. 200, 15 Avril 1988], Appendix I, p. 24.

SALT, c'est-à-dire une règle énoncée dans des traités, est déjà reconnue comme règle coutumière du droit international : des accords bilatéraux engendrent donc ici un droit coutumier universel - un schéma prévue entre autres par l'article 38 de la convention sur le droit des traités.

CONCLUSION

En résumé, redisons encore une fois que l'accord sur le désarmement constitue *un nouveau type de traité en droit international*. Les grandes lignes de ce nouveau genre de traité ont vu le jour au cours des négociations SALT. Les accords SALT forment la référence absolue, le paradigme du droit du désarmement. Nous avons également vu que les solutions trouvées par les diplomates et les juristes du désarmement ne sont pas encore assez développées pour que l'on puisse parler d'une typologie normative affinée et acquise.

Cependant, nous avons pu déceler des *éléments caractéristiques* dans le domaine du droit du désarmement. Font partie de ces éléments clés qui caractérisent ce type de droit :

- (1) - le standard-SALT, c'est-à-dire l'interdiction de gêner ou d'empêcher des mesures nationales de surveillance (depuis l'accord intérimaire SALT I) ;
- (2) - une forme particulière, distincte de la forme générale de la clause "rebus sic stantibus" incluse dans l'art. 62 de la convention sur le droit des traités ; cette formule particulière existe depuis le traité de 1963 sur l'interdiction partielle des essais nucléaires, art. IV : "Chaque partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, pourra dénoncer le traité si elle constate que des événements extraordinaires ... mettent en péril des intérêts suprêmes de son pays" (35) ;
- (3) - l'ampleur de l'obligation matérielle est déterminée par une interprétation des traités de désarmement qui prend en compte l'élément formel, c'est-à-dire le régime de vérification.

Bien entendu le droit international du désarmement et surtout son élément de vérification ont pour effet de trouser le bouclier de la souveraineté. Mais il faut cependant admettre que *le poids réel des Etats* compte plus que leur égalité formelle (36). Les satellites de télédétection, par exemple, constituent pratiquement un "duopol". La vérification fait apparaître la relativité du principe de l'égalité des Etats.

Pour conclure : Traditionnellement, dans le domaine de la guerre et de la paix, les Etats pouvaient prendre leurs décisions de façon pratiquement autonome. Il fallait donc des accords internationaux pour contrebalancer cette liberté. En revanche, aujourd'hui, des éléments de la réalité, des situations de faits, sont devenus de plus en plus contraignants, surtout dans le domaine du droit international

(35) Treaty banning Nuclear Weapons Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water, August 5 1963 (UNTS 480, p. 42).

(36) "Le droit international moderne abandonne volontiers les concepts abstraits et universels pour utiliser des distinctions de fait, classer les Etats selon ces distinctions et attacher à ces situations de fait des conséquences d'ordre juridique", C.A. Colliard (1978).

public, domaine qui serre au plus près la réalité. C'est pourquoi, quand un Etat prend une décision fondamentale dans le domaine du désarmement, ce n'est pas parce qu'il le veut, mais parce qu'il ne peut pas faire autrement. La décision d'accepter des inspections étrangères sur le sol sacré de la Russie n'était pas le résultat d'un choix libre qui aurait pu se faire différemment, mais la conséquence de la reconnaissance d'une situation économique catastrophique.

Dans le contexte historique actuel, il faut absolument faire des progrès dans le domaine du désarmement. Dans cette mesure, l'aspect juridique du désarmement que je viens d'évoquer devant vous ne représente qu'une reconnaissance normative des faits réels, qu'un raisonnement par induction. Notre devoir principal est donc d'expliquer, de structurer et de stabiliser la force contraignante des situations réelles, la pesanteur des choses. Pour le droit international du désarmement, la perception et la reconnaissance des faits incontournables sont encore plus importantes que les traités des Etats et les doctrines et conférences des professeurs de droit.

- III -

PHILOSOPHIE

POLITIQUE

LIBERALISME ET MORALE

Par

Alain SERIAUX

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Directeur du Laboratoire de Théorie Juridique*

1 - Le libéralisme a-t-il quelque chose à voir avec la morale ? De bons esprits en doutent, qui font remarquer que l'hypertrophie de la liberté individuelle conduit à plus ou moins brève échéance au règne de la force brute, à la domination du plus riche ou du plus rusé sur le plus pauvre ou le plus mal doté par la nature ... à moins de soutenir, avec le fabuliste, que "la raison du plus fort est toujours la meilleure". Il n'est pourtant que de consulter les oeuvres des plus fermes partisans contemporains de la doctrine libérale pour constater que les réflexions d'ordre éthique y abondent. Un Isaiah Berlin, par exemple, développe une morale de la tolérance fondée sur le concept de liberté négative (1). F.A. Hayek soutient pour sa part que la morale d'une "société ouverte" (libérale) est objectivement supérieure à celle qui inspire les "sociétés fermées" (socialistes) (2). Le regain d'intérêt pour la morale se manifeste également au plan pratique : les *Business schools* américaines font une place de plus en plus grande dans leurs programmes aux questions d'éthique dans l'entreprise (3) ; face au développement des techniques de manipulations génétiques ou d'intervention sur la vie humaine pré-natale, même les penseurs les plus libéraux sont conduits à se demander si le "laissez faire, laissez passer", ailleurs considéré comme un facteur de progrès, ne devrait pas ici recevoir quelques limites. Il n'est pas jusqu'à la mystérieuse et si soudaine ouverture des Pays de l'Est qui ne soulève avec acuité cette poignante question : quelle morale l'Europe des libertés est-elle à même d'offrir à ces

(1) I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

(2) F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, 3 vol, P.U.F., coll. Libre-échange, 1980-1983.

(3) En France s'est tenu récemment un premier symposium international "Ethique, économie et entreprise" Cf. F. Gondrand, "L'Economie et la morale : brève rencontre ou rapprochement durable ?" in *C.N.P.F.*, La revue des entreprises juin-juillet 1989, p.41 et s.

nouveaux "convertis", de plus en plus nombreux, qui tourment leurs regards vers elle ? (4).

2 - Aussi n'est-il sans doute pas inutile de tâcher ici de faire le point. Redoutable ambition. Porter un jugement moral sur le libéralisme, c'est se heurter à une double difficulté que l'on peut résumer ainsi : quel libéralisme, quelle morale ? La réflexion sur les mœurs, plus exactement sur les *bonnes* mœurs, est probablement aussi ancienne que l'humanité. "Fais des promesses, la faute n'est pas loin", affirmait déjà Thalès de Milet. Depuis, les doctrines morales ne se comptent plus. Elles sont d'une incalculable diversité. Quoi de commun par exemple entre l'éthique du bonheur selon Aristote, l'utilitarisme de J. Bentham ou la morale de l'impératif catégorique de Kant ? Le libéralisme est, à l'évidence, une doctrine plus récente. Il naît à l'époque dite moderne et s'inscrit dans la problématique spécifique de cette époque : la recherche de l'équilibre entre l'ordre-pensé comme imposé par une autorité politique ou morale (5) - et la liberté individuelle. Pour le libéral, la liberté de tous et de chacun est la fin suprême ; l'ordre n'est au mieux qu'un *moyen* pour assurer la coexistence pacifique des multiples libertés. Ce n'est là, bien sûr, qu'une présentation sommaire : à partir du XVI^e siècle tous les penseurs politiques sont plus ou moins libéraux, plus ou moins "autoritaristes". N'a-t-on pas qualifiés Hobbes (6) ou Hegel (7) de libéraux ? Cela se conçoit, car pour ces auteurs l'autonomie de l'individu est souvent le point de départ de leurs réflexions, même si le résultat est d'un totalitarisme absolu. L'insistance sur la liberté conçue comme autonomie (*autonomos* = capacité de se créer à soi-même ses propres règles de conduite et de les suivre) est toujours au cœur de la pensée libérale. F.A. Hayek, par exemple, voit dans la liberté le "principe suprême" (8) ; il la définit comme "la situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire" (9) ou encore comme "l'état dans lequel se trouvent des individus que l'on laisse utiliser leurs propres connaissances pour atteindre leurs propres objectifs" (10). La liberté selon Hayek se résout donc dans l'affirmation d'une double autonomie : celle du savoir (se laisser guider par le savoir d'autrui engendre une perte de la liberté) et celle du vouloir (ne pas se laisser fixer des objectifs par autrui, telle est la liberté). Il y a là en germe, un rejet radical de "l'autorité" non seulement en tant que

(4) Ex. : on nous apprend qu'en Roumanie la première mesure légale adoptée par le gouvernement insurrectionnel fut d'autoriser l'avortement ; qu'en Hongrie, l'on "s'arrache" les strip-teaseuses, qui, paraît-il, étaient jusqu'alors assez rares.

(5) "Autorité" est pris ici au sens devenu banal de "pouvoir". C'est, à notre avis, l'un des symptômes les plus marquants de la pensée moderne que d'avoir réussi à pervertir le sens de ce mot ; Cf. notre article : "les sources du droit : Vision jusnaturaliste", *R.R.J.* 1990, pp. 167 et s..

(6) Cf. F.Tinland, *Droit naturel, loi civile et souveraineté*, Paris, P.U.F., 1988, p.207.

(7) Cf. J.C. Pinson, *Hegel le droit et le libéralisme*, Paris P.U.F. 1989 ; *Comp. Droit et liberté selon Hegel*, ouvr. coll. P.U.F., 1906.

(8) op. cit, vol.1, p.68.

(9) *ibid*, p. 66.

(10) *ibid*, vol.2, p.9.

gouvernement des hommes (*potestas*), mais, au-delà, en tant que sagesse jugée supérieure (*auctoritas*).

3 - Dans cette perspective, la pensée libérale ne devrait guère avoir de mal à s'harmoniser avec certaines conceptions de la morale (qui sont probablement nées en même temps qu'elle, avec un jeu d'influences réciproques). Nous songeons en particulier (mais pas seulement) à l'*éthique protestante*. Fondée sur le rejet de la Tradition et du Magistère, le protestantisme -spécialement celui de Luther- affirme le principe du libre-examen et fait de la conscience individuelle le critère ultime du bien et du mal. Un philosophe aussi épris d'absolu, aussi soucieux du devoir que le fût E. Kant n'est pensons-nous jamais réellement parvenu à se débarrasser de ce relativisme : en dernière analyse, c'est toujours la conscience de chacun qui est juge du caractère universalisable de la conduite à suivre (11).

Il est plus difficile en revanche de concilier libéralisme et morale lorsque l'on envisage cette dernière comme une éthique objective, extérieure à l'individu et qu'il ne choisit pas. Tel est le cas de l'*éthique catholique*, au moins dans sa présentation traditionnelle. Mais elle n'est certainement pas la seule. De manière générale, nous pensons que toutes les grandes philosophies morales de l'Antiquité -celles d'un Platon, d'un Aristote ou d'un Confucius ; celles qui transparaissent à travers le Code d'Hammourabi, le Décalogue ou les Douze Tables- se rattachent à cette conception. Pour elles ce qui est premier n'est pas la liberté, mais l'*ordre* : celui du cosmos, celui de la cité, celui de l'individu. La liberté a une place plus modeste, bien que réelle : l'homme n'est jamais aussi libre que lorsqu'il se conforme au bon ordre des choses, à l'*ordre naturel*. La véritable maîtrise de soi est le résultat de l'harmonie intérieure et extérieure, de l'obtention d'une plénitude d'être : de l'être, tout court.

4 - Pour diverses raisons, sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre ici, nous estimons que seule une éthique objective et transcendante (quoique *non dogmatique*) est à même d'offrir une réponse cohérente aux problèmes moraux d'hier, d'aujourd'hui et de demain. Dans cette optique, le libéralisme nous paraît certes intéressant en ce qu'il souligne "le pouvoir créateur du risque face aux effets paralysants de la sécurité" (12) mais il demeure à nos yeux très en retrait par rapport à ce qu'il nous semble être une exacte conception de la morale. Pour tacher d'étayer cette assertion, l'utilisation de la pensée de deux auteurs, l'un ancien, l'autre moderne, nous paraît s'imposer. Dans le camp des moralistes, nul n'est comparable à Saint Thomas d'Aquin : son oeuvre constitue, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, l'apogée de la pensée classique. Côté libéralisme, nous ne pensons pas faire un mauvais choix en nous référant à F.A. Hayek : son *Droit, législation et liberté* (13) est l'une de ces oeuvres "phares" dont il est bien difficile aujourd'hui de faire abstraction.

(11) Cf. *Fondements de la métaphysique des moeurs*, passim.

(12) Titre du discours de réception à la Real academia de ciencias economicas y financieras espagnole, prononcé par R. Termes Y Carrero, Barcelone, 1984.

(13) op. cit. Le but de l'auteur, dans cet ouvrage, est de jeter les bases de "l'ordre politique d'un peuple libre" (titre du vol.3) ou d'une "Constitution de la liberté"

La confrontation de l'univers mental de ces deux auteurs demanderait de longs développements. Plus modestement, nous nous en tiendrons à trois axes de la pensée thomiste pour montrer à chaque fois en quoi les positions d'Hayek s'en rapprochent ou s'en éloignent : l'unité (I), l'équité (II), l'amitié (III).

I - UNITE

5 - *Sapientis est ordinare* (14). La mission du sage est de mettre de l'ordre. Distinguer sans opposer, montrer en quoi chaque élément d'un tout apporte aux autres éléments, dont il se différencie, le complément nécessaire à la vitalité de l'ensemble, voilà le travail fastidieux, mais ô combien gratifiant, de celui qui veut se donner la peine de comprendre : de discerner le vrai du faux. Mais la quête de l'ordre profond des choses ne concerne pas que le contemplatif. L'actif doit également s'y atteler s'il veut avoir quelques chances de *bien* agir. Car le bien est ordre. Un comportement est bon -moralement parlant- lorsqu'il est ordonné ; conforme à une juste mesure. "Le bien d'une chose, explique Saint Thomas, consiste dans un milieu en tant qu'elle est conforme à une règle ou mesure" (15). Il ne fait là que reprendre l'une des grandes leçons de la philosophie antique, d'Aristote ("on appelle bon ce qui possède la juste mesure") (16) à Saint Augustin (pour qui le bien est "mesure beauté et ordre") (17). Les êtres dépourvus de raison tendent aveuglément vers ce point d'équilibre. S'ils parviennent ainsi à s'ajuster correctement les uns aux autres, c'est parce qu'ils sont programmés pour cela : telle est leur loi, inscrite dans leur nature. Pour les hommes -qui ont la raison en partage- les choses sont plus complexes. Certes, il y a chez eux des actes purement instinctifs (que les moralistes appellent des "actes de l'homme"), mais pour l'essentiel (à peu près tout en fait) ils ne sont pas prédéterminés. A leur raison de découvrir quel est le juste milieu (18) ; à leur volonté de se porter ensuite vers ce bien entrevu. Ici gisent les racines de la liberté (19), et, corrélativement, de la responsabilité.

(titre d'un ouvrage antérieur, mais dont Hayek regrette qu'il n'ait pas été celui de "Droit, législation et liberté").

(14) S. Thomas d'Aquin, *Summa contra gentiles*, Livre 1, chap.1.

(15) *Somme théologique*, Ia - II ae, q.64, art.3.

(16) *Topiques* I, 15. Sur la doctrine aristotélicienne du "juste milieu" V. surtout son *Ethique à Nicomaque*, passim.

(17) *De natura boni*, III : "*Omnia enim quanto magis moderata, speciosa, ordinata sunt, tanto magis uique bona sunt*".

(18) Pour S.Thomas, la règle de la raison nous est loi naturelle. Cf. *Somme Théologique* Ia - IIae, q.91, art.2 : "la lumière de notre raison naturelle, nous faisant discerner ce qui est bien et ce qui est mal, (n'est) autre chose qu'une impression en nous de la lumière divine. Il est donc évident que la loi naturelle n'est pas autre chose qu'une participation de la loi éternelle dans la créature raisonnable".

(19) Pour S. Thomas, (*Somme théologique*, Ia, q, 83), la liberté ou libre *arbitre* s'analyse en un pouvoir de choisir. "Le choix suppose une activité de la raison qui, dans le domaine et peut suivre des directions opposées". Le libre arbitre n'existe donc qu'à cause de la rationalité de l'être humain. Mais, à proprement parler,

6 - Ce juste milieu doit être trouvé et réalisé dans tous nos "actes humains", ceux qui regardent autrui comme ceux qui ne concernent que nous-mêmes (20). Tous, en effet, parce que libres, sont susceptibles d'une qualification morale. Force est pourtant de constater que le libéralisme réduit ostensiblement les règles morales au seul domaine des rapports sociaux. Ainsi en va-t-il chez Hayek. Règles morales et règles de juste conduite (c'est-à-dire les règles qui gouvernent nos relations avec autrui) sont constamment assimilées ; à aucun moment il n'est fait état de mesures réglant notre vie purement personnelle (21). Un tel silence est, à notre sens, révélateur. Plus que toute autre doctrine politique moderne, le libéralisme a tendance à considérer que tout ce qui relève de la sphère privée est, tout bonnement, "hors norme". En d'autres termes, chacun est entièrement libre de faire ce qui lui plaît dès lors que cette activité n'est pas pour autrui une source de gêne injustifiée. A la limite, cette doctrine est devenue un véritable lieu commun. C'est ainsi que les plus fervents partisans d'un "retour" à l'éthique n'envisagent même plus d'étendre celle-ci au domaine du "for interne": seuls les comportements sociaux les intéressent (22).

C'est là, pensons nous, une conception hautement discutable. S'il est vrai qu'en règle générale les pouvoirs publics n'ont pas à s'immiscer dans ce qui regarde la vie privée et familiale des citoyens (23), il ne s'en suit pas pour autant que ces derniers se trouvent

choisir est une activité de la volonté : "choisir, c'est vouloir une chose pour en obtenir une autre".

(20) Cf. *Somme théologique*, Ia, IIae, q.60, art.2 s les actes qui regardent autrui sont réglés par la *justice*, où "le bien, comme le mal, dépend des opérations elles-mêmes, quelles que soient les dispositions affectives qu'on y apporte" ; ceux qui ne concernent que nous-mêmes sont réglés par "la *tempérance*, la *force* et autres (vertus) du même genre". La première a pour objet une "juste adaptation à autrui" ; les autres ont pour objet une "juste adaptation à celui-là même qui opère".

(21) On objectera sans doute que l'oeuvre de Hayek s'intéressant uniquement aux questions d'ordre politique, il était normal qu'il n'entrât point dans des considérations sur les règles ou mesures gouvernant la vie purement privée des individus (Cf. certaines des observations de l'auteur, op. cit., vol.2, p.67 et s.). Après réflexion, nous ne nous rangeons pas à cet argument. Qu'on veuille bien relire le vol.2, où il est très fréquemment parlé de "*règles morales ou juridiques*", et, plus encore, l'épilogue du vol.3. La morale "intérieure" n'appartient semble-t-il pour Hayek qu'à l'ordre des "convictions" personnelles (ibid., p.66).

(22) V. par ex. la définition de l'éthique que donne E.Poulat (cité par F.Gondrand, art. précité note 3) : "la rencontre d'une implication personnelle et d'applications concrètes au coeur de la vie sociale". En ce qui concerne la "bio-éthique", il est frappant de constater que certaines questions sont ostensiblement laissées hors du débat parce qu'elles sont considérées comme relevant de la liberté de chacun. Tel est notamment le cas de la procréation artificielle à l'intérieur d'un couple, marié ou non, sans appel aux forces génétiques d'une tierce personne.

(23) La distinction entre "vie privée" et "vie publique" devenue l'un des lieux communs de la pensée contemporaine (surtout libérale), doit être maniée avec d'innombrables précautions. Il y aurait là-dessus beaucoup à dire. ex. : 1) Peut-on considérer que l'appartenance à tel ou tel sexe est une affaire de "vie privée" comme l'a admis la Commission européenne des droits de l'homme en 1979 ? ; 2) La chasteté relève-t-elle de la vie privée ? Oui, puisqu'il s'agit d'une vertu qui a

exemptés de régler leur conduite sur ce qui est objectivement bon. Certes, ce juste milieu vertueux est susceptible de variations d'un individu à l'autre (24), mais il n'en demeure pas, moins moralement nécessaire de s'y tenir : chacun doit en répondre devant le "tribunal de sa conscience" et, au-delà, devant Dieu.

7 - Il y a plus. L'expérience de la vie des hommes nous apprend qu'il existe une étroite connexion *-connexione virtutum* (25)- entre l'ordre individuel et l'ordre social. Celui qui n'est pas "juste" dans ses rapports avec lui-même sera difficilement juste dans ses rapports avec autrui. Le paresseux pourra-t-il donner à son employeur ce qui lui est dû en contrepartie du salaire versé ? Le lâche pourra-t-il être un bon soldat et rendre à sa patrie ce qu'il lui doit au moment du combat ? Le lascif n'aura-t-il pas plus de facilité qu'un homme tempérant à commettre un adultère ? etc. Nous touchons ici du doigt un point qui nous paraît essentiel, à savoir que le bon ordre social -l'ordre juste- dépend étroitement du bon ordre intérieur de chacun des membres de la société, et non le contraire. Le péché (le désordre), avant d'être "de structure" est d'abord personnel. Inversement, la paix extérieure, ("la tranquillité dans l'ordre", disait Saint Augustin) est le résultat de la lutte intérieure (26). C'est l'erreur de la plupart des doctrines politiques modernes -le libéralisme ne faisant pas ici exception- d'imaginer que l'on peut rendre une société bonne sans rendre bons les hommes et les femmes qui la composent (27). Avec

priori, ne concerne que nous. Non, dès lors que l'on constate qu'une bonne partie des maux *sociaux* les plus graves est due au fait que les individus vivent mal cette vertu. C'est pourquoi S.Thomas n'hésite pas à voir dans les sixième et neuvième commandements du Décalogue, des règles concernant le *bien commun* de la société (V. *Somme théologique*, Ia - IIae, q.100, art.11, ad.3).

(24) Cf. S. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia - IIae, q.64, art. 2 : dans les passions intérieure, "ce qui est droit ne peut être établi de manière uniforme à cause de ce fait que les hommes se comportent très diversement dans les passions".

(25) S. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia - IIae, q.65, art.1.

(26) Cette lutte est rendue nécessaire par le fait -mystérieux- que nos passions n'obéissent pas spontanément à notre raison et à notre volonté. Aristote : "De l'avis commun, on aperçoit aussi une sorte d'instinct qui répugne à la raison, la combat et lui tient tête" (*Ethique à Nicomaque*, I, 13). Euripide : "Nous comprenons ce qui est juste et convenable, nous le savons, mais nous ne le faisons pas entrer dans nos moeurs" (Hippolyte, 380 - c'est Phèdre qui parle). S.Paul : "Car le bien que je veux, je ne le fais pas, et le mal que je ne veux pas, je le commets (...). Je me trouve donc en face de cette loi : je veux faire le bien, et c'est le mal qui s'offre à moi (...). Malheureux homme que je suis ! Qui me délivrera de ce corps de mort ?" (*Romains*, VII, 19-24). Cette expérience universelle de ce germe en nous de désordre, la Révélation judéo-chrétienne en donne la cause : le péché d'origine.

(27) Cf. Aristote, *Politique* III, 9 : "Tous les Etats qui (...) se préoccupent d'une bonne législation, portent une attention sérieuse à ce qui touche la vertu et le vice chez leurs citoyens." Adde : *Ethique à Nicomaque* V, 1. Cela ne signifie pas pour autant que seuls ceux qui ont une vertu parfaite peuvent être de bons citoyens - Cf. *Politique*, III, 4 : "Qu'ainsi donc il soit possible d'être un bon citoyen sans posséder la vertu qui nous rend homme de bien, c'est là une chose manifeste." Adde : S. Thomas d'Aquin, *Somme théologique* IIa - IIae, q.58, art.7 et art.9 ad.3).

une telle doctrine, l'on sombre tôt ou tard dans le "pharisaïsme" et la schizophrénie (28).

Nous ne sommes pas pessimistes : mieux que beaucoup d'autres le libéral a conscience de la haute valeur des individus, du rôle essentiel de la liberté et de la responsabilité personnelle. Il lui suffirait, pensons-nous, de fort peu pour se débarrasser de ce "socialisme" larvé qui imprègne encore sa pensée. Ce serait déjà un grand pas. En voici un autre.

II - EQUITE

8 - Laissons donc à présent de côté, comme nous y invite le libéralisme, la morale individuelle. Reste la morale sociale : celle qui gouverne le bon ordre de la société, celle qui est gouvernée par ce que F.A. Hayek nomme avec bonheur les "règles de juste conduite" (29). Pas d'ordre, en effet, sans règles : tout le monde s'accorde sur ce point. Mais, pour Hayek, il existe deux sortes d'ordres et, par suite, deux sortes de règles. Le premier préside à une société d'hommes libres (société ouverte, c'est-à-dire société libérale), le second est lié à une société de "servitude" (30) (société fermée, c'est-à-dire société socialiste). L'un est un *ordre spontané* ou autogénéré - "endogène" dit parfois Hayek - ; l'autre est un *ordre fabriqué* ou construit - "exogène" -. L'ordre spontané est un résultat non prévu à l'avance (non délibéré), le simple produit de la combinaison libre des membres de la société, chacun poursuivant ses propres objectifs. L'ordre fabriqué, au contraire, est un résultat délibérément recherché, le fait d'une organisation établie -imposée- par le chef de la communauté politique. Tout l'effort intellectuel de Hayek consiste à démonter l'incroyable illusion du constructivisme et à démontrer la réelle supériorité ontologique et épistémologique de l'approche immanentiste de l'ordre social global. Nous n'entamerons pas une discussion de ce paradigme hayekien. Seul nous intéresse ici l'aspect positif de sa doctrine : la théorie libérale de l'ordre spontané est-elle compatible avec une morale objective de type thomiste ? Voilà la question.

9 - Au fond, tout le problème de Hayek est de parvenir à concilier libertés individuelles (entendant par là celle des personnes physiques et celle des petits groupes) (31) et ordre social. Sa réponse est fort simple. Les membres de la société se sont rendu compte qu'en

(28) *Pharisaïsme* : on accomplit les préceptes de la loi sans y mettre son coeur ; dans la mesure du possible, on cherche même à tourner le précepte à son avantage (cf. *Mathieu* 15, 1-9). *Schizophrénie* : "Psychose caractérisée par une désagrégation psychique : ambivalence des pensées, des sentiments, conduite paradoxale ..." (Dict. *Robert*). Sur les inconvénients de cette "maladie" dans la vie religieuse, cf. *Entretiens avec Mgr. Escriva*, n°114, Paris, Le Laurier, 1987.

(29) op. cit., passim, surtout à partir du vol. 2.

(30) Cf. le titre de l'un des ouvrages de F.A. Hayek : *La route de la servitude*, Paris, 1945.

(31) Hayek est très favorable à la constitution d'associations volontaires (op. cit. vol. 2, p. 180 et s.), même s'il souligne les dangers que présente l'égoïsme des groupes (op. cit., vol. 3, p. 105 et s.).

observant certains types de comportement, ils obtenaient *plus efficacement* leurs objectifs particuliers. Ces règles (ou plus exactement ces "régularités") (32), d'abord adoptées par des personnes ou des groupes particuliers, se sont généralisées -ont prévalu- "parce qu'elles réussissaient" (33). Il y a donc eu un "processus de sélection de ce qui est efficace" (34), même si la raison de cette efficacité n'était pas réellement perçue par ceux qui adoptaient de telles règles de comportement (35). Ainsi, "le droit (...) s'est développé parce qu'il rendait les gens qui s'y conformaient plus efficaces dans la poursuite de leurs propres objectifs" (36). Le fondement de la normativité des règles se résume donc dans cette formule : "si vous voulez ceci, vous devez faire cela" (37).

Reste alors à se demander en quoi consiste l'efficacité des règles de juste conduite. En ceci, soutient Hayek, que les règles "servent, non pas à assurer le succès d'aucun plan d'action particulier, mais à rendre conciliables de nombreux plans d'actions différents" (38). Autrement dit, la valeur d'une règle se mesure non en ce qu'elle permet à *un* individu d'obtenir ce qui lui semble désirable, mais en ce qu'elle donne à une *multitude* d'individus la garantie qu'en agissant selon la règle ils obtiendront chacun le maximum de profit possible, sans bouleverser les plans d'autrui (39). De même les règles sont efficaces parce qu'elles permettent à tous les membres du "corps social" (40) de prévoir à l'avance ce que vont faire les autres membres, supposés, bien sûr, obéir aux mêmes règles. Les règles ont donc essentiellement une fonction de *coordination* des activités individuelles. Elles remédient ainsi à notre ignorance de tous les faits particuliers (41). Sont donc seulement retenues, au cours de processus de sélection, les règles qui assurent la meilleure coordination. Doivent au contraire être rejetées des comportements pourtant parfaitement

(32) Hayek, op.cit., vol. 1, p. 50.

(33) *ibid.*, p. 20.

(34) *ibid.*, p. 97.

(35) *ibid.*, vol. 2, p. 6 et s.

(36) *ibid.*, vol. 1, p. 135 - V. également, p. 20-21.

(37) *ibid.*, p. 96 - V. également, p. 125.

(38) *ibid.*, vol. 2, p. 26.

(39) *ibid.*, p. 12 : "Nous sommes guidés dans nos plans d'action par la connaissance, non pas de faits concrets déterminés, mais de certains types de conduite qui sont appropriés dans certains types de circonstances -non parce que ce sont des moyens pour des résultats spéciaux désirés, mais parce que ce sont des limites à ce qu'il nous est loisible de faire sans bouleverser un ordre sur l'existence duquel nous comptons tous en décidant de nos actes".

(40) Hayek n'apprécierait guère sans doute cette expression "constructiviste". Nous l'employons ici dans le sens banal de "société".

(41) *ibid.*, p. 23 : "la raison d'être des règles (...) est une adaptation à cette ignorance inéluctable de la plupart des circonstances pesant sur les effets de nos actions" - V. également p. 9 : "les règles sont un artifice pour parer à notre ignorance constitutive." Hayek en conclut -ce que fait également I. Berlin (op. cit. note 1) que "il n'y aurait pas besoin de règles parmi des gens omniscients" (*ibid.*). L'affirmation prête à une belle discussion, que nous n'aborderons pas ici.

réguliers qui "ne pourraient procurer que du désordre" (42), comme par exemple la règle qui autoriserait à tuer quiconque se trouve sur sa route.

10 - Cette conception est, pensons-nous, intéressante en ce qu'elle cherche à montrer que l'ordre social et les règles de juste conduite qui le gouvernement ne sont pas le simple produit de la volonté humaine mais tiennent, en quelque sorte, à la "nature des choses" (43). Est-ce là se référer aux fameuses "lois naturelles" de la philosophie antique ? Hayek s'en défend (44), tout en reconnaissant que la référence à la loi naturelle a été pendant des siècles le rempart contre une vision constructiviste de l'ordre social (45). Pour Hayek, la formation des règles de juste conduite est un phénomène de *culture* et non de nature (46). "L'éthique, affirme-t-il dans l'épilogue de son ouvrage, n'est pas pour nous affaire de choix. Nous ne l'avons pas fabriquée et nous ne pouvons pas la remodeler (...). Les règles que nous apprenons à suivre sont le résultat de l'évolution culturelle" (47). Et l'auteur de plaider pour un "rationalisme évolutionniste" prétendument aux antipodes du "rationalisme constructiviste" né aux alentours du XVI^e siècle avec des penseurs tels que Descartes ou Hobbes et repris plus tard par Rousseau, Hegel ou Marx (48).

Pour riche et séduisante qu'elle puisse paraître, cette approche présente à nos yeux une lacune de taille. Si la raison d'être des règles de juste conduite est l'efficacité au sens holiste que lui donne Hayek, c'est-à-dire une efficacité diffuse, impalpable et, en définitive, invérifiable, alors nous sombrons dans une véritable *mystique de la règle*. La règle doit être respectée parce qu'elle contribue à un ordre d'ensemble dont personne n'a la maîtrise. Modifier ce qui est admis traditionnellement revient à créer du désordre : on peut perfectionner le système en y ajoutant de nouvelles règles, mais celles-ci n'ont de chance de s'établir que si, ayant été formulées, elles sont "reconnue(s) comme appropriée(s)" aux règles antérieures (49). Ainsi Hayek affirme-t-il sans réserves qu'il serait immoral de vouloir s'insurger contre la règle (coutumière) qui consacre l'euthanasie des vieillards

(42) *ibid.*, vol. 1, p. 51 et p. 126. Adde, p. 52 : "la société ne peut exister que si sont apparues des règles qui conduisent les gens à se comporter d'une manière qui rende la vie sociale possible".

(43) Hayek emploie ce concept (vol.1, p. 127) dans un sens différent de celui que nous lui donnons ici. "La nature des choses" semble être pour lui l'ensemble des contraintes inhérentes à un ordre social donné, qui conduisent à l'adoption de règles nouvelles conformes à cet ordre antérieur. C'est là la base de son "rationalisme évolutionniste" - Cf. également l'idée de "critique immanente", vol. 2, p. 27 et s.

(44) *ibid.* vol. 1, p. 22.

(45) *ibid.*

(46) *ibid.*

(47) *ibid.*, vol. 3, p. 200.

(48) Nous hésitons un peu à placer Hegel dans les rangs des adversaires de Hayek. Son rationalisme est lui aussi fortement teinté d'évolutionnisme. Toutefois la doctrine de Hegel fonde l'hypertrophie de l'Etat moderne.

(49) *ibid.*, vol. 1, p. 120.

chez les Esquimaux (50). Même si toute règle traditionnelle ne saurait être considérée comme sacrée et intangible, il n'en demeure pas moins que "la base de la critique de n'importe quelle tradition doit toujours être cherchée dans d'autres produits de la tradition que nous ne voulons pas ou ne pouvons pas, mettre en question" (51). Hayek conseille également d'obéir aux règles "sans tenir compte des effets connus de l'acte" (52) puisqu'après tout nous ne connaissons pas tous ses effets et certains d'ailleurs ne se produisent qu'à très long terme (53). Nous craignons donc que la mise en pratique de la théorie d'Hayek, si nous la comprenons bien, ne nous ramène -sans le vouloir- à la pire des servitudes : celle qui n'a aucun tyran en chair et en os contre qui se révolter, celle qui nous rend esclave des *opinions* soi-disant majoritaires sur ce qui est bien ou mal, juste ou injuste, dans une société déterminée (54). Les dissidents y deviennent des marginaux, au lieu d'être des modèles ou des héros.

11 - Combien plus reposante, en comparaison, est la pensée classique d'un Saint Thomas d'Aquin ! Comme Aristote (55), comme Cicéron (56) et beaucoup d'autres, il admet que les règles "spontanément" (57) adoptées par le peuple et consacrées par une

(50) *ibid.*, vol. 2, p. 31 : "Il me semblerait par exemple clairement mauvais moralement de ranimer un vieil Esquimau déjà inconscient qui, au début de la migration hivernale, suivant la morale de son peuple et avec son approbation à lui, a été abandonné derrière le groupe pour mourir". La seule bonne chose à faire serait de changer le vieil Esquimau de société.

(51) *ibid.*, p. 29.

(52) *ibid.*, vol. 2, p. 24.

(53) Cf. *ibid.*, p. 33 et s. : "pour remplir leurs fonctions, les règles doivent être appliquées sur la longue période".

(54) La référence à l'opinion publique comme critère ultime de ce qui est juste ou injuste est constante chez Hayek, bien qu'il n'aborde jamais cette question de front. V. par ex. vol. 2, p. 18 : "toute notre conception de la justice repose sur la conviction que des divergences sur des cas d'espèce sont susceptibles d'être résolues par la découverte de règles qui, une fois formulées, entraînent un *assentiment général*" ; p. 49 : "(les juges ou les législateurs) furent choisis parce qu'ils avaient montré du talent pour trouver des formulations qui *satisfaisaient les gens* et s'avéraient praticables" ; vol. 3, p. 161 : "Telle est la thèse cruciale du présent livre : ce qui, dans une société d'hommes libres, peut seul justifier la contrainte est une *opinion prépondérante* sur les principes qui doivent inspirer et discipliner la conduite individuelle (...). C'est afin que ces principes soient conformes à l'*opinion générale*, que la législature souveraine est composée de sorte à représenter les vues de la *majorité de la population*". (c'est nous qui soulignons).

(55) Cf. *Politique* II, 8 : "la loi n'a aucun pouvoir de contraindre à l'obéissance en dehors de la force de la coutume".

(56) Cf. *Réthorique* II, 53 : "l'origine première du droit est oeuvre de nature, puis certaines dispositions passent en coutume, la raison les jugeant utiles : enfin ce que la nature avait établi et que la coutume avait confirmé, la crainte et la sainteté des lois l'ont sanctionné".

(57) Le concept de "spontanéité", utilisé constamment par Hayek, vise essentiellement l'ordre qui résulte de l'observance des règles, et non ces règles elles-mêmes (cf. vol. 1, p. 53). Toutefois Hayek admet que "la plupart des règles de la morale et de la coutume (sont) de naissance et de croissance spontanées"

longue tradition -les règles coutumières- sont en général préférables aux règles "construites" par les gouvernants (58). Mais il range les unes comme les autres dans la même catégorie : les règles du droit *positif*. Or, ce droit positif ne mérite le qualificatif de "droit" -de "juste"- que s'il est conforme au droit *naturel*. C'est là la dimension qui manque ostensiblement chez Hayek. Pour Saint Thomas, les règles coutumières ont une force supérieure aux règles légales parce que (et dans la mesure où) elles sont plus proches du droit naturel, plus respectueuses de la "nature des choses", plus justes en définitive : question de degré. Le fondement du caractère obligatoire des règles de juste conduite ne réside donc point dans l'efficacité d'ensemble du système, mais dans le fait que ces règles sont justes. Pourquoi, par exemple, est-il interdit de voler le bien d'autrui ? Hayek répondrait sans doute qu'une telle interdiction est bonne parce qu'efficace : elle permet la coordination des activités de tous et de chacun au sein de la société, elle assure la paix sociale. Saint Thomas acquiescerait mais irait plus loin : il est interdit de voler parce que le vol consiste à prendre un bien qui appartient légitimement à autrui, sans son consentement. Or, il est dans la nature des choses que le bien d'autrui demeure son bien tant qu'il ne souhaite pas s'en défaire, ou du moins tant qu'il n'y a pas une raison légitime de le lui prendre (59). Si les hommes normaux ne volent pas, c'est parce qu'il existe en eux un principe non corrompu qui les incline à faire le bien et éviter le mal, principe inscrit par Dieu dans la nature raisonnable et que Saint Thomas appelle la loi naturelle.

On le voit : au fond, la pensée thomiste, loin d'aboutir à une condamnation pure et simple de la doctrine d'Hayek, lui ôte simplement ce qu'elle a d'irrationnel et lui donne en contrepartie un fondement beaucoup mieux assuré. Point de mystique de la règle, mais le souci constant de passer au crible de la raison discernant ce qui est conforme à la nature des choses toutes dispositions édictées ou acceptées par les hommes. La culture doit être dans le prolongement de la nature, sous peine de devenir inhumaine. Qu'il en résulte, par exemple, la condamnation de l'avortement ou de la sodomie, voilà, peut-être, ce que n'accepterait pas Hayek. Mais après tout, qu'y pouvons-nous ? Seul compte ce qui est naturellement juste : l'équité -qui ne va d'ailleurs pas sans quelque mystérieuse affinité avec l'amitié.

(ibid, p. 54). C'est là une thèse très discutable. L'expérience paraît au contraire montrer que la plupart des règles adoptées dans la vie sociale ont pour origine une *délibération*. Saint Thomas dirait sans doute que seuls les *premiers principes* de la raison pratique sont totalement non-délibérés. "Spontané" s'oppose donc plutôt à "imposé" qu'à "délibéré".

(58) *Somme théologique* Ia - IIae, q. 97, art. 3 : "quand un acte se répète un grand nombre de fois, cela paraît bien émaner d'un jugement délibéré de la raison. Pour ce motif, la coutume a force de loi, supprime la loi et interprète la loi".

(59) Ex. : expropriation pour cause d'utilité publique (cf. implicitement, ce que nous dirons plus loin sur la propriété) ; absolue nécessité, pour sauver sa vie par exemple (*Somme théologique* IIa - IIae, q. 66, art. 7).

III - AMITIE

12 - Nous n'abordons pas sans trembler ce dernier point. C'est qu'ici plus qu'ailleurs nous sommes conscients des imperfections de notre propre vision des choses. Revenons d'abord à Hayek. Celui-ci oppose traits pour traits la morale de la société ouverte et celle de la société fermée. La première est une société d'hommes libres (de chefs de famille, si l'on veut) et égaux, où chacun poursuit ses objectifs particuliers. Le bien commun de cette société est défini par Hayek comme "la facilité offerte à la poursuite des objectifs individuels inconnus" (60). Il se ramène ainsi à la paix et à la justice (commutative), ces deux valeurs négatives : la paix, c'est l'absence de conflits ; la justice, c'est l'absence d'intromission dans le domaine légalement protégé de chacun (61). A l'intérieur de leur domaine les hommes sont libres de poursuivre les buts de leur choix. Une société d'hommes libres ne devient donc "possible que lorsque les individus ne sont forcés d'obéir qu'à des règles abstraites démarquant le domaine des moyens dont chacun a le droit de se servir pour atteindre ses objectifs" (62).

Autre est la société fermée, où "la condition de la paix interne est que tous les membres se dévouent à la poursuite de quelques buts communs concrets, et donc se soumettent à la volonté de quelqu'un qui puisse décider à tout moment du choix de ces buts" (63). Ici, ce qui est bien, c'est la solidarité : tous unis dans un même but ! D'où des règles telles que l'absence de concurrence (64) ou le loyalisme envers sa profession, sa classe, son clan, etc. (65). Dans la société fermée, chacun doit recevoir selon ses mérites, c'est-à-dire selon sa contribution à l'effort commun. Aussi, la justice y est-elle principalement distributive ou sociale (66). Elle se solde par une redistribution des richesses accumulées par les membres de la société au profit des plus malchanceux, à ceux qui, en dépit de leurs efforts, n'ont pas obtenu la rémunération escomptée.

(60) op.cit, vol. 2, p. 1 et s.

(61) ibid, vol. 1, p. 128.

(62) ibid, vol. 2, p. 174.

(63) ibid.

(64) Cf. ibid, vol. 2, p. 166.

(65) Cf. ibid, vol. 2, p. 179.

(66) Hayek emploie ces deux termes comme équivalents et les fait remonter à ... Adam Smith (vol. 2, p. 76) ! Il y a là deux erreurs grossières. Le concept de *justice distributive* remonte au moins à Aristote (*Ethique à Nicomaque*, V, 3) Celui de *justice sociale* date au plus de la fin du XIX^e siècle. Chez Saint Thomas, comme chez Aristote, la justice distributive relève, avec la justice commutative, de ce qu'ils nomment la *justice particulière* (c'est-à-dire la justice qui regarde les biens propres de chacun). Ils la distinguent de la *justice légale ou générale*, qui regarde le bien commun de la société (V. *Ethique à Nicomaque*, V, 2 ; *Somme théologique* IIa - Iae, q. 58, art. 5 et s.). Le concept de justice sociale a été utilisé par l'Eglise catholique, dans sa doctrine sociale, avec le sens thomiste de justice générale (Cf. Pie XI, *Divini redemptoris*, 1937, n° 51 : "C'est précisément la fonction de la justice sociale d'imposer aux membres de la communauté tout ce qui est nécessaire au bien commun").

Hayek conçoit l'histoire humaine comme un passage progressif de la société fermée (tribale) à la Grande Société ou société ouverte. Cette "perte de la grâce" (67) primitive s'est réalisée probablement avec l'apparition du troc entre membres de deux tribus différentes (68). Elle a été à l'origine d'un accroissement général des richesses et donc du niveau de vie de tous. La morale de la société ouverte est très exigeante : chacun poursuit ses objectifs particuliers, produit, rend des services sans voir qui va en profiter, alors que dans la société fermée l'exercice de la solidarité est immédiatement gratifiant pour son auteur (69). Néanmoins, la morale de la société ouverte est supérieure à celle de la société fermée. La première bénéficie à une foule d'inconnus ; la seconde au contraire ne profite qu'à certaines personnes déterminées (70).

12 - Pourtant, nous avons encore "la nostalgie de la société fermée" (71). "Nos opinions morales présentes contiennent indubitablement encore des dépôts, des strates dérivant de phases antérieures à l'évolution des sociétés humaines" (72). Aujourd'hui, l'on assiste à de très fortes résurgences des vieux instincts sous le nom de "justice sociale". Se laisser séduire par cette sirène, c'est inévitablement régresser moralement : s'engager sur la "route de la servitude". L'usage de cette notion repose en effet sur l'idée que le mécanisme du marché (guidé par la justice commutative, c'est-à-dire, pour Hayek, la justice tout court) aboutit à des résultats injustes parce que non mérités. D'où les appels au gouvernement pour qu'il corrige ces soi-disant injustices. La société doit se considérer comme responsable de la situation matérielle de tous ses membres et doit donner à chacun "ce qui lui est dû". Le mode d'intervention des gouvernants consistera donc à assurer à chacun un revenu conforme à ses mérites (à ses efforts). Il en résulte fatalement une fixation autoritaire des prix des biens et des services, qui engendre à son tour une obligation de coordonner l'ensemble des activités de chacun des membres du corps social et, corrélativement, une perte de la liberté (au sens hayékien), un déclin des règles de juste conduite (du droit privé) au profit des règles d'organisation (du "droit" public) et de distribution des tâches et rémunérations correspondantes. La société fermée remplace la société ouverte.

Hayek critique sévèrement le concept de justice sociale ainsi décrit. Les résultats du jeu du marché, dit-il, ne sont ni justes ni injustes, car personne ne les a fixés délibérément (73). La société n'est responsable de rien du tout : seuls les êtres humains sont justes ou injustes (74). La valeur des mérites de chacun ne peut être appréciée car il n'y a pas de "valeur pour la société", il n'y a des valeurs que pour les

(67) *ibid*, vol. 3, p. 193.

(68) *ibid*, vol. 1, p. 99.

(69) *op. cit.*, vol 2, p. 106-107, 109-110.

(70) *ibid*, p. 176-177.

(71) *ibid*, p. 81.

(72) *ibid*, p. 50.

(73) *ibid*, p. 83 et s.

(74) *ibid*, p. 77.

individus qui savent apprécier (75). La politique interventionniste fausse le jeu du marché et nuit aux intérêts d'un tel jeu, à savoir "le prompt ajustement (...) aux modifications inévitables et imprévisibles des circonstances" (76). On aboutit enfin à une protection autoritaire des intérêts de certains groupes, ceux qui ont le plus de force pour imposer leurs vues ou le prétendu "mérite" de leurs membres (77). Hayek, notons-le bien, n'est pas hostile à ce que soient mis en place des organismes de protection des plus pauvres ou des plus défavorisés, mais il souhaite que de telles interventions s'opèrent *hors marché*, pour ne pas en fausser le mécanisme auto-régulateur (78).

13 - Ici encore, nous ne prétendons pas discuter l'ensemble des thèses soutenues par F.A. Hayek. Certaines nous paraissent convaincantes, d'autres beaucoup plus discutables (79). Nous nous bornerons seulement à une question : une société libérale, où chacun agit dans son seul intérêt immédiat sous réserve qu'il ne lèse point autrui, est-elle encore une société ? A la paix et à la justice (commutative) ne convient-il pas d'ajouter cet élément plus palpable que constitue l'amitié entre les citoyens, la solidarité ?

(75) *ibid.*, p. 91.

(76) *ibid.*, p. 97. A quoi s'ajoute la fonction orientatrice des revenus individuels (*ibid.*, p. 99).

(77) *ibid.*, p. 115.

(78) *ibid.*, p. 105. Nous avouons ne pas voir clairement comment peut-on venir en aide aux nécessiteux par l'allocation d'un minimum de ressources sans fausser par là-même le jeu du marché.

(79) *Convaincant* : le résultat, bon ou mauvais économiquement, d'une opération d'échange ne saurait être taxé de juste ou d'injuste dès lors que personne n'a été injuste (cf. notre article, "le futur contractuel", in *Le droit et le futur*, Actes du IIème colloque de l'Ass. Fr. de Philo. du Droit, p. 77 et s., Paris, P.U.F., 1985) ; l'utilisation d'une soi-disant justice sociale pour défendre des intérêts catégoriels, obtenir des traitements étatiques de faveur et, pis, pour avoir autant que d'autres le "droit" d'avorter, de procréer artificiellement, etc. *Non convaincant* : le reste, notamment : 1). Certes "la société" ne peut être injuste - mais les gouvernants, eux, peuvent l'être ; 2) Les choses ont une valeur en elles-mêmes, même si la mesure de cette valeur est difficile à établir : les *Noces de Figaro* sont objectivement plus belles que le dernier L.P. de Sting (que, par ailleurs, nous apprécions beaucoup) ; le "mérite" peut également s'apprécier objectivement - il peut même être chiffré- ; il en va encore ainsi du "service rendu" dans une opération d'échange. Au fond, il manque à Hayek tout ensemble une vision *immanente* et une vision *transcendante* du beau, du bien ou du vrai (cf. en attendant mieux, notre article "Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit", in *Droits* 1989, n° 10, p. 85 et s.). 3) Dans les échanges, le juste prix n'est pas fonction du mérite mais de la valeur du service rendu (avec ou sans transpiration de l'auteur de ce service). Ce juste prix "s'établit le plus souvent d'après une évaluation approximative" (Saint Thomas, *Somme théologique*, IIa - IIae, q. 77, art. 1, ad 1) -généralement celle habituellement pratiquée sur le marché (*aestimatio communis*). Mais il ne faut pas perdre de vue que cette moyenne générale est elle-même la résultante d'attitudes individuelles. Saint Thomas fixe à ce sujet un principe de modération : un commerçant peut vendre une chose plus chère qu'elle ne lui a coûtée, à condition que cette augmentation ait pour but de recevoir le prix de son travail, du service rendu. Cf. *op. cit.*, IIa - IIae, q. 77, art. 4.

Prenons du recul pour mieux sauter. La pensée antique et médiévale va, espérons-le, nous y aider. Qu'est-ce que la cité (la société) pour Aristote ou pour Saint Thomas ? Il s'agit d'une "pluralité ordonnée". Une *pluralité*, c'est-à-dire un ensemble de personnes distinctes, irréductibles l'une à l'autre, d'hommes libres -chacun ayant sa légitime sphère d'autonomie. Se trouve donc condamnée la thèse de l'unité absolue du corps social, qui conduirait au totalitarisme. Dont acte pour le libéralisme. Mais la cité est une pluralité *ordonnée*. L'ordre, pour Saint Thomas, est bien plus que la simple juxtaposition paisible d'individus aux intérêts divers. "A l'ordre, enseigne-t-il, concourent trois choses : *primo*, la distinction dans la communion ; *secondo*, la coopération ; *tertio*, la fin" (80). La fin n'est autre que le bien commun : la raison pour laquelle les hommes vivent en société, à savoir la félicité de tous et de chacun (le *bene vivere* d'Aristote) (81). Le bien commun peut donc être défini comme l'ensemble des conditions matérielles et morales pour que chacun puisse trouver son épanouissement personnel. C'est l'obtention de la fin commune qui fonde la nécessité de la communion et de la coopération. Le rôle fondamental des gouvernants est de veiller à ce que les activités de tous et de chacun concourent autant que possible à la réalisation du bien commun. Ils le font d'ordinaire par leurs lois (82). Aussi, Aristote n'hésite-t-il pas à soutenir que les lois ont pour objet premier de susciter l'amitié entre les membres de la cité (83). Cette amitié englobe certainement le respect de la justice particulière (commutative *et* distributive) et la paix entre les hommes, mais elle va plus loin : elle suppose de renoncer à son bien propre pour le mettre au service de tous et de chacun.

14 - Nous en voulons pour preuve la manière dont Saint Thomas (84) et, avant lui, Aristote (85), justifient la propriété privée des biens matériels (mais on pourrait aussi bien transposer cette analyse aux biens spirituels). Si l'appropriation privative (donc l'exclusion d'autrui) est préférable à la communauté des biens extérieurs, c'est

(80) *In librum beati Dionysii de divinis nominibus expositio*, IV, 1.

(81) V. *Politique* I, 2 : "Formée au début pour satisfaire les seuls besoins vitaux, (la cité) existe pour permettre de bien vivre" ; *ibid* III, 9 : "les hommes ne s'associent pas en vue de la seule existence matérielle, mais plutôt en vue de la vie heureuse" ; "l'Etat, c'est la communauté du bien-vivre et pour les familles et pour les groupements de familles, en vue d'une vie parfaite et qui se suffise à elle-même".

(82) Cf. la définition célèbre de la loi chez S. Thomas : "*lex est rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*" (*Somme théologique* Ia - IIae, q. 90, art. 4).

(83) V. *Ethique à Nicomaque* VIII, 1 : "l'amitié semble encore être le lien des cités et attirer le soin des législateurs, plus même que la justice". Rappr. *Politique* II, 5 : "la cité est (...) une pluralité qui, par le moyen de l'éducation, doit être ramenée à une communauté et à une unité". Eduquer le citoyen est, en bonne part, le travail du législateur. *Adde Politique* III, 9 : "les diverses formes de sociabilité sont l'oeuvre de l'amitié, car le choix délibéré de vivre ensemble n'est autre chose que de l'amitié".

(84) *Somme théologique* IIa - IIae, q. 6, art. 2.

(85) *Politique* II, 5 - critiquant le communisme des biens chez Platon.

parce qu'elle offre davantage de garanties pour le maintien de la paix entre les hommes (on évite les disputes, ou, du moins, on en réduit le nombre) et pour la bonne exploitation de ces biens (l'expérience montre qu'en général l'on s'occupe mieux de ce qui est à soi que de ce qui est à tous). Toutefois, la jouissance des biens extérieurs (les "fruits" produits par les biens, diraient les juristes) ne saurait être égoïste : "sous ce rapport, l'homme ne doit pas posséder ces biens comme s'ils étaient propres mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit être tout disposé à en faire part aux nécessiteux" (86). Ce détachement requis du propriétaire s'opèrera bien sûr dans l'ordre dicté par la charité : lui, les siens, les autres (y compris, par exemple, sous forme de nouveaux investissements qui vont créer des emplois). Pèsent donc sur tout propriétaire deux devoirs qui contribuent l'un et l'autre à la réalisation du bien commun : le devoir de gérer le mieux possible son patrimoine, le devoir d'être généreux quant aux résultats de cette gestion -deux devoirs *positifs* : toujours susceptibles d'être mieux remplis.

15 - Ce zèle peut-il être exigé en justice ? C'est là une question cruciale. Le nier, revient en fin de compte à donner gain de cause à un certain libéralisme. L'affirmer, n'est-ce point verser dans le socialisme ? Saint Thomas n'a jamais pris clairement parti sur cette question. Toutefois, il *semble* ressortir de sa doctrine que nous n'avons pas affaire à un devoir qui peut être exigé en stricte justice. C'est là, simplement, un devoir d'amitié ou de sociabilité (87). Mais ce devoir relève de ce que Saint Thomas appelle la justice *générale* : celle qui répond aux exigences du bien commun (88). A ce titre il peut être réglé par les pouvoirs publics. Toutefois, ces derniers ne sauraient négliger, en la matière, le *principe de subsidiarité* (89). En vertu de ce principe, le rôle de l'Etat devrait se borner à canaliser les initiatives privées, à les encourager, très rarement à les remplacer lorsqu'elles sont réellement impuissantes. Mais encore faut-il que de telles initiatives existent et

(86) op. cit, loc. cit.

(87) Cf. les formules précitées au texte, qui mettent avant tout l'accent sur les dispositions "intérieures" du propriétaire. C'est également l'interprétation retenue dans les Enseignements pontificaux. V. Léon XIII, *Rerum novarum*, 18^o, 1, n^o 19 : "Dès qu'on a accordé ce qu'il faut à la nécessité et à la bienséance, c'est un devoir de verser le superflu dans le sein des pauvres (...). C'est un devoir, non pas de stricte justice, sauf les cas d'extrême nécessité, mais de charité chrétienne, un devoir, par conséquent, dont on ne peut poursuivre l'accomplissement par des voies de justice" ; Pie XI, *Quadragesimo anno*, 1931, n^o 52 : "l'obligation qu'ont les propriétaires de ne faire jamais qu'un honnête usage de leurs biens ne s'impose pas à eux au nom de (la) justice (commutative), mais au nom des autres vertus (...). C'est donc à tort que certains prétendent renfermer dans des limites identiques le droit de propriété et son légitime usage ; il est plus faux encore d'affirmer que le droit de propriété est périmé et disparaît par l'abus qu'on en fait ou parce qu'on laisse sans usage les choses possédées".

(88) Cf. *Somme théologique*, IIa - IIae, q. 58, art. 5.

(89) Ce principe n'a jamais été formulé nettement par la philosophie antique et médiévale -même s'il s'évince plus ou moins de son inspiration générale. Il a surtout été mis en lumière par les enseignements pontificaux. V. Pie XI, *Quadragesimo anno*, n^o 86-88 ; Jean XXIII, *Mater et magistra*, 1961, n^o 51-58, 64-67, *Amis de Dieu*.

soient nombreuses ! Si l'Etat d'aujourd'hui a dû imposer de force la redistribution des richesses -avec les inconvénients que l'on sait- n'est-ce point en grande partie parce que les individus (ou petits groupes) n'ont pas su ou pas voulu mettre leurs avantages particuliers au service de la communauté ? Pour notre part, nous pensons que seul le christianisme est capable de proposer des mobiles suffisamment puissants pour susciter cet *esprit de service* (90) qui seul est à même d'encadrer une morale de l'amitié qu'avec un pasteur anglican l'on pourrait peut-être résumer ainsi : "gain all you can, save all you can, give all you can" (91).

(90) V. notamment J. Escriva de Balaguer, *Amis de Dieu*, Paris, Fayard-Mame, 1981, n° 172-174 "Je ne connais pas de meilleur chemin pour être juste qu'une vie de don de soi et de service".

(91) John Wesley, Sermon "On the use of money", London, 1748, cité par B. Griffiths in *Morality and the market place*, Hodder and Stroughton, Londres, 1982, p. 37.

- IV -

DROIT COMPARE

Y A-T-IL CRISE DANS LA PROFESSION JURIDIQUE EN AMERIQUE ?

Par

H. Patrick GLENN (*)
*Titulaire de la chaire Peter M. Laing,
de l'Institut de droit comparé et de la Faculté de droit
de l'Université McGill, Montréal.*

Au moment où des changements profonds de la structure et de l'organisation des professions juridiques s'amorcent en Europe, le débat sur la nature et le rôle de la profession s'intensifie en Amérique, où pourtant il ne s'agit nullement d'une "réglementation périmée" (1) mais de la déontologie d'une profession qui jouit d'une très grande liberté dans ses fonctions et dans l'organisation de ses moyens de pratique.

L'on sait que la procédure en Amérique du Nord est largement de type accusatoire (2). L'on sait aussi que la profession aux Etats-Unis est unifiée (3). Ce que l'on sait moins, c'est que ces grands principes de procédure et de structure sont lourds en conséquences déontologiques et que leur combinaison, comme c'est le cas aux Etats-Unis, peut mettre en cause la notion même d'une profession juridique libérale. Comment peut-on arriver à une telle conclusion, et quels sont les autres éléments de la problématique ? C'est ce que nous essayerons d'expliquer brièvement, en examinant d'abord les structures juridiques professionnelles en Amérique et en s'interrogeant ensuite sur la déontologie juridique qui en découle.

(*) Ce texte est une version remaniée d'une conférence prononcée au mois d'avril 1988 à l'Institut Portalis de la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille.

(1) G. Flecheux, "Le barreau et l'influence du droit français", G.P. 28-30 janvier 1990, p. 1, à la p. 3.

(2) Ce qui est le cas au Québec aussi bien que dans les juridictions de common law.

(3) Ce qui n'est pas le cas au Québec, où existe le notaire, et à un moindre degré dans les juridictions de common law au Canada, où les deux professions de *barrister* et de *solicitor* existent même si elles peuvent être cumulées par un même individu. Ces différences de structure, avec les incompatibilités qu'elles impliquent, font en sorte que la pratique du droit n'est pas uniforme en Amérique du Nord, où pourtant le modèle états-unisien jouit d'une très grande influence. On parle moins de crise au Québec et ailleurs au Canada, où les structures et contrôles professionnels sont très développés.

I - LES STRUCTURES JURIDIQUES PROFESSIONNELLES EN AMERIQUE

C'est la tradition de la common law, dans le sens strict de l'expression, qui a le plus marqué les structures juridiques professionnelles en Amérique. La common law dans le sens strict, c'était le droit des tribunaux de droit commun en Angleterre, à l'exclusion donc du droit pratiqué devant la Cour d'*Equity*, très marquée, elle, par la tradition continentale. Devant les tribunaux de droit commun (les tribunaux de *King's Bench* et de *Common Pleas*), la procédure suivie était celle des formes d'action et l'acteur principal dans le déroulement de cette procédure était le *barrister*. On trouve donc les éléments essentiels de notre problématique : une procédure et un procédurier.

A) LA PROCEDURE

C'est dans la procédure que la common law s'est créée. La justice du roi étant une justice exceptionnelle --importée par les Normands qui ne parlaient même pas la langue du peuple-- il a fallu la permission du roi, ou de son Chancelier, pour la déclencher. Jusqu'au milieu du XIXe siècle donc il n'y avait pas de droit d'agir en justice en Angleterre ; chaque action en justice devait être autorisée par le Chancelier et suivre rigoureusement les formes prévues par le bref émis. Le juge, c'était le juge de la procédure, celle qui devait être suivie pour arriver devant l'arbitre ultime, le *jury*, seul autorisé à prononcer sur le fond du litige. Le juge a dû contrôler la procédure parce que sortir de la procédure autorisée, c'était sortir de la légalité ; l'autorisation du Chancelier ne permettait que l'accomplissement de certaines procédures. Hors la procédure, pas de droit ! Même à l'intérieur des procédures, cependant, il n'y avait pas de droit dans le sens moderne, soit un corpus de règles visant directement la conduite des parties. Il n'y avait que la procédure et seul le *jury* (du moins on l'espère) savait pourquoi John Doe aurait triomphé sur Richard Roe. Le juge ne s'intéressait donc ni à la véracité des faits, ni au droit applicable ; il s'intéressait uniquement à la correspondance entre les faits *allégués* et la procédure choisie. Alléguer des faits, c'était la tâche du *barrister*, qui est ainsi devenu, par ce processus d'élimination, le véritable moteur de la procédure anglaise. Tout découlait des allégations faites au nom du demandeur par son *barrister* ; puisque tout découlait de ses accusations, toute la procédure est devenue accusatoire. Comment faire autrement s'il n'y a pas de droit pour le juge à connaître et, par conséquent, aucune raison d'exercer un contrôle sur la véracité des faits ?

La procédure des formes d'action a été abolie au milieu du XIXe siècle. Le droit d'agir en justice a été créé ; le *jury* est devenu optionnel (pour vite tomber en désuétude) le juge a été autorisé à statuer sur le fond. A partir du XIXe siècle, il existe un *droit* à appliquer et la procédure devient, comme sur le Continent, un instrument pour faire

valoir ce droit. Quel droit et par quels moyens ? Bien que l'étude de la nature de ce droit dépasse le cadre de ces remarques, il convient de mentionner que le droit français, et notamment la doctrine française, a été l'objet d'emprunts nombreux de la part des juges anglais, obligés pour la première fois de motiver leurs décisions sur le fond. C'est dire que le juge anglais a été presque débordé par l'ampleur de la tâche de créer une common law de fond et non plus de procédure. Pour y arriver il a dû compter sur l'aide de collaborateurs loyaux, familiers avec l'histoire du droit anglais, capables de puiser dans la doctrine étrangère et capables surtout de faire le travail souvent complexe et fastidieux de présentation des affaires devant le tribunal. C'est ainsi que la modernisation du droit anglais au XIXe siècle n'a pas affecté le statut ni les fonctions du *barrister*. Il est resté le maître des faits, puisqu'il a conservé la tâche d'interroger et de contre-interroger les témoins et de décider en général du déroulement du procès. Il est devenu de plus, dans une large mesure, responsable du droit. La common law ne connaît pas le principe *jura novit curia*. Elle est plutôt fondée sur un principe d'ignorance judiciaire (4). C'est le *barrister* qui fait la recherche en droit et c'est le *barrister* qui plaide devant le juge. La tâche du juge, c'est plutôt à faire le droit, avec l'aide précieuse de ce conseiller (ose-t-on dire législatif ?) qu'est le *barrister*.

Ce modèle de procédure est vivement contesté aujourd'hui dans les pays de common law. Il est contesté essentiellement pour deux raisons, l'une de caractère théorique, l'autre de caractère nettement plus pratique. La raison théorique de contester la procédure accusatoire, c'est que si la common law existe désormais comme droit objectif visant la conduite des parties, elle existe pour être appliquée. C'est aussi le cas pour la législation qui occupe une place de plus en plus importante dans les pays de common law, notamment aux Etats-Unis où le droit privé est codifié dans plusieurs Etats importants (tels New York, la Californie). Or, si ce droit doit être appliqué, il doit l'être aux faits auxquels il devrait s'appliquer. Comment, dès lors, peut-on laisser la découverte des faits entièrement à l'initiative des parties et de leurs conseillers juridiques ? C'est ouvrir la porte au détournement du droit ou, du moins, de la loi. On discute donc à propos de la question de savoir si la procédure accusatoire représente le meilleur moyen de découvrir la vérité et, dans ce débat, l'élément essentiel, presque toujours occulté dans les discussions, c'est que la vérité est maintenant considérée comme une chose importante, ce qui historiquement n'était pas le cas dans la procédure de la common law. Maintenant on doit trouver la vérité pour mieux appliquer le droit ; on voit que la *common law* se civilise de façon importante.

La raison d'ordre plus pratique pour laquelle la procédure accusatoire est contestée, c'est que le rôle important qui en découle pour l'auxiliaire de la justice, le plaideur, peut être source d'abus sans contrôle effectif. S'il incombe aux plaideurs d'établir la vérité, ne doivent-ils pas *tout* faire pour la découvrir ? Les risques d'abus

(4) Voir, pour une comparaison avec la pratique des juges du Continent, Lücke, "The Common Law : Judicial Impartiality and Judge Made Law" (1982) 98 L.Q.R. 29, notamment à la p. 56 ("...judges have no duty of independent preparation.").

dépendent en grande partie des règles de procédure qui existent dans une juridiction donnée, mais il est incontestable que partout où existe la procédure accusatoire, elle est la plus lourde, la plus chère et la plus longue de toutes les procédures. Si l'on accepte aussi, comme c'est le cas en Amérique, que la procédure accusatoire doit comprendre la possibilité d'interroger les témoins de l'autre partie préalablement au procès (*discovery*), les possibilités d'abus se multiplient de façon géométrique. N'est-ce pas que l'on dit en Amérique, avec un petit clin d'œil, "*Discovery never ends ?*"

Ainsi les abus de la procédure accusatoire, de même que la théorie moderne de ce qu'est le droit, plaident en faveur de son abandon. Il serait cependant illusoire de penser que cet abandon aura lieu dans un avenir rapproché et qu'il se fera de façon uniforme dans les pays de common law. Le *barrister* anglais exerce toujours seul, sans contact direct avec son client (c'est le rôle du *solicitor*), et est privé des joies éternelles du *discovery*. Les abus y sont nécessairement moins importants. C'est en Amérique que la contestation de la procédure accusatoire est la plus forte, car c'est en Amérique que cette procédure est liée à l'institution d'une profession unifiée. On rejoint ainsi le deuxième élément de notre problématique, le procédurier.

B) LE PROCEDURIER

Si la common law de l'Angleterre a été reçue dans plusieurs pays, le processus de réception n'a jamais été identique. Aux Etats-Unis en particulier le processus de réception a entraîné des transformations importantes, et nulle transformation n'a été plus importante que celle apportée aux professions juridiques.

Car s'il existait en Angleterre *des* professions juridiques (et en cela la tradition anglaise est fidèle à une tradition européenne, que ce soit de common law ou de droit dit civil), elles ont été ramenées aux Etats-Unis à une seule profession, celle de *l'attorney*. Les véritables causes de cette transformation ne seront probablement jamais connues. On a coutume de l'expliquer par les conditions rudimentaires de la vie au début de la colonie, qui ne permettaient pas de s'offrir le luxe d'une multiplication des professions. Cette explication ne tient pas, cependant, face à l'expérience de la Nouvelle France et du Québec où au notaire s'est ajouté ultérieurement la profession d'avocat. Ce qui est essentiel, c'est qu'aux Etats-Unis la pratique du droit n'a jamais fait l'objet de restriction quelconque quant aux fonctions exercées par le praticien. Le droit tout entier est devenu son domaine et toutes les fonctions juridiques son champ de pratique potentielle. Cette transformation de la profession a été lourde de conséquences. Elles se rapportent surtout à deux phénomènes qui dominent actuellement la pratique du droit aux Etats-Unis : l'absence d'incompatibilités de fonction et la spécialisation.

i. - L'absence d'incompatibilités

Une profession unifiée est une profession qui, par définition, ne connaît pas d'incompatibilités de fonction entre des activités professionnelles différentes. On plaide, on postule et on solennise, et cela dans la plus grande liberté. Pourtant l'idée d'une profession unifiée, dont les membres sont libres de pratiquer tout le droit, a des conséquences qui vont au-delà de l'élimination des frontières entre des professions. La notion de liberté dans la pratique conduit à brouiller la frontière entre la pratique du droit et la pratique d'autres choses. Ainsi aux Etats-Unis, *il n'existe pas d'incompatibilités avec la pratique du droit*. On peut pratiquer le droit en tant que salarié (soit à l'intérieur d'un cabinet, soit à l'intérieur d'une entreprise commerciale), ou pratiquer le droit en même temps que l'on pratique une autre activité lucrative. On peut être commerçant et *attorney* et pratiquer ces deux activités en même temps et à l'égard des mêmes individus, qui deviennent ainsi à la fois clients et co-commerçants. Il va sans dire aussi que l'on peut pratiquer, et depuis fort longtemps, sans qu'il y ait contestation quelconque, en société avec d'autres *attorneys*. Ainsi s'explique l'énorme croissance des *partnerships* américains.

Notre procédurier américain se trouve donc directement responsable de la totalité des problèmes juridiques de clients avec lesquels il peut avoir des liens très étroits, débordant souvent le cadre d'un mandat légal. Pour la résolution de leurs problèmes, il fait souvent appel à des associés (*partners*) ou à des juristes salariés (*associates*) de son cabinet. C'est dire qu'il se trouve impliqué dans un réseau de relations très complexes. A ses obligations envers le tribunal en tant qu'auxiliaire de la justice, s'ajoutent celles qui sont dues à son client en tant que tel, à son client en tant que co-commerçant possible, et surtout à ses associés et employés professionnels pour assurer la rentabilité du cabinet. Puisque toutes ces relations sont tolérées, il n'est pas étonnant que le discours sur la déontologie de la profession aux Etats-Unis utilise le langage des "conflits d'intérêts", qui sont à éviter en principe mais qui sont inévitables dans la pratique.

En l'absence d'incompatibilités, toutes les relations sont tolérées et la déontologie devient nécessairement une affaire d'appréciation personnelle. Il faut bien sûr agir de façon déontologiquement correcte, mais dans telles situations complexes quelle façon d'agir est déontologiquement correcte ? C'est devant l'angoisse de telles décisions que le domaine de la déontologie juridique connaît actuellement une croissance phénoménale aux Etats-Unis. Les facultés de droit créent des cours obligatoires en déontologie (une mesure exceptionnelle en soi), des programmes entiers y sont consacrés et les associations professionnelles multiplient les séminaires sur ce thème. Lors du congrès annuel des professeurs de droit américains tenu à San Francisco en janvier 1990, un atelier *préalable* consacré à la déontologie juridique a réuni plus de trois cent professeurs sans compter ceux qu'on a dû refouler à la porte. Comment agir pour éviter un conflit d'intérêts lorsqu'on tolère les situations de conflit d'intérêts ? Comment

répondre aux questions de plus de 700.000 *attorneys* qui se trouvent de plus en plus fréquemment dans ces situations ?

ii. - La spécialisation

Les juristes se sont spécialisés depuis fort longtemps, mais il s'agissait toujours d'une spécialisation de *fonction*. On plaidait, on postulait ou on solennisait. A l'intérieur de ces champs de pratique, on était généraliste ; le droit ne cherchait pas à régler toute l'activité humaine et, en pratiquant seul, on était obligé de se concentrer sur les principes généraux du droit, de chercher l'harmonie entre les différents domaines. L'existence d'incompatibilités de fonction exigeaient, ce qui peut sembler paradoxal à première vue, une perspective très large sur le droit. Par contre, l'élimination des incompatibilités, par la création d'une profession large et unifiée, a eu l'effet inverse, ce qui semble paradoxal aussi, de rétrécir la perspective du praticien sur le droit. Cela aussi a des conséquences déontologiques.

En effet, la création de la profession unifiée a eu comme conséquence principale la création de sociétés de juristes, puisqu'aucun juriste ne pouvait répondre seul aux multiples demandes des clients, particulièrement dans le domaine commercial. En élargissant ainsi l'unité de pratique, on permettait la spécialisation non plus de fonction mais par *domaine du droit*. On pouvait pratiquer tout le droit mais, dans les faits, on était obligé de se cantonner dans un domaine donné pour répondre aux besoins non pas des clients mais de la structure du *partnership*. Puisque l'*attorney* individuel s'est trouvé forcé de dire qu'il n'était pas compétent pour exercer toutes les fonctions dans tous les domaines, il a fallu que quelqu'un de son cabinet prenne la relève, sans quoi le client serait perdu.

On voit donc aux Etats-Unis une spécialisation galopante dans la pratique du droit, mais une spécialisation qui est largement *de facto* et par domaine du droit. Le juriste du grand cabinet se trouve donc souvent dans la situation d'un salarié, travaillant dans un domaine très étroit, avec une dimension importante de répétition dans son travail. Il est fortement rémunéré, mais en tant que spécialiste, il n'est aucunement protégé des conflits d'intérêts que nous avons décrits. Pour faire face lui-même aux problèmes de déontologie, il a perdu la perspective générale du juriste ; il est devenu un technicien du droit, qui veut savoir non pas ce qu'il est, en tant que juriste, mais ce qu'il doit *faire*, dans les situations délicates dans lesquelles il se trouve. D'où la multiplication de cours sur la déontologie juridique ; il faut pouvoir répondre à toutes les questions, car les réponses ne sont plus évidentes.

La spécialisation atteint bien notre procédurier et n'est pas limitée à la pratique du droit commercial, la plus exotique, complexe et lucrative. Ainsi il y a des spécialistes en matière de responsabilité civile, parmi lesquels il y a les spécialistes de la responsabilité du fabricant de produits, parmi lesquels il y a les spécialistes de la responsabilité découlant de l'emploi de produits particuliers. Il y a des juristes spécialistes en matière de marques particulières d'automobiles, de freins, de transmissions, de pneus, de ceintures de sécurité, pour ne

rien dire des briquets, des chaufferettes au kérosène, d'implants mammaires, ou de grues (5).

On voit donc, à la fin, une profession dont les membres sont entièrement libres mais étroitement spécialisés, obligés dans tous les sens mais déontologiquement seuls, richement rémunérés mais appauvris intellectuellement, par l'étroitesse de leur domaine professionnel. Ainsi se dessine une relation entre les principes et les structures d'une part, la déontologie professionnelle d'autre part. Nous essayerons d'indiquer comment cette relation se concrétise en examinant, dans une deuxième partie, la déontologie professionnelle.

II - LA DEONTOLOGIE PROFESSIONNELLE

L'impact de ces principes généraux et ces structures sur la déontologie d'une profession juridique peut être atténué si les individus qui composent la profession trouvent dans leur for intérieur les moyens de continuer la tradition de *l'advocatus*, celui dont la mission est de venir à l'aide des autres. Ce n'est cependant pas très facile si la profession est très nombreuse, car les contrôles à l'entrée doivent en ce cas être nécessairement moins rigides. Or, la profession unifiée est inéluctablement une profession très nombreuse, puisque les grands *partnerships* qu'elle inspire ont besoin de beaucoup de main d'oeuvre. Aux Etats-Unis, les grands *partnerships* commencent à recruter leurs futurs collaborateurs dès la fin de la première année de droit, et les facultés de droit se multiplient à tous les niveaux. On voit donc un nombre effarant de jeunes juristes entrer dans une pratique largement dépourvue de garde-fous déontologiques et dans laquelle le juriste porte de grandes responsabilités, sans même bénéficier d'un stage initial de formation. C'est pour ces raisons qu'aux Etats-Unis s'accrédite de plus en plus l'idée d'une crise déontologique. Aussi assiste-t-on à un réveil déontologique indiscutable.

A - LA CRISE DEONTOLOGIQUE

Comment décrire la déontologie professionnelle de plus de 700.000 juristes, chacun d'eux s'occupant de centaines de dossiers très complexes ? Ce qui suit n'est que l'impressionisme juridique, mais qui reflète d'une certaine manière les points les plus névralgiques du débat déontologique en Amérique. On ne peut du reste que donner des *exemples* d'une *situation*, très difficile à cerner dans l'ensemble. Pourquoi y a-t-il crise déontologique ? Pour plusieurs raisons.

(5) Voir, pour la liste de groupes de l'Association of Trial Lawyers of America, National Law Journal du 24 juillet 1989, p. 19.

i. - L'absence de contrôles déontologiques.

Plusieurs Etats américains n'exigent pas que les praticiens du droit soient membres du barreau pour exercer leur profession. Même lorsque l'appartenance à une corporation professionnelle est obligatoire, il arrive souvent que la discipline professionnelle soit du ressort des tribunaux et non pas de la corporation. Or, les tribunaux sont déjà surchargés. Ainsi les causes disciplinaires ne dépassent pas les quelques centaines par an, chiffre comparable à celui du Canada, dont pourtant la population et le nombre des juristes n'atteignent pas le dixième de ceux des Etats-Unis.

ii. - Le déclin de la notion du juriste comme déontologiquement responsable.

Le juriste libre de tout faire peut tout faire pour son client, si le client le demande. Le juriste libre dans une procédure accusatoire devient une arme offensive. On parle des juristes "Rambo." Deux effets de ce phénomène : 1) on prône le "*non-professional advocacy*," pour l'opposer à ce qui est devenu du *professional advocacy* (6) ; 2) on développe, dans plusieurs Etats, des codes écrits, non pas de déontologie, qui existent depuis longtemps, mais de courtoisie (*civility*) (7).

iii. - La facturation.

On facture à l'heure ou, de plus en plus, par tranches d'heure, voire à la minute. Pour les juristes salariés dans les grands cabinets, très spécialisés, c'est la nouvelle éthique des heures quantifiables. On en demande 2.500 par an. On travaille le jour, la nuit, le week-end (8). Le salaire versé en début de carrière atteint les \$80.000 par an ; celui de l'associé (*partner*) dans les grands cabinets les \$400.000 (en

(6) Voir W. Simon, "The Ideology of Advocacy : Procedural Justice and Professional Ethics" [1978] Wisc. L. Rev. 29 ; *ibid.*, "Ethical Discretion in Lawyering" (1988), 101 Harv. L. Rev. 1083.

(7) Voir G. Hazard, "Civility Code May Lead to Less Civility", National Law Journal du 26 février 1990, p. 13 ("The felt need is to curb the abusive process that many lawyers think demonstrate zeal and competence. The decline in civility seems to me an evident fact. It is not so evident that another code will do much good."). Sur la création du premier comité au niveau des tribunaux fédéraux pour l'étude du problème de la courtoisie professionnelle, voir The National Law Journal du 15 janvier 1990, p. 1. Le mandat du comité inclut la question de savoir si des pressions d'ordre économique contribuent à un déclin du niveau de courtoisie professionnelle.

(8) Un extrait d'un article paru dans le New York Times, du 8 janvier 1988, à la p. B-7, donne le ton de la discussion : "The result is a grim ritual of all-nighters, tepid take-out dinners, bleary-eyed vigils at printing houses, Dial-a-Cabs, atrophied social lives and neglected marriages. Still, that isn't the only problem the young lawyers face. Forced to specialize earlier on rather than enjoy the leisurely apprenticeships of years past, they find their work not only is backbreaking but also often boring."

moyenne). Le traitement des juristes salariés (*associates*) ne représente que 18 % à 20 % de la facturation totale d'un cabinet (9). C'est pourquoi on parle de "*leverage*". Parce que le travail des *associates* accroît radicalement les revenus des *partners*, on augmente la proportion des *associates* par rapport aux *partners*. Il devient de plus en plus difficile de devenir *partner* ; on quitte la profession de plus en plus.

iv. - La valse des partenaires.

Le revenu des *partners* dépend du *leverage* offert par leur cabinet. Pour augmenter ses revenus, on change de cabinet. Ou le cabinet investit dans une entreprise dont des administrateurs sont des *partners* du cabinet. Les cabinets perdent leur stabilité (10) ; des firmes spécialisées dans le recrutement de juristes, souvent d'autres cabinets, se multiplient ; des grands cabinets font littéralement faillite. Les sources stables de conseils déontologiques se dispersent.

v. - La tolérance à l'égard des conflits d'intérêts.

C'est inévitable. Puisque l'absence d'incompatibilités provoque des conflits d'intérêts, il faut les tolérer, surtout s'ils deviennent très fréquents comme c'est le cas pour les juristes qui changent constamment de cabinet et se retrouvent face à leurs anciens clients. Que faire ? Le nouveau cabinet doit-il se désister du dossier parce qu'il compte un nouveau juriste au courant des affaires de la partie adverse ? Non. On créera une "Grande Muraille" (Chinese Wall) autour de ce nouveau collaborateur pour que son conflit d'intérêts (entre anciens et nouveaux clients) ne cause pas de dommages. En l'absence de dommage, après tout, il n'y a pas de tort. N'est-ce pas la règle de base de la responsabilité civile ? Et de la déontologie professionnelle ?

vi. - La faute professionnelle.

L'affaiblissement de la déontologie professionnelle entraîne une hausse des poursuites civiles pour faute professionnelle. En Californie, il y a un *attorney* spécialiste de la poursuite civile d'autres *attorneys*. Lui, il pratique seul ; mais il est spécialiste quand même (11).

Ce tableau est plutôt déprimant. Ce qui est moins déprimant, c'est que tous ces symptômes de crise provoquent une réaction, un réveil.

(9) National Law Journal du 24 juillet 1989, p. 2.

(10) Voir, sur le sujet, le nouveau livre de R.W. Hillman, *Law Firm Breakups : The Law and Ethics of Grabbing and Leaving*, 1990.

(11) Voir aussi l'article "Beyond Malpractice" du National Law Journal du 16 janvier 1989, p. 1, sur les possibilités que les grands cabinets soient poursuivis non plus simplement pour faute professionnelle mais en tant que *participants* dans des offres d'achat (*leveraged buy-outs*). La liberté a quand même ses risques.

b. - Le réveil déontologique

Devant ces manifestations de plus en plus nombreuses de désarroi déontologique, les prises de conscience et de position se multiplient. D'une certaine manière l'on peut dire que l'histoire se répète, car la création même des barreaux américains a été inspirée en grande partie par la volonté d'instaurer un seuil de compétence et d'intégrité dans la pratique du droit. De même, la promulgation de volumineux codes de déontologie, qui prennent maintenant la forme de règles précises et détaillées (la loi peut-elle contrôler la déontologie ?), témoigne d'un souci croissant dans les milieux professionnels quant aux standards de la pratique. La nature du débat semble cependant prendre une orientation différente depuis peu, comme si, devant la dégringolade accélérée, il fallait prendre un peu de recul. Ainsi le débat ne se limite plus aux praticiens ; il s'élargit à toutes les professions juridiques et une attention de plus en plus marquée est accordée aux questions de structure.

i. - La magistrature

Le juge en chef de la Cour suprême des Etats-Unis a demandé en 1987 que des études soient entreprises sur "...les conséquences pour le juriste salarié, la profession, et le public en général de l'exigence d'une facturation par le juriste salarié de plus de 2.000 heures par année" (12). Plus récemment, un juge d'appel fédéral a explicitement déclaré que "...même les juristes les mieux intentionnés peuvent être vaincus par un système mal conçu" (13). Plus concrètement, l'influence de la magistrature se fait sentir par deux moyens processuels : le premier, que l'on a nommé la "*taxing revolution*", est celui de la contestation en justice des honoraires d'avocats dans le cadre du *taxing of costs* ; le deuxième est la demande en injonction intentée par le client abandonné qui voit soudainement apparaître son ancien *attorney* dans le camp adverse. A défaut de déontologie il reste ... le droit.

ii. - La doctrine.

Il faut nuancer. Pour une bonne partie la doctrine américaine a saisi l'occasion de la crise déontologique de la profession pour développer, c'est dans la logique des choses, une *spécialisation du droit* de la déontologie juridique. Ainsi sont apparus de gros recueils de ce droit nouveau qui est enseigné dans la plupart des facultés et qui devient, comme nous l'avons déjà remarqué, un cours de *droit* de plus en plus *important*. C'est du moins de la "sensibilisation".

(12) W. Rehnquist, "Law schools don't study trends in legal practice", *The Lawyers Weekly* du 23 octobre 1987, p. 4.

(13) H.T. Edwards, "The Role of Legal Education in Shaping the Profession" (1988) 38 *J. Leg. Ed.* 285 à la p. 290.

A côté de ces développements discutables, cependant, un nouveau courant d'opinion doctrinal se manifeste. Ainsi le professeur Hazard de l'Université Yale a récemment remarqué, dans un journal de la profession, qu'"...il va sans dire que le professionnalisme au sein du barreau a vivement besoin de renfort... le barreau doit chercher plus loin [que la multiplication de règles] pour produire une véritable amélioration.... Davantage de normes professionnelles sans des institutions professionnelles plus fortes risque simplement intensifier les guerres civiles qui existent actuellement au sein de la profession". Le professeur Kronman voit dans l'existence de ce qu'il appelle le "*practical wisdom*" la source potentielle d'une amélioration de la déontologie professionnelle. Cette idée fait appel de façon presque explicite à la notion classique des vertus (avec tout ce que cela implique institutionnellement pour la répression des passions) (14).

iii. - Le barreau.

Certes les comités déontologiques multiplient leurs travaux. Y a-t-il cependant des changements importants de structure en vue ? Deux phénomènes importants sont à signaler. Le premier est lié à l'arrivée massive des femmes dans la pratique du droit. Déjà on parle du "*mummy track*" (la voie professionnelle des mères) dans les grands cabinets, avec tous les changements dans les méthodes de travail que cela implique. Au-delà, il y a la théorie féministe du droit, qui insiste sur l'importance de la notion d'obligation et sur la responsabilité envers autrui. Le deuxième phénomène se rattache à l'internationalisation de la pratique. Que vont être les standards déontologiques de l'avenir, dans une pratique de plus en plus transfrontalière ?

iv.- Les clients.

Il ne faut pas les négliger. Ils contestent les frais ; ils contestent la tolérance face aux conflits d'intérêts ; ils retirent même leurs dossiers des grands cabinets qui laissent travailler sans contrôle rigoureux, et à l'heure, les juristes salariés ("*running up the meter*"). Les grandes entreprises développent activement leurs propres contentieux, à l'intérieur de l'entreprise, pour mieux contrôler les frais juridiques. Le salariat de l'avocat le permet ; la loyauté est due à un seul employeur-client et n'est plus divisée entre l'employeur et le client lointain. C'est peut-être même mieux ainsi.

(14) A Kronman, "Practical Wisdom and Professional Character," in J. Coleman & E. Paul, *Philosophy and Law*, 1987, p. 203.

CONCLUSION

Les barreaux du monde deviennent de plus en plus interdépendants, surtout avec la multiplication des cabinets internationaux. Déjà on travaille sur un code européen de déontologie. La déontologie du juriste, cependant, n'est pas une affaire de régions, de pays, ou de continents. C'est une affaire de conscience, du juriste où qu'il se trouve, et des institutions qui doivent exister pour l'aider dans sa mission. S'il existe une "réglementation périmée" (15) des professions en Europe, il faut bien réfléchir sur les alternatives.

(15) Voir *supra*, note 1.

- V -

CULTURE JURIDIQUE

LE DISCOURS JURIDIQUE COMME STRATEGIE

- UN NOUVEAU REGARD SUR L'AFFAIRE PINNA -

Par

Christopher POLLMANN (1)

I. - Les hypothèses de travail

II. - Présentation du litige

- 1 - L'affaire *Pinna I*
- 2 - Va-et-vient entre le droit et la politique
- 3 - L'affaire *Pinna II* et la clôture du conflit

III.- Développement des hypothèses sur la stratégie

- 1 - Prise en charge de certains facteurs inintentionnels
 - 1.1 Assumer le dualisme entre politique anti-intégrative et droit supranational
 - 1.2 Limiter la marge de manoeuvre
- 2 - Mobilisation d'incertitudes
- 3 - Viser juste à travers la nature partielle du raisonnement
 - 3.1 Les mécanismes de raréfaction
 - 3.1.1 L'évacuation
 - 3.1.2 L'osmose
 - 3.2 Les raisonnements implicites
 - 3.3 L'abstraction
 - 3.4 L'intensification de sens
 - 3.4.1 L'énonciation d'évidences
 - 3.4.2 La répétition modifiée
 - 3.4.3 La différenciation et l'expansion

IV. - Conclusions et perspectives

(1) L'auteur est diplômé en droit de la Faculté de droit de Hamburg/RFA. Il prépare une thèse sous la direction de Michel Miaille, professeur à la Faculté de droit de Montpellier. Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont bien voulu me prêter leur précieux concours.

Pendant une demie decennie, de 1984 à 1989, la Cour de justice des Communautés européennes (CE) fut occupée par le dossier *Pinna*, relatif à l'octroi des prestations familiales françaises aux ressortissants communautaires résidant en France et dont les enfants sont restés dans le pays d'origine. Dans le présent article, nous allons étudier ce conflit, et cela dans le cadre d'un projet de recherche sur la part du droit dans la mise en oeuvre des principes communautaires de libre circulation et d'égalité de traitement par des associations de défense de travailleurs italiens à l'étranger, les *patronati*. Nous poursuivons trois objectifs ici (chapitre III) :

-- Principalement, nous essayerons d'ébaucher quelques éléments sur la stratégie de conflit et de raisonnement des divers acteurs et de l'intéressé en particulier.

-- Nous proposerons, à titre afférent, une classification des mécanismes de raisonnement juridique tels qu'ils se dégagent de l'analyse du litige.

-- Accessoirement, nous esquisserons certains facteurs pouvant partiellement expliquer le déroulement du conflit.

Préalablement, nous allons présenter nos hypothèses de travail (chapitre I), puis présenter le conflit (chapitre II). En outre, l'étude se veut interdisciplinaire et constitue une contribution provisoire qui devrait, avant tout, inciter à la réflexion.

I. - LES HYPOTHESES DE TRAVAIL

1. - Par stratégie nous entendons, en analogie avec le sens étymologique du mot (2) le fait qu'une personne, un groupe ou une institution maintiennent ou élargissent leur liberté d'action et restreignent celle de l'adversaire (3) afin de promouvoir leurs objectifs, que ceux-ci soient conscients ou inconscients. Le concept de stratégie comporte alors quatre volets dont les trois premiers différencient la partie inintentionnelle de l'existence de l'acteur :

-- Il y a d'abord *l'imprévisible*, dont le hasard. L'étendue et l'impact de ce facteur dépendent de la situation concrète ainsi que des capacités de l'acteur. Celui-ci peut en effet faire la part de l'imprévisible en se dotant de structures flexibles, lui permettant de tourner certaines éventualités à son profit. L'imprévisible devient ainsi quelque peu calculable et rentre donc dans un des autres volets. Nous ne traiterons pas de l'imprévisibilité non maîtrisée puisqu'elle se soustrait, par définition, à la formulation de règles.

-- Certains éléments inintentionnels imposent à l'acteur des *régularités de comportement*.

-- D'autres éléments inintentionnels (comme l'imprévisible) peuvent - mais ne doivent pas - être *pris en charge*.

(2) A savoir «conduire une armée», cf. grec «stratos» = armée, «ageîn» = conduire. A quelques exceptions près, la stratégie militaire (cf. André Beaufre, *Introduction à la stratégie*, Paris 1963, réédité sans modification Paris 1985) ne paraît toutefois pas nous apporter des réflexions utiles.

(3) cf. Beaufre, *ibidem*, p. 29, 121

-- Toute action comprend enfin et surtout, en tant que force motrice, un volet *intentionnel* et très variable. (Cette brèveté de la description ne signifie point un impact réduit.)

2. - Ces différents facteurs nous permettent de formuler les quatre hypothèses suivantes (qui ne correspondent pas entièrement aux quatre volets stratégiques). En premier lieu, l'acteur, pour effectivement poursuivre ses intérêts, doit autant que possible reconnaître et prendre en charge la part inintentionnelle de son existence (4). Ainsi, dans le cadre de la CE, il faut assumer le dualisme entre un supranationalisme juridique et un niveau politique largement compartimenté parmi les Etats membres.(5) A partir de là, nous montrerons que la libre circulation et l'égalité de traitement des travailleurs migrants ne peuvent en principe être promues que sur le terrain juridique, tandis qu'elles seront combattues, de préférence, dans le champ politique où la position des migrants est plus faible (chapitre III 1).

3. - Deuxièmement, nous supposons que pour peser sur les décideurs dans le champ juridique, l'acteur doit mobiliser des sources d'incertitudes pertinentes telles que la position et le comportement des tribunaux, nationaux ou étrangers, de la Commission des CE et d'autres institutions (chapitre III 2). Nous tirons cette hypothèse du modèle selon lequel tout pouvoir est une relation à base d'incertitudes (6).

4. - La troisième hypothèse vise les qualités du raisonnement par rapport à ses destinataires. Il nous semble qu'il doit correspondre à leurs propres capacités de raisonnement (7) : il ne faut viser ni trop 'bas' ce qui suscitera la contre-attaque, ni trop 'haut' ce qui peut réveiller le chat qui dort ou provoquer des réactions d'incompréhension et d'hostilité (chapitre III 3).

5. - En parallèle, nous étudierons la dernière hypothèse qui soutient que les régularités de comportement, évoquées ci-dessus au deuxième volet, consistent, dans notre domaine, à ce que le raisonnement et son langage soient partiels et créateurs de sens ; nous tenterons d'en faire la démonstration à travers une classification des raisonnements juridiques rencontrés (chapitre III 3).

(4) cf. M. Godelier, *L'idéal et le matériel*, Paris 1984, p. 92 s., 245, 284 s.

(5) cf. Joseph H. H. Weiler, *The Community system : the dual character of supranationalism*, Yearbook of European Law 1981, Oxford 1982, p. 267-306, et, de façon très développée, *Supranational Law and the supranational system : legal structure and political process in the European Community*, thèse à l'Institut européen universitaire, Firenze 1982

(6) cf. M. Crozier/E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris 1977, p. 30, 65

(7) Cf., pour les armes militaires, Beaufre (note 2), p. 42

II. - PRESENTATION DU LITIGE

6. - L'art. 73 (8) stipule :

«I. Le travailleur salarié soumis à la législation d'un Etat membre autre que la France a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier Etat, comme s'ils résidaient sur le territoire de celui-ci.

II. Le travailleur salarié soumis à la législation française a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d'un Etat membre autre que la France, aux allocations familiales prévues par la législation de l'Etat sur le territoire duquel résident ces membres de la famille ; il doit remplir les conditions relatives à l'emploi auxquelles la législation française subordonne l'ouverture du droit aux prestations.

III. [...]» L'art. 74 contient des dispositions équivalentes pour les chômeurs. La disposition précédant l'art. 73, à savoir l'art. 40 du règlement n° 3 (9), prévoyait un régime uniforme pour tous les Etats membres, équivalent à celui installé par l'art. 73 II pour la France.

7. - Il convient d'ajouter que selon l'art. 1 u, «le terme "prestations familiales" désigne toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille dans le cadre d'une législation prévue à l'art. 4 I h [c'est-à-dire à laquelle s'applique le règlement 1408/71], à l'exclusion des allocations spéciales de naissance mentionnées à l'annexe II», alors que «le terme "allocations familiales" désigne les prestations périodiques en espèces accordées exclusivement en fonction du nombre et, le cas échéant, de l'âge des membres de la famille». Les prestations familiales englobent donc les allocations familiales.

8. - De son côté, la législation française stipule que les étrangers résidant en France ont droit, dans les mêmes conditions que les Français, aux prestations familiales pour leurs enfants résidant en France (en vertu, à l'époque, des anciens art. L. 511 et 512 - aujourd'hui des art. L. 512 I et II - du Code de la sécurité sociale). Il y a lieu de noter que selon le décret n° 46-2880 (10) «est également réputé résider en France l'enfant qui, tout en conservant ses attaches familiales sur le territoire métropolitain où il vivait jusque-là de façon permanente, accomplit hors de ce territoire [...] un ou plusieurs séjours provisoires dont la durée totale n'excède pas trois mois au cours de l'année civile».

(8) Les articles sans référence sont ceux du règlement (CEE) 1408/71 du Conseil (Journal officiel des CE - JOCE - n° L 149 du 5.7.71, p. 2 ss.). Les chiffres romains renvoient aux paragraphes, les chiffres arabes aux alinéas des articles.

(9) du 25.9.58, JOCE n° 30 du 16.12.58, p. 559 ss.

(10) du 11.12.46, Journal officiel - Lois et décrets (JO) du 13.12.46, p. 10574 ss. (rect. p. 11084). Il s'agit plus précisément de son ancien art. 6 II, introduit par l'art. 3 du décret n° 65-524 du 29.6.65 (JO du 3.7.65, p. 5615 s.), repris par son nouvel art. 2, tel qu'issu du décret n° 78-378 du 17.3.78 (JO du 22.3.78, p. 1253 s.) modifiant la numérotation des articles.

9. - Le patronato INCA (11) et la CGT s'étaient engagés, depuis 1965 et, de façon très intensive depuis 1975, contre ce système dit du pays de résidence et pour l'octroi non seulement des allocations familiales, mais aussi des autres prestations familiales. En particulier, l'INCA avait cherché, le calcul détaillé des pertes financières des migrants à l'appui, à pousser la Commission et le Conseil afin qu'ils modifient la réglementation dans le sens escompté. Aussi, l'action syndicale restait essentiellement confinée au terrain politique. Nous n'avons connaissance que d'une seule affaire judiciaire déclenchée par l'INCA qui, de plus, se déroulait sur un champ annexe ne donnant pas lieu à une mise en cause de l'art. 73 II. En effet, il s'agissait d'une suppression des prestations familiales pour une titulaire d'une rente ayant transféré sa résidence de la France en Italie, cas pour lequel l'art. 77 organise un régime uniforme sans exception pour la France. La condamnation de la caisse par la Commission de première instance de la sécurité sociale de Lyon, le 7.7.78 (12), n'avait donc pas de suite réglementaire.

1 - L'AFFAIRE PINNA I

10. - A la même époque a commencé l'affaire qui dominera notre étude. Monsieur Pietro Pinna, de nationalité italienne, réside en France avec son épouse et leurs deux enfants Sandro et Rosetta. En 1977/78, les enfants et la mère ont effectué un séjour en Italie : Sandro du 1.10. au 31.12.77 et Rosetta et sa mère du 1.10.77 au 31.3.78. Pendant ces périodes, la Caisse d'allocations familiales de la Savoie (ci-après : la Caisse ou la défenderesse) a refusé de lui accorder des prestations familiales dues pour ses enfants.

11. - M. Pinna s'adresse au patronato ACLI (13) qui saisit la Commission de première instance de la sécurité sociale de Chambéry et puis, après le rejet de la demande, la Cour d'appel de Chambéry. L'ACLI considère que la condition de résidence, sous-jacente à l'art. 73 II, serait incompatible avec les principes de libre circulation et d'égalité de traitement. En outre, l'art. 73 II aurait dû être abandonné en vertu de, à l'époque, l'art. 98 (art. 99 à partir de 1982 jusqu'à sa suppression) qui dispose :

«Avant le 1er janvier 1973, le Conseil procède, sur proposition de la Commission, à un nouvel examen de l'ensemble du problème du paiement des prestations familiales aux membres de la famille ne résidant pas sur le territoire de l'Etat compétent, en vue de parvenir à une solution uniforme pour tous les Etats membres.»

(11) = Istituto Nazionale Confederale di difesa e di Assistenza sociale ai lavoratori italiani (patronato associé à la CGIL et à la CGT)

(12) dans l'affaire n° 40 875/78, case n° 56 007, Spano

(13) = Associazioni Cristiane dei Lavoratori Italiani

L'ACLI fait savoir qu'en 1975, la Commission avait effectivement proposé de généraliser la règle de l'art. 73 I (14), mais qu'au Conseil, la proposition de règlement modificateur n'avait pas trouvé l'unanimité requise.

12. - La Cour d'appel déboute le demandeur. L'ACLI charge un avocat d'attaquer l'arrêt devant la Cour de cassation. L'avocat appuie son pourvoi du 17.7.81 par un mémoire de plus de 26 pages, comportant quatre moyens et de nombreuses références de jurisprudence et de doctrine. Il prétend la caducité de l'art. 73 II, faute du Conseil d'avoir respecté son engagement émis par l'art. 98 (99). Puis, supposant que l'art. 73 II ne soit pas qualifié de caduc, l'avocat démontre qu'il serait une double discrimination déguisée, d'une part, à l'égard des travailleurs français et, d'autre part, à l'égard des travailleurs soumis à la législation d'un Etat membre autre que la France. Il considère que la Cour de cassation devrait renvoyer l'affaire devant la Cour de justice, sans pour autant lui proposer une question préjudicielle. Les deux autres moyens, dont un subsidiaire, sont consacrés à la démonstration qu'en vue du décret n° 46-2880 et des dispositions communautaires, Sandro et Rosetta n'auraient point abandonné leur résidence en France.

13. - La défenderesse se contente, dans son mémoire en défense de 12 pages, d'affirmations apodictiques rejetant les quatre moyens de cassation.

14. - Ce n'est que trois années et demi plus tard que la Chambre sociale de la Cour de cassation, composée de cinq magistrats, surseoit à statuer, par arrêt du 11.1.84 (15), jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée

"1°/ sur la validité et le maintien en vigueur de l'art. 73 II ;

2°/ sur le sens à donner au terme «résidence» contenu dans ce texte". A l'égard du premier point, la Cour fait valoir que "la solution du présent litige soulève une difficulté sérieuse touchant à la validité et à l'interprétation d'une disposition du règlement 1408/71".

15. - Devant la Cour de justice, le demandeur renouvelle et arrondit ses conclusions présentées à la Cour de cassation. Cette fois-ci, la défenderesse lui répond en détail. Elle cherche en effet à démontrer chaque argument et chaque référence de jurisprudence. La Commission, tout en indiquant les désavantages de l'art. 73 II, ses répercussions négatives dans des domaines annexes et sa propre préférence pour la règle de l'art. 73 I, estime que la disposition attaquée ne serait ni caduque ni invalide. Par rapport à l'affirmation d'une discrimination des migrants par rapport aux Français, elle concède que leur situation respective serait comparable et que le préjudice causé aux

(14) à l'exception toutefois des allocations françaises de logement et de déménagement qui ne seraient accordées qu'aux résidents, cf. la proposition présentée au Conseil le 10.4.75, JOCE n° C 96 du 29.4.75, p. 4 ss. (6)

(15) in : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, 5ème partie, vol. II, p. 7

travailleurs migrants ne saurait être justifié. Cependant, celui-ci ne résulterait pas directement de l'art. 73 II, mais des "disparités existant entre les allocations familiales octroyées dans les divers Etats membres" dont l'élimination ne serait pas le but du règlement 1408/71, celui-ci ne visant que la coordination des régimes nationaux. La Commission avance le même argument pour réfuter la prétention d'une discrimination *parmi* les migrants.

16. - Le Conseil conclut, lui aussi, au maintien en vigueur et à la validité de l'art. 73 II, mais il motive ce résultat en soutenant, par rapport aux deux types de discrimination, que les situations respectives, des migrants et des Français ainsi que des migrants entre eux, ne seraient pas comparables et qu'il n'y aurait dès lors pas de discriminations. Les gouvernements de l'Italie et de la Grèce prennent position en faveur de M. Pinna, alors que le gouvernement français, dans des observations apparemment très tardives car non reproduites au rapport d'audience (16), soutient la Caisse.

17. - L'Avocat Général, "suivant l'ordre dans lequel la question préjudicielle a été formulée", traite d'abord de la validité de l'art. 73 II. Visiblement choqué par les propos du Conseil, il affirme l'existence des deux discriminations et les juge incompatibles avec le droit communautaire, en s'appuyant largement sur les observations italiennes. Concernant la question de la caducité, il considère "qu'il n'est pas possible de reconnaître à l'art. 98 [...] une force suffisante" à cet effet (17).

18. - La Cour de justice ne rend son arrêt que le 15.1.86 (18), deux années après le renvoi par la Cour de cassation. Fait exceptionnel en matière de sécurité sociale, elle a délibéré en séance plénière. Ou bien elle a voulu donner plus d'autorité à sa décision, ou bien les juges étaient-ils divisés. La Cour dit pour droit que "l'art. 73 II [...] est invalide en tant qu'il exclut l'octroi de prestations familiales françaises [...]". Ce résultat est appuyé sur la démonstration d'une discrimination cachée : "Bien qu'en règle générale la législation française applique le même critère pour déterminer le droit aux prestations familiales d'un travailleur français occupé sur le territoire français, ce critère ne revêt nullement la même importance pour cette catégorie de travailleurs, car c'est essentiellement pour les travailleurs migrants que se pose le problème d'une résidence des membres de la famille hors de la France" (att. 24).

19. - Cette considération aurait suffi pour invalider l'art. 73 II. Toutefois, la Cour prend également position par rapport à la différence de traitement, instaurée par l'art. 73 I et II, entre les travailleurs migrants eux-mêmes. Elle estime qu'ainsi, l'art. 73 "ajoute aux

(16) mais résumées dans l'arrêt du 15.1.86, aff. 41/81 *Pinna I*, Recueil des arrêts

de la Cour de justice (Rec.), p. 18 ss. (22, att. 12)

(17) conclusions de F. Mancini du 21.5.85, Rec. 1986, p. 3-16 (6, 14)

(18) cf. note 16

disparités résultant des législations nationales elles-mêmes et par conséquent, entrave la réalisation des buts énoncés dans les art. 48 à 51 du Traité" (att. 22). Elle ne fournit cependant aucun élément explicite pour indiquer dans quel sens la disparité devrait être corrigée.

20. - La Cour considère en outre qu'"il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième branche de la première question concernant le maintien en vigueur de l'art. 73 II [...], ni à la deuxième question [...]". On peut donc penser que pour la Cour, il apparaît plus difficile de fonder la caducité que l'invalidité de l'art. 73 II. Elle réussit d'autant mieux à éluder le premier problème, pourtant logiquement préalable, que la Cour de cassation et l'Avocat Général l'avaient placé après la validité. En revanche, la Cour limite l'effet rétroactif de "l'invalidité constatée de l'art. 73 II" aux travailleurs ayant, à la date de l'arrêt, "introduit un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente" (n° 2 du dispositif).

2 - VA-ET-VIENT ENTRE LE DROIT ET LA POLITIQUE

21. - L'affaire étant revenue à la Cour de cassation, la défenderesse, prétend que l'art. 73 I renverrait à la législation française. A cet effet, elle cite l'art. 73 I sans le membre de phrase «autres que la France» qu'elle semble qualifier d'obsolète. Par contre, le gouvernement considère, auprès des caisses et du public, que la Cour de justice "a déclaré invalide l'art. 73 II" et en conclut, pour renvoyer le dossier au niveau politique et gagner du temps, que l'arrêt "crée un vide juridique dans la réglementation communautaire" (19) à l'égard de la France, puisque l'art. 73 I («autres que la France») n'aurait pas été modifié. A la limite, la France serait fondée de ne rien payer en attendant une refonte réglementaire (20). Bien entendu, cette option n'est politiquement guère réalisable et sert seulement de menace pour mieux faire accepter la poursuite de la pratique précédente, au moins pendant une période transitoire. Dans cette optique, on invite les caisses d'allocations familiales "à continuer à se conformer aux dispositions de l'art. 73 II" (21).

22. - La raison de cette résistance, ce ne sont pas les surcoûts à l'égard des migrants des neuf autres Etats membres qui sont en fait très faibles (22). Le rejet du système d'emploi est motivé :

(19) cf. la Lettre n° 122 du Ministère des aff. soc. du 5.2.86, Bulletin officiel du ministère n° 86/17 du 17.5.86, texte n° 7578

(20) cf. Guy Herzlich dans *Le Monde* du 25.1.86

(21) Cf. note 19. Cette instruction ministérielle a fait l'objet d'une requête en annulation devant le Conseil d'Etat, le 25.6.87, par le «Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés». Le Conseil d'Etat n'a pas encore tranché.

(22) Selon Herzlich (note 20), il n'y en a plus, en 1984, que 124 familles avec 268 enfants concernés. Pour 1978, la Commission (dans un tableau annexé au rapport compl. du député européen W. Albers, fait au nom de la commission des aff. soc. et de l'emploi, doc. du Parlement européen (PE) 1-140/80, p. 13) indique

-- par les dépenses supplémentaires - on parle de 122 millions de francs pour les prestations familiales (23) - qu'il entraînerait en faveur notamment des familles portugaises et espagnoles (24) auxquelles les art. 60 et 220 de l'Acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal appliquent l'art. 73 II ;

-- par l'incitation qu'il exercerait à l'émigration partielle (des chefs de famille, plus facile à organiser que l'émigration complète) en provenance des Etats membres du sud, surtout du Portugal et de l'Espagne, renversant ainsi la tendance régressive, au cours des 15 années précédentes, du nombre des personnes concernées (25) ;

-- par la crainte que l'application de la règle du pays d'emploi aux migrants communautaires incite les pays tiers, notamment ceux du Maghreb, et leurs émigrés à revendiquer le même traitement, ce qui causerait des coûts supplémentaires s'élevant jusqu'à plusieurs milliards de francs par an (26) ;

-- par la crainte que le versement complet des allocations, voire des prestations familiales françaises, serve de précédent pour l'exportation des prestations non contributives telles que l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité (27), l'allocation pour adultes handicapés et l'allocation spéciale de vieillesse.

23. - En outre, les intérêts financiers en matière de prestations familiales sont aussi mis en oeuvre, sous les protestations de la CFDT, de l'INCA et de la CGT,

-- par une circulaire - autorisée par le Ministère des affaires sociales - de la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) du 26.12.85,

980 familles touchées, exclusivement italiennes. Selon l'INCA (mémoire d'août 1980, p. 17), elles ont été privées, en 1978, de prestations familiales supplémentaires d'au total un peu plus de sept millions de francs (dont seules allocations familiales : 4,4 MF). Pour 1973, Albers (Débats du PE, annexe au JOCE, sessions 1980/81, séance du 17.6.80, p. 76) indiquait encore 12.192 membres de la famille touchés.

(23) selon une estimation du Ministère des aff. soc., citée par l'Avocat général Gauthier devant la Cour de cassation, *La Semaine juridique* 1988, n° 15121, p. 120-124 (123)

(24) Pour le Portugal, Herzlich (note 20) fait état de 7.730 familles avec 18.600 enfants en 1984. L'INCA (note 22, p. 29, 21) chiffre le nombre des familles concernées à 28.087 en 1973 et à 17.303 en 1978, ayant subi, de 1973-78, une perte cumulée de 696 millions de francs en prestations familiales (424 MF en allocations familiales). Pour l'Espagne, l'INCA (ibidem) indique 3.380 familles en 1973 et 1.560 en 1978 avec une perte cumulée de 56 MF en prestations et 31 MF en allocations familiales.

(25) cf. les notes 22 et 24

(26) Le ministère (note 23) les chiffre à 5.600 MF par an. Selon l'INCA (note 22, p. 29, 21), le nombre des familles algériennes concernées est de 139.050 en 1978, ayant subi cette année une perte de 1.380 MF en prestations et de 582 MF en allocations familiales.

(27) Depuis l'arrêt du 12.7.90 (aff. C-236/88 *Commission c/ Rép. française*), le gouvernement accepte son exportation. Cf. sur ce long et épineux conflit notre étude *Détermination et dominance du droit*, CDE fin 1990 ou début 1991.

supprimant les allocations familiales conventionnelles (et les soins de santé) aux travailleurs immigrés de pays tiers, privés d'emploi ou en préretraite (28), pour les membres de leur famille demeurés dans les pays d'origine ;

-- par l'art. 7 I de la loi n° 86-1307 du 29.12.86 (29), étendant l'exigence de régularité de séjour du bénéficiaire de prestations familiales aux enfants ouvrant droit à ces prestations, ainsi que par le décret n° 87-289 (30) fixant de manière restrictive la liste des titres et justifications attestant cette régularité (31).

24. - Le gouvernement français, dans son refus d'appliquer l'art. 73 I, jouit du soutien d'autres Etats membres (notamment la RFA, la Belgique et le Luxembourg). Déjà lors du vote de la proposition de la Commission de 1975 (cf. ci-dessus paragraphe n° 11), leurs gouvernements s'étaient joints à la France (32). De même, pendant les négociations sur les conditions d'adhésion de la Grèce, puis de l'Espagne et du Portugal, ils réussissaient à prévoir l'application analogue de l'art. 73 II durant une période transitoire de trois ans (33). Au cours des négociations au sein du Conseil et de la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants (34), destinées à tirer les conséquences de l'arrêt *Pinna I*, les gouvernements belge et ouest-allemand proposent des modifications réglementaires allant dans le sens préconisé par le gouvernement français.

25. - Egalement après l'arrêt *Pinna I*, la Commission informe le gouvernement français qu'elle compterait proposer un règlement pour rendre l'art. 73 conforme à la jurisprudence de la Cour. Mais jusque-là, affirme-t-elle en menaçant d'ouvrir la procédure d'infraction, les autorités françaises devraient appliquer l'art. 73 I. Face au refus du gouvernement français, la Commission va effectivement entamer la procédure d'infraction qui débouchera sur l'envoi de l'avis motivé, le 7.4.88.

26. - Entre-temps, c'est-à-dire le 2.2.88, la Commission a sorti sa nouvelle proposition de règlement (35), calquée en fait sur celle de 1975. Elle prévoit un régime unique d'"exportation" de l'ensemble des

(28) Concernant les préretraités, la suppression avait déjà été ordonnée par la lettre n° 4/79 du Ministre de la santé et de la famille à la CNAF du 12.6.79, reprise dans la circulaire n° 94 de la CNAF du 23.7.79.

(29) du 29.12.86, JO du 30.12.86, p. 15771 ss.

(30) du 27.4.87, JO du 28.4.87, p. 4747 s.

(31) Suite à la contestation de ce décret par l'INCA, la Commission ouvre une procédure d'infraction contre la France.

(32) cf. la Commission (note 22), p. 9 s., ainsi que les députés Albers et Ghergo (note 22), p. 76 et 80

(33) L'art. 48 de l'acte d'adhésion de la Grèce (JOCE n° L 291 du 19.11.79, p. 27) et les art. 60 I et 220 I de l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, JOCE n° L 302 du 15.11.85, p. 23 ss. (36, 89).

(34) Composée de représentants gouvernementaux et instituée auprès de la Commission (cf. les art. 80 s.).

(35) JOCE n° C 52 du 24.2.88, p. 5-8

prestations familiales, à l'exception des allocations françaises de logement et de déménagement (36). Cette proposition de règlement sera massivement appuyée au Parlement européen : sa résolution du 13.4.88 est adoptée à une très large majorité, grâce au soutien de tous les groupes politiques (37), dont des députés français de tous les bords. Le fait qu'aucune voix critique ne s'élève dans l'hémicycle s'explique en partie par la perception de l'art. 3 y de la proposition qui stipule que le règlement prend effet le 15.1.86 (date de l'arrêt *Pinna I*). En effet, les députés, comme d'ailleurs - avec un mauvais oeil - le gouvernement ouest-allemand, y voient une abrogation de la période transitoire relative au service de prestations familiales pour les migrants portugais et espagnols (38). Or, il est peu probable que la Commission ait voulu modifier l'Acte d'adhésion ou interpréter l'arrêt *Pinna I* dans ce sens (39).

27. - Après avoir pris connaissance de la circulaire ministérielle (citée ci-dessus n° 21), la défenderesse, en novembre 1986 dans des observations complémentaires devant la Cour de cassation, "ne peut que souscrire à cette thèse du vide juridique". Le demandeur s'aperçoit alors du danger qui consiste à ce que la Cour de cassation, dans l'incertitude des dispositions applicables, saisisse de nouveau la Cour de justice (40). Alors qu'habituellement, le renvoi préjudiciel est souhaité par les migrants puisque la Cour de justice leur est en général favorable, tel ne serait pas le cas ici, car une deuxième saisine constituerait un signe de méfiance, voire de contestation à l'égard de la Cour de justice. Le demandeur essaie alors de se rattraper, dans sa réplique, en récusant implicitement l'existence d'un vide juridique par l'affirmation que l'invalidité constatée par la Cour de justice rendrait "ipso facto lettre morte le membre de phrase «autres que la France»".

28. - Dans ses conclusions, l'Avocat général auprès de la Cour de cassation, M. Gauthier (qui avait déjà assisté à la première saisine), propose de renvoyer l'affaire à la Cour de justice. D'un côté, il estime qu'"un point est désormais acquis : l'art. 73 II [...] ne peut plus être

(36) "compte tenu de [...] leur] caractère très spécialisé et des difficultés techniques considérables" (cf. COM(88) 27 final, exposé des motifs, p. 17)

(37) Pour la résolution (qui fait suite à la recommandation unanime de la commission des aff. soc. et de l'emploi, cf. le rapport de M. Barros-Moura du 17.3.88, doc. A 2-9/88, p. 3), voir JOCE n° C 122 du 9.5.88, p. 39 ; pour le vote (sans appel nominal), cf. idem, p. 32 ; pour le débat, voir Débats du PE, sessions 1988/89, séance du 11.4.88, annexe au JOCE, n° 2-364, p. 13-24.

(38) cf. Barros-Moura (note 35), p. 10

(39) Voir Sean van Raepenbusch, *Les limites de la coordination communautaire des législations nationales en matière de sécurité sociale au regard du principe de l'égalité de traitement après l'arrêt Pinna*, CDE 1986, p. 475-524 (522 ss.) d'après un avis du Service juridique de la Commission, ainsi que la réponse évasive du Commissaire Marin à une question orale explicite (cf. Débats -note 35-, p. 18, 24) ; doutant par contre le Sozialgericht Frankfurt am Main ayant ouvert l'affaire préjudicielle C-99/89 *Yáñez-Campoy*, cf. JOCE n° C 107 du 27.4.89, p. 14.

(40) Van Raepenbusch (note 37), p. 522, avait déjà deviné cette éventualité.

appliqué". De l'autre, il rappelle que le règlement 1408/71 n'"a pour objet [que] de coordonner les différentes législations" et que selon l'art. 51 du Traité, l'adoption des règles de coordination "appartient au Conseil des ministres statuant à l'unanimité". Il écarte en outre la "solution de facilité" du litige, consistant à reconnaître le droit de M. Pinna sur la base du seul art. L. 511 ancien (L. 512-1) du Code de la sécurité sociale avec le décret n° 46-2880. "Une telle décision réglerait certes le cas Pinna, mais laisserait sans solution un problème capital [...]" (41) et conférerait une allure fugitive au tribunal.

29. - La Chambre sociale de la Cour de cassation (42), composée cette fois-ci de 14 magistrats dont le même rapporteur et deux conseillers ayant déjà siégé en 1984, suit la proposition de son Avocat général et demande à la Cour de justice "si l'invalidation du paragraphe II de l'art. 73 [...] conduit à la généralisation du système de versement des prestations familiales défini au paragraphe Ier de ce texte ou impose, au contraire, l'adoption de nouvelles normes selon la procédure prévue à l'art. 51 du Traité de Rome". Elle ajoute une deuxième question subsidiaire : "dans cette dernière hypothèse, quel serait, durant la période transitoire, le système applicable aux travailleurs migrants soumis à la législation française".

3 - L'AFFAIRE PINNA II ET LA CLOTURE DU CONFLIT

30. - Devant la Cour de justice, l'interprétation «lettre morte» du demandeur est soutenue par la Commission, les gouvernements italien, grec et portugais et l'Avocat Général (43). Par contre, la défenderesse et le gouvernement français se prononcent contre la généralisation de l'art. 73 I et prônent l'application soit du règlement n° 3 de 1958 (ainsi la première), soit de "toute mesure utile" (le second).

31. - Par arrêt du 2.3.89 (44), la sixième chambre de la Cour dit pour droit : "Aussi longtemps que le Conseil n'a pas établi de nouvelles règles qui soient conformes à l'art. 51 du Traité, la déclaration d'invalidité de l'art. 73 II [...] entraîne la généralisation du système de versement des prestations familiales défini à l'art. 73 I [...]". Cette décision et notamment sa considération introductive sont largement identiques aux propositions de réponses faites par la Commission et l'Avocat Général.

32. - Cette fois-ci, le gouvernement français s'empresse de déclarer qu'il payerait les allocations familiales au taux français ; en même temps, il engage une action diplomatique au niveau communautaire visant à limiter l'exportation aux seules allocations

(41) pour les citations de ce paragraphe, cf. note 23, p. 123 s., 124

(42) par arrêt du 19.11.87, *ibidem*, p. 124

(43) Carl-Otto Lenz, conclusions du 1.12.88, aff. 359/87 *Pinna II* ; celles-ci, les autres observations ainsi que l'arrêt ne sont pas encore publiés au Recueil.

(44) aff. 359/87 *Pinna II*

familiales (45). Pendant que la Cour de cassation, par arrêt du 24.5.89 (46), casse la décision de la Cour d'appel de Chambéry et donne droit à M. Pinna, la démarche gouvernementale, facilitée par la présidence française du Conseil pendant la deuxième moitié de l'année 1989, est rapidement couronnée de succès. En effet, le règlement 3427/89 du 30.10.89, tout en supprimant les art. 73 II, 74 II, le membre de phrase «autres que la France» des art. 73 I et 74 I ainsi que l'art. 99, exclut de la possibilité d'exportation non seulement les allocations de logement et de déménagement, comme prévu par la proposition de la Commission du 2.2.88 (cf. ci-dessus n° 26), mais aussi l'allocation de garde d'enfant à domicile et l'allocation parentale d'éducation (47).

33. - Par ailleurs, le gouvernement de la RFA obtient, lui aussi, gain de cause : le règlement modificateur opère une révision de la jurisprudence *Salzano* (48), en élargissant l'application de l'art. 76 aux cas où une deuxième législation nationale prévoit des prestations familiales et, plus particulièrement, où celles-ci ne sont pas versées faute de demande. Cet amendement n'est pas motivé dans les considérants ; il n'était d'ailleurs pas encore prévu dans la proposition de la Commission du 2.2.88.

III. - DEVELOPPEMENT DES HYPOTHESES SUR LA STRATEGIE

1 - PRISE EN CHARGE DE CERTAINS FACTEURS ININTENTIONNELS

34. - Pour être effective, la promotion d'intérêts doit savoir distinguer entre les éléments qu'elle peut influencer et les données qu'elle ne peut - en tout cas dans l'immédiat - modifier. La distinction est souvent délicate et jamais politiquement neutre, d'autant plus que la perception est parfois faussée par des mécanismes d'auto-confirmation, des cercles vicieux. Notre analyse de nombreux dossiers concrets en matière de libre circulation et de sécurité sociale des travailleurs migrants ainsi que des recherches plus globales, telles que celle menée par Joseph Weiler (49), nous permettent néanmoins de supposer, pour la CE,

-- que le niveau politique est de tendance anti-intégrative, tandis que le discours juridique revêt une nature supranationale et

(45) cf. Guy Herzlich, *Le Monde* du 25.3.89

(46) Bull. (note 15) 1989, p. 228

(47) par le nouveau point 7 à l'annexe VI E, cf. JOCE n° L 331 du 16.11.89, p. 1-5 (3)

(48) Cf. l'arrêt du 13.11.84, aff. 191/83 *Salzano*, Rec. 1984, p. 3741 ss. (3756 ; 3755, att. 10), précédé par l'arrêt du 20.4.78, aff. 134/77 *Ragazzoni*, Rec. 1978, p. 969 ss. (970 s., att. 7-9) et encore confirmé par l'arrêt du 4.7.90, aff. C-117/89 *Kracht* ; voir aussi ci-après n° 87.

(49) cf. note 5

-- que les acteurs ne peuvent actuellement transformer cette structure, probablement tant que la CE n'est pas un Etat fédéral.

35. - Il s'ensuit que la promotion de la libre circulation et de l'égalité de traitement, ce qui signifie une évolution supranationale, doit passer par une concentration sur le discours juridique et, par conséquent, sur le contentieux, tandis que les adversaires d'une telle évolution ont intérêt à placer le débat sur le terrain politique (sous-section 1.1). De même, prenant conscience de leur faiblesse politique, les migrants, plus que les parties dans d'autres litiges, doivent éviter de donner l'impression aux juges qu'ils veulent restreindre leur liberté de décision (sous-section 1.2).

1.1 Assumer le dualisme entre politique anti-intégrative et droit supranational

36. - Il convient tout d'abord de rappeler le contraste entre les efforts de l'INCA et l'affaire *Pinna* : alors que l'INCA s'est politiquement battu contre la règle du pays de résidence et la limitation aux seules allocations familiales depuis 1965 (cf. ci-dessus n° 9) sans obtenir le moindre succès par rapport à la France, un seul - quoique long - procès aura suffi pour la faire abandonner, en partie, son privilège. Cependant, cet écart peut aussi s'expliquer par l'évolution pro-communautaire de la France, notamment depuis le changement de majorité en 1981 (50).

37. - L'ineffectivité de l'action politique est étayée par l'attitude de la Commission dans l'affaire *Pinna I*. En effet, elle y qualifie l'art. 73 II de valide tout en livrant plusieurs éléments appuyant plutôt son invalidité. Elle indique notamment qu'elle "s'efforce de promouvoir la généralisation de la solution retenue à l'art. 73 I qui [...] cerne de plus près les objectifs de l'art. 51" du Traité ; elle "estime que cette généralisation est souhaitable tant pour des raisons de simplicité [...] que pour des raisons d'équité (elle permet d'éviter les pertes considérables pour les enfants, restés dans le pays d'origine, des travailleurs migrants en dépit de la participation de ceux-ci par le paiement de cotisations sociales et d'impôts, à l'économie du pays d'emploi) et, enfin, pour des raisons liées à la cohérence du système du règlement 1408/71 qui, de manière générale, se réfère dans la détermination de la loi applicable, à la loi du pays d'emploi [...], les règles particulières énumérées notamment à l'art. 14 étant d'interprétation stricte."

38. - Dans le même mémoire du 26.4.84, elle fait en outre connaître des effets politiques négatifs de l'art. 73 II, à savoir les

(50) Pour les raisons, cf. Albert Statz, *Die Entwicklung der westeuropäischen Integration - ein Problemaufriß*, in : F. Deppe/Huffschmid/Weiner (éd.), 1992 - Projekt Europa. Politik und Ökonomie in der Europäischen Gemeinschaft, Köln 1989, p. 13-38 (30)

"répercussions dans un certain nombre de dossiers connexes, notamment dans le cadre des négociations d'adhésion avec la Grèce, l'Espagne et le Portugal et dans le cadre de l'extension du règlement 1408/71 aux non salariés". Ces informations créent l'impression, défavorables à la position défendue par la Commission elle-même, que l'art. 73 II sert de modèle et d'exemple pour d'autres exceptions et stagnations.

39. - Puis, par rapport à un point particulier, assez important pour l'appréciation de l'art. 73 II, la Commission révoque même un jugement qu'elle avait prononcé en 1975 et 1980, dans ses propositions de règlement modificateur : alors qu'à l'époque, elle avait qualifié l'art. 73 II d'une dérogation au principe général (51), elle déclare, en 1984 devant la Cour de justice, que cette disposition "ne peut être présentée comme constituant une exception provisoire", mais que "les solutions diverses utilisées sont sur pied d'égalité".

40. - Ces différentes contradictions montrent que même la Commission, en tant qu'institution supranationale, peut se trouver obligée de négliger ou d'abandonner l'approche juridique et la promotion des migrants, dès qu'elle met les pieds sur le terrain politique (52). D'un autre côté, l'arrêt *Pinna I* lui permet (et la contraint) de revenir dans le champ juridique, en entamant la procédure d'infraction contre la France.

41. - La nature anti-intégrative du niveau politique s'est également faite jour suite aux propositions successives de la Commission de modifier les art. 73 et 74. En soutenant la position française, plusieurs Etats membres ont en effet saisi l'occasion pour remettre en cause la règle du pays d'emploi en ce qui les concerne (cf. ci-dessus n° 24) (53). De même, après l'arrêt *Pinna I*, le gouvernement français a inventé la thèse du vide juridique pour placer le problème dans un cadre politique. La valeur de cette approche semble avoir convaincu la défenderesse qui, par ses observations complémentaires auprès de la Cour de cassation, abandonne tout simplement son raisonnement précédent (cf. ci-dessus n° 27). Si la thèse elle-même est certes purement textuelle, ses conséquences sont inévitablement politiques : puisqu'il y a lacune, il faut une norme nouvelle ; or, les tribunaux ne sont pas compétents pour l'édicter, et la Cour de justice d'autant moins que cette norme doit être décidée, par le Conseil, à l'unanimité, selon l'art. 51 du Traité. Le rappel de cette disposition par la défenderesse, l'Avocat général Gauthier et, à deux reprises, la Cour de cassation (cf.

(51) cf. note 14, p. 4, considérant 4, et la communication au Conseil du 5.11.80, COM(80) 703 final (faits invoqués par le gouvernement grec dans l'affaire *Pinna I*)
(52) de même H. A. H. Audretsch, *Supervision in European Community law*, Amsterdam 1978, p. 199 ss.

(53) Tout en approuvant la proposition de la Commission, le rapport du député européen L. C. Rosati, fait au nom de la commission des aff. soc. et du travail du PE (doc. 286/75, p. 8), avait déjà vu cette conséquence.

ci-dessus n° 28, 29) n'est donc pas innocent (54), mais une référence implicite à la souveraineté nationale.

42. - De même, M. Gauthier fonde sa proposition de nouvelle saisine préjudicielle sur plusieurs considérations politiques. Ainsi, il invoque les deux finalités des prestations familiales françaises, à savoir "compenser, par un montant adapté au coût de la vie, les charges financières qu'entraîne dans un foyer la présence d'enfants" et "encourager la natalité" (55). Il justifie sa position, aussi, par les "répercussions financières considérables" de l'exportation complète des prestations familiales et répond par là explicitement à l'Avocat Général auprès de la Cour de justice, M. Mancini, "qui n'hésite pas à écrire [...] : «Les finances de la République française ne semblent pas menacées au point d'exiger une réglementation dérogatoire ou tout au moins son maintien en vigueur»" (56).

43. - Cette réaction nous permet d'élargir notre hypothèse. Il nous semble que non seulement les promoteurs des migrants devraient porter leurs revendications dans les prétoires, mais en plus ils ont intérêt à soigneusement circonscrire, si ce n'est éviter, tout argument politique, car leurs adversaires peuvent en tirer profit. En effet, les considérations financières de M. Gauthier ont été légitimées, voire provoquées par la remarque de M. Mancini. De même, les observations du demandeur, au cours de l'affaire *Pinna II*, sur le rôle de la jurisprudence nous paraissent beaucoup trop offensives sur le plan politique lorsqu'il développe, sur 14 pages et avec de très nombreuses citations et références, l'idée que "rien ne s'oppose à ce que la Cour de justice assume la plénitude de son 'pouvoir judiciaire' [...] conformément aux pouvoirs de juge constitutionnel qui sont les siens", car "la plupart des Etats démocratiques modernes connaissent l'institution de juridictions suprêmes" qui "ont évolué. Peu à peu, leur pouvoir a glissé d'un simple contrôle de conformité [...] vers un contrôle de finalité. [...] Force est donc de se rendre à l'évidence que le juge constitutionnel fait indirectement oeuvre de législateur !" L'Avocat Général Lenz, dans ses conclusions de l'affaire *Pinna II*, vise sans doute ces propos lorsqu'il estime qu'"il ne saurait être question de procéder à une délimitation abstraite du cadre de compétence de la Cour" (att. 12).

44. - Pourquoi alors ces observations du demandeur, bien qu'elles nous semblent tout-à-fait pertinentes, s'avèrent-elles ineffectives, voire dangereuses ? L'effet provocateur ne réside pas tant dans l'image d'un gouvernement des juges, même si certaines appréciations ou critiques

(54) de même X. Prétot, note à l'arrêt de la Cour de cassation du 19.11.87, Rec. Dalloz Sirey 1988, p. 65 s. (66)

(55) Cf. note 23, p. 123 ; dans l'affaire *Pinna I*, l'Italie et l'Avocat Général (Rec. 1986, p. 12 s.) avaient considéré que la première finalité était prétextée.

(56) Cf. note 23, p. 123, cité du Rec. 1986, p. 12 ; il indique le montant évoqué à la note 26.

de l'arrêt *Pinna I* s'expriment sous cette forme (57). A notre avis, le demandeur méconnaît le problème fondamental de la Cour de justice lorsqu'il ne voit dans les objections adressées à l'arrêt *Pinna I* que "la sortie - non justifiée - du placard du vieux spectre du gouvernement des juges". En effet, cette image tirée d'Etats individuels désigne habituellement un rapport spécifique entre la jurisprudence et les autres pouvoirs constitutionnels ; elle vise une relation horizontale. En revanche, l'enjeu principal posé par la Cour de justice se situe dans un rapport vertical, entre la CE et les Etats membres. Les observations du demandeur et ses exemples des juridictions suprêmes dans divers Etats ne peuvent ni légitimer un rôle accru de la Cour de justice, ni apaiser les inquiétudes de certains Etats membres soucieux de défendre leur souveraineté nationale. On dirait qu'il s'est fait provoquer et piéger par la formule du «gouvernement des juges» qui constitue, pour les défenseurs de l'Etat-nation, un argument raccourci bien commode dans la mesure où il met pleinement en forme et en valeur les objections contre la supranationalité sans pour autant les avouer comme telles, alors que le demandeur les réveille.

45. - Nous supposons que tant la Commission que M. Mancini et la Cour de justice restent muets sur ce sujet, parce que chaque mot à cet égard risque, ou bien de leur attirer les foudres des Etats membres, ou bien de gêner la Cour dans la poursuite du rôle fédérateur et constitutionnel qu'elle s'est effectivement assigné. L'accomplissement de cette oeuvre ne peut se faire que de manière progressive et concrète, c'est-à-dire sans déclaration de principe ouverte.

46. - A une échelle beaucoup plus petite, deux autres considérations du demandeur nous paraissent - probablement - déplacées : dans son pourvoi en cassation, il fait savoir que "la raison présumée de cette disposition dérogatoire [l'art. 73 II] - à savoir le montant plus élevé des prestations familiales françaises - a [...] aujourd'hui disparu" (58). Et il demande "est-il besoin d'ajouter que la règle de l'art. 73 II est à l'origine d'un enrichissement non causé de la caisse du pays d'emploi et d'un appauvrissement du bénéficiaire ? [...] le pays d'emploi encaisse des cotisations supérieures au montant des prestations qu'il rembourse." Certes, ces appréciations sont justes et on pourrait même les compléter par des statistiques de la Commission (59) relatives au premier point et, concernant le deuxième

(57) ainsi la défenderesse et Prétot (note 52), p. 66

(58) Il s'appuie sur René Bonnet, note à Droit social 1972, p. 531 s. (532), pour lequel, cependant, les "différences tendent [...] seulement] à s'atténuer".

(59) d'où il ressort qu'en 1979, les (seules) allocations familiales françaises sont inférieures à celles versées en Belgique, RFA, Luxembourg et Pays-Bas ainsi que, à l'égard des deux premiers enfants, à celles accordées au Danemark et au Royaume-Uni, cf. note 22, p. 11 s.

point, par le rappel de l'excédent considérable réalisé par la branche «famille» de la Caisse nationale des allocations familiales (60).

47. - Mais ce raisonnement néglige (ou dissimule) que ce sont les éventuelles dépenses supplémentaires pour les migrants de pays *tiers* qui inquiètent les autorités françaises et que c'est justement cet "enrichissement" qui motive l'attitude gouvernementale. Le demandeur risque donc de rappeler cette motivation à ceux parmi les juges qui n'en seraient pas conscients. Or, les juges de la Cour de cassation sont sans doute plus proches des intérêts financiers du gouvernement que des migrants. Par conséquent, l'appel à leur sentiment de justice semble moins effectif que dans des affaires purement internes.

48. - L'impact respectif du droit et de la politique peut aussi être appréhendé du côté de la défenderesse. Devant la Cour de cassation, avant le premier renvoi, elle n'avance aucun argument politique et contribue ainsi à la saisine préjudicielle, vu que les juges n'y sont pas a priori opposés. En revanche, elle cite, devant la Cour de justice, un auteur qui relève que "le droit communautaire a «tendance à subordonner l'égalité de traitement à une réciprocité de fait, ce qui revient à ne faire jouer les règles de coordination que dans la mesure où il existe une certaine harmonisation entre deux législations en présence» (61)." Aussi pertinente qu'elle soit et aussi effective que sa nature politique puisse être auprès d'une juridiction nationale, du côté de la Cour de justice, cette analyse risque plutôt de provoquer des réactions de défense ou de rejet. Ceci non pas en raison de sa nature quasi-politique, mais parce que la réciprocité, adéquate en cas de traités bi- et multilatéraux sans transfert de souveraineté, est antinomique d'un ordre supranational avec des compétences propres (62).

49. - En dernier lieu, notre hypothèse peut être étendue aux raisonnements purement juridiques, qui donnent cependant lieu à la prise en compte de considérations politiques. Nous nous référons aux interprétations, effectuées devant la Cour de cassation, de l'arrêt *Pinna I* par rapport à la formule «autres que la France». Nous avons déjà montré comment la thèse du vide juridique pousse le débat vers le champ politique (cf. ci-dessus n° 41). Or, il s'avère que l'interprétation

(60) 4000 MF en 1988 selon I. Ypsilantis/N. Brun, *L'affaire Pinna. La France au banc des condamnés*, Plein droit 1989, p. 88-93 (92). Le solde global de la CNAF était parfois encore plus excédentaire : presque 7000 MF en 1983 et 10.816 MF en 1984 (Ministère des aff. soc. et de l'emploi, *Annuaire des statistiques sanitaires et sociales*, Paris 1985, p. 140).

(61) C. Tantaroudas, *L'égalité de traitement en matière de sécurité sociale dans les règlements communautaires*, RTDE 1979, p. 245-268 (252 ; il s'agit en fait d'une citation de J.J. Ribas).

(62) cf. l'arrêt du 22.6.72, aff. 1/72 *Frilli*, Rec. 1972, p. 464 ss. (468) ; G. Lyon-Caen, note d'arrêt, *La Semaine juridique* 1974, n° 17756 ; voir aussi G. et Ant. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 5ème éd. 1980, n° 339 p. 292, et van Raepenbusch (note 37), p. 499 s.

apparemment contraire, considérant la formule comme lettre morte, contribue involontairement au même résultat.

50. - En effet, cette lecture se fait et se présente inévitablement sous la forme de deux opérations intellectuelles, de deux instants distincts : le demandeur soutient que l'arrêt invaliderait *à la fois* l'art. 73 II *et* le membre de phrase «autres que la France» de l'art. 73 I. Même s'il affirme que ces mots seraient lettre morte *ipso facto*, ce n'est pas seulement notre analyse qui peut distinguer deux étapes, c'est aussi et surtout la nature du langage de l'interprète qui les sépare. Certes, l'arrêt lui-même ne contient qu'une seule étape, mais c'est parce que l'invalidation d'«autres que la France», admettant qu'elle a lieu, est implicite. Dès que l'on cherche, par l'interprétation, à l'explicitier, il devient impossible de rendre compte de l'effet du jugement sur l'art. 73 avec un seul signifiant (c'est-à-dire expression ou phrase, suivant la formulation), car l'invalidation et l'invalidité deviennent doubles. Dès lors, il s'agit de deux signifiés qui exigent au moins deux signifiants. Même si l'arrêt lui-même n'en comporte qu'un, sa signification n'est accessible qu'à travers une telle interprétation qui en impose deux. Ainsi peut naître l'impression d'un traitement distinct et créateur de l'art. 73 I par la Cour de justice, donnant plus de poids à l'avertissement de la défenderesse que la Cour ne serait point autorisée à énoncer une règle nouvelle.

51. - Pourtant, l'interprétation «lettre morte» ne nous semble pas la seule permettant la généralisation de l'octroi des prestations familiales au taux du pays d'emploi. En effet, la Cour de justice a seulement déclaré l'art. 73 II "invalide *en tant qu'il* exclut l'octroi de prestations familiales" (63). On pourrait alors raisonner qu'elle a abrogé les restrictions de l'art. 73 II par rapport à l'art. 73 I sans pour autant toucher à l'existence de deux bases légales : l'art. 73 I vaudrait toujours pour les Etats membres autres que la France, tandis que l'art. 73 II modifié serait la base légale pour les migrants en France. Il est vrai que cette interprétation, dont le demandeur s'approche sans l'achever, et son résultat apparaissent artificiels, puisque les deux paragraphes auraient, outre un champ d'application territorial différent, un contenu identique. Toutefois, elle a l'avantage de rester plus fidèle à la lettre de l'arrêt *Pinna I* que la lecture faite par le demandeur (ainsi que par l'INCA qui milite même et depuis longtemps, notamment auprès de la Commission, pour que celle-ci propose une modification réglementaire

(63) La doctrine sous-entend au contraire une invalidité entière, cf. van Raepenbusch (note 37), p. 475 et 487 ; René Bonnet, *L'affaire Pinna : Vers une remise en ordre des règles d'attribution des prestations familiales au sein de la Communauté Economique Européenne*, La Semaine juridique 1988, n° 15119, p. 113-118 (116, n° 16) ; Prétot (note 52), p. 65 ; Ypsilantis/Brun (note 58), p. 91 ; D. Wyatt, note à l'arrêt *Pinna I*, CMLR 1986, p. 703-717 (703).

(64)) et donc de se prêter moins à une récupération politique. - Sur un autre plan, on pourrait résumer que l'interprétation du demandeur ne prend pas assez en charge les limites et les contraintes incontournables du langage.

1.2 Limiter la marge de manoeuvre

52. - Le pourvoi en cassation du demandeur indique que malgré "une grave divergence sur la portée et la validité même du règlement communautaire, la juridiction du premier degré n'a pas daigné user de la faculté qui lui était ouverte de saisir la Cour de justice", puis plus loin que la Cour d'appel "n'a pas voulu s'interroger sur la compatibilité" de l'art. 73 II avec l'art. 51 du Traité, ni avec la jurisprudence, et qu'"elle n'a pas souhaité s'éclairer, comme elle pouvait pourtant le faire, d'un avis interprétatif de la Cour [de justice] dans une matière pourtant hautement controversée".

53. - Toutes ces supputations d'un manque de courage et d'ouverture ne visent pas tant les deux premiers tribunaux que la Cour de cassation elle-même, la confrontant aux valeurs positives de "daigner", de "s'interroger" et de "s'éclairer". Le demandeur la pousse ainsi, indirectement, à surseoir. Même lorsqu'il précise son propos par des observations plus contraignantes, il les assouplit aussitôt :

"L'art. 73 II soulève une première question d'interprétation à laquelle la Cour de cassation elle-même ne pourra sans doute répondre sans consulter la Cour de justice [...] ; d'autant plus qu'à la différence des juridictions du fond, elle est tenue de surseoir [en vertu de l'art. 177 III du Traité ...] et que la Chambre sociale n'a jamais manqué de le faire en cas d'ambiguïté d'un texte européen." "La Cour de cassation doit adopter l'une ou l'autre des positions suivantes : soit juger elle-même que l'art. 73 II n'est pas conforme au Traité [...] ; soit saisir la Cour de justice [...]. Qu'elle choisisse l'une ou l'autre de ces méthodes, la Cour de cassation se conformerait à la jurisprudence de plus en plus constante de la Cour de justice, qui n'hésite plus [...]" à invalider des dispositions communautaires (65).

54. - L'impression de contrainte est en effet atténuée par des présomptions implicites sur la démarche qu'emprunteront les juges. (Dans l'affaire *Pinna I*, le demandeur exprime une attente similaire quoique plus tacite en notant que la Cour "a depuis vingt ans fixé les directives d'interprétation uniforme de[s ...] textes, en faisant prévaloir leur finalité sur leur interprétation exégétique." L'approche indirecte a

(64) observations reprises par S. Cappé (directeur de l'INCA), note à l'arrêt *Pinna I*, Droit ouvrier 1986, p. 234-236 (235 s.)

(65) Ici, l'avocat évoque les arrêts du 28.5.74, aff. 191/73 *Niemann*, Rec. 1974, p. 577 ss. (579, att. 5-8), du 21.10.75, aff. 24/75 *Petroni*, Rec. 1975, p. 1158 ss. (1160 s.) et du 3.2.77, aff. 62/76 *Strehl*, Rec. 1977, p. 215 ss. (217 s., att. 12-17).

cependant moins d'importance, lorsqu'on ne fait que soutenir l'orientation des juges).

55. - Le demandeur atteint le comble de la démarche indirecte lorsqu'il avertit qu'"il serait fâcheux que la Cour de cassation se prononce dans le sens de l'applicabilité de ce texte [l'art. 73 II], si la Cour de justice venait ultérieurement, sur saisine d'une juridiction étrangère, à se prononcer pour sa non-validité." En premier lieu, il convient de noter que le demandeur n'évoque pas la faculté d'un recours préjudiciel par un autre tribunal français (qui ne serait légalement pas lié par le rejet - intra partes - du pourvoi) ce qui mettrait en cause l'autorité de fait de la Chambre sociale. Puis, il ne s'agit pas d'une menace à proprement parler, puisque la Cour n'est probablement pas au courant que l'affaire a été initiée par l'ACLI et que celle-ci, étant présente dans les autres pays d'immigration italienne, pourrait éventuellement soulever la même question devant les juridictions d'autres Etats membres, dans le cadre d'un litige déclenché sur la base de l'art. 75 II.

56. - Le propos du demandeur est sans doute plus effectif qu'une menace qui serait de nature agressive, peut-être indécente, en ce sens qu'il se contente de rappeler une possibilité objective, hors de sa volonté. Il résume bien l'essence de l'élément stratégique étudié ici : En l'absence de moyens de coercition, les attentes, les appréciations et, a fortiori, les informations apparemment neutres influent plus sur le décideur que les déclarations d'intentions ou de menaces ; les premières restreignent sa marge de manoeuvre, mais lui laisse la liberté formelle de se décider, alors que les secondes, visant explicitement cette liberté, provoquent facilement des réactions de résistance et d'obstination, surtout face à une position politiquement faible. Ceci correspond à l'observation que les phrases descriptives transportent souvent mieux, de façon sous-jacente, les jugements de valeur que les phrases normatives qui les explicitent (66).

57. - La limitation de la marge de manoeuvre semble d'ailleurs correspondre à la définition de l'approche stratégique comme action simultanée sur les hommes et les structures (67). En effet, l'acteur cherche à peser sur le comportement du décideur, en valorisant - et en modifiant par là - des structures institutionnelles et langagières. Par contre, la contrainte agit seulement (ou principalement) sur les hommes.

(66) cf. Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, p. 1

(67) Cf. Crozier/Friedberg (note 6), p. 416

2 - MOBILISATION D'INCERTITUDES

58. - L'hypothèse que le pouvoir s'exerce par le contrôle de zones ou de sources d'incertitudes pertinentes (68) nous paraît certainement crédible pour la part non coercitive des rapports humains. Concernant plus particulièrement le discours juridique, l'avertissement cité au n° 55 nous fournit un bon exemple du rôle de l'incertitude vis-à-vis d'un tribunal. Cependant, le pourvoi en cassation livre aussi des contre-exemples. Le premier a déjà été cité ("jurisprudence de plus en plus constante", cf. ci-dessus n° 53), le deuxième consiste à ce que le demandeur écrit dans le même sens que "la Cour [de justice] n'a pas hésité à déclarer non valides telles ou telles dispositions du règlement 1408/71, si elles allaient à l'encontre des objectifs du Traité", même "dans le cadre des recours en interprétation et pas seulement en annulation" (69).

59. - Par ces deux locutions, le demandeur vise au contraire, dirait-on, à *rassurer* la Cour de cassation qu'une saisine préjudicielle en vue d'une annulation d'une disposition communautaire n'aurait rien d'exceptionnel ou de choquant. La situation est d'ailleurs bien plus claire dans les procès purement internes : Si une partie demande au tribunal saisi de suivre la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, le tribunal y consentira en règle générale, *parce qu'il est sûr* que sinon, il y aura recours auprès de la juridiction suprême qui cassera la décision attaquée. Dans un tel processus motivationnel, nous ne voyons aucune incertitude.

60. - Par conséquent, nous ne pouvons confirmer l'hypothèse que, par le biais du discours juridique, les acteurs devraient mobiliser des incertitudes pertinentes. Pour l'instant, il nous reste seulement la maigre constatation que tant le recours à l'incertitude que la création de certitude peuvent s'avérer effectifs.

3 - VISER JUSTE A TRAVERS LA NATURE PARTIELLE DU RAISONNEMENT

61. - Dans la présente section, nous allons essayer de nourrir nos troisième et quatrième hypothèses. Il s'agira alors de décrire des mécanismes de raisonnement significatifs, rencontrés dans le dossier, afin d'y relever les régularités et pour étudier dans quelle mesure les protagonistes ont visé juste, trop bas ou trop haut. Mais d'abord, il convient de noter quelques points préliminaires. En premier lieu, nos trois catégories «viser juste / trop bas / trop haut» sont purement subjectives et circonstanciées. Un raisonnement peut être trop simpliste par rapport à un acteur et trop élaboré à l'égard d'un autre

(68) *ibidem*, p. 30, 65 ss. (72)

(69) Soulignage omis ; il évoque les arrêts de la note 63.

(70). L'élaboration consiste en général à ce que l'interprète évoque des arguments adverses afin de les réfuter ensuite. Un tel raisonnement peut s'avérer trop élevé, car compliqué, voire incompréhensible, ou parce qu'il fournit justement les arguments permettant de récuser la position défendue.

62. - Puis, il faut relever deux limites de notre approche. Premièrement, il n'est guère possible de *vérifier* si, aux yeux du décideur, un acteur a frappé juste ou non, car le processus de décision se déroule de façon dissimulée et peu consciente. Deuxièmement, aucun acteur ne peut prévoir avec certitude le niveau et les capacités de raisonnement des autres ce qui fait que même la meilleure maîtrise du discours juridique ne garantit pas le succès.

63. - Quant aux régularités de raisonnement, elles consistent à ce que celui-ci contourne, omet, supprime ou encore sous-entend, implique, insinue, fait abstraction de certaines facettes ou perceptions de la 'réalité' sociale. Malgré la connotation parfois péjorative de ces termes (et de ceux qui suivront), il ne faut pas y voir d'effort de manipulation, puisqu'il n'y a point de réalité sociale objective (71) et que, par conséquent, aucun raisonnement ne saurait être complet. On pourrait même dire que sans élimination de certains éléments, la parole serait impossible. Il s'ensuit que ce caractère partiel et créateur du raisonnement est souvent inconscient.

64. - Puisque notre réflexion est encore embryonnaire, l'analyse sera menée dans le cadre d'une classification des mécanismes de raisonnement rencontrés. Nous espérons que cette systématisation contribuera à découvrir d'autres phénomènes stratégiques. Pour faciliter la présentation, les concepts utilisés seront d'abord annoncés ci-après, avant d'être expliqués dans les sous-sections.

65. - Dans un premier temps, on peut distinguer, parmi les techniques de raisonnement, l'interprétation de la parole (en général écrite) et du silence ou des lacunes. Cependant, cette distinction a peu d'impact pratique, dans la mesure où le conflit tourne généralement, comme dans la lecture de l'arrêt *Pinna I*, autour de l'existence ou de l'inexistence d'une lacune (vu qu'il n'y en a pas de façon objective) et non pas sur ses effets qui sont souvent plus faciles à déterminer. La question de savoir si une signification particulière est couverte ou non par la parole se résoud par l'interprétation de *cette dernière* et ne mérite donc pas d'analyse distincte.

66. - Ensuite, le raisonnement gérant la parole peut être divisé selon qu'il vise, entre autres, une raréfaction ou une intensification de sens. Dans les prétoires, la raréfaction est l'opération principale, car on a le plus souvent à faire à des normes abstraites existantes qu'il faut

(70) cf. Beaufre (note 2), p. 42

(71) cf. Crozier/Friedberg (note 6), notamment p. 459, note 5

réduire à la signification applicable au cas individuel (72). Elle comporte les mécanismes d'évacuation et d'osmose (sous-section 3.1). L'intensification - qui renforce une signification existante ou en crée une nouvelle - joue un rôle assez marginal d'appoint et regroupe l'évidence, la répétition et la différenciation/l'expansion (sous-section 3.4). Puis, on peut repérer des raisonnements implicites et des abstractions. Il va de soi qu'il ne s'agit là que d'une schématisation d'une 'réalité' fluide que l'on pourrait saisir autrement.

3.1 Les mécanismes de raréfaction

3.1.1 L'évacuation

67. - Par évacuation, nous entendons un raisonnement qui élude ou passe sous silence des 'faits' ou des considérations susceptibles de réduire ou d'anéantir l'effectivité du propos. Le pourvoi en cassation contient de nombreuses évacuations qui ont visé juste dans la mesure où la défenderesse s'est contentée de négations apodictiques, placées à un niveau trop bas, et où la Cour de cassation a suivi la proposition de saisine préjudicielle. En revanche, les mêmes observations pour M. Pinna, lorsqu'elles sont reprises et développées devant la Cour de justice (affaire *Pinna I*), rencontrent alors une réponse détaillée de la défenderesse. Dès lors, plusieurs de ces évacuations, que nous allons analyser tout de suite, visent désormais trop bas par rapport à la Caisse. Cependant, nous verrons que cela n'influe sans doute guère sur la Cour de justice.

68. - a) Pour démontrer la caducité de l'art. 73 II, le demandeur invoque, en tant que précédent, l'arrêt *Defrenne III* relatif à l'égalité des salaires masculins et féminins selon l'art. 119 du Traité qui devait entrer en vigueur après la première étape de transition, c'est-à-dire le 1.1.62 (cf. l'art. 8 I 2 du Traité). Bien que plusieurs Etats membres n'eussent pas encore pris les mesures exigées par l'art. 119 I du Traité, la Cour de justice avait déclaré que l'art. 119 serait directement applicable (73). La défenderesse rétorque qu'à la différence de l'art. 119 du Traité qui imposerait une obligation de résultat, "aucun effet direct ne saurait être reconnu à l'art. 98 [99] précité, lequel se borne à prévoir un nouvel examen par le Conseil [...] sans donner aucune

(72) cf. L. Mather/B. Yngvesson, *Language, audience, and the transformation of disputes*, *Law and Society Review* 1980/81, p. 775-821 (778, 783 ss. - "narrowing")

(73) Comme l'aurait relevé la Caisse et la Commission, le demandeur s'est trompé de référence : c'est l'arrêt *Defrenne II* et non pas *Defrenne III* qui prononce l'effet direct de l'art. 119 du Traité. Cf. l'arrêt du 8.4.76, aff. 43/75 *Defrenne II*, Rec. 1976, p. 455 et s. (p. 475, att. 24 ; p. 476, att. 32-34 ; p. 479/480, att. 57-64). L'arrêt du 15.6.78, aff. 149/77 *Defrenne III*, Rec. 1978, p. 1365 et s. (1377/78, att. 19-23) ne traite pas de l'effet direct et opère en outre une interprétation restrictive de l'art. 119 du Traité.

précision sur les modalités". La Commission précise que l'art. 98 ne comporterait qu'une obligation de moyens. On aurait même pu approfondir la contre-attaque en affirmant que l'élimination d'une exception explicite, expression de la volonté du souverain communautaire, ne serait pas comparable à l'achèvement d'un régime uniforme dont aucune dérogation n'avait été reconnue. Le demandeur a éludé ces différences, mais sans succès. On peut donc penser qu'il a visé trop bas.

69. - b) Pour démontrer ensuite l'invalidité de l'art. 73 II, le demandeur indique notamment que l'"on ne saurait manquer de voir dans l'art. 73 II une hypothèse de discrimination occulte ou indirecte, car il a pour conséquence de pénaliser les travailleurs étrangers communautaires [...] par rapport aux travailleurs autochtones, tant il est vrai que ces derniers ont moins de raisons que les premiers d'envoyer leurs enfants à l'étranger." Le demandeur appuie son appréciation sur plusieurs arrêts de la Cour de justice selon laquelle le principe d'égalité de traitement prohibe «non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat» (74).

70. - Le raisonnement du demandeur est incomplet : La formule de la Cour ne concerne, à proprement parler, que les différences de traitement frappant *uniquement* des étrangers ; sinon, elles n'aboutiraient pas tout à fait au même résultat que les discriminations en raison de la nationalité. Selon cette acception, la réduction du nombre et du taux des prestations familiales par l'art. 73 II, touchant aussi un petit nombre de Français avec des enfants résidant à l'étranger, ne saurait être qualifiée d'incompatible avec le principe d'égalité de traitement.

71. - Or, la Cour de justice a en fait, à plusieurs reprises, entendu la formule citée ci-dessus de façon extensive, comme condamnant des législations nationales qui visent *essentiellement* des étrangers (75), sans indiquer pour autant - ce qui serait délicat - quel devrait être la proportion minimale d'étrangers. Mais la Cour n'en a pas eu besoin, car en vérité, elle s'est encore davantage éloignée d'une interprétation littérale de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité. En effet, elle l'a élargie en une prohibition des discriminations des travailleurs migrants, y compris ceux de l'Etat membre compétent (76).

(74) arrêt du 12.2.74, aff. 152/73 *Sotgiu*, p. 161 ss. (164, att. 11)

(75) cf. les arrêts du 7.6.88, aff. 20/85 *Roviello*, Rec. 1988, p. 2847 ss. (2852 s., att. 14-16), et - moins explicite - du 12.3.87, aff. 22/86 *Rindone*, Rec. 1987, p. 1359 ss. (1363 s., att. 13) ; voir de même la jurisprudence relative à la levée des clauses de résidence (art. 10 I), par exemple les arrêts du 7.11.73, aff. 51/73 *Smieja*, Rec. 1973, p. 1220 ss. (1222, att. 16, 20-22), et du 10.6.82, aff. 92/81 *Camera*, Rec. 1982, p. 2220 ss. (2224, att. 14)

(76) ainsi explicitement, par rapport aux trois libertés de la main-d'oeuvre, de l'établissement et des services, les arrêts du 7.2.79, aff. 115/78 *Knoors*, Rec.

72. - Le raisonnement du demandeur est donc incomplet, ou plus précisément raccourci, dans la mesure où, tout en mentionnant les bases légales du principe d'égalité de traitement (notamment l'art. 48 II du Traité), il ne précise pas que l'interdiction prononcée par cette disposition vise - seulement - les discriminations en raison de la nationalité. Par conséquent, il n'a pas non plus besoin d'invoquer les deux extensions, décrites ci-dessus, opérées par la Cour de justice. Cette évacuation nous paraît prudente et appropriée, surtout par rapport à la Cour de cassation, car l'affirmation explicite de l'élargissement judiciaire de l'art. 48 II du Traité pourrait provoquer des réactions de défense de la souveraineté nationale.

73. - Devant la Cour de justice, la défenderesse tente de contrer le demandeur, en s'appuyant longuement sur les arrêts *Commission c/ Irlande, Sotgiu* - que le demandeur avait indiqué, à côté d'autres arrêts, comme source de la prohibition des discriminations indirectes (cf. ci-dessus n° 69 avec note 72) - et *Triches*.

74. - Concernant la première affaire, la défenderesse fait savoir : "la Cour a retenu que l'effet des mesures litigieuses [considérées comme contraires à l'art. 7 du Traité interdisant les discriminations exercées en raison de la nationalité] était «d'éliminer des eaux irlandaises une bonne partie des flottes de pêche d'autres Etats membres [...] alors que, par les mêmes mesures, aucune obligation équivalente n'était imposée aux propres nationaux de l'Irlande» (77). L'Avocat Général [...] avait constaté en effet dans ses conclusions que les critères retenus n'avaient pratiquement aucun effet sur la flotte irlandaise, puisque seulement deux bateaux se trouvaient exclus de la pêche, l'un d'eux n'ayant d'ailleurs jamais pêché dans la zone en question (78)"

75. - La Caisse en conclut, donnant ainsi d'ailleurs la fausse impression que cette décision ait été invoquée par le demandeur, que "cet arrêt ne peut manifestement être considéré comme un précédent dans la présente affaire, puisque s'il est vrai, comme le soutient Monsieur Pinna, que les travailleurs français ont moins de raisons que les travailleurs étrangers d'envoyer leurs enfants à l'étranger, il ne s'agit pas pour autant d'une hypothèse d'école. Il n'est que de penser par exemple aux travailleurs français frontaliers [...]".

76. - La défenderesse établit ainsi une différence qualitative entre les deux cas. En fait, la réalité du travail frontalier la dispense de vérifier si le taux des nationaux concernés dans le cas d'espèce est effectivement supérieur que dans le cas de l'Irlande. Lors d'une telle

1979, p. 399 ss. (409, att. 18-20), et du 6.10.81, aff. 246/80 *Broekmeulen*, Rec. 1981, p. 2311 ss. (2329, att. 20)

(77) arrêt du 16.2.78, aff. 61/77 *Commission c/ Irlande*, Rec. 1978, p. 440 ss. (453, att. 79 ; la subordonnée est soulignée dans le mémoire, mais pas dans l'arrêt)

(78) cf. les conclusions de G. Reischl, Rec. 1978, p. 455-472 (468)

entreprise, le lecteur risquerait, par exemple, de se rendre compte que les travailleurs frontaliers français occupés dans un autre Etat membre ont droit, en vertu des art. 75 I a, 13 II a, aux prestations familiales de cet Etat et non pas de la France. La défenderesse opère donc une évacuation dont la valeur, face à la Cour de justice, semble faible. Pourtant, la phrase terminant par "hypothèse d'école" constituerait une amorce d'un raisonnement obligeant le demandeur et la Cour de justice à fonder l'existence d'une discrimination à un niveau supérieur et politiquement plus risqué, à savoir sur les extensions opérées par la Cour de justice (cf. ci-dessus n° 71), si elle n'était pas discréditée par l'évocation des frontaliers.

77. - Par rapport à l'arrêt *Sotgiu*, la Caisse cite : "la Cour [y] a retenu qu'il n'est pas «exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, *selon les circonstances*, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le Traité» mais, elle a atténué cette affirmation déjà nuancée en précisant qu'il pouvait exister «un motif légitime de différenciation»" (79). Cette citation et le fait que la défenderesse souligne «selon les circonstances» de son propre chef sans en avertir le lecteur, font croire que la Cour apporte une attention particulière à ces trois mots et qu'elle les voit dans un sens restrictif. Or, en regardant l'arrêt de plus près, on s'aperçoit non seulement que la considération citée exprime simplement une évidence, à savoir que des critères tels que le domicile ne créent *pas tous* et toujours des discriminations interdites, mais seulement dans certaines situations, mais aussi qu'il a probablement une fonction d'ouverture. Pour s'en rendre compte, il faut brièvement présenter le point litigieux.

78. - L'affaire *Sotgiu* traite d'une indemnité de séparation accordée par l'administration postale de la RFA à certains de ses agents. Les agents résidant en RFA lors de leur recrutement sont obligés de transférer leur domicile au lieu de travail et reçoivent jusqu'à une indemnité à taux plein pendant une durée maximum de deux ans. Par contre, les agents recrutés à l'étranger ne sont pas soumis à une pareille obligation et peuvent, tant qu'ils ne sont pas domiciliés au lieu de travail, bénéficier de l'indemnité pendant une durée illimitée. Aussi, son taux sera réduit ; c'est ce que conteste M. Sotgiu. La Cour considère que les avantages et les inconvénients des deux cas de figure s'équivaldraient et que l'on ne saurait, dès lors, parler de discrimination (att. 12).

79. - La considération citée par la défenderesse et celles qui la précèdent dans l'arrêt peuvent ou devraient être lues dans ce contexte. En effet, tout en livrant la base pour la réfutation d'une discrimination, elles tiennent la porte ouverte en vue d'une interprétation large du

(79) Cf. note 72, p. 165, att. 11/3, 12/2 ; les trois mots soulignés ne le sont pas dans l'arrêt ; la deuxième citation est également soulignée dans le mémoire, mais pas dans l'arrêt.

principe d'égalité de traitement. Une interprétation restrictive, telle que supposée par la défenderesse, se serait au contraire passée d'observations annonçant, apparemment pour la première fois en dehors de l'art. 10 I, la possibilité d'une discrimination par le critère du domicile. En s'abstenant de relater le contexte de l'observation citée et en soulignant les mots «selon les circonstances», la défenderesse élude la signification d'ouverture de cet attendu et lui prête au contraire une portée restrictive.

80. - Des deux arrêts *Commission c/ Irlande et Sotgiu*, la défenderesse conclut que "le seul fait que les dispositions de l'art. 73 II s'appliquent *plus souvent* aux travailleurs étrangers qu'aux travailleurs français ne saurait donc entraîner leur non-validation." (80). Elle touche là à un point très délicat (et éludé par le demandeur, cf. ci-dessus n° 72), sans pour autant explicitement attaquer le raisonnement de celui-ci. Sa conclusion est au contraire affaiblie par l'affirmation suivante, à savoir que "le principe de l'égalité de traitement en droit communautaire a un contenu relativement peu précis et fait l'objet d'une application souple et nuancée" (81) ; quelle qu'en soit la pertinence, cette observation provoquera des réactions de protection d'un principe que la Cour de justice a considéré, à de très nombreuses reprises, comme fondamental pour tous les domaines (82). Puisqu'en plus, comme relevé ci-dessus, les interprétations des deux arrêts dont la conclusion est tirée visent trop bas par rapport à la Cour de justice, cette conclusion ne peut guère ébranler le raisonnement du demandeur.

81. - La défenderesse cite également de l'arrêt *Triches* qui concernait l'art. 42 II du règlement n° 3, modifié par l'art. 1 du règlement n° 1/64 (83) et équivalent à l'art. 77 II du règlement 1408/71 (qui prévoit l'octroi des allocations familiales aux bénéficiaires de pensions) : Le Traité, dit-elle, "«ne porte [pas] atteinte à la liberté reconnue au Conseil par l'art. 51 de choisir» (aux fins de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale) «toute modalité

(80) Explicitement à l'opposé, par rapport à une disposition allemande, la Commission dans l'aff. C-228/88 *Bronzino* : Pour démontrer ses effets discriminatoires, elle oppose les 17%, vivant à l'étranger, des enfants des ressortissants d'autres États membres résidant en RFA et ayant droit aux allocations familiales, aux 0,03%, vivant aussi à l'étranger, des enfants des allemands ayant droit aux allocations familiales (citée dans le rapport d'audience). Sans reprendre ce raisonnement, la Cour de justice tranche en faveur des migrants.

(81) Comme preuve, l'avocat donne une interprétation restrictive en matière économique, tirée de G. Apollis, *Le principe de l'égalité de traitement en droit économique communautaire*, RMC 1980, p. 72-84 (84).

(82) cf. E. Cerexhe, *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire*, in : *Mélanges offerts à P.-H. Teitgen*, Pédone 1984, p. 33-65 avec de nombreuses références à la jurisprudence de la Cour de justice ; en matière de libre circulation et de sécurité sociale, cf. P. Pompe, *Leistungen der sozialen Sicherheit bei Alter und Invalidität für Wanderarbeitnehmer nach Europäischem Gemeinschaftsrecht*, Köln et al. 1986, p. 271-277

(83) JOCE du 8.1.64, p. 1-3

objectivement justifiée, même si les dispositions prises n'aboutissent pas à l'élimination de tout risque d'inégalité entre travailleurs due aux disparités des régimes nationaux en cause» (84). Cette espèce est tout à fait comparable à la présente affaire, puisque dans les deux cas la résidence du bénéficiaire hors du ressort de l'institution débitrice a fait perdre à l'intéressé les droits" en question.

82. - Cette invocation élude de nombreux points :

- L'art. 42 II du règlement n° 3 dans son ancienne version s'était avéré trop complexe ; le règlement n° 1/64 le modifiant devait simplifier le système de coordination des allocations familiales (85) ce qui rendait une invalidation par la Cour de justice délicate.
- Cet art. 42 II prévoyait un régime uniforme, plus facile à légitimer (dans le cadre d'une analyse de validité, à la différence de l'examen de caducité, cf. ci-dessus n° 68) qu'un système dualiste comme l'art. 73.
- L'arrêt *Triches* ne justifie de toute façon que la subsistance de *risques*, et seulement de quelques risques, d'inégalité.
- Cet arrêt se réfère à une disposition déjà abrogée à l'époque et ne reflète donc pas forcément les exigences de 1976 et d'autant moins celles de 1984.
- La Cour de justice a effectivement abandonné, en 1980, la jurisprudence *Triches* dans la mesure où elle a jugé qu'en pareille situation, le migrant aurait droit à un complément de prestations, si celles-ci étaient plus faibles dans le pays de résidence que dans le pays d'emploi (86).

83. - Nous estimons que ces différents points n'échappent guère à l'attention de la Cour et que les évacuations opérées par la défenderesse visent dès lors trop bas. En résumé, on peut donc penser que l'ensemble de son raisonnement relatif au principe d'égalité de traitement, mis en oeuvre par l'interprétation des arrêts *Commission c/ Irlande*, *Sotgiu* et *Triches*, ne pèse pas lourd face au demandeur et à la Cour de justice.

84. - c) Le demandeur invoque aussi la jurisprudence de la Cour de justice développant l'idée qu'en matière de pensions, l'art. 51 du Traité ne saurait autoriser le Conseil à priver les travailleurs migrants des droits qu'ils tiennent de la seule législation nationale (87). Il considère que ce principe vaudrait aussi par rapport aux prestations

(84) arrêt du 13.7.76, aff. 19/76 *Triches*, Rec. 1976, p. 1243 ss. (1251 s., att. 18)

(85) cf. le considérant n° 1 du règlement 1/64 (note 81) et note 82, p. 1251, att. 17

(86) cf. notamment les arrêts du 6.3.79, aff. 100/78 *Rossi*, Rec. 1979, p. 842 ss. (par rapport à l'art. 77), et du 9.7.80, aff. 807/79 *Gravina*, Rec. 1980, p. 2216 ss. (2218 s., att. 6-8 ; à l'égard des dispositions parallèles de l'art. 78) ; de même l'arrêt du 23.4.86, aff. 153/84 *Ferraioli*, Rec. 1986, p. 1407 ss. (1411 s., att. 16-19 ; relatif aux art. 73 I, 76). Cette jurisprudence peut s'appuyer sur le 8ème considérant du règlement 1408/71.

(87) cf. note 63

familiales. Celles-ci seraient plus suspendues en vertu de l'art. 73 II que par les textes français permettant, dans certains cas, leur conservation malgré un séjour des enfants à l'étranger (88). Ce raisonnement passe sous silence la différence entre pensions et prestations familiales, laquelle est implicitement mise en relief par la défenderesse lorsqu'elle répond que les allocations familiales seraient "*des prestations périodiques* auxquelles le travailleur ne peut plus prétendre dès qu'il cesse de remplir les conditions" requises.

85. - Cette réponse évacue à son tour une considération plus élaborée, qui aurait pu compléter le raisonnement du demandeur, à savoir que la jurisprudence citée relative aux pensions constituerait l'application concrète d'une règle générale, interdisant au droit communautaire la restriction des *facultés* juridiques nationales ouvertes (89). Cet exemple illustre bien la difficulté de notre analyse : il est incertain si c'est le demandeur ou la défenderesse qui, aux yeux de la Cour de justice, a visé trop bas, même si l'attitude généralement favorable de la Cour à la libre circulation nous laisse présumer qu'il s'agit de la défenderesse (90).

86. - d) La reconnaissance du droit aux prestations familiales du pays d'emploi au taux plein peut soulever ou amplifier des craintes d'un cumul irrégulier avec des prestations familiales dans le pays de résidence. Pour *rassurer* la Cour de cassation que de tels risques soient écartés, le demandeur invoque l'art. 76 qui stipule que "le droit aux prestations ou allocations familiales [...] est suspendu si, en raison de l'exercice d'une activité professionnelle, des prestations ou allocations familiales sont également dues en vertu de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident."

87. - Or, le demandeur se garde bien de mentionner la jurisprudence *Salzano*, selon laquelle il n'y a pas de suspension, lorsque les prestations du pays de résidence ne sont pas dues faute de demande (cf. ci-dessus n° 33 avec note 46). Cela revient à reconnaître au migrant et à sa famille le droit de choisir le pays où ils pourront bénéficier de prestations familiales. Donner cette information anéantirait l'effet d'assurance recherché, dans la mesure où la Chambre sociale ignorerait cette jurisprudence. Le demandeur peut le supposer, puisque la France, à la différence de la RFA, n'en est pas spécialement concernée, le nombre des membres de la famille d'un migrant

(88) A cet égard, l'Avocat Général Mancini évoquera les décisions de la Cour de cassation des 27.1.72 et 22.3.73, *Droit social* 1972, p. 530 s., et 1973, p. 537 (avec notes de René Bonnet).

(89) Cf., à l'égard de l'art. 10 I, l'Avocat Général da Cruz Vilaça, aff. jointes 379-381/85 et 93/86 *Giletti et al.*, *Rec.* 1987, p. 962-970 (1968, n° 52 s.)

(90) La jurisprudence *Niemann* (note 63) sera effectivement confirmée, à l'égard des prestations familiales, par l'arrêt du 9.7.87, aff. 377/85 *Burchell*, *Rec.* 1987, p. 3329 ss. (3344 s., att. 16-19). Afin de supprimer l'effet de ce jugement, les art. 76 et 79 ont été modifiés par le règlement n° 2332/89 du 18.7.89, *JOCE* n° L 224 du 2.8.89, p. 1-9.

communautaire occupé en France qui résident dans un autre Etat membre étant très faible (cf. ci-dessus n° 22 avec note 22). On voit ici que dans un autre contexte, par exemple en RFA où se trouvent de nombreux ressortissants communautaires avec des enfants résidant au pays (91), la même évacuation viserait probablement trop bas, parce que l'on pourrait s'attendre à ce que l'arrêt *Salzano* soit cité par un autre acteur. Dans ces conditions, il faudrait donc le mentionner soi-même, afin d'en réduire, par un raisonnement approprié, une éventuelle apparence ou influence négative.

3.1.2 L'osmose

88. - Par osmose, nous entendons le rapprochement mutuel, progressif et subtil entre une norme et un fait auquel elle est appliquée (92). Pour cela, les deux composantes sont constituées en majeure et en mineure d'un syllogisme produisant une conclusion logique. C'est un glissement insaisissable qui s'opère grâce à de multiples évacuations et autres mécanismes de raisonnement partiel. L'arrêt *Pinna I* en livre un bel exemple : Après avoir cité les deux paragraphes de l'art. 73, la Cour de justice y "signale[...] que l'art. 51 du Traité prévoit une coordination des législations des Etats membres et non une harmonisation. [...]" (att. 20). Mais la Cour poursuit que "la réalisation de l'objectif [... de] la libre circulation [...] est cependant facilitée quand les conditions de travail, parmi lesquelles figurent les règles de sécurité sociale, sont aussi proches que possible dans les différents Etats membres. Cet objectif est au contraire compromis [...], si des différences évitables dans les règles de sécurité sociale sont introduites par le droit communautaire. Il s'ensuit que la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale [...] doit s'abstenir d'ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultent déjà du défaut d'harmonisation des législations nationales" (att. 21).

89. - La dernière phrase, qui constitue la majeure définitive, est élaborée de manière progressive, osmotique. La Cour débute par l'évocation du principe de coordination. C'est une figure imposée, destinée à prévenir des attaques fondées sur ce principe ; la valeur purement rhétorique, sans impact restrictif, de cette évocation s'avère dans l'attendu suivant où la Cour laisse entendre que l'objectif de la libre circulation nécessiterait *toute* mesure rapprochant les conditions de travail, ce qui semble incompatible avec le principe de coordination. C'est sans doute pourquoi la Cour n'énonce pas toute de suite un tel contre-principe, mais se contente de présenter un fait incontestable, une évidence statique ("est ... facilitée ... sont ... proches"). En le

(91) Voir la Commission, note 22, p. 13, ainsi que note 78. C'est pourquoi la RFA a visé et obtenu la modification de l'art. 76 (cf. ci-dessus n° 33).

(92) cf. J. Lenoble/F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles 1980, p. 104 ss.

reformulant de façon négative ("au contraire compromis") et dynamique ("sont introduites"), ce fait est déjà plus rapproché d'une règle normative, d'une première majeure. La norme ainsi sous-entendue est toutefois limitée aux différences "évitables" et ainsi quelque peu atténuée. Mais cet adjectif ne figure plus dans la dernière phrase citée qui, en raison de sa nature prescriptive, fait figure de majeure définitive. Malgré cet élargissement, elle ne choque pas trop. Du fait de ne s'en prendre ni au citoyen, ni apparemment à la souveraineté nationale, elle est énoncée de manière retenue et sympathique ("doit s'abstenir d'ajouter") et paraît, grâce à ces verbes, même en retrait par rapport à la tendance sous-entendue dans l'énonciation du fait de faciliter la libre circulation.

90. - La construction de la mineure ne pose pas de problème : "L'art. 73 [...] crée [...] deux systèmes différents [...]", et la conclusion en découle aisément : "Ainsi, il ajoute aux disparités résultant des législations nationales elles-mêmes et, par conséquent, entrave la réalisation des buts énoncés dans les art. 48 à 51 du Traité" (att. 22). L'osmose a consisté en fait à élaborer une majeure très proche de ce que l'on pouvait observer comme faits. Lorsque van Raepenbusch critique ce raisonnement en affirmant que la Cour aurait éludé la mineure et conclu aux disparités et à l'entrave sans démontrer le caractère évitable de la différenciation litigieuse, il s'appuie sur la deuxième phrase citée ci-dessus de l'attendu 21 qu'il qualifie de (seule) majeure. Or, le cheminement de la Cour nous semble plus astucieux et plus osmotique que cela, parce qu'elle modifie sa première majeure par l'abandon de l'adjectif «évitables» et la rapproche ainsi des faits faciles à constituer en mineure. C'est pourquoi elle n'a plus besoin d'analyser la nature évitable de la distinction opérée par l'art. 73, ce qui aurait été moins facile.

91. - Cette condamnation du système dualiste, qui peut paraître superflue (cf. ci-dessus n° 19), étonne d'autant plus que son caractère vaste et audacieux ne semble pas affermir la réponse préjudicielle donnée par la Cour, mais plutôt l'affaiblir. A première vue, il s'agit d'un raisonnement largement trop élaboré, voire provocateur en raison de l'omission d'«évitables». Toutefois, personne, au cours de la suite du litige, contestera ouvertement ce raisonnement ou son résultat (93). On s'aperçoit ici que pour juger si un raisonnement vise juste, il faut

(93) hormis van Raepenbusch (note 37), p. 492, dont la critique sera reprise par la Commission en avertissant la Cour, dans l'affaire 313/86 *Lenoir* relative à l'art. 77, que les énonciations figurant aux attendus 20 à 22 de l'arrêt *Pinna I* (cf. ci-dessus n° 88, 90) mériteraient d'être soigneusement circonscrites, sauf à déboucher sur une véritable remise en cause de la technique de coordination des législations nationales (cf. le rapport d'audience, Rec. 1988, p. 5399 s.). Après une procédure orale complémentaire, l'arrêt du 27.9.88 (ibidem, p. 5418 ss.) suit la Commission et qualifie l'art. 77 de compatible avec l'art. 51 du Traité, malgré les conclusions opposées de l'Avocat Général, Sir Gordon Slynn (ibidem, p. 5406-5412, [5411 s.] et 5413-5417).

connaître l'objectif profond de son auteur. La seule intention que nous pouvons imaginer est l'ambition de la Cour de donner un coup d'arrêt aux tendances de différenciation du droit communautaire («intégration à deux vitesses»). Développées depuis le milieu des années 70 (94), celles-ci ont en effet culminé au milieu des années 80 avec la crise financière entre la Grande-Bretagne et les autres Etats membres ainsi que dans la perspective de nouvelles adhésions de pays du sud moins industrialisés.

92. - La Cour a-t-elle donc voulu, en condamnant une distinction ancienne, protéger et renforcer l'uniformité de la réglementation communautaire (95), sachant que la force du droit réside dans sa nature abstraite et universelle? Si tel était le cas, cet objectif ambitieux passerait inévitablement par un raisonnement osé que l'on ne saurait dès lors qualifier de visant trop haut, même s'il était vivement critiqué. A ce moment-là, il faudrait plutôt s'interroger dans quelle mesure la Cour de justice aurait mal choisi son objectif.

3.2 Les raisonnements implicites

93. - A la différence des raisonnements explicites qui ont souvent pour but, pour effet ou pour condition d'éviter tel ou tel point, il y a des manières de raisonner implicites, insinuant certaines impressions ou idées. Celles-ci ne peuvent peser qu'à condition de ne pas être découvertes.

94. - a) Ainsi, le demandeur fait savoir, source à l'appui, que la proposition de la Commission de 1975 en vue d'étendre le principe du pays d'emploi à l'ensemble de la CE "n'a pu aboutir à cause de l'opposition de la France (96). D'une disposition provisoire, on veut faire une disposition définitive." Ces observations peuvent créer, chez le lecteur, l'impression que la France ne saurait invoquer une absence de nouvelle réglementation, parce que c'est elle-même qui l'a empêchée (principe du *venire contra factum proprium*). Mais en fait, on pourrait facilement y rétorquer que ce principe ne saurait s'appliquer dans l'espèce, le comportement de la France n'ayant pas été contradictoire puisqu'elle avait toujours défendu la même position. Le fait que le

(94) Cf., en matière économique et monétaire, Leo Tindemans, *L'union européenne, rapport au Conseil Européen*, Bruxelles 1976, p. 27 s.

(95) La nécessité de l'interprétation uniforme du droit communautaire est proclamée sans cesse, cf. les arrêts du 6.5.82, aff. jointes 146, 192 et 193/81 *BayWa et al.*, Rec. 1982, p. 1527 ss. (1529 s., att. 10), et du 14.7.77, aff. jointes 9 et 10/77 *Bavaria Fluggesellschaft et al.*, Rec. 1977, p. 1523 ss. (1525, att. 4) ; de même pour l'application uniforme : cf. seulement l'arrêt du 10.10.73, aff. 34/73 *Variola*, Rec. 1973, p. 988 ss. (992, att. 15/3). De là, il n'y a qu'un pas à l'uniformité du droit lui-même.

(96) L'avocat évoque ici A. Coëffard, *La réglementation sur la sécurité sociale des personnes qui se déplacent dans la Communauté européenne*, Revue internationale du travail 1982, p. 265-280 (275).

demandeur ne s'avance pas plus sur ce terrain lui permet de créer un sentiment défavorable à la position française, sans pour autant s'exposer à des critiques. Il semble qu'ainsi, il vise juste.

95. - b) Un exemple plus significatif est fourni par la défenderesse, dans le cadre de la discussion du maintien en vigueur de l'art. 73 II. En tant que deuxième précédent, à côté de la jurisprudence relative à l'art. 119 du Traité (cf. ci-dessus n° 68), le demandeur avait invoqué l'arrêt *Commission c/ Royaume-Uni* jugeant que le régime transitoire en matière de libre circulation des marchandises, instauré par l'art. 60 II de l'Acte d'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark (97), ne saurait être prolongé au-delà de son échéance prévue pour la fin de l'année 1977 par l'art. 9 II de l'Acte. La défenderesse y répond qu'"il est à peine besoin d'observer que [...] les dispositions de l'art. 73 II [...] n'établissent pas entre les Etats membres une inégalité dans une matière aussi essentielle que l'élimination des restrictions quantitatives."

96. - Elle cherche ainsi à réduire la valeur de précédent de cet arrêt pour l'espèce, en laissant entendre que le souci, relevé par le demandeur à l'égard de la Cour de justice, de faire respecter les délais d'uniformisation, devrait dépendre de l'importance du domaine. Nous dirions que cet objectif peut être atteint à condition que le lecteur ne s'en aperçoive pas ou le refoule ; s'il s'en rend compte, le raisonnement sous-entendant cette dépendance serait au contraire contre-productif. En effet, le caractère abstrait du droit exige que des principes tels que le respect des délais soient uniformément proclamés ; l'évidence que leur application concrète dépend des circonstances de l'espèce ne doit pas être avouée.

97. - Or, si cette insinuation peut s'avérer effective auprès d'une juridiction nationale, il est douteux que la Cour de justice s'y laisse piéger, car la Cour est particulièrement soucieuse de promouvoir la libre circulation et l'égalité de traitement des travailleurs. Celles-ci contribuent en effet à réduire, dans les rapports entre les entreprises et les Etats membres, tous les facteurs de concurrence inégale (98) en dehors des différences de productivité. De même, elles accroissent la légitimité de l'intégration européenne. La Cour ne peut dès lors accepter qu'elles soient reléguées au second plan. Nous présumons donc que ce raisonnement implicite de la part de la défenderesse vise trop bas.

98. - c) L'arrêt *Pinna I* reprend, dans l'attendu 4, la citation du décret n° 46-2880 relatif à la conservation de la résidence en France (cf. ci-dessus n° 8). Or, cette règle n'a aucun impact avouable pour l'arrêt. Même si la Cour a simplement voulu donner un tableau complet des législations éventuellement applicables, l'évocation de ce décret a objectivement pour effet de signaler au lecteur que le rejet de la Caisse

(97) JOCE n° L 73 du 27.3.72, p. 14 ss. (28)

(98) cf. le député européen Vernimmen, Débats (note 22), p. 77

n'aurait (même) pas de fondement en droit français. La Cour de justice n'aurait pas pu se permettre de le déclarer ouvertement, puisqu'elle n'est pas compétente pour apprécier le droit interne des Etats membres.

3.3 L'abstraction

99. - Un trait fondamental du discours juridique est sa nature abstraite, ce qui signifie l'applicabilité de ses règles et concepts à un nombre indéterminé de situations, de personnes et d'objets. Nous présumons qu'en raison de cette indétermination, toute abstraction, hormis peut-être les notions mathématiques, comporte une zone d'imprécision. L'abstraction sert, nous semble-t-il, deux objectifs. En premier lieu, elle combine la flexibilité décisionnelle, nécessaire face aux changements technologiques et sociaux rapides, avec la sécurité juridique (99) ; cette dernière s'avère toute aussi indispensable, parce que l'échange marchand exige que les décisions et les résultats juridiques soient prévisibles ou au moins acceptables car déductibles des textes existants (100). Deuxièmement, l'abstraction fait que les 'contradictions' dans la société ou à l'intérieur même du discours juridique ne se constituent pas forcément sur le plan juridique (101), tout en pouvant socialement exister à partir d'autres niveaux d'observations que le droit.

100. - a) Les recours intentés par l'ACLI en première et en deuxième instances sont fondés sur plusieurs abstractions qui s'apprennent à des raisonnements apodictiques, visant tantôt trop bas, tantôt trop haut. Dans la demande auprès de la Commission de première instance, l'ACLI se contente de prétendre la caducité de l'art. 73 II et son incompatibilité avec les art. 48 à 51 du Traité qui "tendent à assurer la libre circulation des travailleurs notamment par l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité [...], en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail".

101. - Tant cette prétention que l'interprétation de l'art. 73 II restent abstraites. De plus, telle quelle, la phrase non seulement ne fonde que difficilement la requête, mais elle ouvre même deux pistes pour son rejet, à savoir la restriction aux conditions de travail et à la nationalité. Ce qui fera défaut est un rappel de l'interprétation du principe d'égalité de traitement effectuée par la Cour de justice (cf. ci-dessus n° 71). Le caractère abstrait est même accusé par rapport au deuxième point, car l'ACLI fournit elle-même le contre-argument : "Il

(99) cf. Philippe Gérard, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruxelles 1981, p. 359 ss. (380 s.)

(100) cf. H. Rasmussen, *On law and policy in the European Court of justice*, Dordrecht 1986, p. 35 s.

(101) cf. sur ce point, tout en prenant ces contradictions pour des données objectives, M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris 1980, p. 205, et G. Boismenu, *Notes et propositions pour une étude sociologique du droit*, «procès» n° 15/16, 1984, p. 131-164 (133 s.)

l'espèce d'une discrimination fondée sur la nationalité, puisqu'un travailleur français, se trouvant dans le même cas que M. Pinna, serait soumis à la même limitation du droit aux prestations familiales". Cette observation pourrait être l'amorce d'un raisonnement élaboré s'appuyant justement sur la jurisprudence de la Cour de justice, mais telle quelle, restant incomplète, elle vise trop haut.

102. - La Commission de première instance rejette la demande, en se servant notamment du contre-argument livré par l'ACLI. Dans son appel, l'ACLI renouvelle le raisonnement précité, ajoutant que le principe d'égalité de traitement aurait été mis en oeuvre par l'art. 7 du règlement 1612/68 (102) ainsi que le 5ème considérant et l'art. 3 I du règlement 1408/71 et que l'art. 73 II ne reposerait "sur aucune base juridique du Traité", mais aurait été "critiqué[...] et condamné[...] à plusieurs reprises aussi bien par le Parlement européen que par le Comité Economique et Social [CES]" (103). Ces indications ne démontrent toujours pas en quoi l'art. 73 II est caduc ou opposé à l'interdiction des discriminations. L'ACLI clôt par "conformément à l'art. 177 du Traité, [...] nous demandons donc humblement à la Cour de bien vouloir saisir la Cour de justice".

103. - La Cour d'appel aussi déboute le demandeur. Elle ne motive que son affirmation du maintien en vigueur de l'art. 73 II, ce qui indique que le raisonnement de l'ACLI prétendant son invalidité n'a guère pesé. Elle estime en outre qu'elle "ne peut saisir la Cour de justice [...] dès lors que sa décision est susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne". Apparemment, la Cour d'appel n'a pris en considération que l'art. 177 III (obligation de renvoi préjudiciel en dernière instance) et non pas l'art. 177 II (faculté de renvoi pour les autres instances). Il semble donc que l'ACLI n'a pas cherché à savoir si l'évocation sommaire de l'art. 177 du Traité était suffisante.

104. - b) Dans l'arrêt *Pinna I*, la Cour de justice opère une abstraction majeure qui lui permet de concilier deux objectifs contradictoires. Pour repérer ce mécanisme, il nous faut analyser le n° 1 du dispositif dans le contexte des motifs. Lorsque ce n° 1 énonce que "l'art. 73 II [...] est invalide en tant qu'il exclut l'octroi de prestations familiales françaises [...]", on peut se poser deux questions de signification, relatives au *nombre* et au *taux* des prestations. Concernant le nombre des prestations, le dispositif, pris isolément, semble clair : il invalide l'exclusion des prestations familiales autres que les allocations familiales. Or, les motifs n'indiquent pas explicitement que cette limitation soit incompatible avec le droit de la CE. En effet, la

(102) JOCE n° L 257 du 19.10.68, p. 2 ss.

(103) L'ACLI donne les sources suivantes : pour les résolutions du PE, JOCE n° C 257 du 10.11.75, p. 10 s., et n° C 131 du 5.6.78, p. 45 s. ; on peut y ajouter la résolution du 17.6.80 (JOCE n° C 175 du 14.7.80, p. 27 s.), suite au rapport compl. (note 22) et au débat plénier (note 22, p. 75-84) ; pour les résolutions du CES, JOCE n° C 286 du 15.12.75, p. 19 ss., et n° C 12 du 17.1.76, p. 4 ss. (15).

Cour se contente de décrire, certes en termes partisans, l'évolution de l'art. 40 du règlement n° 3, qui accordait seulement - au taux du pays de résidence - les *allocations* familiales aux travailleurs migrants, au règlement 1408/71 (att. 18) et de condamner les "disparités supplémentaires" résultant des "deux systèmes différents" prévus par l'art. 73 I et II (att. 22).

105. - Quant au taux des prestations, ce sont au contraire les motifs qui prononcent le caractère discriminatoire du critère du pays de résidence (att. 24, cf. ci-dessus n° 18), tandis que le dispositif est moins clair : pour viser le taux, il aurait mieux valu écrire "en tant qu'il réduit/limite/restreint l'octroi de prestations", verbes qui, à l'exception de «réduire», englobent d'ailleurs, plutôt qu'«exclure», tant le nombre que le taux.

106. - Il nous semble que ces imprécisions ne sont dues ni au hasard, ni à la négligence. Pour apprécier les intentions de la Cour, il convient de prendre en compte la position du gouvernement français. Celui-ci s'oppose, certes, vigoureusement à l'application du taux du pays d'emploi, mais il refuse encore davantage l'exportation des prestations familiales autres que les allocation familiales. Il considère en effet que les premières correspondraient bien souvent, dans d'autres Etats membres, aux prestations d'assistance, exclues du champ d'application du règlement 1408/71 en vertu de l'art. 4 IV et donc non exportables ; de plus, les conditions de leur attribution par la France seraient, à l'étranger, souvent difficiles à vérifier.

107. - On peut alors penser que la Cour ne s'estime pas assez armée pour imposer au gouvernement français le recul sur les deux fronts du taux et du nombre des prestations. (Il est possible aussi que les juges défendaient des opinions contradictoires.) A l'opposé de cet objectif de prendre en considération certains intérêts français, la Cour se sent sans doute et peut-être avant tout obligée, aussi, d'éliminer la dérogation en faveur de la France. En effet, toute autre décision justifierait le statu quo, rendant ainsi illusoire les projets d'extension de l'art. 73 I par voie de négociation et incitant du coup les autres Etats membres à réclamer le même privilège que la France. Pour la Cour, en fait, le problème est qu'elle ne peut pas, à la différence de la Commission, éviter de trancher le différend ; si elle maintenait l'art. 73 II en vigueur, cette décision aurait un tout autre impact que l'absence d'action de la Commission à cet égard, aboutissant pourtant au même résultat immédiat.

108. - Dès lors, la Cour adopte une conduite consistant à condamner explicitement le rattachement du taux à la résidence, à signaler tacitement sa désapprobation de la limitation de l'art. 73 II aux seules allocations familiales et à formuler un dispositif suffisamment abstrait pour être à la fois clair et vague. Il est clair, car lu dans le contexte des motifs, il abolit la règle de la résidence. Il est vague à plusieurs égards : Le verbe «exclure» dissimule l'absence de

condamnation explicite de l'exclusion des prestations familiales autres que les allocations familiales ; puis, la formulation «l'octroi *de* prestations familiales» peut viser toutes les prestations familiales, les seules allocations familiales ou les seules prestations familiales autres que les allocations familiales.

109. - Cette multiplicité de significations nous semble non seulement intentionnée, mais aussi inéluctable, dès lors que l'on veut se prononcer, dans une seule expression, par rapport tant au nombre qu'au taux des prestations. En effet, d'autres formulations envisageables paraissent inappropriées : «exclut l'octroi *des* prestations» donne la fausse impression qu'aucune prestation familiale ne soit servie, alors que «exclut l'octroi de *certaines* prestations» ne vaudrait pas pour la réduction des allocations familiales.

110. - L'abstraction du dispositif a pour effet principal que le maintien de la restriction quant au nombre des prestations n'est ni autorisé, ni invalidé. Sur ce point, la Cour n'affronte pas trop brutalement le gouvernement français, mais il ne légitime pas non plus sa position de refus. Ainsi, le dispositif pourra, en fonction des rapports de forces au sein de la CE, couvrir tant l'extension partielle que complète de l'art. 73 I à la France.

111. - Par son dispositif abstrait, la Cour de justice semble viser juste, dans la mesure où tous les acteurs semblent l'interpréter comme conforme à leurs intérêts. En effet, du côté des migrants personne ne blâme la Cour de sa démarche prudente ; du côté des autorités françaises, l'Avocat général Gauthier, dans ses nouvelles conclusions auprès de la Cour de cassation, et le gouvernement, dans ses observations exposées à la Cour de justice au cours de l'affaire *Pinna II*, font savoir, en s'appuyant sur l'utilisation de la préposition «de» (cf. ci-dessus n° 108 s.), que le dispositif de *Pinna I* n'aurait pour objet que les allocations familiales.

3.4 L'intensification de sens

3.4.1 L'énonciation d'évidences

Ce raisonnement consiste à attribuer une valeur argumentative à une évidence.

112. - a) Le pourvoi en cassation et les observations du demandeur dans l'affaire *Pinna I* en fournissent un exemple. Attaquant le fait que la France calcule les cotisations au taux du pays d'emploi et les prestations au taux du pays de résidence, ils font savoir que "cette anomalie existe depuis longtemps en France au détriment des travailleurs en provenance des *pays tiers*" et regrette que "l'art. 73 II conduit à traiter les ressortissants des pays de la Communauté comme ceux des pays tiers" (soulignage omis). Lorsque le droit interne discrimine les ressortissants communautaires, il en fait toujours de

même des ressortissants de (tous les ou de la plupart des) pays tiers. Le demandeur exprime donc un état de choses évident. Son reproche n'est pourtant pas futile, mais contribue au contraire à discréditer l'art. 73 II, car la distinction normative entre des ressortissants de la CE et ceux des pays tiers est réelle (104) et, de plus, généralement approuvée. L'évidence mise en relief par le demandeur vise juste dans la mesure où elle sera reprise par l'Avocat Général Mancini (105).

113. - b) L'énonciation d'évidences joue un rôle considérable dans l'affaire *Pinna II*. Tant la Commission et l'Avocat Général Mancini que la Cour répondent (ou raisonnent par rapport) aux questions préjudicielles que les Etats membres seraient tenus d'appliquer l'art. 73 I, en attendant l'adoption de nouvelles dispositions conformes à l'art. 51 du Traité. Cette réponse fait ressortir au grand jour un lien visible et indubitable : l'obligation d'appliquer une norme cesse avec l'abrogation de la norme. De plus, l'Avocat Général dit explicitement "rappeler une évidence" voisine : "Naturellement [...], la généralisation de l'art. 73 I n'enlève rien à la compétence du Conseil et de la Commission pour modifier les dispositions applicables" (att. 43).

114. - Ces rappels ne sont pas innocents. Ils permettent à la Cour de s'exprimer de façon *abstraite* et de répondre ainsi simultanément aux deux questions préjudicielles, y compris aux deux branches - conçues comme contradictoires - de la première (cf. ci-dessus n° 29), sans en privilégier aucune. Cette abstraction est susceptible de détendre la confrontation qui pointe dans les deux branches de la première question. En effet, l'évocation des compétences du Conseil, renforcée d'ailleurs par la qualification de l'art. 73 I comme "à l'heure actuelle, le seul système de référence valable" (att. 14 de *Pinna II* ; nous soulignons), à la fois légitime des efforts législatifs communautaires et autorise l'espoir, auprès du gouvernement français, d'une prise en compte de ses positions au cours de ce processus législatif, sans pour autant formellement conforter la position française.

115. - Si la Cour réduit donc l'impact *réel* de son premier arrêt *Pinna* (106), elle n'entache pas pour autant sa portée *formelle* et sa propre autorité. Le signal donné par la Cour est, bien sûr, entendu : Sa réponse justifie (107) l'engagement d'une action diplomatique du gouvernement au niveau communautaire, visant à limiter l'exportation aux seules allocations familiales.

(104) voir, par exemple l'art. 2 du règlement 1408/71 et, plus explicitement, l'art. 16 II et III du règlement 1612/68 (note 100).

(105) cf. Rec. 1986, p. 11 s.

(106) de même Ypsilantis/Brun (note 58), p. 93

(107) cf. Herzlich (note 43) et Ypsilantis/Brun (note 58), p. 93

3.4.2 La répétition modifiée

Pour donner plus d'impact ou d'ampleur à une affirmation ou à un raisonnement, les acteurs renouvellent parfois un discours sous une forme modifiée.

116. - a) Ainsi dans l'affaire *Pinna I*, la défenderesse, après avoir fait ressortir la différence entre l'art. 119 du Traité et l'art. 98 (99 ; cf. ci-dessus n° 68), considère qu'"en admettant même que l'art. 98 ait imposé aux Etats membres [...] une obligation de résultat [...], il ne pouvait, dès lors qu'il se bornait à prévoir «un nouvel examen» [...] créer un droit direct au profit des ressortissants de la Communauté." Cette observation subsidiaire fait comme si la reconnaissance, à l'art. 98, d'une obligation de résultat n'affecterait pas la formule «un nouvel examen» et se limiterait donc, en quelque sorte, concéder à une obligation d'un *quelconque* résultat, ce qui ne ferait pas beaucoup de différence par rapport à une obligation de moyen. On peut au contraire penser qu'interpréter l'art. 98 dans le sens d'une obligation de résultat équivaldrait à lui donner la signification d'«un nouvel examen en vue de généraliser l'art. 73 I». En ne tirant pas cette conséquence, la défenderesse parvient à dédoubler, sur une base apparemment opposée à son raisonnement principal, la conclusion qu'elle a déjà pu tirer de celui-ci.

117. - b) Les citations sélectives de l'arrêt *Sotgiu* par la défenderesse (cf. ci-dessus n° 77) créent l'impression que "les circonstances" et "le motif légitime de différenciation" constitueraient deux considérations distinctes. Ceci ne fait pas ressortir leur proximité : la Cour estime en effet que «la circonstance que [... les personnes recrutées à l'étranger soient libérées des inconvénients et limites frappant celles recrutées en RFA] peut constituer un motif légitime de différenciation du montant versé» (att. 12/2). En fractionnant le raisonnement de la Cour, la défenderesse tente de réitérer son affirmation que d'après l'arrêt *Sotgiu*, les différences de traitement ne seraient pas forcément prohibées. Cette répétition viserait juste, si les autres acteurs ne connaissaient ou ne lisaient pas l'arrêt ; c'est pourquoi elle vise sans doute trop bas par rapport à la Cour de justice.

3.4.3 La différenciation et l'expansion

118. - La différenciation consiste notamment à créer une nouvelle catégorie et signification pour échapper à la dichotomie «applicable - non applicable» d'un concept établi. Par exemple, le pourvoi en cassation répond de la manière suivante à la Cour d'appel qui, pour démontrer le maintien en vigueur de l'art. 73 II, avait invoqué le fait qu'il "ne figure[...] pas dans les mesures transitoires" (les art. 94 ss.) : "il existe un doute sur la survie d'une règle exceptionnelle que le législateur communautaire de 1971 avait envisagé comme de nature

provisoire ; on peut considérer que l'art. 73 II n'est pas une disposition de droit transitoire, mais il est une disposition de caractère temporaire." Tout en concédant que l'art. 73 II n'est pas de nature transitoire, le demandeur ne se soumet pas pour autant à la dichotomie «transitoire - définitif» avec ses effets sur le maintien en vigueur. Au contraire, il différencie et densifie le spectre des significations, en introduisant deux nouvelles catégories - provisoire et temporaire - qui sont en fait intermédiaires et apparaissent effectivement applicables à l'art. 73 II.

119. - Le but de l'opération est de jeter un doute sur la survie de la disposition, quand bien même le régime de transition formel ne s'y applique pas. Sous cet angle, il s'agit aussi d'un raisonnement implicite, car si le demandeur prétendait ouvertement qu'une norme provisoire ou temporaire devrait dépérir au bout d'un certain laps de temps, on pourrait rétorquer que la seule façon pour une disposition de prendre fin serait, outre l'abrogation, son inscription parmi les mesures transitoires. Le raisonnement du demandeur ne suscite pas de réactions des autres acteurs, mais on peut supposer qu'a priori, il vise juste dans la mesure où il augmente la pression générale sur l'art. 73 II, même s'il ne parvient pas à le faire déclarer caduc.

120. - La notion d'expansion est plus vaste que celle de différenciation. Elle désigne - à l'opposé de la raréfaction - l'introduction de nouveaux concepts et règles ou l'extension du champ d'application d'un principe établi (108). Le demandeur cherche à implicitement étendre les compétences de la Cour de justice et la portée de son arrêt *Pinna I*, lorsqu'il affirme, par ses observations dans l'affaire *Pinna II*, le rôle constitutionnel et quasi-législatif de la Cour (cf. ci-dessus n° 43). C'est un raisonnement élaboré qui répond au reproche implicite que l'arrêt *Pinna I*, lu sous l'angle de l'interprétation «lettre morte», aurait créé une norme nouvelle. Son caractère politique fait qu'il vise trop haut (cf. ci-dessus n° 43, 45).

(108) cf. Mather/Yngvesson (note 70), p. 778 s., 797 ss.

IV. - CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

Des quatre volets d'une stratégie de conflit et de raisonnement - qui correspondent d'ailleurs à la notion de jeu (109) ayant servi à refonder le concept de stratégie (110) -, les trois premiers ont un fond commun : les éléments inintentionnels de l'existence de l'acteur. Parmi ceux-ci, l'acteur peut en prendre en charge certains, réduisant ainsi probablement l'étendue ou la portée de la part inintentionnelle (111), mais il n'y est pas obligé, sous peine d'accepter une effectivité réduite. A l'opposé, d'autres de ces éléments sont incontournables, constituant l'imprévisible ou donnant lieu à des régularités de raisonnement. Celles-ci consistent en la nature partielle et créatrice du discours sous des formes très variées ; cette nature permet chaque fois la constitution d'une réalité propre (112) et résulte de l'imprécision du langage (113) ainsi que de la nécessité de faire apparaître cette création de sens comme concluante et rationnelle. Cependant, l'analyse de notre dossier suggère que l'hypothèse sur les régularités doit être limitée aux raisonnements s'appuyant sur le droit existant. En effet, le caractère partiel ne paraît pas jouer (en tout cas pas de la même manière) lorsque l'acteur crée des règles nouvelles ou étend le champ d'application de normes établies, même si ces intensifications sont également constitutives d'une réalité.

Concernant la prise en charge du dualisme droit - politique, il nous semble que le recours au droit et donc au droit communautaire permet finalement d'associer la cause des migrants aux intérêts et ambitions de l'intégration économique. Ce rattachement s'opère par le biais d'une attribution abstraite et générale des compétences d'interprétation de ce droit à la Commission et, surtout, à la Cour de justice (114). Ce qui est décisif est donc le niveau institutionnel. Ainsi, lorsque la forme abstraite, même communautaire, renvoie au niveau national, elle autorise aussi l'influence politique à l'encontre des migrants. On a pu le constater lors de l'interprétation de l'arrêt *Pinna I* qui, faute de demande de la part du demandeur et de la Cour de cassation, n'invalide pas explicitement la formule «autres que la France» de l'art. 73 I : Cette situation est mise en forme et exploitée par la thèse du vide juridique,

(109) cf. M. v. d. Kerchove/F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, p. 135 s.

(110) Cf. B. Saint-Sernin, *Stratégie et tactique*, Encyclopaedia Universalis, vol. 15, Paris 1975, p. 407-409. Mais nous n'adoptons pas la théorie des jeux qui nous paraît trop schématisante.

(111) ainsi Henri Lefebvre, *De l'Etat*, vol. 4 : *Les contradictions de l'Etat moderne*, Paris 1978, p. 24 ; contra : Godelier (note 4), p. 245

(112) cf. M. v. d. Kerchove/F. Ost, *Le «jeu» de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique*, APD 1982, p. 395-409 (397)

(113) cf. B. Danet, *Language in the legal process*, *Law and society review* 1980/81, p. 445-564 (490)

(114) Pour quelques raisons de cette force du droit, cf. notre étude évoquée à la note 27.

qui crée, grâce à l'invocation de l'art. 51 du Traité, une (impression d') incertitude justifiant une deuxième saisine préjudicielle. Ainsi, l'autonomie du discours juridique vis-à-vis des intérêts financiers du gouvernement a pu être réduite.

Limiter la marge de manoeuvre des décideurs nationaux plutôt que chercher à les contraindre ne relève pas seulement de la reconnaissance que les migrants se trouvent dans une position de défense face à l'Etat-nation. Cela constitue aussi, croyons-nous, un élément stratégique propre, consistant à agir simultanément sur les hommes et les structures (cf. ci-dessus n° 57).

Quant à l'hypothèse du «viser juste», notre dossier montre que les acteurs visent fréquemment, suivant les cas, juste ou trop bas, mais que des raisonnements *trop* élevés sont très rares (cf. ci-dessus n° 101, 120). On peut supposer que si un acteur maîtrise la construction d'un discours élaboré, il est capable aussi de raisonner au niveau et en fonction des autres acteurs et de formuler de telle sorte qu'ils le comprennent ou qu'ils suivent, même sans comprendre, son rejet des contre-arguments évoqués. Nous nous sommes aperçus aussi que l'appréciation de savoir si un acteur vise juste peut dépendre de la nature de son objectif (cf. ci-dessus n° 91). En outre, notre hypothèse confirme d'autres recherches empiriques, relatives à l'effectivité de deux types élémentaires de raisonnement, à savoir les raisonnements unilatéral et bilatéral. Le premier n'avance que des aspects favorables à la position défendue, tandis que le second mentionne et puis réfute des points défavorables ou des contre-arguments. Des études comparant la force persuasive de ces deux catégories ont montré que le raisonnement unilatéral est plus convaincant face aux personnes qui partagent initialement le point de vue soutenu et qui ne seront ultérieurement exposées aux arguments adverses. En revanche, le raisonnement bilatéral convainc davantage les personnes au début hostiles à cette position ou soumises - quelle que soit leur attitude originelle - aux arguments pro et contra (115).

L'hypothèse sur la mobilisation d'incertitudes, telle que nous l'avions envisagée, n'a pu être vérifiée. Cependant, les réflexions à l'égard du «viser juste» nous amènent à reformuler l'hypothèse : Puisque la justesse d'un raisonnement d'un premier acteur dépend des intérêts, du niveau de connaissances et des capacités de raisonnement de l'acteur adversaire, celui-ci tire parti de laisser planer le doute sur ces points. Nous supposons donc que la mobilisation d'incertitudes, de la part d'un acteur, se dirige plus contre ses adversaires que contre le décideur et qu'elle consiste surtout à ce que l'acteur ne dévoile ses propriétés et dispositions qu'aussi peu que nécessaire.

Notre étude n'épuise évidemment ni les structures et caractéristiques du raisonnement juridique, ni les possibilités d'une

(115) cf. note 111, p. 535 avec références

démarche stratégique dans le domaine abordé. A ces égards, plusieurs pistes de recherches s'ouvrent. Ainsi, la réflexion sur la stratégie pourrait aborder, à partir d'un nombre significatif de dossier et grâce à une théorie des organisations, la répartition des moyens d'une organisation entre des "investissements de forme" (116) et la promotion d'intérêts individuels. Puis, il serait sans doute fructueux d'étudier, sous l'angle de l'hypothèse sur la prise en charge des facteurs inintentionnels, le choix et l'éventuelle limitation des objectifs (117) ainsi que les contraintes du langage (118). Enfin, l'utilité pratique de notre étude n'est certes pas immédiate. Mais, comme dit le proverbe, de la discussion jaillit la lumière.

(116) sur ce concept cf. L. Thévenot, *Les investissements de forme*, Cahiers du Centre d'études de l'emploi, Conventions économiques, Paris 1985, p. 21-71

(117) Le problème est apparu, du côté de la Cour de justice, ci-dessus n° 92.

(118) Pour un exemple de celles-ci, cf. ci-dessus n° 50.

TRAVELLING-AVANT COMPARATIF SUR LE ROLE SOCIO-POLITIQUE DU CINEMATOGRAPHE DEPUIS SA CREATION, EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS, ET DESTIN EUROPEEN

(1)

Par

Françoise THIBAUT
Maître de Conférences à l'Université

Le Cinématographe est une invention française. La France est "l'inventeur" du cinéma, mais non de l'industrie cinématographique qui, elle, est nord-américaine. Le cinéma est une "technique complexe" qui entraîne un détour de fabrication : c'est pourquoi on peut le considérer tout à la fois comme un art, une industrie ou un artisanat, car le film est à la fois unique en tant que création, et industriel car indéfiniment reproductible, comme nous le démontrent sans cesse les récentes techniques vidéo.

1. - INVENTION ET INDUSTRIE

L'invention était "dans l'air" de cette fin du dix-neuvième siècle, ce "siècle des inventions". L'Europe et les Etats-Unis "cherchaient", tâtonnaient, et trouvaient souvent. Jacques Daguerre et Nicéphore Niepce inventèrent la photographie, qui réalise ce vieux rêve de l'homme de "fixer son image" pour le présent et la postérité, mieux encore que la peinture. Niepce de Saint-Victor, neveu du grand Nicéphore, apporte le considérable progrès de la plaque photographique, qu'amélioreront et vulgariseront les frères Louis et Auguste Lumière au nom prédestiné. Mais il ne faut pas oublier les travaux parallèles ou complémentaires des anglais Talbot et Muybridge,

(1) Ce texte a pour origine les conférences qui ont été faites dans le cadre du Magistère de Communicatque de la Faculté de Droit de Poitiers de 1987 à 1990.

de l'allemand Zeiss, des américains Bennett et surtout Eastman inventeur en 1889 de la pellicule, et tant d'autres... En fait, une fois "l'image" conquise et vraiment maîtrisée vers 1840, tout le monde rêve de "mouvement" : c'est le fantasme de la mouvance, de la reproduction de la vie, du geste décodé, et tout le monde cherche. Des hommes de photographie, comme les Lumière devenus industriels, mais d'autres aussi : des mathématiciens, des chimistes, car cette innovation nécessite la brillante maîtrise de 3 arts : les mathématiques, la science optique et la chimie. De part et d'autre de l'Atlantique la lutte est chaude.

Dominant le lot, deux "duos" : l'un sur la côte est des Etats-Unis : Thomas Alva Edison est associé à l'habile William K. Lauri Dickson ; l'irascible et génial inventeur du phonographe, du téléphone duplex, a aussi à son actif la lampe à incandescence et travaille activement, après avoir exploré le son, sur la vision et l'image ; c'est lui qui met au point en 1882 le principe de la bande perforée placée sur le côté des pellicules, qui permet de faire avancer et tourner un film sur une roue crantée ; grâce à lui la notion de "rythme" d'image et celle de "format" avancent considérablement ; en 1892 il invente et fait breveter son fameux kinégraph/kynescope créé à partir de sa lampe à incandescence ; mais ce n'est pas encore le cinéma car il ne peut y avoir de "public" : on regarde seul les images défilier dans une machine, après y avoir inséré quelques cents. Le film fait 15 mètres, la projection dure 20 secondes et le spectateur est unique ; toutefois le système est né. L'ensemble du processus est calfeutré, à toutes les étapes de sa fabrication, de brevets d'exploitation qui le protègent de toute imitation ou concurrence. Dickson y veille jalousement et crée les premiers studios de tournage et le premier laboratoire filmographique.

De l'autre côté de l'eau, à Lyon-Montplaisir, les inséparables frères Lumière, devenus les empereurs de la plaque photographique, occupent leurs loisirs en réfléchissant à l'énigme de l'image en mouvement. Finalement, et avec une géniale simplicité, ils mettent au point pendant l'hiver 92-93 un boîtier unique qui est à la fois une caméra et un projecteur, en inversant l'objectif et le dispositif lumineux. Cette fois, l'image est projetée par transparence sur un écran, est visible par tous, de loin et collectivement. Ils y ajoutent l'innovation de la double perforation de la pellicule, dévidée au rythme de 18 images à la seconde, ce qui reconstitue à peu près le mouvement naturel. Ils baptisent leur création Cinématographe et Louis Lumière en donne la définition : "Il s'agit d'un procédé destiné à projeter sur un écran des images photographiques se succédant de telle manière qu'elles reproduisent le mouvement". Le brevet de l'appareil est déposé le 13 février 1895. Le cinéma est né.

Le 22 mars 1895 les Lumière présentent leur premier film "la sortie des usines Lumière" devant la société d'encouragement industriel : les assistants sont stupéfaits et demandent plusieurs projections. La nouvelle traverse l'Atlantique. Edison enrage. Le 10 juin 1895 a lieu à la Sorbonne une projection officielle de 8 films devant la société française de photographie. Là aussi, immense succès de curiosité : 8 films de 2 minutes chacun : la sortie des usines, bien

sûr, mais aussi le déjeuner de bébé, la démolition du mur, qui comporte le premier "effet" cinématographique avec sa projection à l'envers, et l'arroseur arrosé premier film à effet comique... Ce n'est que la seconde série qui comporte la fameuse entrée du train en gare de la Ciotat, faisant se précipiter les spectateurs sous leur chaise.

Les Lumière ont breveté l'appareil qui se trouve ainsi protégé, qu'ils loueront d'abord, puis vendront. Par contre l'ensemble du procédé reste, lui, sous l'égide de la Société de photographie, puisqu'il s'agit d'une "succession de photographies", et de la Loi Arago sur la photographie du 7 août 1839 par laquelle la France fait "au monde don de l'invention", à charge de l'Etat de verser une rente à l'inventeur. On est donc à mille lieues, aux antipodes du système américain d'Edison. D'un côté une friche juridique qui laissera l'invention un peu à l'abandon et dont les représentations publiques tomberont simplement dans le domaine des spectacles de curiosités soumis à l'obsoleète loi de police des 16-24 août 1790. De l'autre, de draconiens brevets protecteurs qui permettent de contrôler le processus de bout en bout, et l'industrialisation immédiate. Assez curieusement les frères Lumière ne s'intéressent pas énormément à leur nouvelle invention. C'est leur père qu'ils envoient pour surveiller la première projection publique payante ; en France on ne voit pas très bien à quoi peu servir le cinéma..., autrement que pour étonner le badaud. Le premier spectacle a lieu, on le sait, dans le sous-sol du Grand Café le 28 décembre 1895 : le propriétaire a préféré une rémunération fixe quotidienne de 30 francs, car il n'a pas très confiance... Il préfère les montreurs d'ours ou les avaleurs de sabres. Mais bientôt on fait la queue boulevard des Capucines : le succès est considérable, la recette est de 2.000 francs par jour !

L'engouement ne faiblit pas ; et les inventeurs se résolvent à assurer une petite production ; mais les premières années d'exploitation sont hautement artisanales. Le statut de "curiosité" demeure en vertu du Titre X article 4 de la loi de 1790 qui confère à l'autorité municipale le contrôle et l'examen des oeuvres, de même que la police de la représentation. Ce statut est confirmé en 1909 par circulaire du Ministre de l'Intérieur qualifiant le spectacle de cinéma de "pantomime lumineuse".

Neanmoins, voici né le "mouvement", la boîte magique qui restitue la vie, la prolonge, qui fait durer l'instant, permet de le revivre indéfiniment, de le contempler, permet de se contempler soi-même... Cette auto-contemplation s'accompagne du sens du sensationnel. Comme la presse écrite, le cinéma est tout de suite "événementiel". Il est au surplus porteur de l'instantanéité. Très vite il prend un sens politique, une dimension onirique... Quelques uns comprennent assez vite qu'il peut être autre chose qu'une simple "curiosité".

Il est aussi "porteur de rêves", d'imagination. Il transgresse l'interdit, est exhibitionnisme. La complexité de sa fabrication le leste bientôt d'arrière-pensées. Ecrire était déjà une aventure ; "montrer" va devenir un sport !

Le philosophe Vladimir Jankélévitch signale "comme il nous enlève à nous même, comme il fait travailler l'imagination... parce qu'il montre la vérité fabuleuse du temps"...

Peut-être, en tant que moyen d'expression, un des paradoxes les plus forts du cinéma est d'avoir cet "état civil" occidental et tardif dans l'histoire de l'imaginaire humain. Car il n'est pas inné au bout de la main de l'homme comme le dessin ou la peinture -autres formes artistiques destinées à être "vues"- que l'on trouve dès les cavernes préhistoriques ; il n'est pas inné dans son cerveau comme le mime, la parodie, la pantomime qui allait devenir le théâtre. Pour le cinéma -ce malheureux- il faut un détour technique, l'ère industrielle, l'électricité. Il est l'esclave des techniques, et qui dit détour technique, dit traduction matérielle, organisation, supports, statuts, intermédiaires, moyens financiers, complexité, méandres, attente, atteintes, transformations, modifications, gouffres entre les désirs et la réalité, censures...

Pour l'art, la liberté vient le plus souvent de l'instantanéité de l'idée et de la réalisation, même s'il y a beaucoup de travail. Les croquis de Goya sur les guerres sont l'expression même de la liberté car, tout en reproduisant la réalité, ils naissent dans l'instant, fruits d'une émotion, d'une impression, d'un choc ; les milliers d'esquisses de dessins que l'on a de Picasso sont l'image même de la liberté, faites sur n'importe quoi, parfois un coin de nappe en papier ; Bonnard a peint ses premières aquarelles sur l'envers d'emballages de pâtisseries... et l'image est instantanée : un chat qui traverse, un enfant avec un parapluie... aucun autre support qu'un cerveau d'une vivacité exceptionnelle et une main agile et sûre.

Le cinéma instantané n'existe -malgré les efforts de Godard et de quelques autres- à peu près pas, en tant qu'oeuvre de l'esprit : il nécessite métamorphoses, techniques imbriquées, et c'est dans ces métamorphoses qu'il perd sa liberté, car il devient manipulable ; c'est pourquoi cet art n'est pas un art tout en l'étant, tout en désirant l'être. La perte de la liberté de l'expression cinématographique ne vient pas tellement de règlements et de décisions de justice mais plutôt d'une sorte d'inconscient individuel et collectif de censure, de "coupure" qui est véhiculé au cours du processus de fabrication de l'objet qui donnera peut-être une "vision" d'art : le film.

Alors que dans toutes les autres formes d'art, le geste créateur est lui-même un art, dans le cinéma les étapes créatrices de ce qui va peut-être devenir une oeuvre d'art sont des étapes purement financières, organisationnelles, techniques : ce qui sera au bout sera peut-être une oeuvre d'art, mais peut-être aussi un simple produit de consommation. C'est pourquoi le cinéma s'apparente plutôt à la fabrication d'un meuble ou d'un vêtement. Il est imagination certes, mais il est d'abord "objet", et c'est cette version qui a prévalu au début, d'autant qu'il était dangereux (il "chauffait" affreusement), et qui est restée. Il y a une emprise sur l'objet, pas sur le "dit" ou le "vu". Si une grande âme veille sur l'objet tout au long du lent processus de fabrication, on aura peut-être une "oeuvre" (ou peut-être pas) ; oeuvre libre ou pas : il y a eu et il y a encore des "commandes" admirables et la période la plus riche et

la plus originale du cinéma français est celle de l'Occupation où tout était difficile ou interdit...

Enfin, il faut que le produit fini, le film projeté, soit "vu" par des spectateurs, si possible libres de leur choix et de leur appréciation : le cinéma met donc en conjonction de multiples libertés : celle d'entreprise, de financement, de créer, de commercer, de circuler, la liberté des spectacles et celle de se réunir.

Ce qui caractérise la cinématographie française, c'est -dès le début- l'absence d'organisation, le laisser faire, la confiance faite à l'initiative individuelle. Cette attitude est d'ailleurs assez générale à l'ensemble des pays d'Europe où l'organisation étatique véritable, quelque peu sur le modèle américain, ne se fera que sous l'égide des régimes autoritaires, bien plus tard : l'Italie de Mussolini et l'Allemagne hitlérienne.

C'est la raison pour laquelle aussi l'utilisation politique et sociale du cinéma par les différents pouvoirs sera si différente, et surtout beaucoup moins systématique : dès ses débuts aux Etats Unis le cinéma sera si encadré que l'on pourra l'utiliser comme élément du "système" américain, de sa construction et de sa consolidation. Mais en Europe la vision de l'utilisation collective ne viendra que beaucoup plus tard, et de manière parcellaire. Si la France reste la patrie d'origine du cinéma et le pays "le plus cinéophile du monde" (2), les Etats Unis, parce que les inventeurs ont immédiatement environné le cinéma d'un "matelas" juridique, deviendront immédiatement les leaders et les géants d'une activité de création et d'exploitation cinématographiques à caractère industriel, et aussi politique et social.

2. FRANCE ET ETATS-UNIS

En France le cinéma gardera, malgré son succès, le côté "divertissement de curiosité" du début, profondément individualiste, tourné vers le comique, le mélo, l'actualité. Aucun financier d'envergure, peu de banquiers et d'industriels s'intéresseront à lui, "mettront de l'argent" dans cette activité. Les Lumière eux-mêmes feront leur fortune et leur gloire avec tout autre chose : plus de 200 brevets de matériel médical et surtout la fameuse plaque autochrome Lumière qui aura des adeptes jusqu'en 1946.

Inversement, aux Etats Unis, les inventeurs et les créateurs du cinéma vont immédiatement s'organiser, et donner une allure "industrielle" à leur activité : des brevets efficacement protégés, des avocats efficaces, des "licences d'exploitation" pour tout instrument, toute nouveauté, de la lampe à incandescence à la moindre manivelle articulée, le contrôle des tournages, la création et la location de studios spéciaux, le contrôle des salles de projection, organisé en sociétés, tout cela existe dès le début : l'habile Dickson crée dès 1894 les premiers studios de cinéma pour l'Edison-Dickson : il s'agit de Black Maria à Long Island où débuta Lilian Gish. C'est un véritable monopole, une

(2) Marc Esposito. Studio n° 1 avril 1987.

"dictature" qui crée une certaine intolérance et une véritable xénophobie pour toute innovation européenne... Dès le début, on est dans un "système".

De plus les créateurs du cinéma, s'ils ne sont pas riches eux-mêmes, vont chercher des capitaux auprès des grandes banques, des filiales de groupes : les tramways de Boston, les chemins de fer, la Western Electric, etc... et sont très bien reçus : on est en pleine expansion et l'argent est "facile". Si les Lumière ne voulurent pas exploiter eux-mêmes leur invention et devenir entrepreneurs de spectacles, par contre, aux USA presque tous les inventeurs veulent tout maîtriser de A à Z, du cranté de la pellicule au contrat du projectionniste : ainsi le génial Eastman de Rochester, qui avec Kodak créa un véritable empire... Les Lumière (même si on leur doit tout de même les énormes studios de Joinville) fournissaient des caméras à des "projectionnistes" qui filmaient ce qu'ils voulaient. Les Gaumont, les Pathé, les Edeline firent un peu la même chose... Par contre, les Américains créèrent les "Studios", permettant d'avoir la haute main sur la réalisation et la création, ainsi que le contrôle de puissants réseaux de salles.

C'est la plus grande période d'enrichissement, celle du gigantisme et des grandes entreprises naissantes ; on voit "grand" et l'on protège de manière draconienne l'innovation. L'avance technique et artistique des Lumière, des Actualités Gaumont, de Georges Méliès, de Max Linder est considérable, mais les entrepreneurs et surtout les inventeurs américains bloquent toute entrée des français sur le marché américain. Cela commence avec le monopole Edison-Dickson et ne se tarira jamais.

Dès 1896 Louis Lumière est à New York : son invention a un succès retentissant auprès du public de la côte Est ; mais il doit bien vite repartir : en effet, Edison-Dickson lui intentent un procès par film au nom de la concurrence déloyale et de "l'appropriation illégale de brevets américains". En 1899, Méliès réussit lui aussi très vite et très bien, en quelques semaines, et crée une société florissante : mais il subit le même sort, bientôt assailli de recours : près de 500 : un par film. Il rentre en Europe, écoeuré et ruiné.

Enfin, l'Europe, la France vont subir, supporter les tribulations historiques de la Première Guerre Mondiale : ses destructions, ses pertes en argent, en moyens, en énergies, mais surtout en hommes, en jeunes intelligences, en imagination ; il y aura les répercussions de la Révolution Soviétique avec son importante émigration aux Etats Unis : (une non négligeable partie des talents cinématographiques des Etats Unis, en particulier de Hollywood doit beaucoup à la révolution russe!) ; la fin des Empires centraux entraîne, à partir de 1919, l'exode de nombreux créateurs et la période 1920-1930 ne fera, avec ses multiples difficultés qu'amplifier le mouvement.

De 1905 à 1945 des exodes successifs d'Europe centrale, d'Italie, de Russie, de Scandinavie, d'Autriche, puis d'Allemagne, et les énormes pertes subies par les potentiels de moyens européens feront des Etats Unis le réceptacle privilégié des créateurs et de l'innovation

cinématographiques ; tant et si bien que l'on baptisera bientôt Hollywood "L'Arche de Noé".

En France, c'est la Grande Guerre qui crée les 2 premières réglementations "sérieuses" du cinéma : Le visa de censure et le service cinématographique des armées (créé un peu avant, en 1909, mais qui prend tout son sens et son véritable statut à l'occasion de la guerre).

En Europe et surtout en France on trouve donc cette tradition du libéralisme individuel, du laisser-faire, avec de grands espaces de "friche" juridique, surtout lorsqu'il s'agit de l'innovation technique. Il y a peu d'argent pour le cinéma, pas de formation systématique (pas d'école : on apprend "sur le tas"), peu de studios et aucun caractère "industriel" : l'initiative privée reste reine. Aux Etats Unis, au contraire, dans un contexte d'économie totalement expansionniste, l'organisation de la protection des brevets est draconienne, les inventeurs créent le système des "studios" permettant de tout contrôler. Cette dictature, notamment celle du Groupe Edison-Dickson se verra quelque peu contournée par l'expatriement sur la côte ouest, en Californie, où il n'y a pas encore de législation contraignante, et où le climat est propice aux tournages en extérieurs. Mais, le principal site choisi, Hollywood, faubourg rustique de Los Angeles, reproduira très vite la contrainte systématique des studios et la développera, en particulier avec l'arrivée du "parlant" à partir de 1926. C'est la guerre de 1914-18 qui fait définitivement des Etats Unis le pays de l'industrie cinématographique, basée sur l'exclusivité de moyens puissants et systématiquement organisés. Il faut donc prendre en compte dans cette évolution : les avatars historiques de la vieille Europe, la réelle xénophobie juridique des entrepreneurs américains, et un très grand sens de l'organisation.

Le berceau de la production cinématographique US est la "Côte Est" : New York et surtout le New Jersey et Long Island. A partir de 1909 un groupe de 13 chefs d'entreprises crée la Motion Picture Patents Company présidée par Edison (il vivra fort vieux, jusqu'en 1931) : les brevets d'utilisation des moyens techniques du cinéma ne sont confiés qu'à des sociétés capables de payer les droits d'utilisation fixés à des taux élevés de manière à éliminer les individualistes non solvables ou les entreprises peu fiables sur le plan financier ; pour éviter les contrevenants et les francs tireurs, la MPPC a un rigoureux système d'inspection, et pratique volontiers la saisie de matériel et des bobines.

Après Black Maria, Dickson crée en 1908 un studio mobile pour une nouvelle société : la Biograph C°. Griffith y débutera, dirigeant les premières "stars" : Mary Pickford, Lilian et Dorothy Gish.

Pour échapper à cet impérialisme, de nombreux producteurs indépendants, et surtout des nouveaux venus souvent fraîchement émigrés que "l'Establishment" de la Côte Est accepte mal, décident donc d'aller sur la Côte Ouest en pleine expansion. En 1912 la Pathé s'installe à Fort Lee dans le New Jersey, puis fusionne avec l'Universal Film. Mais un incendie ravagera les installations. Un certain David Selznick décide de recréer Universal en Californie en s'associant avec un certain Arthur Spiegel grâce à un financement par

actions des Postes et Télégraphes de Chicago : Universal est née, là où Maurice Tourneur dirigera ses premiers longs métrages. En 1915 William Fox, propriétaire de salles et dépendant de la MPPC en a assez et décide de créer sa propre compagnie à Los Angeles : le premier réalisateur de la "Fox" fut J. Gordon Edwards, le père de Black Edwards.

Les Compagnies pullulent bientôt dans l'euphorie créative de ce moment, et New York perd sa prééminence au profit de la Côte Ouest où la mentalité est moins conservatrice et où le terrain n'est pas cher. C'est à Hollywood que la Biograph installe les gigantesques décors de "Naissance d'une Nation" de Griffith en 1915. En 1913 le polonais Jesse Laski, Samuel Goldfish (futur Goldwin) et Cecil Blount de Mille s'associent pour faire le premier western de long métrage tourné aux Etats Unis : "Le mari de l'indienne" C'est le début de la Paramount.

Dans cet énorme mouvement inventif et financier, beaucoup disparaissent presque aussitôt que créés (par exemple la société où débuta Gary Cooper), mais l'ensemble est très prospère, créatif de nombreuses activités et emplois, et un des pôles de développement de la Californie. On évalue que le quart de la population de la région de Los Angeles travaille de près ou de loin grâce au cinématographe. La première guerre mondiale et l'évolution socio-économique des nations développées font aussi comprendre aux pouvoirs quel énorme moyen d'influence constitue le médium cinématographique : non seulement au pouvoir strictement politique, mais aussi aux pouvoirs financiers, à ceux moraux comme les Eglises et les mouvements moraux, aux syndicats, aux partis, aux associations familiales, aux écrivains et gens de culture : le médium cinématographique est, certes, un moyen de divertir, mais il est aussi moyen d'informer, (de "déformer" aussi), moyen d'éduquer, moyen de faire rêver, moyen d'embrigader pour une cause, moyen d'aduler ou de haïr. Lénine, qui était un "fou de cinéma", ne s'y trompera pas et utilisera largement les films pour répandre une image idyllique de la Révolution soviétique : il financera largement la production cinématographique dans un climat de pénurie générale, ce qui est très significatif de l'importance qu'il lui donnait.

La politique et ses ramifications, le devoir de mener les groupes sociaux et d'organiser les sociétés autour d'objectifs collectifs, firent du cinématographe une donnée de la vie nationale des Etats.

3. CINEMA NATIONAL

Les films portent une "griffe" de nationalité : cela dépend tout à la fois de la législation dont ils dépendent, de la façon dont le cinéma est enseigné, transmis et appris, de la "mentalité" générale dans laquelle il est fabriqué et de celle de ses créateurs.

En France, à cause de l'histoire tant agitée de l'Europe et du pays, ainsi que de la prolifération des créations et des tendances, l'activité cinématographique ne s'entoura que tardivement de réglementations, dans un pays où pourtant, traditionnellement, tout "passe par l'Etat" et l'initiative étatique selon une habitude quasi

monarchique. Toutefois l'habitude est prise, assez rapidement dès 1919, au sortir de la grande Guerre, de surveiller les professions. Il faut attendre les années 1930, sous l'influence d'un Etat de plus en plus autoritaire, pour qu'il y ait de vraies réglementations globales et de contraintes notamment dans le domaine professionnel, qui enfermeront les professions du cinéma français dans un véritable "corporatisme" dont il porte encore la marque.

Dès 1919 donc, il existe une surveillance et une organisation des professions. Le "visa de contrôle" instauré en 1916 pour fait de guerre devient un registre auprès du Ministre de l'Education et des Beaux-Arts d'abord, par décret du 25 juillet 1919, puis auprès du Ministre de l'Intérieur en 1928 ; contrôle qui sera renforcé, au fur et à mesure de la montée des troubles politiques et sociaux en 1931 et en 1936. Le statut professionnel des années 20 devient un véritable corporatisme sous Vichy, et finalement c'est même l'Etat qui, pour suivre l'exemple des fascismes italien et allemand, prend l'initiative de créer le Festival de Cannes (qui faillit être celui de Biarritz) en 1938. Donc, en France, l'Etat intervient tardivement, mais ensuite, dans les années 30, globalement et efficacement.

Aux Etats Unis -libéralisme oblige- on laisse beaucoup plus la bride sur le cou, et ce sont les studios qui créent leur propre loi. D'abord l'Etat fédéral ne se préoccupe que peu de cinéma, puis l'organisation des Studios permet un auto-contrôle permanent dans tous les domaines : "travailler dans le cinéma", du dessinateur au cadreur, du costumier à l'éclairagiste, du maquilleur à l'écrivain-scénariste, de la star totalement manipulée à la plus anonyme des figurantes, signifie "appartenir à un Studio", y être lié par contrat pour plusieurs années, par un contrat dictant les règles professionnelles, les obligations, et incluant une non-concurrence. Le régime des studios est sévère, la discipline est très dure ; si on ne respecte pas les obligations contractuelles, on est à peu près sûr de se retrouver au chômage, car il y a un fort principe d'exclusion. Ce système est souvent, d'ailleurs, assez mal vécu, mais d'une rare efficacité.

Les Studios jouent un rôle immense, de par leur conception même du travail, dans la modélisation de la discipline sociale : on est au studio comme à l'usine ou dans un bureau, même si l'on bénéficie de certains privilèges, notamment d'une rémunération supérieure à la moyenne. Cet aspect aura son importance au moment de la Grande Crise, qui paradoxalement fut un des moments les plus florissants du cinéma américain. Les studios sont aussi un des pivots des mouvements d'opinion et de la formation de la mentalité américaine : un peuple entier va au cinéma, y trouve des images communes, des héros, des modèles, des rêves communs, des repères, des phobies collectives, des attitudes devant l'adversité, le marasme ou la gloire : dans des salles immenses, et très nombreuses, réparties sur la totalité du territoire américain, de Seattle à la Floride et du Maine à Tijuana, sans que le Gouvernement Fédéral ait l'air d'y toucher, les studios imposent des critères nationaux, fabriquent un produit fini -le film- qui

correspond aux normes politiques et sociales que les pouvoirs en place attendent. Le film, que l'on va voir le samedi soir en famille, contribue à la formation d'une opinion typiquement "américaine" commune, moyennisant toutes les diasporas du territoire, les unifiant, leur donnant des repères et des héros communs. Ce rôle est fondamental à la compréhension de la mentalité américaine et surtout à la compréhension de sa formation ; le spectacle cinématographique, fut, à partir de 1895, et jusqu'à la généralisation de la télévision à domicile, un des outils principaux de l'unification de la mentalité politique et sociale nord-américaine.

Le cinéma aida des millions d'immigrés, venus de tous les horizons de l'Europe, à se sentir américains et à avoir les mêmes intérêts et les mêmes héros : Comme le dit si bien Paul Bernabeu dans son "histoire du cinéma" (3) "Qu'avaient en commun l'austère luthérien nordique, le juif d'Europe centrale, le Viennois en rupture sociale, l'effervescent napolitain, le catholique polonais, le grec orthodoxe, le superstitieux sicilien, le pragois sans situation, le mexicain fuyant la révolution, l'irlandais affamé ? Tarzan, Ramon Novarro, Clark Gable, John Ford, Charly Chaplin, Mary Pickford et Fred Astaire"...

A cet égard, on peut s'attarder sur 4 périodes particulièrement significatives : La Grande Crise de 1929 et les années Rooseveltiennes ; la Seconde Guerre mondiale ; la lutte contre le communisme et le Mac Carthysme ; l'organisation du Bloc de l'Ouest.

La Grande Crise de 1929 et les années qui suivirent immédiatement sont un moment important du cinéma américain. C'est la première fois qu'il joue, à l'échelon national, aussi évidemment un rôle de "rassembleur" social. Roosevelt ensuite, sans jamais intervenir directement, "aura des idées" pour utiliser ce médium, de même que sa femme Eléonor, qui aura quelques propos décisifs. Roosevelt sut admirablement utiliser les grands Studios, les "Majors" comme on commence à les appeler, pour diffuser sa politique du New Deal et son idéologie. L'immédiate après grande Crise voit, pour le cinéma, et fort opportunément, se conjuguer 3 faisceaux de faits complémentaires : Le parlant, inventé en 1926, est désormais tout à fait au point et permet la création de toute une pléiade de nouveaux styles et de nouvelles vedettes ; les salles se développent ; ensuite, au delà du sympathique cow-boy un peu simple et de Zorro, on trouve la vraie première génération de héros nationaux véhiculés par la bande dessinée et le cinéma ; enfin l'Europe qui commence à être la proie des totalitarismes, envoie sa troisième grande vague d'émigrants parmi lesquels, pour la première fois, de nombreux gens de cinéma, souvent fort experts, que l'Amérique va absorber avec bonheur.

Pendant ces temps si difficiles, pendant ce temps où tout va mal, pendant ce temps où pour certains même manger est devenu problématique, le cinéma sera une "usine à rêves", une école de résignation, un univers d'exemplarité, un lieu où, dans la médiocrité environnante, on trouve encore des héros à admirer : le cinéma

(3) Histoire du Cinéma. Paul Bernabeu. Atlas Hachette 1981.

américain des années 30 regorge de travailleurs infatigables, de pères de famille admirables, de mères qui se sacrifient, de soldats sublimes, ... mais surtout de banquiers au grand coeur, de politiciens généreux, de milliardaires prodigues, de femmes magnifiques et magnifiquement vêtues et endiamantées, de châteaux, de maisons somptueuses, de domestiques pleins d'humour, de trains de luxe, de bals et de fêtes. Les héros des films de la Grande Crise passent leur vie en smoking et en robe du soir, et dépensent les dollars à la pelle. C'est le moment de la plus grande gloire de Fred Astaire avec Ginger Rogers pour la RKO, des merveilleux "Music Halls" de la MGM avec ses figurations gigantesques et ses décors fabuleux.

Pourquoi tant de luxe ? Pour consoler : consoler de la pauvreté, de l'apreté des temps, du rêve américain perdu, pour empêcher tous ces émigrants déçus d'avoir mal, d'avoir peur, de se révolter. Le cinéma est une machine à lénifier les familles, à faire croire à l'éternité du rêve américain : les films de Capra sont très significatifs à cet égard ; le cinéma sert de régulateur social et aussi d'outil à résorber le chômage : il fournit par le gigantisme même des studios et de réalisations, de nombreux emplois, et notamment des emplois non qualifiés ; il permet aussi d'utiliser les talents ; les gigantesques quantités de figurants sont autant de moins sur le marché du travail. Nous ne pourrions plus, aujourd'hui, financer une telle quantité de figurants ; cela coûterait trop cher ; mais à l'époque, tous ces gens qui dès potron minet faisaient la queue aux portes des studios pour "faire la foule", "faire le chorus" étaient une aubaine pour tout le monde : pour les employeurs qui les payaient peu, et pour les chômeurs de la Californie, qui avaient ainsi la journée assurée : on était payé à la journée, et on avait le repas de midi assuré. Pour beaucoup, ce fut une appréciable planche de salut.

Les Studios prodiguaient du rêve, et aussi de l'espérance avec des héros qu'aucune adversité ne décourage, comme Tarzan ou Gary Cooper, et de l'espoir familial avec Mickey : c'est l'époque des débuts de Walt Disney et la gentille souris est le type même du "bon petit gars" secoureur de la veuve et protecteur de l'orphelin.

Il est important de trouver des héros qui fassent l'unanimité des opinions, des origines, des préférences : Zorro plaît aux chicanos et autres ticos, les flibustiers enthousiasment les WASP, Garbo éblouit, tout comme Marlène tous ceux rattachés aux cultures germaniques et nordiques, d'ailleurs avec "Ninotchka" on intègre les Slaves. Mais il faut faire encore plus universel : sous cet angle la petite souris héroïque est parfaite : Mickey et Minnie forment un couple américain idéalisé, et avec leur bon chien Pluto recréent un certain mythe du foyer américain ravagé par la crise. Encore meilleurs sont Tarzan et les héros de Frank Capra.

Le personnage de Tarzan fut créé par Edgar Rice Bourroughs en 1912 et protégé par brevet. Dès 1916, le cinéma muet le met en scène, produit par Parsons : c'est le premier long métrage à rapporter 1 million de dollars.

En 1932, la MGM cherche des héros aussi invincibles qu'universels : elle redécouvre Tarzan pour utiliser les documentaires

que ses opérateurs ont tourné en Afrique ; elle rachète les droits et met en chantier le premier épisode. C'est le metteur en scène Woody Van Dycke qui le dirige et qui découvre Johny Weissmuller, champion de natation pour incarner la nouvelle idole de l'Amérique ; ainsi Tarzan fait coup double : il rassemble sur lui les sportifs, les jeunes et les familles. Van Dycke découvre aussi Maureen O'Sullivan pour incarner Jane, laquelle embrase les coeurs des anglo-saxons ! Weissmuller, d'origine allemande, appartenant à une famille d'émigrés de fraîche date avoue que le fameux "cri" de Tarzan lui a été inspiré par le "iouille" des chansons tyroliennes... Le film est très réussi, fait des millions de spectateurs et rapporte une fortune à la MGM (4). C'est du beau travail : il y aura donc 5 épisodes long métrage jusqu'en 1941, puis 6 autres encore, confiés à Robert Florey jusqu'en 1946 (5).

Plus significatifs encore, sont les films de Frank Capra : La vie même de Capra est exemplaire du grand "mythe" américain et plaisait beaucoup à Eléonor Roosevelt dont il était l'ami : né pauvre en Sicile en 1897, Capra qui ne deviendra Frank qu'en Amérique, est embarqué pour l'émigration en 1903 par ses parents, avec 5 autres frères et soeurs. Toute la famille traverse le continent et finit par s'établir à Los Angeles : Frank Capra débute dans le cinéma comme "gagman" pour Mack Sennett ; puis il est engagé par la Columbia ; son premier film, "la ruée", est de 1932 se révèle très novateur avec un montage alternant les plans lents et rapides et des dialogues superposés, comme on les retrouvera dans ses plus grands succès (et comme cela devait se passer dans sa sicilienne famille) ; il traduit fort bien ce "tous les jours magnifié" que voulait Roosevelt. Ce seront, successivement, "New York-Miami" avec Claudette Colbert et Clark Gable, qui obtient 3 oscars, "L'extravagant Mr Deeds" avec Gary Cooper, "Vous ne l'emporterez pas avec vous" qui fut sans doute le plus moralisant, et , en 1939, "Monsieur Smith au Sénat" avec James Stewart. Capra est très représentatif de la "mentalité New deal" : l'entraide pour retrouver (ou trouver) bonheur et aisance à condition de respecter les poncifs sociaux américains ; on peut être original et avoir l'esprit d'aventure, mais il y a une règle du jeu à respecter : il faut rester honnête et respecter certaines hiérarchies. Ses "pauvres" sont souvent des "anciens riches". Il clôt la série en 1941 avec "L'homme de la rue"

(4) Woody Van Dycke fut un très grand réalisateur : il commença avec Griffith en 1916 et fit de nombreux "serials" pour le muet. Sous contrat à la MGM, il fut le découvreur de Mickey Rooney et de Janet Mac Donald. On lui doit "San Francisco" en 1936, passé à la postérité et qui reconstitue le tremblement de terre de 1906.

(5) Seul le 3^e épisode de Tarzan, "Tarzan s'évade", ne fût pas confié à Van Dycke : il lui fut même retiré : préparé juste après Munich, dans un climat très tendu, il fut jugé trop violent par la direction de la MGM qui confia le tournage à Richard Thorpe. Il fut jugé "non familial et préjudiciable au moral de la jeunesse". Le scénario fut "retapé" par un des écrivains-maison, John Farrow, qui épousa Maureen O'Sullivan. Une de leurs filles, l'actrice Mia Farrow a épousé Woody Allen, lequel rend un vibrant hommage à Tarzan dans sa "Rose pourpre du Caire".

toujours avec Gary Cooper, qui pendant toute cette période représente et incarne vraiment l'américain idéal.(6)

Car face à l'immigration si disparate, "l'Américain" idéal doit exister, et dans le monde du cinéma cet impératif est primordial. Sûrement parce que les gens de cinéma ont conscience d'être les artisans du plus formidable outil d'intégration sociale qu'une nation ait jamais eu à sa disposition ; mais aussi parce que ces personnages souvent si doués sont eux-mêmes si disparates : en recréant plus ou moins artificiellement des racines communes, ils inventent ils s'inventent pour eux-mêmes leurs propres racines : de la première à la seconde guerre mondiale, un flot presque ininterrompu d'Européens de tous horizons va déferler sur l'Amérique du Nord et ses Studios de cinéma : après les "pionniers" de la vague 1880/1900, c'est la grande Guerre qui ravive le mouvement et l'amplifie : en 1914 Charly Chaplin arrive ; il fonde, pour lutter contre les diktats des majors, avec Mary Pickford, Douglas Fairbanks et Griffith "Les Artistes Associés" : c'est la première auto-gestion de leurs contrats et de leurs revenus par des "stars". Lasky, lui, fait cavalier seul à la Paramount. A partir de cette époque arrivent d'Europe tous ceux qui vont devenir Von Stenberg, William Wyler né à Mulhouse en 1902, Ruben Mamoulian né en Géorgie à Tiflis en 1898 ("La reine Christine", "Zorro"), Milestone né à Odessa en 1895, Ernst Lubish si terriblement viennois ("the shop around the corner", "ninotchka", "tobe or not to be"), Fritz Lang lui aussi né à Vienne en 1890, le Hongrois Alexander Korda (7) né en 1893 ("le troisième homme", "les quatre plumes blanches", "Henri VIII", "fantômes à vendre), Fred Austerlitz, né en 1899 et qui va devenir Astaire, William Dieterlé né à Lugwigshafen en 1893, le grand Michael Curtis de son vrai nom Mihaly Kertez né en Hongrie en 1888 ("la charge de la brigade légère", "Casablanca", "captain Blood", "Robin Hood" avec Errol Flynn dont il est "l'inventeur" et avec lequel il tourna 13 films), l'allemand Richard Siodmak, Elia Kazanjoglou né à Istamboul en 1909, Nicolas Ray né Kienzlé auquel on doit "Johny Guitar", "les 55 jours de Pékin" et "la fureur de vivre", Otto Preminger né à Vienne, l'auteur de l'inoubliable "Laura" avec Gène Tierney ; Stanley Kramer et Stanley Kubrick ; les français René Clair, Jean Renoir et Julien Duvivier, Max Ophuls, Bapst, et Charly Chaplin d'origine juive anglaise dont le héros "Charlot" a un succès fou mais dont les personnages d'ouvrier lucide et insoumis ou de clochard marginal seront jugés trop "subversifs". Et tant, et tant d'autres, d'acteurs, de techniciens, de décorateurs fabuleux, de musiciens (à commencer par Gershwin et Shonberg)....

(6) Capra changera radicalement de style pendant la seconde Guerre mondiale qui l'affecta profondément : il entreprendra "Arsenic et vieilles dentelles" en 1941 qui ne sera terminé qu'en 1944. Il deviendra indépendant en 1946 et tournera jusqu'en 1964 avec moins de bonheur ; son plus grand succès de cette période est "Si l'on mariait papa ?".

(7) Représentant de la Paramount en Angleterre, Korda y restera et fondera sa propre société. Ami de Winston Churchill, il transportera souvent des messages diplomatiques à l'intention de Roosevelt et sera annobli par George VI.

L'Amérique croit au cinéma, s'incarne en lui, vibre pour ses héros : Pays au passé très récent, à l'histoire ultra brève, dont les habitants n'ont pas d'histoire commune, pas de souvenirs communs, peu de héros nationaux, aucune tradition construite ensemble, il va se créer une mentalité de repère grâce au cinéma : les Etats Unis n'ont pas de dynastie, de roi régnant, de princes et de princesses ; ils vont inventer les "stars" dont Hollywood sera la capitale et les Studios les châteaux : Clark Gable sera "the King", Garbo sera "la divine", Errol Flynn le héros au grand coeur, Robert Taylor le preux chevalier, Gary Cooper l'Américain idéal, Elisabeth Taylor la fiancée de tous les Américains. Grâce au cinéma, tous ces habitants si disparates ont des sujets de conversations communs. Les financiers encouragent l'entreprise : la RKO c'est le groupe Morgan/ITT ; La 20th Century Fox est une filiale de la Général Electric, etc.... des dizaines de milliers de gens trouvent donc, malgré les contraintes de grands studios, du travail, des moyens considérables à leur disposition, et une liberté dont la plupart n'avait jamais joui en Europe... Au début le cinéma récupéra tous les "non-WASP" parce qu'il était muet et permettait l'amalgame... Entre 1896 et 1926, 2 générations auront le temps d'apprendre à parler l'américain et de devenir Américaines.

Hollywood, toutefois, n'est pas la liberté totale, loin de là : c'est avant tout la discipline et le travail. La notion de rentabilité prédomine ; on fait fortune et faillite à un rythme effréné. Les grands Studios se créent et s'organisent à partir du système des brevets Edison du tout début et selon le schéma du US Patent Office ; Carl Laemmle (né en Allemagne en 1867) crée *Universal*. Adolf Zukor (Hongrois) crée la *Paramount*, William Fox, qui était à l'origine teinturier, crée la Fox, Laskit et Goldwin créent la Player Corpo, puis se séparent, Louis B. Mayer, né à Minsk, crée la MGM, les 4 frères Warner créent la Warner Bros Co, Darryl Zannuck crée la 20th Century Fox avec Fox, Harry Cohn, "inventeur" de Rita Hayworth, crée la Columbia...

Après l'arrivée du parlant, et surtout après la Crise, le marché est totalement dominé par les 5 plus gros studios, véritables états dans l'Etat : les 5 Majors : Paramount, MGM, Warner, 20th Century et RKO auxquelles s'adjoindront un peu plus tard Universal et Columbia, ainsi que United Artist. Voilà tout l'univers du cinéma. Très loin derrière se trouvent quelques petites sociétés de series B (que les Majors gardent quelquefois comme pépinières de nouveaux talents), quelques indépendants et mécènes comme Howard Hughes. Tous les financements sont industriels, et cotés en bourse.

Très peu de monde a le pouvoir, et surtout le pouvoir de décision : Louis Mayer (qui passera bientôt les rênes à son gendre Irving Thalberg, époux de Norma Shearer et qui bien que disparu jeune, en 1938, fut surnommé "the last tycoon" et influença beaucoup le "style" MGM) ; Jack Warner, Zannuck, Selznick qui imposent leurs goûts, leurs lubies, et parfois leurs maitresses.

Chacun a son style, ses vedettes sous contrat, son secteur ; parfois on se "prête" une star ou on parvient à une alliance pour un ou

plusieurs films, mais les dispositions des contrats conclus pour plusieurs années -notamment en ce qui concerne les acteurs ou les auteurs- sont très contraignantes et empêchent toute concurrence déloyale. La rupture de contrat est sévèrement et financièrement sanctionnée. Les studios sont des laboratoires à starlettes, mais aussi de véritables "usines à auteurs" : on écrit, ré-écrit, remodèle et modifie les scénarios à tour de bras ; Scott Fitzgerald, Faulkner, Dasniel Hammet écriront, entre autres, pour les studios à certaines époques de leurs vies, avec des bonheurs inégaux, et dans tous les cas en se plaignant amèrement de la perte de leur liberté.

Hollywood n'est pas permissive. Elle propose l'argent, les moyens matériels, des structures, une puissante organisation, et dans le flot de tous les films produits, parfois la possibilité de s'exprimer. Mais il ne faut pas s'y tromper, même génial, l'on reste un salarié des Studios qui décident souverainement, et décident des "lignes" de productions et des modes ; l'on peut être remplacé du jour au lendemain, traité comme un esclave ou presque, astreint à des obligations professionnelles et privées, et pour les acteurs à des "remodelages" sans fin. En outre l'Amérique très puritaine a, dès la fin de la Grande Guerre, fait à Hollywood une effroyable réputation de Babylone décadente et pécheresse à la suite de plusieurs scandales de drogue, de moeurs et d'argent. Or, il fallait vendre les films ; et l'opinion, les citoyens des classes moyennes, les associations familiales et féminines, les Eglises, les associations de parents, les écoles boudaient les films issus de cet art et de ces professions dissolues. Il était impératif de reconquérir la clientèle, notamment celle - la plus importante- de l'Américain moyen.

Dès 1923 les maisons de production créent la Motion Producers and Distributors of America (MPPDA) destinée à "promouvoir les intérêts de tous ceux employés par l'industrie cinématographique en imposant dans la production filmée des niveaux moraux et artistiques, des valeurs éducatives et divertissantes"... Un supporter du Président Harding, l'avocat *William Harrison Hays* devient président de cette MPPDA et met au point un code d'autodiscipline de la production contrôlant les moeurs de toute la population hollywoodienne et imposant des règles strictes destinées à éviter les censures dans les différents Etats de l'Union. Surnommé "le tsar du cinéma", Hays impose une typologie définitive à toutes ces contraintes dans le "Motion Picture Production Code" plus connu sous le nom de *Code Hays*, entré en vigueur en mars 1930 et renforcé en 1934 sous l'influence de la Catholic Légion of Décency.

Le Code obéit à trois grands principes généraux : en premier lieu, on ne peut produire de films abaissant le niveau moral des spectateurs ; la sympathie du public ne doit jamais aller vers le tort, le mal, le crime ou le péché ; en second lieu, on ne doit présenter que des exemples de vies honnêtes ou bien des péripéties où l'honnêteté finit par triompher ; enfin, la Loi, naturelle ou humaine, ne doit jamais être ridiculisée. Suit une longue liste de "situations interdites ou déconseillées" : les violations de la loi ; "la sainteté de l'institution du

mariage ne doit jamais être perdue de vue", "l'adultère, parfois nécessaire à l'intrigue, ne doit pas être l'élément essentiel, ni être justifié en séduisant", "les scènes d'amour doivent être évitées chaque fois qu'elles ne sont pas indispensables" ; l'amour ne doit pas être montré de manière vulgaire ; la nudité totale, les perversions sexuelles, la traite des blanches, l'inceste, les maladies vénériennes, les scènes d'accouchement sont interdits. La religion, le drapeau, les sentiments nationaux, l'histoire nationale, les hommes remarquables de la nation, doivent être traités avec respect et courtoisie. Les scènes de pendaison, exécutions, interrogatoires poussés, scènes de férocité, rapt, lynchages, cruautés, opérations chirurgicales doivent être traités avec "les plus grandes précautions".

Il s'agit donc d'un Code d'auto-censure, destiné à "mieux vendre" et qui prend toute son ampleur avec la Crise et au moment du New Deal lorsque les Etats Unis ont besoin de retrouver confiance, et doivent reprendre courage dans des valeurs morales. A Hollywood, les Studios ont décidé que la vie était toujours belle et que les "bons" triomphent toujours. Le Code contribue de manière fort efficace au relèvement général et au redéploiement de l'industrie cinématographique : tous les producteurs, et surtout les Majors, l'appliquent tacitement bien qu'aucune sanction ne soit prévue : la réelle sanction est simplement l'arrêt du projet ; ainsi aucun film important ne fut jamais censuré (sauf "Le banni" d'Howard Hughes en 1940).

De 1934 à 1968 le Comité Hays a "contrôlé" un peu plus de 5000 films. Les Studios préférèrent faire le ménage eux-mêmes plutôt que de risquer l'intrusion fédérale d'une censure officielle de l'Etat central. Rédigé par le père jésuite Daniel Lord, le Code avait pour but "le progrès social et moral, l'élévation de la vie sociale, la justesse de pensée" : dialogues cisailés, scènes retirées, répliques blanches, disparition des chambres à coucher à "lit français" (à 2 places), transformation des prostituées en danseuses, des assassins en repentis : l'électrocution finale d'"Assurance sur la mort" est coupée, l'accouchement d'"Autant en emporte le vent" suggéré en ombres chinoises, la syphilis de Claire Trévor dans "Rue sans issue" transformée en tuberculose : on chasse les Mexicains du "trésor de la Sierra madre" par décence. L'alcool aussi était une des bêtes noires du comité : W.-C. Fields dut modifier 60 scènes de ses films pour cette raison ; dans "Le faucon maltais" la plupart des scènes de boisson alcoolisée sont coupées ou changées. ..

Ainsi deux générations d'Américains furent-elles élevées dans la certitude que le divorce n'existait que rarement, que le crime était toujours puni, la guerre glorieuse, les soldats yankees immortels, les alcooliques toujours guérissables... La brèche ne commencera à s'entr'ouvrir que dans les années 50, notamment avec "L'homme au bras d'or" en 1955, et le Code ne sera répudié qu'après 1968.

Le Code Hays a joué également un rôle très important dans une seconde période très significative sur le plan socio-politique au cinéma

américain : celle de la Seconde Guerre Mondiale, où il contribua largement à "entretenir le moral" de la population, à magnifier les soldats américains, et à diffuser "l'american vision of the world". Bien sûr, il y eut des films de propagande, mais finalement assez peu par rapport à un autre procédé qui est d'utiliser de vrais films de divertissement de très bonne qualité pour y insérer quelques règles d'attitudes morales et quelque exemplarité.

Dès l'entrée en guerre des Etats Unis, Hollywood, à qui les autorités jusque-là, ont imposé un prudent neutralisme, va s'engager dans la propagande militariste ; et combattre ainsi les tendances isolationnistes d'une opinion encore divisée : à la fin des années 30 la plus grande majorité de l'opinion américaine est hostile à toute intervention en Europe ; le "neutrality act" voté par le Congrès en août 1935 interdit toute vente et tout transport d'armes à destination de puissances belligérantes.

Lorsque la guerre éclate en Europe, les USA vont ainsi observer un prudent attentisme : période un peu scabreuse de 27 mois. Hollywood, fidèle reflet de l'opinion, abandonne les projets de productions mettant en scène des espions allemands, des réfugiés politiques ou la lutte antinazie : ainsi la Fox interrompt "I married a nazi" et "Correspondant 17" finalement mis en scène par Alfred Hitchcock est différé. La Warner, qui a risqué quelques films carrément antinazi en 38-39 se voit "conseillé" de renoncer et retire du circuit de distribution plusieurs créations.

Par ailleurs, les victoires allemandes en Europe causent un grave préjudice aux chaînes de distribution des Majors. En Hollande 1400 salles sont fermées, ce qui représente une perte de près de 3 millions de dollars par an. Si on y ajoute les pertes en Pologne, en Scandinavie, en Italie et aux Balkans, c'est le quart des revenus de distribution qui s'envole ainsi en fumée. A la fin de l'année 1940, tous les pays d'Europe à l'exception de la Grande Bretagne, de la Suède, de la Suisse et du Portugal, ont fermé leurs frontières aux films américains.

L'Amérique reste dans l'expectative, et à l'exception de "The great dictator" de Chaplin, les producteurs observent la prudence, même si on ne peut tout à fait ignorer le conflit. D'ailleurs beaucoup de gens de cinéma, émigrés d'Europe de fraîche date, sont profondément traumatisés par la guerre européenne. Greta Garbo elle-même évoquera souvent le profond désarroi dans lequel la guerre la jeta. Mais le cinéma de divertissement garde ses droits, et jusqu'à la fin 1941 la situation militaire reste abordée de manière plutôt superficielle: il s'agit le plus souvent de comédies comme "Engagé volontaire" avec Bob Hope, "Deux nigauds soldats" ou "A yank in the RAF" avec Tyrone Power. Toutefois, beaucoup de cinéastes se sentent concernés, et contournent l'obstacle de la réserve par des sujets historiques ou poétisés : ce sera le cas du remarquable "Sergent York" de Howard Hawks évoquant la guerre de 1914 et pour lequel Gary Cooper obtiendra l'oscar : l'allusion patriotique y est des plus claires. De même Alexandre Korda réalise "Lady Hamilton" où les allusions militaires sont nombreuses. Toutefois, menée par les isolationnistes, la résolution 152 des

Sénateurs Nye et Clark propose la constitution d'une commission d'enquête sur "toute propagande insidieuse tendant à inciter les Etats Unis à participer à la guerre européenne". De cette manière, 17 films "suspects" seront soumis à l'appréciation de personnalités politiques : 4 de la Warner, et plusieurs de la Fox et de la MGM.

Toutefois, l'aube du 7 décembre 1941 à Pearl Harbour change radicalement l'attitude mentale ; Roosevelt peut désormais "conseiller" le film belliciste et patriotique ; Hollywood s'empresse d'exploiter l'élan émotionnel qui ébranle tout le pays, et dès le début 1942 "Remember Pearl Harbour" fait un triomphe. Si l'état de guerre entraîne des restrictions et des horaires stricts en raison du couvre-feu, les Studios bénéficient de la confiance du pouvoir politique pour soutenir l'effort et la mentalité de guerre. En mai 1942 l'ensemble des Studios décide que "désormais dans les productions, Hitler et Hiro-Hito ne doivent plus apparaître comme les seules incarnations du mal, car le public doit prendre conscience de la responsabilité collective des peuples allemands et japonais qui ont porté au pouvoir de tels chefs".

Les services officiels de propagande et les Studios édictent les canons du film de guerre et retiennent 6 schémas-types, avec notamment celui de "La nation amie" ("Madame Miniver" de William Wyler avec Walter Pidgeon en sera le modèle), l'exaltation de l'abnégation des civils, la droiture individuelle... A sa manière Hollywood mobilise, et dans tous les styles, à commencer par la comédie musicale : les chanteurs marins héroïques seront légion. Il faut donner confiance à la nation : c'est par exemple l'objet de "Sentinelle du pacifique" de la Paramount ou de "Chevaliers du ciel" de MGM avec James Cagney, réalisé par Michael Curtiz.. Huston, John Ford, Frank Capra, Walt Disney réalisent des films quasi officiels : le cinéma monte au front pour défendre les valeurs américaines. Un des plus spectaculaires, qui aura un succès immense est "La bataille de Midway" de John Ford. Le Président Roosevelt a pleinement conscience de l'impact politique de telles productions et les encourage ; en exaltant le courage et la loyauté des enfants de l'Amérique, du G.I. ordinaire, les Studios servent la cause nationale. Les films sont également destinés, (et soigneusement sélectionnés) au public britannique, car l'identité de langue, et la proximité culturelle font de ce front avancé de la stratégie de reconquête, un marché tout autant privilégié que décisif. L'Angleterre doit avoir bon moral, Winston Churchill l'a dit, et le cinéma doit y contribuer. Les Majors y distribuent beaucoup de comédies destinées autant aux civils qu'à l'énorme population militaire cantonnée à partir de la fin 1943. En ce qui concerne les films de guerre, les stéréotypes sont bien établis : les Japonais sont toujours affreusement cruels voire sadiques, les Allemands fanatiques et outranciers, les Anglais sont loyaux et sérieux, les Russes follement braves. Tous les faits d'armes sont repris par la fiction cinématographique, comme "Destination Tokyo" de Delmer Daves ou "Prisonniers de Satan" de Lewis Millestone, ou encore "Les forçats de la gloire" de William Wellman.

Enfin, si Hollywood met ses talents au service du drapeau, elle donne aussi l'exemple, et ceci a un impact considérable : Elle rachète

ainsi sa vie dissolue passée et entre en grâce dans la mentalité puritaine de l'Américain moyen. Les plus grandes Stars s'engagent dans les unités combattantes (comme James Stewart dans l'aviation, ainsi que Clark Gable et Tyrone Power) ou parcourent le front pour soutenir le moral des troupes. Le cinéma est la principale distraction des troupes : une statistique de 1943 indique que chaque soir quelques 630.000 militaires assistent à la projection d'un film de Hollywood, et beaucoup de soldats ont le plaisir de rencontrer pour la première et unique fois de leur vie leurs vedettes favorites en chair et en os : les fameuses tournées "Stars over America" dans les hôpitaux et les bases militaires assurent un surcroît de succès à toutes les stars : Bing Crosby, Marlène Dietrich, Al Jolson, Bob Hope triomphent.

Mais le film sans doute le plus significatif de toute cette période, car il est exemplaire par son côté "film de pur divertissement" tout en étant l'archétype du film de propagande pleinement réussi, est "Casablanca" de Michael Curtiz pour la Warner: Une histoire finalement très intimiste, un humour constant, une chanson rengaine qui fera le tour du monde, des répliques innoubliables ("Play it again, Sam"), c'est en fait un film de circonstances : doté d'un des plus gros budgets de la Warner, avec 2 super vedettes et quelques émigrés comme Paul Heinreid et le français Marcel Dalio, le film se passe à Casablanca, plaque tournante de la fuite d'Europe et lieu stratégique de la reconquête par l'Afrique du Nord : sorti en 1942 et connaissant un très grand succès immédiat, "Casablanca" est en fait destiné à faire comprendre aux familles américaines (et anglaises) pourquoi leurs garçons vont aller se faire casser la figure en Afrique du Nord en 1943 : il est une façon d'apprendre la géographie politique aux Américains qui l'ignorent complètement, et justifie l'opération Torch. Les 2 stars sont très populaires : Ingrid Bergman est d'origine suédoise et incarne à merveille l'Européenne en fuite qui sacrifie son amour pour sauver son mari héroïque résistant ; Humphrey Bogart solidifie ici son personnage de héros taciturne et solitaire : "c'est un solitaire qui a un arrangement personnel avec le destin". La scène finale est un modèle du genre : l'avion de la liberté s'envole après que le vilain officier allemand ait été tué par le modeste et tout à la fois mauvais garçon au grand coeur américain, et avec la complicité souriante de l'officier français ; ce dernier jette une bouteille d'eau de Vichy dans la corbeille à papier et s'en va s'enrôler dans la résistance avec l'Américain, tandis que la bande-son distille successivement et entremêlés l'hymne de la marine américaine, la Marseillaise et la rengaine-jazz du film... On n'a jamais fait mieux.

La troisième période significative du cinéma industriel américain est celle où la production, toute auréolée de son rôle pendant la guerre, s'empare du marché européen tout entier dès la Libération, grâce au Plan Marshall et au *Système Byrnes* ; par ailleurs la Guerre Froide crée un climat tout à fait particulier à l'intérieur même des Etats-Unis : ce sera la gigantesque phobie du communisme, avec le *Mac Carthysme* et la chasse aux sorcières qu'il entraîna dans tout le territoire, et en particulier dans le monde du cinéma. Ces 2 effets

conjugués vont donner un caractère très particulier à la production des Studios, strictement réglementée, et qui atteindra aussi à ce moment son plus grand gigantisme : le système du Plan Byrnes est, pour l'industrie cinématographique, la traduction de l'aide Marshall ; il s'étend à tous les pays libérés par les Alliés, et son application concernera tous les Etats qui acceptent les propositions Marshall. Le Plan Byrnes sera surtout efficace en France, en Italie, à un moindre degré en Grande Bretagne, et dans une version renforcée en Allemagne de l'ouest. La règle du jeu est assez simple : l'Europe libérée est ravagée et n'a plus d'industrie cinématographique. Les Etats Unis proposent une substantielle aide financière, et des moyens de distributions fournis par les Majors moyennant un conformisme certain à l'idéologie américaine. Dans bientôt un contexte de *Guerre Froide*, le cinéma devient un moyen extraordinairement efficace de lutte contre le Communisme. Une lutte culturelle et sociale : en exportant "l'American way of life" et ses images si "clean" de confort, d'aisance, de famille, de chiens sympathiques, de blondes platinées, de musique et de danse, les Etats Unis garantissent une vision commune de la société, de l'économie et de la politique. L'ensemble des Accords Byrnes est une vaste machine de lutte idéologique ; en France, ils sont signés par le Ministère Blum en juin 1945, Gaston Defferre étant Ministre de l'Information (Jean Lecanuet est son chef de Cabinet). L'Europe manque de films : le plan prévoit 2 principales dispositions à la production, et deux autres au financement : les Studios fourniront un nombre important de films (l'Europe a beaucoup de retard : elle a toute la production américaine, des années de guerre à regarder : des quotas sont établis ; les 5 premières années 3 films américains sur 5). (On peut se souvenir du dialogue de "L'armée des ombres" de Jean-Pierre Melville entre Lino Ventura et Paul Meurice sortant d'une projection à Londres d'"Autant en emporte le vent" terminé en 1939 : "lorsque les français pourront voir ce merveilleux film, la guerre sera finie"). La trésorerie américaine apportera en outre une aide importante à la production et à la distribution : les Majors construisent à des vitesses record des salles de cinéma : Paramount-France, Warner, MGM et consorts reconstituent en beaucoup mieux ce qu'ils avaient avant la guerre ; la reconstruction des studios bénéficie de la même assistance. Enfin 1.800 millions de dollars de dettes sont annulées.

Cet ensemble de dispositions financières et juridiques nécessite un organisme capable de gérer les fonds et de contrôler l'application des accords : en France, ce sera le Centre National de la Cinématographie : il vérifiera l'emploi des fonds, assure la billetterie, autorise l'accès aux diverses professions, accorde les visas de distribution, coordonne l'ensemble de la vie cinématographique française et assure la liaison avec l'Etat.

Cela annule le très protecteur décret Herriot de 1928, et ouvre la France à la pénétration de la production américaine. Dès 1946 c'est le déferlement. Louis Jouvet déclare ; "c'est soumettre le public français à l'esprit et au goût américain". En 1948 le président Truman déclare qu'il considère comme primordial que les films américains soient projetés "partout dans le monde". Cette pénétration culturelle est donc

liée à la puissance et la prolonge comme elle la prépare et l'accompagne.

Elisabeth Taylor devient donc la fiancée idéale de l'Europe, et Spencer Tracy le père modèle du monde entier. C'est de cette manière que l'industrie cinématographique découvre tout à fait "l'internationalisation" (ébauchée par les régimes autoritaires d'Italie et d'Allemagne). Il faut ajouter, que de l'autre côté du rideau de fer l'URSS pratique exactement la même chose, imposant sa production dans tous les pays qu'elle contrôle, sous la tutelle du Parti). La seconde Guerre mondiale et les totalitarismes ont donc fait découvrir aux peuples la dimension internationale du cinéma, jusque là soigneusement éludée par les différents protectionismes et l'isolationisme des USA ; dimension internationale qui ira se développant, s'amplifiera avec la télévision, et qui nous paraît maintenant parfaitement naturelle.

Au même moment, dans ces années 1946-1954, aux Etats Unis mêmes se développe, sous la présidence de Harry Truman, une vague puissante d'anticommunisme, à la fois primaire et viscéral, qui atteint son paroxysme avec la campagne du Sénateur du Wisconsin, Joseph Mac Carthy : *Le Maccarthysme* sévit de 1950 à 1954 et fait un nombre non négligeable de victimes dans les milieux du cinéma. Dès 1943, en pleine guerre, existe déjà à Hollywood "l'Alliance pour la préservation des idéaux américains" regroupant la quasi totalité des producteurs et tous les grands Studios.

En 1946, cela prend de plus grandes proportions avec la *Ligue contre les menées anti américaines*, la redoutable "HUAC". Hollywood avait déjà été le théâtre d'affrontements politiques violents, et d'éminentes personnalités du cinéma ont souvent affiché des opinions très indépendantes. De plus ce milieu est un terrain privilégié pour les politiciens avides de publicité, les noms célèbres ne pouvant manquer de faire la une des médias. Des enquêtes préliminaires déclenchent en 1947 une vague d'investigations qui reçoit immédiatement l'appui des grands studios. Jack Warner lui-même rompt avec les scénaristes qui, pour les besoins de la guerre, lui avaient écrit des films "pro-soviétiques". En tant qu'organe du Congrès la Commission est en droit d'exiger des réponses à ses interpellations, des témoignages, des preuves de bonne conduite. Elle met en place un système de délation collective où l'on est prié de signaler tout individu qui semble "un mauvais américain". C'est "la chasse aux sorcières". Un certain nombre refuse de coopérer ; il faut prêter un serment de "civisme". Il y a un climat d'hystérie collective et de délation généralisée. Certains coopèrent avec zèle comme Walt Disney ("il n'y a pas de communistes chez moi, nous sommes américains à 100%"), Jack Warner, Louis Mayer, Ronald Reagan, Robert Taylor, Adolphe Menjou. D'autres prêtent serment et déposent à regrets, comme Gary Cooper. Enfin 19 personnalités, dont Edward Dmytryck et Adrian Scott refusent de se prêter à la procédure : ils seront sur la "liste noire", interdits de travail et de séjour. John Berry, l'acteur John Garfield sont également dans ce cas. Evidemment, leurs films sont contestables : ils dénoncent une Amérique de pauvres, de paumés, de quartiers sinistres, de chômeurs,

d'alcooliques, que l'on ne veut pas voir, qui sont inadmissibles dans l'image que l'Amérique veut donner d'elle-même et de son "way of life" ; donc c'est "anti-américain", donc communiste. Un film comme "He ran all the way" de John Berry donne des Etats Unis et de leur police une image absolument sinistre ; le héros est lamentable d'un bout à l'autre : criminel par veulerie, mauvais fils, alcoolique, amant crapuleux. En 1951, c'est insupportable. Berry partira en Europe. Des étrangers, comme Charly Chaplin, Jean Renoir, Joseph Losey sont également touchés par l'HUAC. Les films produits à cette époque par les studios sont éminemment bien pensants, très "familiaux", uniformément optimistes, dégoulinent de patriotisme et de tous les poncifs de la classe moyenne américaine : "Les plus belles années de notre vie" de William Wyler avec Myrna Loy et Frédéric March, produit par Samuel Goldwin est ce que les USA préfèrent. Un certain nombre de professionnels réagiront contre ces excès, considérant qu'il s'agit là d'une véritable violation des droits civiques garantis par la Constitution : ils constituent le Comité pour le Premier Amendement sous l'égide de John Huston, de William Wyler et de Philip Dunne ; le ralliement de très grandes vedettes comme Humphrey Bogart, Laureen Bacall, Dany Kaye, Gene Kelly fait grand bruit à Washington et ralentit le travail de la Commission. On évalue environ, finalement, à un peu plus de 300 personnes à Hollywood, le nombre de ceux qui furent de cette manière "épurés". L'élection à la Présidence du Général Dwight Eisenhower mettra fin à ces excès ; le Maccarthysme disparaîtra bientôt ; remplacé par un anti-soviétisme, certes virulent souvent mais moins maladif. La Commission d'enquête sera officiellement dissoute en 1966.

Parallèlement et en même temps que la main mise sur l'Europe, la lutte contre le communisme, se profile dans la politique des studios, un quatrième aspect de la production des Studios : c'est l'organisation du Bloc de l'Ouest : c'est la période de l'"endiguement", des théories de Kennan mises en oeuvre par John Foster Dulles sous la présidence Eisenhower. Avec le recul du temps, on constate que le Général fut un bon président lors de son premier mandat : il eut le mérite de dédramatiser le climat américain, de remettre les esprits à plus de raison à l'égard du communisme : il dissout la Commission Mac Carthy dès qu'arrivé, même s'il mène jusqu'à son terme la sentence prononcée contre les Rosenberg, "Pour apaiser la guerre froide internationale, il faut commencer par en finir à l'intérieur même des Etats Unis avec l'hystérie anti communiste" : tel est son discours. La politique extérieure des USA adoucit donc sa stratégie, et organise le Bloc de l'Ouest par une technique "douce" d'enrobage de l'Union Soviétique avec des alliances, des Pactes, et s'applique à créer une communauté idéologique, en exportant tous les bons côtés de son mode de vie, son image, ses objets usuels, sa publicité, ses héros, sa musique, et bien sûr, son cinéma. Les Majors ont un rôle primordial dans cette stratégie et "arrosent" le monde entier de films américains : dans cette stratégie de distribution intensive, la mise sur pied de réseaux de salles est

primordiale. Deux cibles privilégiées : l'Europe et l'Amérique Latine du Mexique à la Patagonie .

Pour l'Europe, la stratégie filmographique continue sur sa lancée de la guerre et de l'avant-guerre. Mais pour le continent latino-américain, rompant avec la tradition isolationniste, toute une politique de pénétration est mise sur pied : C'est la période "exotique" de la production des Majors avec des archétypes mexicains, cariocas et andins. Ces films, en fait ont un double objectif : faire admettre aux latino-américains les nord-américains et la présence des USA ; et d'autre part faire découvrir aux yankees les bons angles de l'Amérique latine. Comme potentiellement on s'adresse à un public plutôt sous-développé et dont la culture est assez loin de celle de l'Amérique du nord, il faut des films simples, faciles à comprendre, gais car le rire est le meilleur des ciments universels, et s'adressant à tous publics. C'est l'Amérique de Carmen Miranda, de Catherine Dunham, d'Esther Williams et du "Bal des sirènes", de "Sous le ciel d'Argentine", "That night to Rio". Les studios intègrent la Samba, les Mariachis, le rythme guarani, en font des comédies musicales. Un domaine remplit spécialement bien ce rôle, c'est le dessin animé : les studios Walt Disney réaliseront des miracles, avec des centaines de cartoons, et surtout 2 longs métrages comme "Cariocas" et "Los tres caballeros" dans lesquels Pluto, Donald, Mickey deviennent sud-américains. Tom et Jerry, Bugs Bunny, le Coyotte et quelques autres suivent les mêmes accommodements ; on crée même Speedy Gonzales "La souris la plus rapide de tout le Mexique". Certains films vont même jusqu'à intégrer la corrida, les torreros pourtant exécrés des WASP traditionnels, et les intrigues nostalgiques et ibérisantes d'Ernest Hemingway. Cary Grant et Ingrid Bergman s'aiment à Rio, grâce à Hitchcock, et "La comtesse aux pieds nus" ne manque pas de torrides arguments. Bing Crosby et Bob Hope sont les héros de "sérials" tout aussi musicaux que latins. Don Ameche et Alice Faye persuadent qu'on ne fait que danser et chanter au delà du tropique du cancer. Rita Hayworth incarne en quelque sorte l'apogée d'une telle politique : lorsqu'elle danse avec Fred Astaire elle est la "chicana" totalement intégrée par le système.

Les Etats-Unis ne vendent pas de la propagande, ils vendent un mode de vie, un idéal social, une convivialité heureuse dans l'économie de consommation. Nul n'y échappe. Il y aura aussi des films destinés au public japonais, à un moindre degré (8).

On peut donc considérer que par son organisation commerciale et sa puissance industrielle le cinéma américain est un puissant instrument de la politique des Etats-Unis, sans pourtant être directement dépendant du pouvoir politique. Il s'agit plutôt d'une sorte de "civisme cinématographique" opportuniste et dévoué aux valeurs américaines ; d'ailleurs lorsque "l'image" américaine évolue, le spectacle

(8) Pour l'Amérique latine la réponse cinématographique sera 15 ans après, terrible : le cinéma cubain, le cinéma brésilien sont des cinémas de révolte contre le système américain, en particulier le "cinema novo" avec Nelson Pereira do Santos ou les créations de Glauber Rocha comme "Antonio das Mortes" qui montre la réalité du Brésil.

cinématographique se modifie ; quelquefois même, il est un des moteurs principaux du changement de mentalité : on l'a vu récemment à l'égard de 2 minorités des USA : les Indiens et les Chinois : l'attitude vis-à-vis des populations indiennes change radicalement dans les années 60, en particulier sous la présidence Kennedy, où l'on commence à déplorer Wounded Knee et Buffalo Bill. C'est avec des films comme "Fort Bravo" de John Sturges ou "La flèche brisée" de Delmer Daves, puis plus tard "Little big man" d'Arthur Penn que l'image change, que l'on trouve de "bons indiens" et que l'on aborde la question indienne sous un angle nouveau.

Un film comme "L'année du dragon" de Michael Cimino, ou comme "Le dernier empereur" de Bertolucci produit par la Warner, vus tous deux par des dizaines de millions de spectateurs, ont plus fait pour la politique sinisante initiée par Richard Nixon que les plus longs discours. Le Chinois n'est plus automatiquement cruel et malfaisant dans l'imagerie américaine. Kung-Fu s'est évaporé pour faire place aux films karaté et à des Chinois de nouvelles générations, parfaitement intégrés, intelligents et courtois, comme John Lone, né à Pékin, première vraie vedette "jaune" des USA. Cela, évidemment dans un climat de politique internationale et commerciale favorable.

Pour résumer, l'on peut conclure que le cinéma américain est tolérant lorsque la stratégie sociale et politique réussit. Lorsqu'il y a un risque ou une fragilisation de la société et des idéaux (Crise de 29 - Guerre - peur du communisme) , sous l'égide des Studios, le cinéma redevient moralisateur et puritain, voire agressif. Cela a été très visible à l'extrême fin des années Reagan et leur échec relatif : des films comme "Wall street" d'Oliver Stone, "Liaison fatale" d'Adrian Lyne, ou l'adaptation US qui a été faite de "Trois hommes et un couffin" sont affligés de puritanisme social, de stéréotypes agressifs et reluisent de poncifs moralisants. Ils sont l'image même d'une société sur ses gardes.

4. CINEMA FRANÇAIS

Le profil du cinéma français est radicalement différent ; la mère-patrie du cinématographe, après avoir eu la suprématie sur le marché et dans la production jusqu'en 1914, perd définitivement son avance technique, artistique et productrice : faute de moyens, faute d'argent et surtout faute d'organisation. Elle perd également ses marchés extérieurs (Europe, Moyen Orient, Amérique du sud) qui seront reconquis, au gré de l'histoire, par les Studios américains.

Les 2 seules grandes sociétés de cinéma, Gaumont et Pathé ont des destins très aventureux, au bord de la faillite, et l'Etat devra intervenir. Le plus souvent, les financements sont précaires, ou individualistes, assurés par de petites sociétés éphémères. Le cinéma n'intéresse pas la haute finance : pour elle c'est une activité de saltimbanque. Eclair et Eclipse, spécialisées dans les actualités cessent leurs activités dès 1920. Pourtant en 1919 on diffuse en France 208 films français (et 840 américains) ; en 1921 ce seront 163 films

français (et 650 américains). Toutefois, de 1919 à 1929 la France produira plus de 1.000 films car il y a *une extraordinaire créativité individuelle*.

C'est le moment du Vieux Colombier de Jean Tedesco, du Studio des Ursulines de Myrge, du Studio 28 de J.P.Mauclair. Et c'est en France qu'on écrit sur le cinéma, que l'on crée les premières revues, et que naissent les premiers journaux grâce à Louis Delluc, Epsein, Abel Gance...

L'attitude générale de l'Etat français est plutôt une absence d'organisation : Il protège peu et organise mal, même s'il intervient en cas d'urgence pour renflouer la Gaumont, ou avec le décret Herriot pour sauver ce qui peut l'être encore face à la puissance américaine.

Si aux Etats-Unis, le cinéma est industriel et de grande consommation, en France il est plutôt artisanal et intellectuel. Pendant longtemps les professions ne bénéficient d'aucune protection spécifique ; les organisations communes sont rares et éphémères. Comme -hors la création initiale- le cinématographe n'a pas de statut complet qui lui soit propre (sauf le régime d'autorisation de 1895 et celui de censure de 1916), ce sont les *gens qui ont déjà un statut* qui vont faire une place à ce nouvel Art qui n'est pas considéré comme une industrie ni un artisanat : les *gens de théâtre et les auteurs littéraires* : le théâtre a un statut juridique très complet et structuré depuis l'Empire (et aussi une fiscalité délirante qui déteindra sur le cinéma) ; les auteurs littéraires et dramatiques sont protégés par les lois sur les droits d'auteur depuis le texte du 13 janvier 1791, protection qui ne cessera de s'améliorer jusqu'à la Convention Internationale de Berne de 1957.

Ce sont les raisons essentielles pour lesquelles *le cinéma français sera un cinéma d'auteurs*.

Parmi les tous premiers à s'élancer : André Antoine créateur du théâtre libre, Firmin Gémier, Charles Dullin, Jacques Copeau, le clan Pitoeff...

André Antoine est le créateur de l'épopée filmée : son premier film est une adaptation de "93" de Victor Hugo ; il est le découvreur de Berthe Bovie, de Sylvie, d'Huguette Dufloy : de 1919 à 1928 il tourne 9 films avec des extérieurs en décors naturels. Lucien Guitry et surtout son fils Sacha produisent du "théâtre filmé" et mettent sur la pellicule toutes les pièces qu'ils jouent ou écrivent ; en 1914 à quelques semaines du début de la guerre Sacha Guitry réalise son premier film qui est un reportage sur les Français remarquables de l'époque : grâce à lui, nous avons aujourd'hui de merveilleuses images de Claude Monnet, de Renoir, Clémenceau, Pierre Loti... A partir de 1919 Jacques de Baroncelli tourne sans discontinuer des adaptations de la littérature : "Ramuntcho", "Le père Goriot", "Pêcheurs d'Islande", et surtout son chef d'oeuvre en 1942 "La duchesse de Langeais" d'après Balzac avec Edwige Feuillère et Pierre-Richard Wilm... Giraudoux, Cocteau, Colette, Paul Morand, Marcel Pagnol s'essayaient au cinéma, et , dans l'avant garde, le peintre Salvador Dali, réalise en 1928 avec Luis Bunuel le déroutant "Chien Andalou". Figure de proue du mouvement avant-gardiste français des années 20, Marcel Lherbier est avant tout

poète ; son plus grand succès est en 1928 "l'Inhumaine". Louis Delluc est journaliste et écrivain ; Jean Epsein, d'origine polonaise sera d'abord le secrétaire d'Auguste Lumière, poète, ami de Cendrars, il fonde la revue "Le film d'art" et débute comme réalisateur en 1921. René Clair, issu de la bourgeoisie commerçante de Paris, est journaliste ; son troisième film "Paris qui dort", en 1923 révèle un esprit des plus inclassables ; Jean Renoir, fils du grand peintre, sera d'abord céramiste. En 1924, il se lance dans le cinéma, et fait de sa femme Catherine Hessling une star du muet français : le cinéma est aussi une histoire de famille... Jacques Feyder fait de Françoise Rosay une grande vedette. Marco de Gastyne est peintre, Raymond Bernard est d'abord acteur pour Méliès. Abel Gance commence par travailler dans un cabinet d'avocats mais a la passion du théâtre et vit de petits rôles avant de passer à l'écriture, puis à la réalisation dès 1911. Léon Poirier, appartenant à la bourgeoisie intellectuelle, était le neveu de Berthe Morisot et possédait une galerie d'art ; avant de venir au cinéma, il fut d'abord administrateur du Théâtre du Gymnase et de la Comédie des Champs-Élysées ; on lui doit une "Affaire du courrier de Lyon" tout à fait remarquable en 1923 et "La Brière" d'après Chateaubriand.

Les frères Prévert, enfin, réalisent des "films de poètes" dont le plus justement immortel est "les enfants du paradis" réalisé à grand peine pendant la seconde guerre mondiale. Le premier film parlant français, est en 1929 une pièce de théâtre dont Raimu est la vedette. Il est produit par le directeur du théâtre de l'Alcazar de Marseille, Jean Richebé, qui produira aussi Pagnol à ses débuts et proposera le sujet de la trilogie Marius-Fanny-César aux Américains. C'est ainsi que le premier et si célèbre épisode "Marius" fut tourné par Alexandre Korda pour la Paramount.

Alors que Hollywood invente le cinéma commercial et le "star system", la France invente "le cinéma d'auteur" avec peu de cadre juridique. Un Jean Vigo aurait été impossible aux Etats Unis. Trop insoumis. Il faut, en France, attendre le système corporatiste mis en place après la crise et en 1938 pour avoir de "vraies" professions du cinéma.

Pourtant à ce moment, on produit en France moins de 100 films par an, alors que l'innovation du parlant décuple la demande. Les Studios américains construisent des salles, toutes sur le même modèle, où pour un seul billet on peut voir 2 films long métrage, des actualités et un documentaire moyen métrage, et ... une attraction ! le cinéma n'a toujours pas rompu avec le "spectacle de curiosité".

Pour faire face à la demande et essayer de contrecarrer l'invasion américaine, il y a quelques mesures protectrices (le décret Herriot) mais surtout des tentatives de regroupement : Pathé devient Pathé-Nathan et la Gaumont absorbe quelques plus petits : on s'équipe avec des brevets étrangers : Ceux de la Western Union américaine, ceux de la Tobis allemande. C'est ainsi que la Paramount installe des studios colossaux à Joinville en 1931, la Tobis s'installant, elle, à Epinay.

René Clair travaille pour la Fox, Pagnol d'abord lié à la Paramount redevient indépendant dès 1933 et produit lui même "Fanny" grâce à ses droits sur "Marius". On tourne beaucoup dans les années 30, et d'excellents films ; on crée les "genres" du cinéma français : la comédie intimiste, l'épopée tragique, le surréalisme poétique... La création est riche et originale ; et surtout majeur, les "artisans" du cinéma français sont très recherchés : décorateurs, costumiers, éclairagistes, preneurs de son font des réalisations françaises un "Art" véritable. Point de produit stéréotypé comme dans les Majors : la seule "ligne" de production est celle du goût du moment et de l'inspiration du créateur. Il est extrêmement rare qu'un film soit "retiré" à son inventeur ; par contre il est fréquent qu'une réalisation soit abandonnée, faute de moyens financiers. Car malgré l'effervescence, le succès et la créativité, en l'absence de cohérence juridique et de statut financier défini, la Crise va entraîner pour le cinéma une série de véritables catastrophes : presque tous les producteurs indépendants font faillite. En 1936 c'est le tour des 2 "mini-majors" françaises : Pathé s'effondre dans le scandale, et la Gaumont sauvée une première fois s'écroule en 1938. Tout cela dans l'agitation sociale et politique que l'on sait, et dans un climat moral et financier peu sain, qui fait très mauvaise réputation au milieu du cinéma, car des gens comme Marthe Hanau ou Alexandre Stavisky sont parmi les rares à avoir financé le cinéma. En France désormais, et pour longtemps, qui dit cinéma dit "affaire louche" et aventurisme.

Mais comme le Cinéma est soutenu par des artistes, des gens de lettres, des académiciens influents qui croisent dans les allées du pouvoir politique, l'Etat, bien que tardivement, commence à s'intéresser au cinéma : il comprend qu'il peut être un moyen d'expression de sa volonté sociale et politique. Il y a, en particulier, les spectaculaires exemples des régimes Fascistes proches : En Italie Mussolini a créé Cinecitta et la "Mostra" de Venise, qui en très peu d'années ont hissé le cinéma italien aux tous premiers rangs des productions et l'ont rendu indépendant. En Allemagne Nazie, le cinéma est officiel et puissant, très beau esthétiquement, admirablement organisé, généreusement financé et efficace : Von Backy réalise le premier film en couleur européen "Les aventures du Baron de Munchausen" grâce au procédé Agfacolor. Le succès sera considérable. (C'est d'ailleurs un film que les Américains ré-exploiteront en Europe à la Libération, à cause de la pénurie de films, moyennant quelques coupures).

En 1933, Henri Clerc, un député qui aime le cinéma, écrit un article dans "Paris-Soir" (le journal de Buneau-Varilla qui connaît bien le cinéma et dont l'éditorialiste vedette est Joseph Kessel) : "Il faut sauver notre cinéma"... Une campagne politico-médiatique s'ensuit, et en 1934 sont créées une *Commission du Cinéma* auprès du Ministère de l'Industrie, pour préparer (enfin !) un *Statut* ; une *Commission* auprès du Ministère des Beaux Arts et de l'Education pour trouver un *régime fiscal*.

C'est le député Maurice Petsche qui présente en 1935 un important rapport qui est la préfiguration de ce qui va devenir l'actuel Statut du Cinéma et son organisation étatique. Malheureusement, le climat politique est si instable qu'il est presque impossible de mener à bien ces projets qui prennent un retard considérable, paraissant bien futiles.

Néanmoins, c'est l'Etat qui empêche la Gaumont de disparaître en rachetant un nombre important de ses parts en 1938 : c'est ainsi que l'Etat fait son entrée dans le cinéma ! Tout devient très politisé : on tourne "La bandera" de Duvivier avec Jean Gabin et Anabella ; Jean Renoir crée, avec les frères Prévert, "Le crime de Monsieur Lange" avec Jules Berry ; il appartient au fameux groupe "Octobre" et est taxé de communisme ; Jacques Feyder met en scène "La kermesse héroïque", qui n'est pas sans allusions à des situations de "pays occupés, avec Françoise Rosay et Alerme ; Sacha Guitry, qui travaille avec la Tobis, réalise "Le roman d'un tricheur".

Le Gouvernement demande à un jeune Inspecteur des Finances Guy de Carmoy, de concevoir un statut définitif, lequel sortira en plein Front Populaire et sera adopté par Jean Zay, le premier des Ministres à vouloir une politique cinématographique globale. Le temps de mettre en place tout cela, le Front Populaire disparaît, et en décembre 1940, le travail Carmoy-Zay est récupéré par le Secrétaire général de l'Information du moment, Jean-Louis Tixier-Vignancour, lequel fait voter l'essentiel qui est encore aujourd'hui dans ses grandes lignes, le statut de la cinématographie française et de ses professions :

- 1) le principe d'un Centre Etatique de la Cinématographie, dont la coordination serait ainsi centralisée. C'est le Plan Marshall à la Libération qui donnera au C.N.C. sa véritable ampleur,
- 2) Le principe du dépôt des devis des films,
- 3) Le visa de censure,
- 4) Les statuts des professions,
- 5) Le principe de l'aide à la production,
- 6) Le contrôle de la distribution par la billetterie centralisée.

Lorsque l'on est mal informé du cinéma et de son histoire on peut s'étonner de l'extraordinaire vigueur, et de la richesse du cinéma français du Régime de Vichy ; cela n'a rien d'étonnant, car cette période conjugue la nouveauté d'un Statut ingénieux et très performant avec des relations étroites avec une des organisations de cinéma (la seconde après celle des USA) les plus énergiques et des mieux organisées : le système allemand avec la Tobis, et surtout la puissante U.F.A. La période de l'Occupation, de 1940 à 1944, est sans doute la seule du cinéma français à avoir été réellement "collectivement" organisée. Il est aussi extrêmement troublant de constater que juste au moment où cette même statuette tombe sur le cinéma français, interviennent les législations antisémites ; ce qui prouve d'une certaine façon, que les leaders français du cinéma n'avaient rien compris à la nature profonde de la politique en place et à ce qui les attendait.

Incapable d'être dans un moule industriel, peu protégé et mal organisé, le cinéma français a donc pour particularité d'être un cinéma "d'individu", un "cinéma de fils de famille" comme a écrit Renoir, un cinéma "d'auteurs" de littérature et de théâtre. Le cinéma français, par rapport au cinéma américain de la même époque est très intellectuel et beaucoup plus subtil. Il est donc un cinéma écrit que l'on vient "écouter" autant (sinon plus) que "voir". Ce sont les "dialogues" des films de Pagnol, de Guitry, de Feyder, dont on se souvient, beaucoup plus que des images... Au contraire du cinéma américain que l'on va essentiellement "voir" et qui "montre". Cela vient du système de base de fabrication, de l'état et de la formation de la société : en Amérique, encore dans les années 30, ce sont les "images" qui font le lien entre toutes les nationalités, entre tous ces gens qui quelquefois parlent à peine la langue. En France l'unité culturelle est faite depuis longtemps et la culture commune est vaste et ancienne. En France, parce que les repères communs culturels sont acquis, on va écouter des héros littéraires ; en Amérique, parce qu'une culture commune reste encore à cimenter, on va voir ensemble des héros populaires...

Cette mentalité spécifique de la littérature, de l'Art et de la poésie dans le cinéma crée l'*Ecole française de cinéma* : Avec ceux que nous avons déjà évoqués, il y a Jean Vigo et son "Atalante", la collaboration de Baroncelli-Giraudoux, le populisme poétique de Marcel Carné lié aux Frères Jacques et Pierre Prévert : leurs plus belles réalisations seront "Le quai des brumes", "Les visiteurs du soir", et surtout "Les enfants du paradis" ; René Clair découvreur de si nombreux talents, qui créera l'onirisme gai du "Million", de "A nous la liberté", de "14 juillet" ; plus tard, il sera le découvreur et "l'inventeur" de Gérard Philippe avec notamment "Les belles de nuit", "La beauté du diable", et "Les grandes manoeuvres". Jean Renoir, avec "Une partie de campagne" en 1936, "Toni" en 1934, et surtout "La grande illusion" et "La règle du jeu" incorpore la critique sociale dans son oeuvre par ailleurs remplie, elle aussi, de poésie et de trouvailles visuelles.

Le cinéma français est "naturellement" teinté d'idées sociales, avec des empreintes évidentes de socialisme et de communisme. Il est surtout très imprégné de "populisme" urbain, de parisianisme. Les ouvriers y sont dépeints avec bonhomie et complaisance : une production bien française est l'*ouvriérisme poétique* dont Jean Gabin est le héros, Michel Simon l'amuseur ; et Arletty l'héroïne : "Hotel du Nord", "Fric frac", "Circonstances atténuantes", "La belle équipe", "Pépé le moko", "Gueule d'amour", "Le quai des brumes", "La bandera", etc... Ce populisme romantique atteint son apogée avec Garance dans "Les enfants du paradis". On met en scène des gens modestes, mais malins, lettrés, instruits par les instituteurs de la troisième république, qui sont capables d'avoir à la fois de la répartie et de la géographie!... Qui parle "bien" un argot recherché, sans faute de syntaxe. La France invente "Le voyou lettré" dont la perfection est, après la guerre, le Manda incarné par Serge Reggiani dans "Casque d'or" de Becker : jamais on n'entendit un charpentier s'exprimer aussi

bien ; jamais prostituée ne fut plus distinguée que Simone Signoret dans le rôle-titre !

Les sociologues y décèlent le désir d'intégration bourgeoise de la classe ouvrière. Ce style continue après la guerre, dans les années 50, et même avec la Nouvelle Vague, et vient encore jusqu'à nous avec des personnages interprétés par Belmondo, Richard Bohringer ou Gérard Lanvin.

Après l'euphorie de la Libération, il y aura une crise relative des studios américains, due à l'augmentation considérable des frais (la couverture sociale existe désormais) et l'irruption de la télévision. C'est la période de recul des grands Studios, qui vont mettre assez longtemps à comprendre, à déterminer de nouvelles stratégies, à s'adapter et qui, parfois, vont commettre des erreurs énormes, comme celle du gigantisme des productions. En Europe, par contre, ce sera une période riche, relativement luxuriante, avec en France et en Italie la reconquête du marché intérieur ; par contre, l'Angleterre se verra totalement absorbée par le système américain.

Mais, par choc en retour, le gigantisme filmographique, engendré par la télévision, va décupler les marchés et les modes de financements, créant une nouvelle ère cinématographique : celle de l'internationalisation. Le film de cinéma (ou de télévision) devient un produit "planétaire" et l'industrie cinématographique est définitivement trans-nationale.

5. CINEMA INTERNATIONAL

Si les Studios américains ont inventé la conquête des marchés, c'est le fascisme mussolinien qui crée l'idée d'internationalisation avec une politique de "spectacularisation" internationale : la volonté de Mussolini est que le monde entier connaisse et voit le nouveau-cinéma italien fabriqué à Cinecittà ; pour cela, il crée un grand rendez-vous de professionnels du monde entier : *La "Mostra"* de Venise qui prouvera la grandeur retrouvée de l'Italie : C'est le premier Festival international du film. La première Mostra s'ouvre le 1^o août 1932 à l'Excelsior du Lido de Venise : 9 pays sont représentés. L'avocat Hays est dans le jury. Les Etats Unis ouvrent la compétition avec "Le champion" de King Vidor, et envoie également "Grand Hotel" avec Greta Garbo et John Barrymore. Fort curieusement, le choix de la France est "A nous la liberté" de René Clair, et l'Allemagne envoie "Jeunes filles en uniforme" de Léontine Sagan.

C'est un grand succès, et dès 1933 il y a 19 présents : toute l'Europe est représentée, ainsi que le Japon. Ce qui est piquant, c'est dans ce contexte d'Etat et de gloire fasciste, la totale liberté des films présentés par rapport aux poncifs officiels : en 1936 la France envoie, en pleine affaire éthiopienne "La kermesse héroïque" de Jacques Feyder, et en 1937 "La grande illusion" de Jean Renoir où les idéaux bellicistes ne sont vraiment pas exaltés... En 1939 ni les Etats Unis ni l'Union soviétique ne sont présents, et la Mostra s'arrête en 1942. Elle reprendra à la Libération, dès 1947.

En 1938, avec l'accord des Etats Unis et de la Grande Bretagne, le Ministre français des Beaux Arts et de l'Education, décide de créer un autre Festival : Jean Zay hésite entre Biarritz et Cannes, puis se décide finalement pour Cannes : lui-même en serait le Président, Louis Lumière le Président d'honneur et Philippe Erlanger le délégué général : l'ouverture de la première édition est prévue pour le 2 septembre. Mais finalement à cette date, l'Europe et la France seront occupées à tout autre chose, et ce n'est que le 20 septembre 1946, avec beaucoup de difficultés que s'ouvre le premier Festival de Cannes : M. Fouré-Cormeray, directeur du C.N.C. en est le président ; Philippe Erlanger, toujours le délégué général : 18 Etats sont représentés ; les films sont de qualité. Le premier grand Prix est attribué à un symbole de la Libération : "La bataille du rail" de René Clément. Ray Milland et Michèle Morgan ont les prix d'interprétation. Pourtant les débuts sont cahotiques ; il y aura même une interruption d'un an et demi faute de moyens financiers et le Festival ne prendra sa vitesse de croisière qu'en 1949 dans un Palais fraîchement construit pour lui et inauguré par François Mitterrand, alors sous-secrétaire d'Etat chargé de l'Information à la présidence du Conseil. Cette année-là c'est "Le troisième homme" de Carol Reed qui s'impose, mais le choc majeur vient de "Riz amer" de Giuseppe de Santis, avec l'inoubliable Silvana Mangano, présenté par une Italie qui émerge enfin des ruines et de l'après-guerre.

Cannes petit à petit, devient *le premier marché mondial du cinéma* tant par l'importance et la qualité des films présentés que par les montagnes de dollars qui y sont brassés : les distributeurs du monde entier prennent l'habitude de "faire leur marché" pour l'année à Cannes au Festival, lequel produit une descendance, puisque les marchés de la télévision, (MIP-TV), du disque (MIDEM) de la vidéo, du film publicitaire, du clip, s'installent eux aussi, au fur et à mesure des progrès techniques, dans ce lieu privilégié.

C'est donc la seconde guerre mondiale, ses prémices fascistes et ses suites financières, qui internationalise le cinéma, qui avant les années 30 est presque uniquement national. La volonté propagandiste des Etats fascistes a d'abord provoqué une internationalisation étatique et institutionnelle. Puis, il y eut la Guerre et son brassage de populations, les exodes successifs vers l'Angleterre et les Etats unis qui produisent une autre forme d'internationalisation : celle de la mentalité de fabrication : la Comédie musicale si typiquement nord-américaine n'est-elle pas, finalement, le nostalgique mariage de la musique noire américaine et de la valse viennoise ? Cole Porter, Irving Berlin et George Gershwin transportent dans leur musique des images subtiles de mondes disparus, et Lubitch et Steinberg livrent une partie d'un passé qui ne reviendra jamais.

La Libération crée en Europe "l'occupation financière américaine", et avec elle commence l'internationalisation des financements. Le cinéma anglais en mourra, perdant la quasi totalité de son autonomie, et entièrement distribué par les Américains. Le cinéma

français se créera son propre territoire, mais sans jamais arriver à franchir le mur du protectionnisme américain et ne pénétrant que rarement le marché d'outre-atlantique. Le cinéma italien arrivera à tisser des relations privilégiées grâce aux multiples "petites italies" des Etats Unis. Les 2 plus grands producteurs italiens, Dino de Laurentis et Carlo Ponti s'établiront tous deux en Californie, et trouveront de grands co-financements.

Hollywood envahit donc la planète et distribue dans le monde entier, tant par stratégie idéologique "d'endiguement" que par ambition financière. Tout marche à merveille dans les années 50. Mais c'était sans compter avec une nouvelle venue redoutable : la *télévision*, qui "casse" le marché cinématographique faisant rester les gens chez eux.

Après avoir inondé le monde de films, Hollywood entreprend une politique de co-financements internationaux afin de produire des films somptueux, capables de reconduire le public dans les salles : c'est l'époque "mégalo" de Hollywood, qui d'ailleurs reflète assez bien la mégalomanie de l'ère Johnson, de l'immédiat après-Kennedy : c'est le moment de la conquête spatiale, des voyages dans la lune, des concerts géants, des avions jumbo, des films géants : une sorte de course en avant parfois suicidaire, car, en raison des sommes engagées, il est préférable de ne pas rater son coup, ce qui n'est pas toujours le cas. La série commence avec "Le tour du monde en 80 jours" produit par Mike Todd, éphémère époux de Liz Taylor, et Sam Spiegel. Elle continue avec "Le pont sur la rivière Kwai" de David Lean, qui reste un des plus grands succès de tous les temps, puis en 1962, "Le jour le plus long" de Zanuck et "Laurence d'Arabie" du même David Lean ; en 1963 c'est -enfin, après deux années d'un tournage inénarrable- "Cléopâtre" terminé par Mankiewicks, une des productions les plus chères de tous les temps et dont la Fox faillit ne jamais se remettre. 1964 voit "Un monde fou, fou, fou" et en 1965 la MGM produit "Le docteur Jivago", puis "La grande course autour du monde" de Black Edwards. Le mouvement s'enlise quelque peu après, avec des choses comme "Les merveilleux fous volants dans leurs drôles de machines" qui est un succès très moyen, vu la dimension de la production : le mouvement est inexorable : la télévision dévore le public du cinéma, et les Majors n'arrivent pas à s'adapter et perdent de l'argent. Le seul bénéficiaire réel de cette période assez noire du cinéma américain -tandis qu'en France la "nouvelle vague" vivote assez agréablement- est d'avoir créé l'internationalisation totale des financements, des marchés et de la distribution, à laquelle nous sommes maintenant parfaitement habitués.

6. LA NOTION DE PRODUCTION

Le cinéma est une "esthétique complexe". Pour arriver à un produit terminé, un détour de fabrication est nécessaire, qui demande la mise en commun d'énergies très diverses, et relativement nombreuses. Le cinéma est à la fois un Art qui appelle création (texte, musique, image, intrigue) ; un artisanat nécessitant dans cet aspect une mise en

oeuvre non répétitive : décors, costumes, prise de son, éclairage, cadrage des images, orchestration. C'est enfin une industrie nécessitant une infrastructure parfois assez lourde de fabrication. Le film est un objet destiné au commerce : il doit être vendu pour exister.

Or, plus un travail nécessite d'interventions et de détours de fabrication, plus il nécessite de corps de métiers, plus il est réglementé, plus il est professionnalisé, plus il est long à réaliser, plus il est coûteux. Voilà toute l'équation du cinéma.

Par exemple, Hollywood, qui dans sa lutte contre la télévision, pratique toujours de temps à autre, l'argument du "phénomène" a commandité un "produit" comme "Le dernier Empereur" de Bertolucci : c'est un film qui a nécessité 3 ans de préparation, 8 mois de tournage, et 10 mois de postsynchronisation et montage. Jean-Luc Godard, l'helvète pape du cinéma instantané dit d'ailleurs que "ça ne peut pas être un bon film".

Il y a donc, dans la fabrication du film, une notion de "production" : un film ne se produit pas lui-même, comme un chant ou un dessin ; il faut "le produire" comme une automobile ou un vêtement. A la notion de production est liée celle de *distribution*, car une fois fabriqué le produit fini doit être conduit dans des endroits où il puisse être vu.

"Produire" consiste à établir et assurer le financement d'un film. Un *producteur* est un professionnel dont le travail consiste à établir, prévoir, assurer et alimenter le financement d'un film. C'est le producteur qui établit *le devis* d'un film (devis qui en France est déclaré au CNC); le producteur est responsable de la bonne marche du film depuis la préparation jusqu'à sa sortie sur les écrans. C'est lui qui supervise le plan de travail. Le grand problème de toute production est de couvrir "les frais de pré-production" qui, quelquefois sont très importants, et qui parfois ne débouchent sur aucun film. Tout ce temps de gestation d'un film (écriture, dialogues, recherche des décors, des acteurs (casting), mise en forme) est extrêmement coûteux et parfois assez long. C'est pourquoi, de plus en plus, on s'adresse à des "agences" spécialisées dans une de ces activités.

Il y a toujours un risque financier, comme pour toute création collective : il faut rémunérer et entretenir les gens tant qu'on ne rapporte rien. Il faut prévoir, et c'est le plus difficile, le rapport entre le coût terminal du film et le nombre de spectateurs, et ses tarifs de revente à la télévision et en vidéo.... Or, il y a les aléas mêmes du film, les incidents de tournage, les changements de goûts du public, la qualité de la campagne publicitaire de sortie, l'effet "d'attraction" de l'affiche, le choix de la période de sortie, et tant d'autres circonstances....

Il y a des films qui ne rapportent jamais rien ; il y a des films à "rapport différé" comme le "Cléopâtre" de Mankiewicz qui fut un gouffre financier lors de son tournage et ne rapporta rien à sa sortie en salles, tant le public était saturé des aventures Liz Taylor-Richard Burton. Il commença à rapporter de l'argent 10 ans plus tard par ses

reventes aux chaînes de télévision et ses "re-sorties" en salle à partir de 1978. "Drôle de drame", en France, si déroutant et d'un humour si caustique, fut un échec total à sa sortie en 1937. Il commence une carrière, et devient un des films "mythiques" du cinéma français à partir de sa re-sortie en 1957 à Paris et des articles dont il bénéficie dans les revues spécialisées. Il y a les arrêts de production, toujours possibles ; les "pannes" de financement ; Robert Enrico se vit abandonné par les banques dans la décennie 70, sur le projet auquel il tenait beaucoup, avec Catherine Deneuve, au bout de 15 jours de tournage. Il mit 5 ans à s'en remettre. Il y a la technique des assurances à la production et des productions-relais qui permettent, tant bien que mal, d'aller au bout d'un projet en espérant des bénéfices.

Il existe différents modèles de production, se répartissant, en fait, en 2 grandes tendances : un modèle libéral et un modèle autoritaire, avec entre les deux, des variantes et des cas atypiques. L'archétype du modèle libéral d'entreprise privée est le studio américain, parce que l'Etat n'intervient pas : mais en fait, c'est un des procédés les plus autoritaires qui soit dans la pratique et dans le vécu, puisque le Studio couvre tout (nous l'avons vu) depuis l'idée même du film ou du scénario jusqu'à la sortie, et même jusqu'à la diffusion puisque tous les grands studios sont "distributeurs et propriétaires des salles. Ce modèle, de concurrence libérale, vient du système des brevets Edison du tout début.

Il y a le producteur industriel indépendant : en France on peut citer Raymond Danon ou le duo Mnouchkine-Danssinger ou les frères Hakim auxquels la Nouvelle Vague doit tant, ou Marceau-Cocinor maintenant disparue, qui lança François Truffaut. La technique des "producteurs associés" est la plus répandue en Europe : plusieurs petits producteurs, parfois le réalisateur et des télévisions et des banques unissent leurs efforts pour produire un film : l'effort et l'entente porte sur un produit unique mais peuvent être renouvelés. Actuellement, une des ententes les plus fréquentes est celle des petits producteurs et du réalisateur avec les grands médias, notamment les télévisions et la presse écrite : des groupes comme Hachette ou Filipachi peuvent avoir une influence considérable. "La gloire de mon père" d'Yves Robert, qui est un des plus gros succès 1990 a pu être construit grâce à une entente de la Gaumont international, de la Société La Guéville d'Yves Robert et de TFI, laquelle obtient ainsi aussi un droit exclusif de diffusion dans un laps de temps raisonnable. Presque tous les producteurs indépendants font ainsi de la "prévente" aux chaînes de télévision afin d'obtenir des crédits : François Lepetit, heureux producteur de "Trois hommes et un couffin" a ainsi obtenu 20% de financement de Canal+.

Le rêve de tout réalisateur est d'être son propre producteur et de s'assurer ainsi la totale indépendance. On a ainsi, en France, plusieurs générations de réalisateurs-producteurs, dont les exemples les plus éclatants son Claude Chabrol (qui finança son premier film "Le beau Serge" avec l'héritage d'une tante), François Truffaut qui fonda la Société du Carrosse en hommage au "Carrosse d'or" de Renoir, et

produisit tous ses films à partir de "Jules et Jim", et Claude Lelouch qui fonda la Société des Film 13. Lorsque le système réussit bien, certains réalisateurs arrivent, s'ils font les bons choix, à devenir les producteurs des autres réalisateurs : c'est le cas, en France, de Truffaut, de Lelouch, et surtout actuellement de Claude Berri, qui après avoir fait fortune avec la série des 8 "Charlots" de Claude Zidi a produit quelques-uns des films français les plus importants de ces dernières années. Aux Etat-Unis, on trouve dans ce style Francis Ford Coppola, Sven Spielberg et surtout George Lucaks.

Enfin, il y a le cercle très fermé des acteurs-producteurs : si le modèle réussi fut dans les temps anciens les Artistes Associés, la vague s'est renouvelée avec, dans les années 1960, sur les films à gros budgets, la demande d'un pourcentage sur les recettes : c'est ce qui fit la fortune de Clint Eastwood et lui permit de passer à la réalisation ; Marlon Brando, Sir Alec Guinness (pour "Le pont sur la rivière Kwai"), Charlton Heston, Robert Redford sont des virtuoses de ce genre de système : l'astuce consiste à demander un cachet relativement raisonnable sur un film, de manière à ne pas en alourdir les frais, tout en misant sur sa propre notoriété pour assurer le succès, et d'exiger en contre partie de 3 à 6% sur les recettes en salles, ce qui est également correct. Lorsque l'on fait ce calcul sur "Ben Hur" ou sur "Butch Cassidy", l'épisode devient extrêmement rentable et permet de financer les films suivants : on peut alors se permettre de tourner moins, de choisir ce que l'on fera, de passer derrière la caméra... Celui qui en France, a assez bien réussi dans ce style est Jacques Perrin. En fait, tous les réalisateurs et beaucoup d'acteurs avouent que dans les métiers du cinéma on passe beaucoup plus de temps à chercher de l'argent qu'à imaginer, tourner et jouer... C'est le côté "harassant" de ces professions. Dans ses souvenirs François Truffaut raconte la difficulté inouïe des débuts, en compagnie d'Alexandre Astruc, de Jacques Rivette et de Chabrol : "...En somme notre erreur était de croire que les producteurs avaient intérêt à faire des films bon marché. Nous ignorions cette vieille loi du cinéma français qui veut que le producteur n'est pas celui qui a l'argent, mais celui qui le trouve, et que son seul gain assuré, c'est son pourcentage sur le devis du film, qui comporte, d'une part, son salaire, de l'autre les frais généraux et les imprévus. Ce pourcentage se trouve d'autant plus élevé que le devis du film l'est. Cela explique que l'on fasse des films de deux ou trois cents millions qui pourraient en coûter la moitié et qu'au fond beaucoup de producteurs se moquent -à la limite- du sort du film" (9) ... "Il faut donc que l'auteur du film soit aussi le producteur, de façon que les intérêts attachés au film reposent sur la même personne et ne se contredisent pas".

Les modèles autoritaires sont ceux où l'Etat est producteur : c'est le système italien de Mussolini ou le système allemand du III^e Reich. C'est aussi le modèle adopté par les Soviétiques et qui se propagea dans tous les pays de l'Est, avec quelquefois beaucoup

(9) Les cahiers du cinéma, N° 138, décembre 1962.

d'efficacité et de talent, allant des écoles de cinéma à la distribution et la revente à l'Occident, comme en Pologne ou en Tchécoslovaquie : l'école de Lodz et l'école de Prague ; enfin, il y a des systèmes mixtes qui allient la liberté de l'initiative individuelle à l'intervention de l'Etat, comme en Suède ou au Canada : au Canada, un Office du cinéma, dépendant de l'Etat fait de la formation, de la production, du financement de l'aide au premier film, contrôle la distribution, mais n'a pas l'exclusivité, et entre en concurrence avec l'initiative privée. Au Canada, de plus, il y a la main-mise des Etats Unis sur beaucoup d'aspects de la production qui se trouve ainsi englobée dans la stratégie des Majors.

Ce n'est finalement que depuis peu que le modèle français découvre les joies d'une semi étatisation, par l'intermédiaire du média télévisuel : les chaînes publiques ou les chaînes "privatisées", ou "la chaîne privée du secteur public" (Canal+) coproduisent avec des fonds privés et des fonds bancaires, des films sur lesquels elles ont des droits privilégiés : diffusion rapide sur la chaîne, droits de revente, droits sur la vidéo : souvent, maintenant, avec 1 seul produit, une réalisation unique, on vise plusieurs marchés : celui du film en salles, celui du film télévisé, celui du feuilleton télévisé en plusieurs épisodes : ce fut le cas récent, par exemple, de "Louisiane" de Philippe de Broca, tourné pour servir 3 versions différentes : une pour le marché français, une pour ceux étrangers et une pour un feuilleton télévisé. Après avoir été un peu anarchique, cette formule, née plus du fait des choses que de règles de droit, s'est amplifiée et normalisée, et permet de financer des films dits "à gros budget". La Gaumont, où l'Etat est un actionnaire privilégié, a de plus conclu un accord avec la diffusion de la Columbia en février 1982 qui assure sur les chaînes d'Etat la diffusion des productions de cette Major et de ses producteurs associés. La Loi Léotard du 30 septembre 1986 fait un vaste "tout" de ce qui est communication en France (télévision, presse, cinéma) et dans son titre V prévoit des garanties au cinéma : une "contribution des chaînes nationales au développement des activités cinématographiques" (art.70) ; la fixation d'un nombre maximal de films diffusés, un pourcentage majoritaire de films d'origine française. Les textes de 1986 révisent également les Lois de Finances de 1983 et 84 sur la taxe payée par les chaînes pour contribuer au financement du fonds pour le cinéma ; il en est de même pour les messages publicitaires (art.72 de la Loi). Le cinéma et la télévision ne sont donc plus en principe adversaires : par la Loi, ils se retrouvent "associés".

Le producteur a la responsabilité juridique et financière de l'entreprise cinématographique : il est à la tête d'une production ou d'une société de production. Mais souvent les montages sont faits pour une seule création. Le producteur peut avoir les droits d'un sujet (livre ou histoire à adapter, ou scénario original) et chercher un metteur en scène qui se coulera dans sa volonté ; ou bien, il peut accepter les sujets qu'on lui apporte, en les modifiant éventuellement. En France, si un accord se fait, il est obligatoirement enregistré auprès du C.N.C., et

les contrats passés au moment du démarrage de la production (techniciens, acteurs, plateaux, locations des lieux et moyens) doivent eux aussi être déclarés et enregistrés. C'est le Registre public de la Cinématographie qui protège tous ceux qui engagent des fonds et des contributions dans une oeuvre de cinéma.

Souvent les producteurs sont dépendants des distributeurs, parce que ces derniers assurent un pré-financement (souvent celui de la préparation) et assurent le lancement publicitaire du produit : alors, le producteur devient un simple intermédiaire entre réalisateur et distributeur. Pour un distributeur, il est assez facile de promouvoir ou de "couler" un film : il suffit de faire une grande ou une petite publicité, une bonne ou une mauvaise campagne, de programmer le film une bonne ou une mauvaise sortie (En France, les meilleures semaines de sortie de film sont : la première semaine de novembre, les fêtes de fin d'année et la période de Pâques).

Le producteur exécutif est celui qui représente la société de production, ou l'ensemble du montage financier : il est l'aval financier, c'est lui qui signe les chèques. Le producteur délégué est celui qui coordonne l'exécution du devis avec les impératifs de la diffusion ; il est celui auquel l'ensemble de la production "délègue" commercialement certaines négociations notamment les droits de revente. Un seul et même individu peut cumuler ces fonctions, notamment pour les productions indépendantes. C'est assez souvent le cas en Europe, où des individualités majeures assument seules tous les risques d'une production. Par contre, dans le système américain des Majors tous les rôles sont dissociés. Néanmoins, la décision du "patron" des Studios peut quelquefois être tout à fait décisive : La Fox, maison de Tyrone Power, Marilyn Monroe, Henry Fonda, et qui aligna un nombre formidable de très grands succès grâce à des choix ingénieux, faillit mourir des extravagances du tournage de "Cléopâtre" de 1961 à 1963 et de l'entêtement de Zanuck à mener à terme une production vouée au déficit. Il fallut les bénéfices cumulés de "La mélodie du bonheur" en 65, de "Hello Dolly" en 69, de la série de "La planète des singes" et de ses 23 épisodes tournés pour la télévision, pour que la Fox eut définitivement la tête hors de l'eau. C'est "M.A.S.H." en 1971 avec son succès phénoménal et une Palme d'or à Cannes qui la remet à flot et surtout elle présente un bilan positif en 1975 grâce à un réalisateur-producteur indépendant qui se fait coproduire et surtout distribuer par son circuit et qui est George Lucas et son "Star War" en 1977, suivi de "Alien" de Ridley Scott en 1980 coproduit par Lucaks et la Fox.

Le cinéma italien est un cas particulier : il est issu du cinéma d'Etat des années 30-40 et, surtout, bénéficie de l'énorme diaspora italienne des Etats Unis : les banquiers italo-américains sont nombreux et souvent enclins à financer le cinématographe. La prospérité du cinéma italien dans les années 1955/75 est dû à une co-production et une distribution des grandes Majors américaines, avec des sociétés italiennes relais comme Rosa, Diana, Titanus pour Fellini et Monicelli,

Orbis, etc... plus ou moins éphémères, quelquefois créées pour un seul film, mais permettant d'intéressantes jongleries financières : Vittorio de Sica, Roberto Rossellini, Luchino Visconti, Giuseppe de Santis, les frères Taviani et tant d'autres se sont ainsi fait porter par le flot nord-américain. Ensuite, ce sont les Italiens d'Amérique qui ont pris le relais, avec la génération Scorsese, Coppola, et leurs amis qui travaillent des deux côtés de l'Atlantique.

La notion de distribution englobe 2 activités économiques : d'une part, la disposition des droits d'exploitation commerciale des films : le nombre de copies tirées et le nombre de salles attribuées à la sortie, ainsi que les lieux et dates de sortie : la première exclusivité est déterminante souvent pour l'avenir tout entier d'un film (mais quelquefois pas du tout, comme "Diva" de Beneix sorti dans des conditions épouvantables, mais pour lequel le "bouche à oreille" des spectateurs a parfaitement fonctionné). Il y a aussi la disposition externe du film, c'est-à-dire : son exportation, sa revente dans les pays étrangers ou des zones géographiques précises (il y a par exemple un "package" unique pour l'Europe des 12 quelque fois), les traductions et les sous-titres, les adaptations pour l'exportation.

En second lieu, la distribution comporte la cession -à titre temporaire- des droits de représentation aux organismes qui se chargent de la représentation : propriétaires de salles (location) quand ils sont indépendants, droits de représentation à la télévision, droits de reproduction vidéo, gravure en vidéo disque, vidéo bande, etc...

La part la plus importante des problèmes actuels du cinéma et de son manque de performances auprès du public, viennent essentiellement -non pas de la production- mais des systèmes de distribution hyper protectionnistes, périmés, abusifs et conservateurs et qui ont, de fait, une influence décisive sur le destin d'un film...

7. EVOLUTION RECENTE DU CINEMA AMERICAIN

La décennie 1960 fut complètement traumatique pour le cinéma américain : c'est la décennie Kennedy, celle de la plus grande expansion de la télévision, qui pénètre tous les milieux. On atteint à une sorte de folie collective avec le mandat Lyndon Johnson qui correspond à la période de la conquête spatiale, des plus grosses superproductions des Majors et aussi des plus grosses pertes des Studios. La fin de la décennie est aussi celle de la contestation, des hippies, d'une nouvelle indépendance d'esprit, de la libération des mœurs, et de l'engagement au Viet-Nam avec toutes ses conséquences morales.

Curieusement, cette décennie marque une profonde inversion : alors que le cinéma français de la V^e République commence à connaître, avec André Malraux pour Ministre, les joies de l'avance sur recette copiée sur l'Italie, et des grosses co-productions Etat/secteur privé,... les Etats Unis, eux, découvrent les bienfaits du vrai cinéma indépendant, individualiste et autofinancé, en particulier sous l'influence des mouvements intellectuels contestataires qui prennent corps à ce moment : les plus grands succès de 1967 présagent d'une

ère nouvelle que l'autoritarisme des Studios n'arrive pas à résorber: "Le Lauréat" de Mike Nichols avec Dustin Hoffmann et "Bonnie and Clyde" d'Arthur Penn avec Warren Beatty et Faye Dunaway, sont tous deux réalisés et joués par des gens de théâtre de Broadway: le cinéma retourne sur la Côte Est et s'indépendantise...

De son côté, Sydney Lumet, metteur en scène de théâtre et de télévision, adapte pour le cinéma des oeuvres qui lui plaisent: Les Studios le bloquent en lui refusant la distribution; il passe outre, et se fait distribuer par une petite société de télévision; les tribunaux et le public surtout finissent par lui faire avoir raison.

Alors arrive sur le vaste chantier du cinéma, toute la génération des réalisateurs qui ont appris leur métier -et fort bien- à la télévision: Franklin Schaffner et John Frankenheimer qui sortent en 1964 "7 jours en mai" avec Burt Lancaster (qui a pris le risque d'absence de cachet et d'un pourcentage sur les recettes: il en ressortira milliardaire) Normann Jewisson, l'inventeur de Steeve Mac Queen et qui obtient un Oscar en 1967/68 transposant pour le grand écran le procédé de "l'incrustation" pour le générique de "L'affaire Thomas Crown", qu'il avait appris pour la télévision; William Friedkin avec "French Connection", Peter Yates avec "Bullitt" et "The hot rock", Richard Brooks, Roger Cormann, Mel Brooks, et aussi Stanley Kramer qui débute en producteur indépendant avec des films à petits budgets et sujets sociaux sur les noirs, les boxeurs, les pauvres... dont les Majors ne veulent absolument pas. C'est pour elles le style pourchassé par le Maccarthysme qui ressurgit de ses cendres. Le coup de maître de Kramer, est d'avoir gagné suffisamment d'argent pour être le producteur du "Train sifflera 3 fois", western à petit budget, avec un Gary Cooper vieillissant dont les studios ne veulent plus. Le film triomphe et assure à Kramer une définitive place au soleil des producteurs indépendants.

Enfin, le cinéma marginal, hippy et underground fait exploser tous les poncifs du Code Hays, lequel est balayé: des gens comme Adolfas Mekas, Kenneth Anger avec "Scorpio Rising", Andy Warhol achèvent le cinéma des Studios, tandis que le "cinéma-vérité" de Peter Watkins, Wiseman ou de l'école Canadienne de John Grierson donne un tour nouveau aux tournages et un cinéma très original. Surgit l'AIP: American international Picture de James Nicholson et Samuel Arkoff: avec des films à petit budget, ce sont eux qui financent les premiers films de Roger Corman avec Peter Fonda et découvrent Jack Nicholson. C'est "Easy Rider" de Richard Rush en 1969 un des films qui a rapporté le plus d'argent sur le marché intérieur américain, "Target" de Peter Bogdanovitch et le magnifique "Strawberry statement" de Stuart Hagmann.

Ensuite, le début de la décennie 70 voit l'arrivée dans le cinéma de la "génération des Universitaires"; à la structure figée des grands Studios, l'IAP a opposé une bonne santé fabuleuse: les Studios acceptent désormais de s'associer à ces indépendants pour produire des films rentables, ou de leur distribuer leurs productions. De plus les managers des Majors changent, rajeunissent, viennent eux aussi des

Universités : les rapports de force font place à des intérêts communs. On travaille à la fois pour la télévision et le cinéma en salle, et les anciens studios de cinéma deviennent les studios de l'ancien ennemi : la télévision. Ce ne sont plus des aventuriers fraîchement immigrés qui mènent la danse, mais de vrais hommes d'affaires dotés d'un aventurisme tempéré par un enseignement universitaire en économie.

Dans cette génération, un "club" très spécial, qui a réintégré le cinéma à New York, dans le quartier de la "petite Italie" : la génération des "nouveaux Italiens", nés en Amérique et éduqués à l'Université : Martin Scorsese qui débute avec l'original "Alice n'est plus ici" en 1973, Bryan de Palma, qui tourne son premier film en 1967 avec 2 inconnus : Robert de Niro et Jill Clayburg. Francis Ford Coppola qui crée la "Zoetrupe C°" et qui assure sa distribution par la Warner ; Michael Ritchie, et Cimino, génial auteur du "Voyage au bout de l'enfer" et de "L'année du dragon" qui porte aussi sur ses épaules un des plus gros échecs du cinéma récent avec "Les portes du paradis".

Denis Hopper et Peter Fonda s'associent à la Columbia pour co-produire et être distribués ; Bob Rafelson et Bogdanovitch vont à la MGM. Spielberg et Lucaks, tout en étant distribués par les Majors, s'associent et produisent d'autres auteurs et réalisateurs, comme Paul Schrader ("American Gigolo", "L'ami retrouvé").

Donc, en à peine 10 ans le "système" a considérablement évolué : les studios ont connu un net recul et des échecs retentissants, mais aussi des succès non négligeables. Les "indépendants" ont connu, avec quelques échecs, une ascension aussi remarquable qu'importante, qui a donné son nouveau souffle à la production nord-américaine. Les "pères fondateurs" ont disparu, les grandes règles des Majors ont été dévorées comme les poncifs des Studios ; mais la relève est assurée. Au passage, de nouveaux métiers de cinéma sont nés, comme celui d'"Agent" qui consiste à faire l'intermédiaire entre les Studios et les acteurs ou réalisateurs indépendants.

Il restait à faire des alliances et à construire des ponts entre cinéma et télévision, ce qui s'est fait par la politique des "marchés" internationaux négociés à de grandes rencontres comme à Cannes, ou dans le calme des bureaux new-yorkais.

Le cinéma est une industrie fragile, aléatoire et très dépendante des goûts versatiles du public, qu'on ne commande finalement pas si bien ; la réalisation des films coûte de plus en plus chère, et il n'y a plus de recette certaine pour conquérir le spectateur devenu de plus en plus exigeant. Entre autres, on ne peut plus bâtir une production sur des vedettes ; ce n'est plus suffisant. Les pépinières d'acteurs sont souvent, depuis quelques années, au théâtre et à la télévision. Les "stars" fabriquées par les Studios n'existent plus : il y a toute une pléiade de "moyennes vedettes" entre lesquelles d'ailleurs, le public se perd un peu. La promotion de ces acteurs n'est plus systématiquement assurée. Il y a un manque chronique de "sujets", ce qui amène à de nombreux "remakes" de films passés ou européens (comme "Trois hommes et un couffin" ou les films de Francis Veber) ; ce qui a amené

les scénaristes à vouloir être reconsidérés, d'où leur longue "grève" de 1988/89. Les Majors sont devenues plus des "distributeurs" que des producteurs et tirent l'essentiel de leurs revenus de "serials" de télévision et des ventes vidéo. Maintenant aussi, très souvent, l'argent vient d'Extrême Orient : Japon, Chine, Hong Kong, Singapour, Brunei . Ce n'est pas par hasard que le Japon s'est assuré une quasi exclusivité de la production des dessins animés de télévision.

Enfin, tous les marchés s'interpénètrent, et l'agent essentiel de la réussite d'un film est maintenant son montage financier et sa promotion sur les marchés du cinéma, de la télévision et de la vidéo. Cette discussion est mondiale et complexe. Monter un film, même à moyen budget, prend maintenant de trois à cinq ans, sauf miracle. Un des derniers endroits de maîtrise absolue par studio est Walt Disney Productions (dont le PDG est le plus important salarié mondial) parce qu'ils pratiquent un protectionnisme à outrance et des prix très élevés de location et de vente : ils peuvent se le permettre, car leur produit est absolument exclusif et leur public potentiel est illimité : tous les 4 à 5 ans un nouveau lot d'enfants-spectateurs vierges arrive sur le marché. Après un certain creux de vague, Walt Disney Productions, menée par Jeffrey Katzenberg, est une des sociétés des plus efficaces. Hanna/Barbera Warner pratiquent sensiblement la même politique.

Parmi les financiers-économistes faisant des "montages" de production on trouve ceux qui travaillent pour des Sociétés comme David Putman chez Columbia jusqu'en janvier 88 qui a produit Alan Parker, Ken Russell, des succès comme "Out of Africa" ou "Brazil" et "Munchausen" de Terry Gilliam ; et il y a les indépendants : un des plus "puissants" est actuellement Arnon Milchan qui a co-produit "Brazil" avec Putman, et le "Il était une fois l'Amérique" du regretté Sergio Leone, ainsi que les dernières créations de de Niro, Scorsese et Ridley Scott ("Black rain")...

Tout "l'esprit hollywood" est transformé et a souvent laissé place à un certain "rationalisme froid", encore que la "passion du cinéma" anime presque toujours ceux qui le financent parce qu'ils l'aiment. Stanley Kramer a coutume de dire que le cinéma l'a "ruiné plusieurs fois et rendu milliardaire plusieurs fois", tout en étant toujours heureux.

Et, sur le plan financier et juridique le marché du cinéma reste le support et le pilote de tous les autres marchés de l'audio-visuel, qui ne sont que ses enfants et en subissent l'indéniable influence.

8. FRANCE-AMERIQUE-EUROPE

Peut-on dire, avec Georges Cravenne, que "le cinéma européen n'existe pas" ? et que cette notion est fautive, l'Europe étant le marché d'extension privilégiée du cinéma américain. Ce qui est certain est que l'Europe produit plus de 100 films par an, mais ces derniers ne franchissent que rarement les frontières nationales. Les chiffres sont sans appel : en 1988, le CNC a délivré 104 visas d'exploitation à des films américains, et seulement 17 pour des productions européennes :

7 italiens, 3 hollandais, 2 allemands, 1 belge, 1 danois, 1 norvégien et 1 polonais. On peut y ajouter 12 films britanniques entièrement dépendants du système américain mais tournés dans les studios britanniques avec une majorité de personnel anglo-saxon. Autrement dit, le Marché Commun du Cinéma n'existe pas, sauf pour quelques très rares productions et malgré des efforts louables, comme ceux, par exemple, de l'AECTV : l'Année Européenne du Cinéma et de la télévision de 1987/88 présidée par Simone Weill, et qui a essayé de faire le répertoire de tout ce qui constituait le cinéma en Europe, des enseignements aux festivals afin de rationaliser, regrouper, et essayer de rendre plus opératif. Mais c'est mince face à l'énorme machine américaine.

Jean- François Lacan dans "Le monde" du 29 novembre 89 reprend les doléances des producteurs français et européens et souligne combien le spectateur européen est "matraqué" au cinéma comme à la télévision par les productions US.

Pourtant , même si la production a diminué d'environ 20% en 10 ans, on continue en Europe de monter de nombreux films et de très bons : on tourne une centaine de films par an en France et en Italie, 60 en Allemagne et en Espagne. Mais très peu franchissent les frontières, et ils sont presque tous à usage interne. Cette raréfaction de l'offre a également des conséquences désastreuses sur la fréquentation des salles, et le spectateur perd toute curiosité de ce qui vient de chez ses voisins : en France le cinéma italien lui-même ne fait plus recette après avoir attiré 15% du public dans les années 60. Il plafonne à environ 3% des spectateurs, comme les films anglais. Ces piteux résultats font pourtant de la France le pays européen où l'on peut voir le plus de films en provenance de l'étranger, car elle ne risque pas de trop concurrencer une production intérieure active. L'Europe ne sait pas faire, face à l'hégémonie américaine, circuler ses produits sur son propre marché : à Cannes tous les ans, malgré une compétition dite internationale où chacun a sa chance, on négocie commercialement plus de 70% de films américains.

Les raisons en sont largement économiques : l'Europe a perdu en 6 ans plus de 340 millions de spectateurs en salle : les Européens vont de moins en moins au cinéma, même s'ils aiment toujours les films, puisque dans toutes les statistiques, c'est ce qui est le plus regardé à la télévision, avec les matches de football. Et les faibles efforts faits pour continuer à remplir les salles, le sont très souvent pour des productions américaines précédées d'un matraquage publicitaire multimédiatique. Le deuxième grand responsable de cette incohérence et de cette désaffection est la télévision, qui faute d'oeuvres originales, programme à outrance des productions américaines et des films. Une seule chaîne semble vouloir essayer de sortir de cette impasse : c'est la Sept franco-allemande qui diffuse plus de 150 productions européennes par an. Pourtant, selon Bernard Miyet, responsable du projet EUREKA audiovisuel européen, il suffirait de modifier les cahiers des charges des chaînes pour améliorer les diffusions et restreindre le champ du matraquage américain.

Pour sa part, la France, premier producteur européen, et constamment dans les 5 premiers producteurs mondiaux, se bat pour préserver sa part de marché et maintenir un semblant d'autonomie à son "industrie" cinématographique : Il y a à présent 3 "majors" françaises: La Gaumont, où l'Etat est très impliqué et qui a procédé à une augmentation de capital en juin 1990. Dirigée par Nicolas Seydoux, elle a produit des travaux comme "Le grand bleu" ou "La gloire de mon père" qui lui permettent d'être assez optimiste : elle jouit d'un privilège de diffusion sur TFI. Le Groupe UGC a le plus fort réseau de petites et moyennes salles. Enfin Pathé-Cinéma, après de nombreuses tribulations a été racheté par Jérôme Seydoux (frère du précédent) PDG du groupe des Chargeurs réunis, et a fait ainsi obstacle aux tentatives de Giancarlo Piretti.

Par ailleurs toute les chaînes de télévision font de la co-production et du financement au cinéma.

On tente donc de se regrouper et de rationaliser, et de choisir des entreprises qui vont dans le sens des goûts du public. Récemment, il y a eu quelques très belles opérations comme "Le grand bleu", "Trois hommes et un couffin", "La vie est un long fleuve tranquille", "Jean de Florette", "Cyrano de Bergerac" ou "Les ripoux".

Qu'est-ce qui fait donc la suprématie du cinéma américain ? sans doute une efficacité absolue de ses entrepreneurs, mais aussi d'autres facteurs, plus sociaux et humains : et cette domination grandissante du film américain s'étale dans le monde entier : c'est d'abord, bien sûr, comme nous l'avons vu longuement, la domination d'un système et d'un état d'esprit. Une certaine conception "opérationnelle" et industrielle du cinéma. Mais il y a plus : de 1960 à 1980, malgré une certaine baisse les Américains ont continué à aller au cinéma. En 1990, il y aura 1,2 milliard de tickets vendus aux USA ; cela fait une baisse d'à peine 12% en 30 ans alors que dans le même laps de temps la fréquentation diminuait en Europe de plus de la moitié, et elle augmentait partout ailleurs dans le monde : autrement dit, ce n'est pas, ce n'est plus l'Europe qui est pilote en matière de politique de la distribution internationale : Le Japon est passé à 1 milliard de spectateurs. Il y a donc un écart d'échelle absolu, et certainement irratrapable entre le cinéma américain, désormais fabriqué pour le monde entier et les autres cinémas nationaux. La supériorité américaine n'est pas une fatalité venue de la nuit des temps mais une réalité chiffrée : en 1960, l'Italie, la Grande Bretagne et la France constituaient additionnées un marché plus important que le marché des Etats Unis ; maintenant, il est 4 fois plus petit, et inférieur au marché de l'Extrême Orient.

Et si le film américain plaît tant c'est aussi en partie parce qu'il n'a jamais perdu les faveurs du public américain : il a un savoir-faire qui lui permet de conquérir le monde entier : il a des "stéréotypes planétaires" qui lui permettent de plaire à peu près partout. C'est d'ailleurs ce que la France réussit parfois à faire aussi avec "Le grand bleu" ou "Le couffin", quand elle veut bien sortir de ses schémas trop français ou trop folkloriques. Et sur ce terrain presque tous les cinémas

nationaux ont échoué : alors, les Américains se sont tout simplement emparé des parts de marché abandonnées. Si la France a assez bien résisté, c'est parce que l'Etat est venu au secours du cinéma et a mis en place un système assez sophistiqué qui lui permet de ne pas subir absolument les strictes lois de la concurrence.

Par ailleurs, s'il est possible de faire du cinéma aux Etats-Unis sans les grands Studios, cela reste tout de même très difficile, et il reste pratiquement impossible d'être distribué sans eux : les 7 grandes Majors représentent toujours plus de 75% des films produits, mais surtout plus de 95% des films distribués. Le pouvoir des studios ne réside pas (ou plus) dans leur puissance de réalisation mais dans leur puissance de distribution : une Major ne produit plus -en moyenne- qu'à peine la moitié de ce qu'elle distribue, et ses relations avec l'extérieur sont de différentes natures : elle peut se contenter de distribuer, mais elle peut aussi financer en partie ou même totalement.

La première Major américaine (pour 89/90) est toujours la *Warner* avec 19 % du marché ; la seconde est *Universal* avec 16 % ; ensuite *Columbia* avec 15 % ; *Paramount* et *Disney Productions* avec 14 % ; enfin, la *Fox* et *MGM* avec chacune 6 % du marché. Toutes ont à leur actif pour cette même année de grandes réussites internationales. De plus, les Studios ont, au fil des ans, renoncé à une concurrence acharnée entre eux, et préfèrent réaliser des ententes et des partages. Seuls moments encore "chauds" : l'attribution des Oscars qui assurent un regain de faveur et quelques super-productions capables de rapporter pendant des décennies.

Ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est la relation entre le coût d'un film et son nombre de spectateurs potentiels : or si l'Américain continue d'aller au cinéma 6 à 8 fois par an, le Français n'y va plus qu'à peine 2 ou 3 fois et l'Allemand 2 fois seulement. C'est ce qui fait toute la différence.

Le cinéma a d'abord été une attraction foraine, un "spectacle de curiosité", et dès les premiers films de l'histoire, le paramètre financier a régi leur fabrication. Le cinéma a toujours coûté cher, et a toujours dû rapporter beaucoup. Ce n'est pas une déviation perverse, mais une réalité incontournable. Le bonheur du spectateur -plaire- reste donc la plus inévitable des alchimies de cet Art qui est aussi une Industrie et qui dépend de milliers d'artisans.

On ne saurait citer ici tout ce qui a été vu et consulté pour bâtir cette chronique. Par ailleurs, il est signalé que ce texte n'est que le reflet de conférences qui ont été assorties de projections d'extraits filmés. On peut toutefois citer ici :

Jean Mitry, L'histoire du cinéma muet (2 vol.), Flammarion.

Bardèche et Brasillach, L'histoire du cinéma (2 vol.), L. de P.

Sadoul, L'histoire du cinéma, Hatier.

La grande histoire du 7ème Art, dirigée par Paul Bernabeu, Atlas éditions, 1984.

Dictionnaire des films et des réalisateurs, Jean Tulard. Bouquins, 1987.

Dictionnaire du Cinéma, Jean Tulard. Bouquins, 1988.

Les années Cannes, Robert Chazal, 1986, Hatier.

Larry Swindell, Gary Cooper. Olivier Orban éd. 1974.

A.Gronowicz, Garbo. Presses de la renaissance, 1990.

Jacques Siclier, La France de Pétain et son cinéma. Ed H. Veyrier.

François Truffaut, Les films de ma vie, Flammarion, Correspondance. Hatier.

Bernard Chardère, Les Lumière. Payot Lausanne.

Paul Léglise, Histoire de la politique du cinéma français, P. Lherminier ed.(2 vol.).

Journal Officiel et Bulletin Officiel du Cinématographe.

Ont également été consultées les revues de cinéma comme Studio (en particulier les éditoriaux de Marc Esposito), les "Cahiers du Cinéma", ainsi que "Le film français".

LA NOTION DE DROIT CHEZ LES ETUDIANTS DE PREMIERE ANNEE

ENQUETE ANTHROPOLOGIQUE MENEES AUPRES DES
ETUDIANTS DE PREMIERE ANNEE DE DEUG DE LA
FACULTE DE DROIT D'AIX-MARSEILLE

Par

Daniel VERGELY

*Etudiant en Doctorat de droit Anthropologie juridique
à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille*

(1)

PLAN DETAILLE DE L'ARTICLE

METHODOLOGIE

A - PRESENTATION DE L'ANALYSE QUANTITATIVE ET QUALITATIVE

a) L'analyse quantitative

b) L'analyse qualitative

B - LE CHOIX DEFINITIF DE L'ANALYSE QUALI- TATIVE

a) Justification du choix

- *Le caractère subjectif de la notion de droit*

- *L'homogénéité de l'origine socio-culturelle des étudiants en
droit*

b) La technique d'entretien appropriée

- *Questionnaire et schéma d'entretien*

- *Les modalités du questionnement*

(1) sous la direction de Monsieur le Professeur Norbert ROULAND.

RAPPORT D'ENQUETE

INTRODUCTION : LA REPRESENTATION ORIGINELLE DU DROIT AVANT L'ENTREE EN FACULTE

A - LES MOTIVATIONS ETUDIANTES DANS LE CHOIX DES ETUDES DE DROIT

- a) Motivations "rationnelles"
 - *Le prestige des études de droit*
 - *L'aspect utilitaire des études de droit*
 - *Les leaders d'opinion*
- b) L'irrationnel : idée d'un absolu

B - A PRIORI SUR LE DROIT

- a) Formulation des a priori
 - *A priori sur le droit et les études de droit.*
 - *A priori sur le milieu juridique*
- b) Vérification des a priori sur le droit

I) - L'ACCULTURATION JURIDIQUE DES ETUDIANTS

A) LES CONDITIONS D'ACCULTURATION JURIDIQUE

- a) Le contexte matériel et humain de l'enseignement
 - *Le prix de revient des études*
 - *Les impératifs scolaires*
 - *L'infrastructure de la Faculté*
 - *Les relations humaines à la Faculté*
- b) le contenu de l'enseignement
 - *La juridicisation des rapports quotidiens*
 - *Le droit forme l'esprit*
 - *L'épanouissement de sa personnalité grâce au droit.*

B) LE DEGRE D'ACCULTURATION JURIDIQUE

- a) Les réactions étudiantes aux cas concrets
 - *Des réactions émotionnelles incontrôlées*
 - *Des propos qui tombent sous le coup du sens commun*
 - *Des réponses juridiques peu significatives*
- b) Le degré spontané de conceptualisation

II - CARACTERISATION DU DROIT

A) LA "SUBSTANCE" JURIDIQUE : CRITERES DE JURIDICITE ET RAPPORTS DU DROIT AVEC L'IDEOLOGIE

- a) Critères de juridicité des disciplines enseignées
 - *L'inventaire des critères*
 - *Critères fondamentaux et critères accessoires de juridicité*
- b) Droit et idéologie
 - *Désignation et caractérisation des matières idéologiques*
 - *Corrélations entre matières et options idéologiques*

B) LOCALISATION DU DROIT DANS LA SOCIETE : LA REFERENCE OBLIGEE AUX PROCESSUS CONFLICTUELS

- a) Le pouvoir judiciaire
 - *Les professions judiciaires*
 - *Les tribunaux de justice*
- b) Le conflit

Par définition, tout étudiant est novice dans la matière dont il fait son objet d'études : ses vues sont incomplètes ou approximatives. Dès lors quel intérêt de s'y attarder, sinon pour lui de combler ses lacunes ?

Ainsi fonctionne le système universitaire : les uns prodiguent la connaissance, les autres ont le droit de s'en imprégner, persuadés qu'ils sont de ne rien savoir et d'avoir tout à apprendre : la légitimité et le prestige du corps enseignant reposent largement sur le complexe de l'ignorant. Il n'est donc pas étonnant que l'univers des représentations mentales qui gravitent autour de chaque matière passe pour négligeable, sinon au moment de l'examen, qui postule la confrontation du savoir légitime avec la représentation du savoir ; il en va du droit comme des autres disciplines. Autrement dit, les représentations juridiques ne méritent qu'on s'y attarde, que pour leur opposer la version officielle révélée par la jurisprudence ou élaborée par la doctrine. Passé l'examen, l'enseignant ignore superbement quelle idée les étudiants se font du droit. Bien au contraire, dans une perspective anthropologique, il s'agit d'extraire les représentations du droit du contexte universitaire qui les engendre : il ne s'agit plus d'évaluer une compétence, mais de prendre en considération certaines représentations comme faisant parties intégrantes du phénomène juridique. En effet, la réalité du droit réside aussi dans l'image perçue, plus ou moins conforme au discours officiel et ne se limite pas seulement à l'expression scientifique ou technique qu'en donne la Faculté, même si cette institution culturelle concourt largement à façonner l'idéologie juridique ambiante. Dire que l'Etat de droit repose sur l'acceptation unanime de la loi est donc un leurre, une fiction journalistique : le consensus social tire avantage non pas de la connaissance effective du droit, mais de certaines représentations plus ou moins travesties de la norme juridique. Ces représentations participent du bon fonctionnement de l'ordre juridique existant, d'où l'intérêt de s'y attarder. Le sujet est d'autant plus intéressant quand on s'adresse à des étudiants en droit. Accepter de le traiter, c'est dans une large mesure accepter de se livrer à une observation minutieuse et attentive des aberrations publiques : le droit tel qu'il s'enseigne est souvent sans rapport avec les conceptions du droit. Cela ne préjuge pas de la qualité scientifique de la recherche ; la scientificité d'une analyse de contenu ne se mesure pas à la scientificité de son objet.

METHODOLOGIE

L'objet de ce bref exposé méthodologique est de restituer les considérations théoriques générales par rapport au sujet et non de faire une présentation exhaustive de la théorie sur l'analyse de contenu. Cette partie se conçoit non pas comme l'énoncé de "la" méthode infaillible mais comme la justification de choix méthodologiques. Le choix d'une technique d'investigation est conditionnée par la définition préalable des objectifs de recherche. Objectiver le droit n'est pas l'objectif poursuivi : il s'agit d'en saisir la perception, a priori et autres lieux-communs inclus, libre à chacun ensuite de faire la part du vrai et du faux : le délire collectif a droit de cité dans ce genre d'enquête. L'alternative se situe entre le choix de la méthode quantitative ou qualitative d'analyse.

A - PRESENTATION DE L'ANALYSE QUANTITATIVE ET QUALITATIVE

a) L'analyse quantitative

L'analyse quantitative a pour objet de mesurer des poids de tendance, des pourcentages d'opinion. Elle veut mesurer certaines grandeurs absolues : par exemple le pourcentage de personnes ayant une certaine opinion. Elle se fonde exclusivement sur la fréquence d'apparition de certains éléments du message et nécessite un échantillonnage suffisamment important pour garantir la représentativité statistique.

b) L'analyse qualitative

L'analyse qualitative se préoccupe moins de compter que de comprendre la cohérence interne des comportements, de pénétrer dans l'univers mental d'un public déterminé. Conformément à toute investigation de type psycho-sociologique, ce type d'analyse ne vise donc pas à établir des régularités statistiques : on raisonne à partir d'un panel de personnes, représentatif d'une catégorie plus vaste de la population.

Mais la population concernée doit satisfaire à certains critères : Le postulat de recherche est l'homogénéité du corps social dont l'échantillon est extrait. Bien sûr, s'il s'agit d'une communauté hétéroclite d'individus, dont l'âge, le sexe, l'origine socio-culturelle n'ont rien de commun, il sera difficile de respecter une telle diversité. Dans l'analyse qualitative, la fiabilité de l'échantillon repose donc moins sur son importance numérique que sur ses qualités sociologiques intrinsèques.

B - LE CHOIX DEFINITIF DE L'ANALYSE QUALITATIVE

a) Justification du choix

Sans aucun doute possible, l'analyse qualitative est la mieux appropriée aux objectifs de recherche : les deux conditions requises sont remplies :

- Le caractère subjectif de la notion de droit

C'est bien à un univers de représentations, voire de phantasmes qu'on s'intéresse : rien de plus subjectif que la notion de droit chez les étudiants de première année.

- L'homogénéité de l'origine socio-culturelle des étudiants en droit

L'homogénéité socio-culturelle du groupe primaire que représentent les étudiants en droit ne fait quant à elle aucun doute et il n'est pas abusif de dire, en dépit d'une évolution sociologique récente qui fait une part un peu moins réduite aux couches populaires, que la Faculté de droit donne une image inversée de la population : elle est dominée par les étudiants issus de milieux bourgeois, tant par le nombre que par la nature de la culture qui leur est propre. Il suffit pour s'en convaincre, de consulter les chiffres officiels publiés par l'INSEE et disponibles dans les Rectorats de chaque Académie (2). En effet, la part d'étudiants d'origine ouvrière est d'un tiers inférieure à ce qu'elle est dans la réalité nationale, tandis que fils de professions libérales et de patrons de l'industrie et du commerce, voient leur place multipliée par presque trois. Les étudiants aixois ne font pas exception à la règle : le pourcentage d'étudiants issus de milieux aisés est même supérieur à Aix à l'ensemble de la France. Certains sociologues ont depuis longtemps mis en évidence l'homogénéité de l'origine sociale des étudiants en fonction de leur spécialisation. Comme l'affirment Bourdieu et Passeron : "Les étudiants issus de milieux socio-culturels défavorisés" par exemple, "doivent payer par le choix forcé des Lettres ou des Sciences leur entrée dans l'enseignement supérieur qui a pour eux deux portes et non cinq, (...) lors même qu'ils parviennent à vivre ce destin comme vocation". (3). En règle générale, (...) "un avenir scolaire n'est plus ou moins probable pour un individu donné que dans

(2) Pour de plus amples informations, se reporter aux Annexes du Mémoire de DEA d'Etudes Politiques : "la notion de droit chez les étudiants de première année de DEUG à Aix-en-Provence", Directeur : M. Norbert Rouland, Professeur de Droit romain et d'Anthropologie juridique à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence. Voir en particulier : "Ventilation par catégories socio-professionnelles, par spécialités et par année, des étudiants français" et à titre comparatif : des "étudiants français de l'Académie d'Aix-Marseille".

(3) Pierre Bourdieu et Jean Claude Passeron, Les Héritiers, Editions de Minuit, 1964, p.18.

la mesure où il constitue l'avenir objectif et collectif de sa classe ou de sa catégorie".(4) Cela est vrai pour le droit comme pour les autres filières universitaires. Cette analyse qui a le mérite de démystifier l'idéologie du "don" naturel et des "goûts innés", montre donc qu'il ne suffit pas d'affirmer comme on le fait souvent, que les chances d'accéder à l'enseignement supérieur sont fonction de l'origine sociale du sujet : la sélection sociale s'exprime aussi dans la restriction du choix des études qui peuvent être raisonnablement envisagées par une catégorie donnée : l'auto-exclusion est un facteur de sélection sociale plus efficace que le système éducatif lui-même.

Mais l'appartenance commune à une catégorie socio-culturelle bien spécifique n'est pas le seul argument en faveur de l'homogénéité du groupe primaire, objet de l'analyse : en effet, le premier dénominateur commun des étudiants, est tout bonnement de découvrir le droit en même temps : tous ont été interrogés durant la même période ; il ne devrait donc pas y avoir de différences sensibles entre leur degré d'acculturation juridique.

b) La technique d'entretien appropriée

- Questionnaire et schéma d'entretien

Dans l'investigation sociologique, il existe différentes techniques d'entretien selon que l'on procède à une analyse de type qualitatif ou quantitatif.

- Dans le cas d'espèce, le schéma d'entretien est le meilleur moyen d'investigation. Cela pour deux raisons : Le questionnaire est beaucoup trop directif lorsqu'il s'agit de comprendre plutôt que de mesurer : "Lorsqu'il s'agit de comprendre, le questionnaire n'est pas satisfaisant car la question oriente la réponse, la question n'est pas toujours comprise, l'interviewé ne peut répondre à la question car il ne s'analyse pas ou parce que sa culture personnelle ne lui permet pas d'exprimer certains concepts"... (5). Dans le cadre d'un entretien semi-directif au contraire, une grande liberté est laissée à l'interlocuteur : "Il existe un schéma d'entretien (...) mais chacun des thèmes du schéma conserve une relative ambiguïté, ce qui veut dire que les grandes catégories du cadre de référence global étant posées, il demeure une non définition du cadre de référence au niveau de chaque point (ou catégorie)". En outre, "l'ordre dans lequel les thèmes peuvent être abordés est libre ; si l'enquêté n'aborde pas spontanément un ou plusieurs thèmes du schéma, l'enquêteur doit lui proposer le thème" (6).

D'autre part, le questionnaire vise surtout l'exploitation statistique des résultats : "Dans le cadre d'une analyse quantitative et contrairement aux différentes formes d'entretien, la conception et la rédaction d'un questionnaire sont entièrement déterminées par

(4) Pierre Bourdieu et Jean Claude Passeron, La Reproduction, Editions de Minuit, 1970, p.189.

(5) R. Ghiglione, B. Matalon, Les Enquêtes sociologiques, Théories et Pratique, Editions Armand Colin, 1978, p.76.

(6) Ibidem, p.75.

l'exploitation statistique qui en est prévue : cela implique qu'on puisse valablement "dénombrer" les réponses à chaque question (7) (...). La construction du questionnaire et la formulation des questions constituent donc une phase cruciale du déroulement d'une enquête. On ne peut pas laisser certains points dans le vague (...). Toute erreur, toute maladresse, toute ambiguïté, se répercuteront sur l'ensemble des opérations ultérieures jusqu'aux conclusions finales". "Dans le cas des entretiens, l'objectif étant différent, le problème du maintien des conditions constantes se pose tout autrement. Certes, (...) la standardisation de la consigne et des modes d'intervention de l'enquêteur est nécessaire. Mais la notion même de comparabilité entre sujet prend un sens plus vague que dans les questionnaires, puisque chacun suit en principe sa propre ligne de pensée. (...). La comparaison n'est plus possible point par point, mais seulement globalement. La systématisation stricte, tout en étant souhaitable, n'est pas une condition aussi absolue que dans les questionnaires" (8).

- En réalité, l'opposition entre analyse qualitative -entretien semi-directif d'une part, et analyse quantitative- questionnaire de l'autre, doit être nuancée : l'inadéquation du questionnaire à l'analyse qualitative est toute relative : toute forme de questionnement n'est pas à proscrire.

Le tout est de s'entendre sur la formulation des questions. Seule la question fermée induit la standardisation, l'uniformisation des réponses : chaque locuteur doit en effet choisir dans une liste préalable de réponses possibles. En revanche, la question ouverte n'est pas directive : le sujet donne "librement" sa réponse : il répond comme il le désire aux questions, donne les détails et les commentaires qu'il juge bon et utilise son propre vocabulaire. De ce point de vue, la présentation formelle du schéma d'entretien est artificielle, il faut bien le souligner, dans la mesure où elle dissimule le caractère souvent anarchique du discours : selon le sujet abordé, les étudiants font des réponses laconiques ou ils ont du mal à tempérer leur incontinence verbale. Parfois, ils donnent inconsciemment la réponse à la question précédente, malgré toutes les précautions pédagogiques dont on a essayé de s'entourer. Les étudiants, par exemple, ont plus de réticences à s'exprimer sur les matières juridiques que sur la peine de mort, cela va de soi. Il faut dire aussi qu'on s'est montré assez complaisant envers ses "défauts" apparents du discours, conformément à l'optique de l'entretien semi-directif : la spontanéité du propos est un gage d'authenticité. Tout cela pour dire qu'il ne faut pas prêter une attention abusive à la présentation formelle du guide d'entretien : il semble donner une structure, une cohérence au discours du répondant qui ne sont pas le sien en réalité. Ce guide n'est qu'un index thématique, le fil conducteur de la conversation, un aide-mémoire à l'usage de l'enquêteur. Fort heureusement, la conversation a toujours pris le pas sur le questionnement mécanique et impersonnel.

(7) In Les Enquêtes sociologiques, op. cit., p. 95.

(8) Ibidem, p.96.

Deuxième argument en faveur du questionnement : "La question ouverte affirmaient Cannel et Khan en 1967, est plus appropriée quand l'objectif de recherche n'est pas seulement de découvrir des attitudes ou attributs du répondant mais aussi d'apprendre quelque chose (...) sur la structure de base sur laquelle il a formé son opinion, le cadre de référence à l'intérieur duquel il répond à la question" (9). Tel est, précisément, un des objectifs du questionnaire : la partie relative aux conditions d'acculturation juridique en particulier, s'intéresse au contexte de l'enseignement, à l'infrastructure scolaire, au "cadre de référence à l'intérieur duquel l'étudiant répond à la question".

- Les modalités du questionnement

Le schéma d'entretien se présente donc sous la forme de questions ouvertes. Sans doute les questions relatives au degré d'acculturation juridique le sont-elles moins que les autres, dans la mesure où elles "sollicitent" une réponse juridique. Cela mérite quelques explications.

La formulation des questions relatives aux conditions d'acculturation juridique ne pose pas de problèmes particuliers. Il est bien moins évident d'obtenir des indicateurs pertinents sur le degré d'acculturation juridique : la méthode des "cas concrets" se veut révélatrice. Il s'agit de voir, au travers de questions concrètes, si les étudiants appréhendent différemment la réalité sous l'effet du processus d'acculturation juridique auquel ils sont soumis. Le droit devient sujet agissant et non plus seulement objet d'observation : de par son influence, les répondants ont, par hypothèse, une vision nouvelle des choses. Cela, bien évidemment demande vérification. Autant dire qu'il ne s'agit plus seulement de recueillir une information, de "faire parler", mais bien de tester une réponse. C'est pourquoi il fallait des questions directes, propices à la mise en oeuvre d'un savoir juridique. Chacune a été conçue comme une rampe d'accès, facile à emprunter, vers le droit. Les questions de cours auxquelles on avait initialement pensé, ne constituent pas le meilleur indicateur. En effet, le degré d'acculturation juridique des étudiants ne se résume pas au niveau de leurs connaissances juridiques : il s'agit de voir rappelons-le, s'ils ont intégré ou non un mode juridique de raisonnement, s'ils appréhendent la réalité au travers de leurs "lunettes" de juriste : interrogés sur des sujets de cours, ils répondent en termes juridiques, cela va de soi : l'intérêt est alors de tester l'exactitude de connaissances factuelles : c'est l'objet des examens. Pendant une épreuve, les réponses sont toujours conditionnées par le contexte universitaire dans lequel se déroule cette épreuve. De ce point de vue, le rapport qui s'instaure entre l'étudiant et la matière juridique est biaisé : l'examiné revêt pour quelques heures sa parure juridique : il répond en juriste parce qu'il n'a pas le choix : il se prête au rituel de légitimation, aussi longtemps que nécessaire. Ses réponses sont des réponses obligées. Reconstituer

(9) Ibidem, p.77.

l'atmosphère de l'examen en dehors de la Faculté ne présente donc aucun intérêt au regard de l'objectif poursuivi ; l'intégration de la norme juridique induit en principe la spontanéité des réponses juridiques sur tous sujets adéquats, c'est-à-dire susceptibles d'éclaircissements par le droit.

Reste les questions d'actualité dont certaines sont en prise directe avec le droit. Certes, chacun a "son idée" sur l'actualité, mais de la part de juristes la logique commanderait des réponses juridiques. Tous les sujets abordés comportent une dimension émotionnelle et affective importantes (peine de mort, jugement d'un criminel de guerre nazi, respect de l'intégrité physique, d'une fillette qui plus est). L'intérêt de ce choix méthodologique, est de voir si les étudiants transgressent leur émotion pour raisonner en termes juridiques, si le droit a durablement imprégné leur cerveau, ou s'ils abandonnent leur bagage juridique dans la salle d'examen. Autrement dit : l'acquisition de connaissances juridiques a-t-elle seulement des conséquences épisodiques : la note d'examen ou durables : l'adoption d'un mode de pensée nouveau ? Dans cette optique, seule la juridicité de la réponse est prise en compte au moment du classement de l'information (10). L'opinion formulée importe peu quant au fond : c'est la justification qui est décisive. Par exemple, l'opinion de tel ou tel étudiant sur la peine de mort est secondaire ; c'est sur la juridicité de son argumentation en faveur ou contre la peine de mort, que doit se porter l'attention. Souvent les critères d'appréciation demeurent les mêmes pour deux opinions contradictoires ; par exemple : "je suis pour la peine de mort en raison de sa fonction dissuasive" ou "je suis contre parce qu'elle n'a aucune fonction dissuasive" ; dans ce cas fictif, il faudrait cocher deux croix dans la rubrique "fonction dissuasive de la peine de mort".

Vingt-deux étudiants, représentatifs de la composition sociale des étudiants de première année de l'Académie d'Aix-Marseille et trois Professeurs, représentatifs des trois branches fondamentales du droit ont été interviewés. Le corpus d'analyse se présente sous la forme de 27 cassettes magnétiques de 90 minutes chacune, enregistrées intégralement.

Si l'on s'en tient au libellé du sujet, seule une fraction de la population est intéressée par l'enquête sur la notion de droit : "les étudiants de Droit de première année de DEUG à Aix-en-Provence". Toutefois, il était intéressant d'interroger quelques enseignants pour disposer d'un terme de comparaison à chaque fois que nécessaire. Il ne s'agit bien évidemment pas de consacrer une rubrique spéciale aux enseignants compte tenu du sujet, mais d'utiliser leurs réponses à titre de référence, comme celles d'un "groupe contrôle".

Il eût été envisageable d'interviewer plus d'étudiants : mais pour le qualitatif, faire plus ne veut pas dire faire mieux, comme on l'a déjà mentionné. Contrairement à une idée bien établie, la répétition d'un discours identique à une échelle plus vaste, n'est pas en soi, un gage de scientificité plus grand dans la mesure où on postule

(10) Cf. Annexes, Tableaux n° 3 (11) à 3 (16), p. 58 à 63.

l'homogénéité du public interviewé. Du reste, ce présupposé est rapidement vérifiable. Si les propos ne convergent pas, l'enquêteur va au devant de problèmes inextricables au moment du dépouillement : à l'extrême, il lui faudra autant de grilles catégorielles, qu'il y aura de répondants et il n'est pas prêt d'analyser le discours collectif. Le problème est ailleurs : la qualité d'une analyse qualitative... si on ose dire, se mesure surtout à la pertinence des catégories d'analyse et à la façon dont a été menée l'indexation des réponses : "Une analyse qualitative vaut ce que valent ses catégories" a dit Berelson.

Cela étant, l'analyse qualitative n'est pas une fin en soi : "il est habituel de considérer qu'une enquête complète doit commencer par une phase qualitative, sous la forme d'entretiens non directifs ou structurés, suivie d'une phase quantitative, l'application d'un questionnaire à un échantillon permettant une ingénierie statistique au cours de laquelle on vérifie les hypothèses élaborées au cours de la première phase et on les complète par des renseignements chiffrés" (11). De ce point de vue, la présente étude est incomplète : les conclusions apportées demanderaient vérification à plus grande échelle, ce qui pourrait faire l'objet d'une autre investigation. Cela n'enlève rien à la crédibilité des résultats : "même s'il n'est pas possible de connaître l'importance de chacune des modalités recensées, on peut, à partir d'entretiens, au moins conclure à leur existence" (12).

Bien entendu, il ne s'agit là que d'une présentation sommaire de la partie méthodologique (13). On peut d'ores et déjà affirmer le bien fondé du postulat de recherche qui met en parallèle l'origine socio-culturelle des étudiants et leur représentation du droit : il existe bel et bien une représentation globale et durable du droit, qui transcende le compartimentage de l'enseignement en plusieurs matières : c'est en quelque sorte, la synthèse idéologique d'un enseignement pluridisciplinaire.

(11) In les Enquêtes sociologiques, op. cit. p. 93;

(12) Ibidem.

(13) Pour plus de précisions (collecte et traitement de l'information), se reporter au Mémoire et aux Annexes. Le matériel verbal, objet de l'analyse, figure à l'intérieur du rapport d'enquête intégral;

RAPPORT D'ENQUETE

INTRODUCTION : LA REPRESENTATION ORIGINELLE DU DROIT AVANT L'ENTREE EN FACULTE

Les étudiants n'ont pas attendu d'engager leurs études pour se faire une idée du droit : l'idée qu'ils en ont préexiste à leur entrée dans la Faculté et se modifie par la suite. En principe, à l'instant où ils parlent, leur représentation de la matière est un produit fini de l'imaginaire : il s'élabore à partir du vécu quotidien. Mais il est possible de connaître leur représentation originelle du droit, produit inachevé de l'imaginaire, de deux façons : en se renseignant sur les motivations qui ont guidé leur choix vers ces études et de façon encore plus explicite sur leurs a priori.

A - LES MOTIVATIONS ETUDIANTES DANS LE CHOIX DES ETUDES DE DROIT

a) Motivations "rationnelles"

Les motivations étudiantes sont avant tout d'ordre rationnel, c'est-à-dire qu'elles reposent sinon sur des considérations effectivement rationnelles, du moins sur des images séduisantes qui se rattachent à une réalité clairement perçue, illusoire ou non.

- Le prestige des études de droit

Pour diverses raisons les études de droit sont auréolées d'un prestige indéniable. Positivement, les étudiants font l'apologie de leurs études, porteuses de nombreux débouchés et dont le "sérieux" est pour eux un fait acquis. Certains invoquent la complémentarité des études de droit par rapport à d'autres études ; pour ceux-là le droit n'est pas seulement un plus, un à-côté mais bien un complément indispensable : l'idée est celle de complémentarité et non pas de supplément. Le statut d'étudiant en droit enfin, aurait en lui-même des vertus gratifiantes.

Le prestige des études de droit s'exprime aussi selon une modalité différente, par la dévalorisation systématique des études concurrentes : le choix des étudiants est également et de façon très nette un choix négatif. Ce refus des autres formations universitaires se cristallise de façon quasi-systématique sur les études de lettres : au prestige de la formation juridique, s'oppose la médiocrité de la formation littéraire, invoquée comme un repoussoir, une sorte d'épouvantail dont le pouvoir dissuasif est radical. Les griefs formulés sont toujours les mêmes : pas de débouchés, l'ambiance, l'esprit "fac de lettres". Souvent, cette défiance à l'égard des études de lettres ne repose pour ainsi dire sur rien : il s'agit d'un refus positivement affirmé et ne méritant pas justification. Le prestige des études de droit

trouve son expression la plus achevée dans cette affirmation gratuite de la supériorité juridique.

Ainsi, la majorité des étudiants exprime avec certitude et selon des modalités différentes le prestige de leurs études. Le rapport qu'ils entretiennent avec le droit est donc un rapport familier et lointain à la fois : familier parce que le droit est l'objet de leurs études, lointain en raison du respect dont ils font preuve à son égard.

- L'aspect utilitaire des études de droit

Outre le prestige qui s'y rattache, les étudiants invoquent aussi l'aspect strictement utilitaire de leurs études ; utilité qui s'analyse en termes d'accès : accès à une profession d'abord, puis par ordre décroissant d'importance : accès à d'autres études, accès à une position sociale, mais aussi accès à une carrière politique. Les motivations dites d'ordre professionnel ont un caractère générique. Une distinction doit être opérée entre les étudiants qui visent le diplôme et ceux qui aspirent à la connaissance. Les premiers entrent pour ainsi dire à reculons dans la matière ou plutôt ils entrent en dissidence avec le droit, en même temps qu'ils abordent leurs études. Pour les autres, l'acquisition d'un savoir est indissociable de leur perspective d'avenir. L'analyse des motivations d'ordre professionnel conduit à se poser une question : les étudiants en droit auraient-ils le privilège par rapport aux "scientifiques" de moduler leur intérêt pour leurs études en fonction de leurs projets ? En effet, le rapport qu'entretient chaque étudiant avec la matière est largement indexé sur ses perspectives professionnelles. D'un point de vue de logique pure, il est évident que la matière gagnerait alors en intérêt, si les études de droit n'offraient que le droit comme toute perspective d'avenir professionnel et non pas aussi la perspective d'une carrière dans la police, dans le journalisme ou dans l'administration. En dehors du soin médical par exemple, les études médicales n'offrent guère de débouchés. Les études de droit seraient donc plus permissives que les autres. C'est peut-être là un critère de distinction pertinent entre études dites scientifiques et études juridiques.

- Les leaders d'opinion

L'entourage immédiat influe aussi sur le choix. Les "leaders d'opinion" dont les étudiants écoutent les conseils sont dans leur majorité qualifiés pour parler du droit. Mieux encore, ils sont majoritairement issus du milieu familial. On pourrait presque dire que le choix des études est affaire de famille. En outre, seuls les étudiants en mesure de consulter des personnes averties sont susceptibles de déterminer leur choix de façon rationnelle : alors même qu'ils ont à faire à des personnes qualifiées, ils font preuve d'un sens critique supérieur à celui des étudiants qui accordent un crédit total aux arguties de personnes incompetentes. Beaucoup enfin, invoquent leurs convictions personnelles à l'appui de leur choix. Frappante est l'homogénéité des convictions dont on se réclame : il s'agit toujours de défendre les parias de la société contemporaine : le tiers-monde, les

enfants et tous les innocents de façon générique, par référence à une doctrine sociale et humanitariste. En définitive, l'attrait de la fonction judiciaire tient bien moins aux connaissances qu'elle requiert, qu'à certains à-côtés jugés séduisants : opportunité d'un strapontin pour défendre une cause et goût de la prestation oratoire surtout.

b) L'irrationnel : idée d'un absolu

L'irrationnel occupe également une place de choix dans les motivations étudiantes. Les termes de "vocation" et de "passion" pour le droit sont très explicites. A un degré supérieur de conviction, la vocation devient une qualité requise, une condition impérative du succès : l'étudiant ne se contente plus d'affirmer sa vocation ; il en fait une condition nécessaire pour entreprendre des études de droit. L'irrationalité du choix s'exprime aussi au travers d'une sorte d'attitude de provocation ostentatoire à l'égard de son entourage, hostile aux études juridiques : les étudiants se veulent incorruptibles. Toute vocation puise dans l'adversité un témoignage d'authenticité.

Le prestige du droit semble être la motivation décisive toutes catégories confondues, même si elle n'est jamais explicitement formulée :

- Prestige des études en raison de leurs qualités propres : sérieux, débouchés, complémentarité ;
- Prestige de la position sociale à laquelle elles permettent d'accéder.

B - A PRIORI SUR LE DROIT

a) Formulation des a priori

- A priori sur le droit et les études de droit

Initialement, la représentation la plus vague du droit est celle qui prévaut : l'inconnu tient lieu d'a priori à une majorité d'étudiants. Il comporte certains attributs psychologiques : la crainte, voire même une certaine méfiance à l'encontre du droit. Le discours exprime à la fois l'étrangeté de la matière, le goût de l'inconnu dans la mesure où cet a priori ne décourage pas les étudiants et contribue même à les attirer, mais aussi une appréhension dont l'intensité est variable. Il serait intéressant de voir si elle se retrouve chez les étudiants d'autres disciplines. L'hermétisme du droit est un a priori solidement ancré dans l'imaginaire collectif. Il s'exprime selon des modalités différentes : le droit, matière exclusive des autres ; le droit, matière compacte ; l'immutabilité du droit enfin, corollaire de son hermétisme. Peu d'étudiants ont un a priori sur le contenu des matières enseignées : seuls le Droit civil et le Droit constitutionnel se démarquent des autres disciplines, beaucoup plus anonymes pour le profane .

Autant les a priori relatifs à la matière juridique demeurent très évasifs, autant ceux relatifs aux études de droit frappent par leur précision , leur nombre et leur homogénéité : ils se concentrent en

particulier sur les qualités requises dans les études : de la mémoire avant tout, accessoirement du travail et de la motivation.

- A priori sur le milieu juridique

Un a priori de caractère politique très affirmé pèse sur le milieu juridique. Mais les étudiants n'en restent pas à un tel degré de généralité : l'idéologie libérale est invariablement désignée comme l'idéologie dominante au sein de la Faculté. De leur point de vue même, il s'agit d'un a priori banal, solidement ancré dans les consciences. On aurait pu s'attendre à ce qu'ils avalisent ou rejettent cet état de fait dans la mesure où la politique est souvent un enjeu passionnel. Bien au contraire, les réactions sont surprenantes de mollesse et d'indifférence : le ton est celui du constat ; la désimplification est totale, conformément à l'attitude obligée devant toute vérité bien établie. C'est dire combien la Faculté de droit est associée dans les pensées à un courant idéologique bien défini. L'expression "idéologie libérale" désigne d'ailleurs en des termes bien pudiques ce que beaucoup appellent sans nuance "fascisme".

Les a priori sur le milieu juridique se focalisent également sur la mentalité des "acteurs juridiques". Les apôtres du droit et tous leurs fidèles sont à l'image de la matière juridique : Professeurs et étudiants sont perçus comme inaccessibles au vulgum pecus. La transposition aux acteurs d'une qualité propre à la matière juridique, s'opère en des termes particuliers : alors que l'hermétisme du droit tenait aux qualités intrinsèques de la matière, l'hermétisme du juriste tient à une volonté délibérée de s'isoler. Les étudiants incriminent une volonté manifeste de repliement sur soi : la "rigueur", l'"absence de rapports", le "manque d'ouverture" expriment la rigidité du personnage juridique. Avant même d'y avoir été introduits, les étudiants ont le sentiment d'accéder à un corps d'élite qui a besoin de se distancier du monde pour affirmer son identité.

En fin d'analyse, le plus représentatif de tous les a priori sur le droit, est certainement celui relatif à l'inconnu : seuls deux étudiants font référence aux matières juridiques proprement dites et encore ne s'agit-il que du Droit constitutionnel et du Droit civil, les deux piliers du droit. Les a priori s'ordonnent dans leur écrasante majorité "autour" du droit par occultation du "noyau juridique".

b) Vérification des a priori sur le droit

Rétrospectivement, les étudiants désavouent en bloc leurs a priori originels : au lieu d'une matière hermétique, hostile, ils se représentent désormais le droit comme une matière large, ouverte aux autres disciplines. Contrairement à l'idée éculée, le par-coeur ne suffit pas pour réussir. En un mot les a priori sur le droit n'étaient que préjugés. Bien au contraire, l'image qui colle au milieu juridique est conforme à la réalité : celle d'un milieu politisé, majoritairement de "droite" et assez replié sur lui-même. Il reste synonyme de

respectabilité élitiste, tant pour ce qui est du milieu enseignant que des professions juridiques au sens large.

L'analyse doit aussi envisager les représentations indissociables de l'habitus étudiant, par référence au processus d'acculturation juridique. L'expérimentation du droit a eu lieu. Là est la différence. Cela dit, l'écart peut rester grand entre le réel et la représentation du réel : l'expérimentation du droit n'est pas garante de la fiabilité des représentations juridiques.

I - L'ACCULTURATION JURIDIQUE DES ETUDIANTS

A) LES CONDITIONS D'ACCULTURATION JURIDIQUE

Le contexte de l'enseignement renvoie à des paramètres spécifiquement matériels mais aussi à la relation humaine qui se développe entre les étudiants et le corps enseignant.

a) Le contexte matériel et humain de l'enseignement

- Le prix de revient des études

On y verra si on veut le signe distinctif d'un milieu privilégié, mais il est un fait que pour la majorité, le prix de revient des études ne traumatise pas les étudiants. Leur origine sociale est très homogène, on l'a dit. Sous réserve de cette homogénéité, il est intéressant de constater que parmi les étudiants d'origine sociale la plus modeste, un seulement exprime son insatisfaction. Il ne faut pas en tirer de conclusions hâtives : le discours sur l'inégalité des chances d'accès à la Faculté n'est pas nécessairement obsolète. Seules conclusions autorisées : il existe un décalage entre leur condition matérielle et les propos de certains étudiants en droit. Le discours aplanit les différences de classe, déjà peu sensibles, mais les différences de condition sociale sont bien réelles entre la minorité et la majorité écrasante des "privilégiés" du droit. Cette première conclusion en amène une autre : la minorité a intégré les valeurs et la perception de la majorité, en s'alignant en quelque sorte sur l'idéologie dominante.

En définitive le discours selon lequel la sélection se fait par l'argent comporte une part de vérité, malgré son côté très simplificateur. En témoigne le recrutement social des étudiants en droit. Le caractère obsolète d'un tel discours, tient plutôt au refus obstiné de prendre en compte une réalité nouvelle de notre société sinon de notre temps : l'affadissement de la conscience de classe à laquelle les étudiants même les plus défavorisés n'échappent pas, il suffit de les écouter parler. Certaines diatribes, prononcées sur le mode de la dénonciation, retrouveraient peut-être un certain crédit si la minorité s'affirmait en tant que telle. Il est vain de dénoncer une réalité dont presque personne ne veut plus entendre parler. Ainsi la prise en compte de mécanismes psychologiques d'auto-défense, peut contribuer à expliquer le déclin d'une idéologie, qui proclame avec une obstination dérisoire son attachement à des valeurs périmées, aux yeux même de

ceux qu'elle prétend défendre. Du "prolétaire de la pensée" et de son défenseur, c'est aujourd'hui le second qui a le plus besoin de l'autre pour se créer une légitimité.

- Les impératifs scolaires

S'agissant du système de notation, les avis sont partagés. Les uns louent la perspicacité, l'équité, l'objectivité des enseignants. Les autres s'insurgent contre des critères de notation incertains et se représentent le correcteur comme un homme peu équitable et subjectif dans ses appréciations. La divergence des opinions ne doit pas occulter les constantes du discours : quelque soit l'appréciation de valeur portée, il est incapable de prendre en compte autre chose que la subjectivité du correcteur, dont on fait le rouage essentiel de tout le système de notation. Sur un tel sujet, les appréciations de valeur auraient pu être l'occasion de propos plus subversifs, dans la mesure où le problème touche à la légitimité même du système éducatif. La superficialité des critiques est pour lui une garantie de continuité. Qui va raisonnablement croire en effet, que le corps enseignant, d'une Faculté de droit de surcroît !, va y instaurer le règne de l'arbitraire ? Avant même l'intérêt des étudiants, c'est leur propre légitimité que les Professeurs défendent. La critique est infantile. Si la valeur du système de notation se mesure, comme le pensent les étudiants, d'abord par référence à l'impartialité des enseignants, le nôtre n'est certainement pas le moins démocratique.

Autre contrainte scolaire : la sélection. Bien sûr, elle n'est pas sans rapport avec le système de notation, mais s'affirme en tant que problème spécifique. La sélection est une réalité objective ; l'omniprésence de cette réalité se passe de tout commentaire : elle prédétermine une stratégie dans les études. Visiblement, elle est très mal vécue par les étudiants qui incriminent une volonté manifeste de les "dégouter", de les "décourager". Pourtant, les Professeurs refusent de s'impliquer trop directement ; ils donnent une information ponctuelle ; la sélection existe, elle est implacable. Des chiffres alarmants circulent sur le pourcentage de réussite. En définitive, la sélection s'apparente à une rumeur : tout le monde en parle, mais personne n'accepte d'en endosser la responsabilité, personne ne désigne nommément les responsables.

Ainsi, l'efficacité du conditionnement psychologique intense auxquels se disent soumis les étudiants, repose à la fois sur l'anonymat de la sélection et sur la précision des chiffres, plus ou moins fantaisistes, mais qui lui donne une réalité objective.

- L'infrastructure de la Faculté

L'infrastructure de la Faculté fait elle aussi partie des conditions matérielles d'enseignement. Les étudiants en sont généralement satisfaits : les locaux de la Faculté sont à l'image de ceux qui les fréquentent et des études de droit en général. Ainsi, la propreté des lieux, à laquelle on oppose, conformément à une optique très élitiste, la

saleté voisine de la Faculté de lettres, participe de l'image prestigieuse du droit. Visiblement, les étudiants sont attachés à ce que le décor de la Faculté respecte une certaine "éthique juridique". La cohérence générale du discours transparait au travers de la notion de prestige, qui revient comme un leitmotiv, dans les différents sujets abordés au cours de la recherche.

Le contexte de l'enseignement inclue également les relations entre le corps enseignant et les étudiants.

- Les relations humaines à la Faculté

Le dévouement et la disponibilité des Professeurs est unanimement reconnue. Mais leur insuffisance pédagogique ne l'est pas moins, et ce pour différentes raisons :

Le caractère laborieux des développements de cours pour commencer : digressions inutiles, détails insignifiants, lenteur de l'élocution. Ces griefs ne sont pas formulés à l'occasion d'un discours général et cohérent sur l'ensemble de l'enseignement, mais la répétition d'une opinion identique sur des cours différents permet de dégager un faisceau d'opinions. L'insuffisance pédagogique des enseignants est perçue comme une réalité objective, cela est certain. Toutefois, cette opinion révèle sans doute aussi une incompréhension réciproque entre émetteurs et récepteurs, incompréhension fondée sur deux conceptions antagoniques de l'enseignement. Les uns mettent en cause les aspects superflus du cours, le pointillisme juridique ; les autres plaident le souci d'exhaustivité, les contraintes méthodologiques du raisonnement juridique. Mais le constat de l'incompréhension est une explication superficielle parce que strictement idéologique. "L'incompréhension" ne reflète rien d'autre qu'une différence matérielle de condition : on a les principes de ses moyens, même si de part et d'autre, on parle au nom de l'objectivité pure. Les étudiants dont la préoccupation première est de le rester l'année suivante, voudraient "l'essentiel" du cours, contrairement aux Professeurs, qui incarnent la conscience juridique affranchie des préoccupations scolaires. En fin d'analyse les allégations des étudiants sur le caractère laborieux des cours ont un double intérêt : à un premier degré d'analyse, elles dénoncent l'insuffisance pédagogique des enseignants. Mais surtout, elles révèlent la difficulté d'enseigner le droit en cours magistral sous sa forme actuelle, car en réalité, le caractère laborieux des développements, dans les termes où les étudiants en parlent, témoigne surtout et de façon paradoxale, de la bonne volonté pédagogique des enseignants. La pédagogie, au lieu d'être une voie d'accès simplifiée au droit et de s'affranchir des modes de raisonnement du spécialiste, se fait l'illustration involontaire de la complexité d'un tel raisonnement.

Les reproches concernant la lecture intégrale du cours s'inscrivent dans le même ordre d'idée. Tout se passe comme si le Professeur se trouvait placé sous la tutelle du droit. Sa pensée tenue en otage, il ne s'autorise jamais de digressions. Au fond, il n'est qu'un émissaire du droit ; les étudiants quant à eux, sont les destinataires d'un message factuel. L'absence d'échanges n'a rien de surprenant. Ce

reproche découle du précédent sur le mode de diffusion du savoir : la dictée est logiquement incompatible avec un débat contradictoire.

Dernier grief formulé : l'approche trop théorique du droit. Le discours fait ressortir l'inadéquation de la forme à l'objet de l'enseignement. Les étudiants privilégient en effet la dimension pratique du droit par rapport à la "réflexion sur" le droit. Mieux encore, ils invoquent la finalité purement pratique de la discipline. Ils aspirent moins à devenir des intellectuels que de bons praticiens. Cela révèle toute l'ambiguïté des études juridiques : elles forment des intellectuels qui érigent le sens pratique en vertu cardinale et qui considèrent la réflexion théorique comme accessoire. Le savoir à l'état pur est superflu, c'est l'efficacité du savoir qui est visée. De ce point de vue, les propos tenus sont indissociables de la fonction sociale du droit, réalité déjà bien perçue en première année. Certaines matières se prêtent mieux que d'autres à une mise en oeuvre pratique. Mais le discours des étudiants est sans nuance : c'est l'ensemble du droit que l'on souhaiterait réduire à l'état de technique pure. Cela témoigne aussi de l'hégémonisme de certaines matières à vocation plus spécifiquement pratique, telles que le Droit civil par exemple. L'idéologie technicienne à laquelle on rattache souvent cette matière est aussi une idéologie impérialiste : les matières théoriques ne peuvent qu'en pâtir. Ainsi, les reproches formulés sur la pédagogie enseignante, soutendent une conception bien particulière du droit. Ils incitent à penser que l'intérêt de certaines matières n'est pas acquis aux étudiants. Les déclarations de principe n'y pourront rien changer. La revalorisation de l'aspect théorique de l'enseignement, nécessiterait au préalable de réformer les mentalités.

La complexité du problème soulève n'est que trop évidente : non seulement les étudiants sont peu enclins à exprimer leur satisfaction, mais surtout la satisfaction s'explique beaucoup moins bien que l'insatisfaction. Autrement dit, le discours est riche en informations, seulement quand il induit la critique : quand ils sont mécontents les étudiants savent pourquoi et ils le disent. Dans le cas contraire, ils préfèrent se taire. Dans ces conditions la définition de principes pédagogiques salutaires n'est pas chose aisée. A défaut de solutions, retenons que le malaise étudiants, qui reflète la crise actuelle de l'enseignement supérieur, n'est sans doute pas imputable exclusivement à des problèmes d'infrastructure, par ailleurs bien réels. Il est d'usage de considérer avec une attention bienveillante certaines revendications strictement matérielles, dont les médias se font l'écho avec une complaisance non dissimulée. On y décèle la manifestation d'une bonne volonté culturelle louable de la part d'une jeunesse modèle. Ainsi, tant qu'il se fonde sur des problèmes d'éclairage, de superficie de local ou de recrutement de personnels, le mécontentement est légitime et la "compréhension" des autorités unanime. Et pour cause : le mot d'ordre reste consensuel : "Préservez l'acquis en l'améliorant" ! Du même coup, la contestation perd son caractère subversif : dès lors qu'elle épargne tout le monde, chacun s'y rallie avec ferveur. "Faire de l'enseignement autrement" fait aussi partie des

aspirations ; en témoignent les problèmes pédagogiques soulevés. C'est là une dimension oubliée de l'enjeu éducatif.

En dehors du cours magistral, c'est aussi et surtout à l'occasion des travaux dirigés que se matérialise la relation enseignant-étudiants. Si les propos sont tout en nuance, s'agissant du caractère scolaire du TD -on loue la disponibilité et la tolérance intellectuelle des assistants, comme pour mieux blâmer leur médiocre conscience professionnelle- en revanche, l'ambiance qui y règne est un motif d'insatisfaction partagé : l'esprit de compétition suscite l'animosité des étudiants entre eux et l'autoritarisme des assistants est très mal vécu. Le cas le moins flagrant est celui où l'assistant met à jour une lacune de l'étudiant : tout se passe comme si la faute objective de ce dernier donnait à l'enseignant l'occasion d'asseoir son autorité sur l'ensemble du TD. Cet abus de pouvoir est d'autant moins caractérisable, qu'il semble inspiré par des motifs purement scolaires. A la limite, la sévérité dont il fait preuve témoigne de sa conscience professionnelle, de sa rigueur juridique. C'est pour le bien de l'étudiant qu'il hausse le ton. Lui-même s'emploie à faire prévaloir cette interprétation des choses. Il y parvient assez bien du reste, comme le montre le discours collectif : c'est un mélange de lassitude et de renoncement car dans le fond, l'assistant est dans son bon droit. D'autres remarques, formulées au sujet de l'habillement, témoignent en revanche d'une agressivité incontrôlée : l'arbitraire des assistants ne peut plus invoquer de prétexte scolaire.

En réalité, ces différentes manifestations d'autorité, appelées communément "sévérité", ne dénotent pas simplement une perversité gratuite. Tout se passe comme si le monopole du savoir était une garantie insuffisante de légitimité. L'autoritarisme affiché sporadiquement par les assistants et dont les étudiants rendent compte selon des modalités différentes, a des vertus démonstratives évidentes : ils rappellent ainsi à qui l'aurait oublié, qu'ils détiennent le monopole de la violence légitime et affirment leur légitimité tout court. C'est peut-être le signe d'une certaine fébrilité. Les Professeurs en titre adoptent sûrement une autre attitude.

Les conditions dans lesquelles s'opère l'acculturation juridique ne font pas seulement référence au contexte universitaire, mais aussi au rapport affectif entretenu avec la matière.

b) Le contenu de l'enseignement

- La juridicisation des rapports quotidiens

La juridicisation de leurs rapports quotidiens, constitue un premier motif de satisfaction pour les étudiants qui se perçoivent comme des praticiens du droit. Faute de démonstration convaincante, on a du mal à les croire. En effet, les exemples cités à l'appui de leurs allégations sont peu crédibles : le droit n'est jamais vraiment indispensable pour s'extraire des "problèmes" invoqués, à l'image de cette étudiante qui "pense à l'article 1382 du Code civil à chaque fois qu'elle rencontre un garçon irresponsable". La bonne foi des répondants n'est pas en cause, mais il y a une part de gratuité évidente

dans la satisfaction éprouvée. L'explication officielle a surtout valeur d'auto-persuasion : la mobilisation quotidienne d'un savoir juridique est illusoire. C'est plutôt de l'intervention du droit dans sa vie que l'on tire satisfaction. Le discours vise à inverser le rapport réel des choses : c'est un réflexe naturel de débutant.

Si le droit est effectivement une pratique, les étudiants ont donc du mal à faire la démonstration de leur sens pratique. Du moins nous apprennent-ils qu'ils aspirent à devenir de bons praticiens, quelle que soit leur maladresse actuelle, puisque leur satisfaction première est, ou serait, de pratiquer le droit chaque jour.

- Le droit forme l'esprit

Autre motif de satisfaction : le droit forme l'esprit : il permet d'acquérir tout à la fois rigueur dans la pensée et ouverture intellectuelle.

- L'épanouissement de sa personnalité grâce au droit

Plus surprenant : il contribue aussi à l'épanouissement de la personnalité en donnant maturité et confiance en soi : tout se passe comme si les étudiants, investis d'une légitimité de fraîche date pouvaient enfin s'exprimer ; s'exprimer et surtout être entendus : la qualité de juriste confère une autorité nouvelle aux propos que l'on tient.

Les conditions d'acculturation juridique renvoyaient seulement au regard porté sur le droit et sur son enseignement. Reste à savoir si les étudiants appréhendent différemment le droit sous l'effet du processus d'acculturation juridique auquel ils sont soumis.

B) LE DEGRE D'ACCULTURATION JURIDIQUE

a) Les réactions étudiantes aux cas concrets

- Des réactions émotionnelles incontrôlées

L'argumentation juridique est la seule qui puisse donner un fondement rationnel, à l'opinion que chacun peut avoir sur les différents problèmes d'actualité abordés dans le questionnaire : celui de la peine de mort : pour ou contre ? ; celui du respect du droit à la défense : un avocat pour Barbie ? ; celui de la territorialité des lois enfin, par référence à "l'affaire de la petite malienne" relative à l'excision d'une fillette par son père, de confession musulmane, sur le territoire français. Pourtant, les propos tenus sont forts éloignés d'un mode juridique de raisonnement. En règle générale, les étudiants laissent leur vêtement juridique au "vestiaire" quand ils abordent de tels sujets. Le juriste cède la place au citoyen ordinaire; la banalité des réponses va de soi. La majorité d'entre elles, quelle que soit la question posée, est assimilable à des réactions purement émotionnelles : l'affect s'empare du champ psychologique du locuteur.

- Des propos qui tombent sous le coup du sens commun

Quand ils franchissent ce stade élémentaire de la pensée, l'émotion cède le pas au sens commun. Certains éléments du discours en effet, manifestent une volonté de désimplification réelle par rapport au problème abordé. Pour autant, l'argumentation ne se métamorphose pas en argumentation juridique.

- Des réponses juridiques peu significatives

Lorsqu'enfin ils s'expriment en qualité de juriste, cela est peu fréquent, les étudiants choisissent dans l'éventail des "réponses juridiques modèles" données par les Professeurs (14), celles dont la teneur juridique est moindre. En effet, certaines notions de droit auxquelles les médias font souvent allusion sont accessibles au grand public : qui n'a pas entendu parler du problème de "l'erreur judiciaire" ou de "la fonction dissuasive de la peine de mort" ? Précisément, dans la majorité des cas, ces notions élémentaires de droit donnent aux réponses une coloration juridique.

Autrement dit le mode juridique de raisonnement est utile à l'étudiant en droit. Le citoyen-juriste peut s'en passer ; ses études n'ont pas durablement modifié son rapport avec le monde extérieur. Le droit n'est pas affaire courante. C'est une pratique circonstanciée, réservée, à certains moments de l'existence puisque les étudiants ne s'y adonnent pas spontanément, mais seulement sous la contrainte, à l'heure de l'examen. C'est peut-être là un trait de caractère original, par rapport aux étudiants d'autres disciplines.

Par ailleurs, il est notoire que tous les problèmes soulevés avaient trait à la notion de justice : est-il juste de tuer celui qui a tué ? ; est-il juste d'accorder défense à celui qui a torturé ? ; est-il juste enfin, de condamner une coutume étrangère ? Or, sur de tels sujets, les étudiants préfèrent s'exprimer en des termes para-juridiques. Autrement dit, leur sentiment du juste ou de l'injuste, choisit un mode d'expression étranger au droit. Le discours opère une dissociation entre le droit et l'idée de justice : les étudiants ne sont pas capables d'intégrer leur sentiment du juste ou de l'injuste dans la problématique juridique.

b) Le degré spontané de conceptualisation

Les questions relatives au processus de régulation juridique quant à elles (15), les laissent perplexes : à la question la plus abstraite, la moitié d'entre eux choisit de ne pas répondre et l'autre moitié répond souvent de façon laborieuse. En outre, le nombre de réponses s'accroît sensiblement au fur et à mesure que les questions deviennent plus concrètes. Sur le fond, on relève quelques notions juridiques confuses,

(14) Cf Annexe Mémoire : modèles de réponses juridiques faites par les Professeurs, p. 21 à 27.

(15) Cf. Annexe Mémoire : schéma d'entretien, p. 6 et 7.

mais les personnes interviewées sont incapables de conceptualiser leur savoir ni de s'en abstraire un instant.

Les résultats de l'analyse sont donc parfaitement cohérents. En effet, si on admet la pertinence des deux indicateurs de référence : "problèmes d'actualité" et "degré spontané de conceptualisation", le degré d'acculturation juridique des étudiants, dans tous les cas, s'avère faible.

Délimiter et caractériser la sphère juridique est l'objectif ultime de l'enquête : il s'agit de voir quelle représentation les étudiants ont du droit en substance. Cette approche se borne aux qualités intrinsèques de la discipline.

II - CARACTERISATION DU DROIT

A - LA "SUBSTANCE" JURIDIQUE : CRITERES DE JURIDICITE ET RAPPORTS DU DROIT AVEC L'IDEOLOGIE

a) Critères de juridicité des disciplines enseignées

- L'inventaire des critères

Sont désignées comme les plus juridiques, les disciplines à la fois "importantes", "actuelles", "techniques", "nouvelles" et qui font référence à une codification écrite. Ces critères doivent être explicités.

- Conformément à une logique élémentaire, l'importance des matières dénote leur juridicité : on conçoit mal un étudiant en droit expliquant que les matières les moins importantes sont les plus juridiques. A la vérité ce critère n'est guère opérationnel ; il est le critère distinctif de deux disciplines seulement : le Droit civil et le Droit constitutionnel.

C'est pourquoi les étudiants préfèrent a contrario parler des matières "de culture générale", de celles qui s'inscrivent dans le "contexte du droit" pour désigner les matières "complémentaires" : les moins importantes sont aussi les moins juridiques.

- Certaines disciplines entretiennent un rapport privilégié avec l'actualité. Plus encore qu'une source de satisfaction, c'est une réalité objective, un authentique critère de juridicité. Cela n'est jamais dit explicitement : il s'agit bien entendu, d'une interprétation de la pensée. Le rapport logique entre le critère "actualité" et la qualification juridique de la matière est fort complexe. On peut le représenter sous forme de plusieurs équations :

Actualité de la matière-matière juridique

Inactualité de la matière-matière para-juridique

Actualité de la matière-matière para-juridique.

Quelques exemples, par ordre chronologique :

L'utilité quotidienne du Droit civil en fait une matière juridique. Cette idée de quotidienneté caractérise le Droit civil. C'est parce qu'il gère les

rapports quotidiens que le Droit civil mérite le label juridique. Dans le même ordre d'idée, le Droit constitutionnel est une matière juridique, en raison du rapport étroit qu'il entretient avec l'actualité politique. Plus surprenant : certains étudiants invoquent aussi l'actualité de l'Histoire des Institutions à l'appui de sa juridicité. Le paradoxe a son explication : l'invocation d'une organisation juridique, même si elle ne correspond plus à la réalité présente, est immédiatement perceptible. Dès lors qu'elle peut se fixer sur du concret, la matière retrouve de son actualité et s'affirme comme juridique. Toutefois, il ne faut pas se leurrer : ce discours a surtout valeur de réhabilitation implicite de cette discipline. Il a pour objet, de contredire l'idée reçue selon laquelle l'Histoire des Institutions est une matière un peu surannée : les étudiants protestent en quelque sorte du caractère juridique de la matière ; c'est aussi l'aveu de sa non-juridicité apparente.

En toute logique, les matières sans rapport avec l'actualité sont bannies de la sphère juridique. Ainsi l'Histoire des Institutions demeure une matière désuète pour de nombreux étudiants en raison même de son objet. L'appréciation générale portée sur la matière se confond souvent avec celle portée sur son objet d'étude : du seul fait qu'elle s'intéresse à un modèle de régulation juridique ancien, elle devient obsolète. Elle perd en même temps ses qualités juridiques.

De façon plus complexe, la perméabilité du Droit constitutionnel à l'environnement socio-politique, fait dire à certains étudiants, que cette discipline n'a rien de juridique. Pour ceux-là, le critère politique est donc un critère négatif d'appartenance à la sphère juridique : il intervient un peu comme un facteur d'abâtardissement du Droit constitutionnel dont la pureté juridique se trouve ainsi altérée. La pensée s'ordonne donc différemment autour d'un même critère de juridicité. L'intérêt de l'analyse n'est pas de dresser un inventaire exhaustif de toutes les combinaisons possibles. Il s'agit plutôt de faire ressortir l'importance du critère "actualité" au travers d'appréciations divergentes mais dont la teneur reste secondaire.

- Le discours étudiant établit également une corrélation entre le degré de technicité et la teneur juridique des différentes spécialités du droit.

Notons que l'infailibilité de ce critère le distingue des autres : il est exclusif de toute antinomie ; il se suffit à lui-même. Ce n'était pas le cas précédemment : "l'importance" avait pour corollaire la "complémentarité" et "l'actualité" s'opposait à "l'inactualité". Autrement dit, une matière est immanquablement juridique dès lors qu'elle est technique ; le défaut de technicité ne prête même pas à commentaires.

- Certaines disciplines font référence à une codification écrite ; la juridicité de ces disciplines ne fait aucun doute pour les étudiants.

Le Droit civil bien entendu, doit beaucoup aux "vertus jurisdisantes" du Code civil. Prêter des vertus identiques à la Constitution serait abusif : la juridicité du Droit civil s'incarne dans le Code civil, mais le Droit constitutionnel puise ailleurs que dans la Constitution, l'essentiel de sa légitimité juridique. On peut se demander pourquoi le droit est associé à

l'écriture, le Droit civil en particulier. L'explication la plus répandue émane des juristes eux-mêmes : le droit exige rigueur et précision et la codification écrite satisfait le mieux à cette double exigence.

Cela est sûrement vrai, mais le discours des étudiants est indifférent à ce genre de considérations : les allusions au Code civil restent très vagues. Le lien n'est jamais établi entre la rigueur du droit et la rigueur du texte écrit. La codification est donc un critère pertinent de juridicité pour les étudiants comme pour les spécialistes, mais les étudiants se contentent de l'affirmer sans le démontrer. La superficialité du discours peut s'analyser comme une preuve d'imaturité, mais cette explication demeure partielle. Il semble que le Code civil ne puise pas sa raison d'être, seulement dans le souci obsessionnel de rationaliser la pensée juridique. Il contribue aussi à l'auto-mystification du droit, qui a pris y compris sur des juristes, même si avec les années, le discours sur le Code devient plus "rationnel" et plus "sensé". On dirait que le droit a pris soin de créer lui-même les références juridiques obligées. Cela montre l'hermétisme de la matière, qui invente ses propres instruments de légitimation. Libre aux juristes ensuite, d'adopter une attitude de distanciation critique, affectée ou non par rapport au Code.

En fin d'analyse, le Code civil semble plus rationnel dans son contenu que dans son principe. L'essentiel est de distinguer les deux aspects.

Certaines matières abordent des problèmes nouveaux par rapport à la scolarité antérieure. En conséquence, sont juridiques, les matières éloignées du savoir acquis. Ce raisonnement très scolaire demeure marginal.

- Critères fondamentaux et critères accessoires de juridicité (16)

Parmi ces différents critères de juridicité mis à jour, beaucoup peuvent être associés avec certains traits caractéristiques du droit. Ce découpage de la recherche ne procède pas d'une vue de l'esprit. Il respecte la pensée des étudiants. En effet, le discours différencie clairement le droit entendu comme une entité abstraite, autonome, et les matières juridiques.

Les interférences du discours désignent l'actualité, l'aspect fondamental, la rigueur et la technicité du droit comme critères fondamentaux de juridicité. A ces critères sont associées certaines matières ; ces matières sont à l'image du droit tout entier. Le Droit civil pour commencer : de l'avis de tous les étudiants, quelle que soit leur spécialisation, cette discipline s'identifie le mieux au droit. Fort logiquement, elle est aussi celle qui satisfait le mieux aux critères fondamentaux de juridicité, suivie du Droit constitutionnel et d'Institutions juridictionnelles. Ainsi, le Droit constitutionnel se trouve pris en étau entre deux matières de droit privé.

L'analyse des critères de juridicité envisageait la matière juridique "du dedans". Il s'agit à présent de savoir si le droit est réceptif aux influences venues "du dehors" : à l'idéologie en particulier.

(16) Cf Mémoire : p. 110 à 143, voire en particulier : tableau p. 139 et graphique récapitulatif : p. 142.

b) Droit et idéologie

- Désignation et caractérisation des matières idéologiques

La meilleure façon de connaître la nature des rapports que le droit, entretient avec l'idéologie, est d'interroger les étudiants sur la part, l'idéologie dans chaque spécialité du droit. Une distinction doit être opérée entre matières dites idéologiques et tendances idéologiques. Les étudiants voient une part d'idéologie dans toutes les matières enseignées. Toutefois, la part d'idéologie n'est pas la même dans chacune d'entre elles. Le Droit constitutionnel, l'Economie et l'Introduction aux Etudes politiques sont les matières les plus souvent citées. Les matières les plus idéologiques sont donc les plus éloignées du champ juridique, exception faite mais elle est de taille, du Droit constitutionnel.

Par idéologie les étudiants entendent "politique" : sont idéologiques les matières qui ont trait à la politique. Mais on ne peut en rester à un tel degré de généralité. C'est le droit qui régit la politique. Sur ce point, le consensus règne. Ainsi, le Droit constitutionnel est une matière politisée en raison de son objet : étudier le droit dans son contexte politique. En revanche, cette discipline n'est jamais envisagée comme le produit de circonstances ou de choix politiques : le droit "traite" de la politique, il investit la politique, mais la politique n'investit jamais le droit. En outre, c'est de façon purement allusive que la politique intervient dans le Droit constitutionnel : "si on prend la Constitution", "si on parle de la Troisième République". Autrement dit, les étudiants perçoivent les enjeux idéologiques, autant que la matière veut bien l'admettre : implicitement, ils opèrent un partage entre le droit et la politique : le Droit constitutionnel est politique, parce que la "part" d'idéologie y est plus importante qu'ailleurs, c'est-à-dire plus explicite que dans une autre discipline. En toute logique, "Institutions juridictionnelles" est perçue comme l'antithèse de la matière politique. De façon prévisible, l'Introduction aux Etudes politiques est considérée comme la plus politisée de toutes les spécialités juridiques car elle fait de la politique son objet d'étude.

Cette conception des rapports du droit à la politique était sans doute à prévoir. Ce n'est pas un hasard s'il existe un enseignement autonome de Science politique à l'intérieur de nombreuses Facultés de droit, dont celle d'Aix-En-Provence. A moins de considérer le droit comme un complément de la Science politique, ce qui serait inédit dans une Faculté de droit, il faut bien reconnaître que le compartimentage des enseignements structure aussi les pensées. La coexistence de deux disciplines autonomes est déjà "formateur" pour l'esprit : elle témoigne du clivage entre le droit et la politique. De ce point de vue, le discours tenu sur le Droit constitutionnel en particulier, est en conformité absolue avec le contexte dans lequel il s'inscrit : toute science aspire à réduire la science voisine à l'état de complément "utile".

- Corrélation entre matières et options idéologiques

En vérité, les étudiants ne prêtent pas souvent d'intention politique aux matières enseignées. Leur coloration politique dépend surtout de l'enseignant. Sous cette réserve, on peut établir certaines corrélations : lorsque les étudiants font le lien entre matière et option idéologique, ils désignent le plus souvent deux disciplines : le Droit civil et le Droit constitutionnel.

Ils sont moins nombreux, on l'a dit, à considérer le Droit civil comme une matière idéologique, que le Droit constitutionnel, l'Economie ou l'Introduction aux Etudes politiques. En revanche, de façon paradoxale, ils discernent beaucoup plus facilement l'idéologie sous-jacente à la matière : son caractère conservateur ne fait pour eux aucun doute.

Quelques étudiants seulement, considèrent le Droit constitutionnel comme une matière de tendance "gauchisante", jamais comme une matière propice aux idées libérales. Leur discours oppose les valeurs individualistes ("problèmes pécuniers", "gros sous", "droit de propriété") que véhicule le Droit civil, à l'idéologie sociale sinon socialisante et humanitariste dont serait porteur le Droit constitutionnel ("le social", "les gens" (...) "sans distinction").

On ajoute que les étudiants se montrent en général très suspicieux à l'égard de l'idéologie politique, toutes tendances confondues : c'est en quelque sorte, un élément impur qui vient compromettre la pureté du droit. Le discours veut déculpabiliser le Professeur qui subit l'impact idéologique des matières, presque malgré lui ("c'est obligé", "inconsciemment"). C'est bien la preuve qu'un a priori négatif pèse sur la politique. La connotation péjorative du discours induit une certaine conception du droit, compatible avec la politique (voir l'exemple du Droit constitutionnel), mais non avec les opinions politiques. La neutralité du droit est donc une idée à laquelle sont attachés les étudiants.

Visiblement, la majorité d'entre eux assimilent le droit aux processus conflictuels : leurs réponses privilégient le pouvoir juridictionnel au dépend du pouvoir exécutif et législatif.

B - LA LOCALISATION DU DROIT DANS LA SOCIÉTÉ : LA RÉFÉRENCE OBLIGÉE AUX PROCESSUS CONFLICTUELS

a) Le pouvoir judiciaire

La référence à l'appareil juridictionnel n'est pas toujours explicite, mais le lien est évident entre les professions judiciaires, les tribunaux de justice et l'appareil juridictionnel.

- Les professions judiciaires

Les réponses se focalisent sur certaines professions. L'énumération est toujours la même : "les avocats", "les magistrats", "les juges", "les juges d'instruction", "les professions judiciaires" en général. Voilà pour "les manifestations concrètes du droit dans la société". Sûrement les manifestations du droit ne se résument-elles pas au travail effectué par le corps judiciaire, mais les réponses ne vont pas au delà. Par ailleurs, aucune justification n'est avancée. L'énoncé hétéroclite de professions tient lieu d'explication. La liste s'allonge pour la question suivante relative aux "agents de la régulation juridique". Aucune différence de fond : outre les professions déjà mentionnées, citons "les substituts", "les greffiers", "les Présidents de tribunaux".

- Les tribunaux de justice

De la même façon, les tribunaux sont assimilés indifféremment aux manifestations concrètes du droit et aux agents de la régulation juridique. Les tribunaux de justice désignent aussi bien les tribunaux judiciaires, que les tribunaux administratifs ; la plupart du temps, la distinction n'apparaît pas. Les réponses sont toujours aussi laconiques : "les tribunaux", "les organes juridictionnels", "les organes judiciaires". Sont également mentionnés, "les sanctions pénales et civiles", "les arrêts que rendent les juges". L'allusion aux tribunaux est indirecte mais bien réelle.

Une première conclusion s'impose quant à l'identité des réponses à deux questions différentes : la distinction est mal perçue entre manifestations du droit dans la société et agents de la régulation juridique. On aurait pu s'attendre à des réponses beaucoup plus variées : l'activité des agents de la régulation juridique n'est qu'une des manifestations possibles du processus de régulation juridique. Cela échappe aux étudiants et dénote une fois encore, leur insuffisance conceptuelle.

b) Le conflit

En outre, il semble que l'idée de conflit soit le dénominateur commun de toutes les réponses, quelle que soit la question posée. En effet, la parenté est évidente entre le conflit et l'appareil juridictionnel : Tribunaux de justice et professions judiciaires n'auraient plus de raison d'être dans une société qui ne générerait aucun conflit. Cela va de soi. Autrement dit, les étudiants localisent le droit par référence aux processus conflictuels : il intervient à chaque fois et partout où un conflit se fait jour. Pourtant, le consensus social est la manifestation première du droit et de son efficacité. Cela, les étudiants semblent l'ignorer. Cette lacune intellectuelle peut donner lieu à certains commentaires.

Sans doute est-elle imputable au système d'enseignement lui-même, qui insiste plus sur la fonction secondaire du droit : réguler, prendre en charge les conflits individuels. Si on admet que le discours des étudiants reflète au moins partiellement la réalité d'un enseignement, l'analyse débouche sur des problèmes de fond : ce préjugé n'engage-t-il pas la responsabilité du système éducatif universitaire qui laisse complaisamment se développer des vues partielles chez les étudiants ?

En réalité, l'assimilation du phénomène juridique aux processus conflictuels n'est pas fortuite. L'accent est mis sur les vertus salvatrices du droit dont la mission suprême serait de résoudre les conflits. Comme par hasard, la vision la plus idyllique est celle qui prévaut : par la grâce des tribunaux, le droit oeuvre à la pacification de la société et à la réconciliation universelle. A chaque fois qu'une solution est trouvée à un conflit, le droit témoigne de son existence ; son abolition viendra le jour où cesseront les conflits. Dans cette optique, l'appareil judiciaire se voit assigner des missions ponctuelles ; il ne participe pas d'une logique d'ensemble : sa finalité est immédiatement perceptible. Le raisonnement se structure autour d'une dialectique simpliste : les conflits génèrent le droit, le droit résout les conflits. Les partisans de la neutralité juridique ne disent rien de plus. L'impartialité des tribunaux semble leur donner raison. Ainsi se perpétue le mythe de la technicité juridique.

En revanche, si l'on admet que le droit se manifeste d'abord par des mécanismes psychologiques d'obéissance à la règle, c'est qu'il exerce une fonction régulatrice du corps social tout entier : il veut domestiquer les consciences individuelles à des fins précises ; au lieu d'arbitre, il devient acteur de la vie sociale. En fait, le processus conflictuel demeure marginal dans l'Etat de droit, dont l'objectif premier est l'intériorisation de la norme juridique par le citoyen : l'éducation et l'"expérience de la vie" y contribuent activement. L'activité de ses tribunaux révèle surtout l'imperfection du système en place. Le conflit n'est donc qu'un critère accessoire de localisation du droit dans la société. Les générations à venir de juristes sont tenues dans l'ignorance des manifestations essentielles du droit pour des raisons évidentes : réduire au minimum son champ d'activité social, revient à nier sa fonction "éducative". C'est dans la spécificité de sa mission que le droit puise sa légitimité. En faire un rouage de l'appareil d'Etat pourrait

conduire à des vues critiques. Or le système éducatif en droit moins qu'ailleurs, n'a pas vocation à fabriquer des intellectuels contestataires : il s'adresse aux futurs agents de la régulation juridique. De ce point de vue, l'assimilation du droit aux processus conflictuels révèle la conformité du contenu à la finalité de l'enseignement : le système judiciaire n'a que faire d'idéologues bavards. Outre leur fonction social, leur cursus universitaire incite donc les hommes de loi à penser que le droit se résume aux modalités de règlement des conflits. Le problème de sa localisation dans la société, atteste selon nous, que le contenu de l'enseignement est un enjeu social avant d'être idéologique : la perpétuation de notre modèle d'organisation juridique a ses exigences pédagogiques : un futur juriste doit véhiculer une certaine conception du droit ; celle des étudiants est une parfaite réussite : elle ne soulève aucune problématique. Un gage de bonne conduite à venir en somme.

Deux arguments viennent contredire ce raisonnement :

- il est vrai qu'une minorité d'étudiants se destine à une carrière de juriste. Mais disons que le système éducatif s'adresse prioritairement aux futurs juristes, accessoirement aux autres.

- En outre, la liberté d'opinion est incompatible avec un enseignement d'une homogénéité absolue. L'assimilation du droit aux modalités de règlement des conflits ne fait sûrement pas l'unanimité chez les enseignants. Les disciples ont une seule façon de voir. Leur maître à penser plusieurs : la hiérarchie est respectée. Deux réponses à cet argument :

Le Professeur donne un contenu à son cours ; le processus de digestion intellectuelle dont il fait l'objet ne le concerne plus. Autrement dit, l'idéologie dominante ne se bâtit pas sur l'unanimité de la pensée. Elle surmonte plutôt la diversité des points de vue. Il ne faudrait pas surestimer le pouvoir de persuasion des détenteurs du savoir légitime. L'essentiel est que se perpétue un modèle de pensée. La relecture du cours est donc plus importante que les querelles de spécialistes : certains enjeux leur échappent. Par ailleurs, il va de soi que les enseignants sont libres de leurs opinions ; là n'est pas le propos. Mais liberté de pensée ne veut pas toujours dire pluralité d'expressions. Dans le cas d'espèce, les Professeurs se rejoignent sur l'essentiel : les spécialistes de Droit constitutionnel, d'Histoire du droit, et de Droit civil, font tous allusion aux processus conflictuels en des termes évidemment moins simplistes que leurs étudiants. La pensée de ces derniers est vulgarisatrice, mais dans l'ensemble, elle reflète bien celle des enseignants, sous réserve de cette remarque formulée par le Professeur de Droit civil, à l'occasion de la dernière question sur "les manifestations concrètes du droit" : "les situations conflictuelles ne sont heureusement que l'exception : grâce au consentement des conventions et des usages qui s'instaurent entre eux, l'énorme majorité des relations entre les hommes ne sont pas conflictuelles". Cette appréciation est d'autant plus convaincante, qu'elle émane du privatiste, le plus enclin a priori, à voir dans le conflit l'essence du droit : tout ce qui touche aux conflits inter-individuels relève en effet de sa

compétence. En d'autres termes, l'opinion dominante chez les étudiants n'est pas celle du spécialiste.

L'assimilation du droit aux processus conflictuels est donc une idée bien établie. D'aucuns jugeront élémentaire semblable vision des choses. Et pourtant, n'est-ce pas trop dire ? Jamais le terme de "processus" n'est mentionné de façon explicite : les allusions répétées aux professions judiciaires et aux différents tribunaux laissent à penser que le conflit est l'essence du droit dans l'esprit des étudiants. Mais conflit ne veut pas dire processus conflictuels. Une pensée élaborée ne peut se satisfaire de réponses trop brèves. Aucun étudiant ne s'intéresse ouvertement à l'histoire du conflit en cause, ni à la phase de règlement du litige. Cela n'est pas étonnant : l'allusion aux conflits était déjà implicite ; l'assimilation à un processus était hors de leur portée. Dans l'imaginaire collectif, le juge ou l'avocat sont des personnages sociaux représentatifs du milieu judiciaire ; le tribunal incarne la mise en scène du droit. Ces quelques idées phares, même agrémentées d'allusions implicites aux différentes formes de conflits sociaux, n'autorisaient sans doute pas à parler de "processus conflictuels". Mais il fallait simplifier. "Le conflit sans processus conflictuels" : ainsi doit-on résumer la pensée exacte des personnes interrogées.

CONCLUSION

La Faculté de droit est une institution. A ce titre, elle remplit certaines missions manifestes : dispenser des cours de droit et évaluer l'aptitude juridique des étudiants par exemple. Mais par delà ces missions factuelles, elle tend comme toute institution, à donner une certaine image d'elle-même, à entretenir un discours à sa convenance. Aussi existe-t-il des motivations plus ou moins légitimes d'engager des études de droit et des représentations de la matière plus ou moins conformes à celles que véhicule la Faculté.

Tout l'intérêt de cette analyse aura été de mettre en évidence l'originalité de pensée des étudiants : leur discours est indissociable du contexte universitaire dans la mesure où il a trait à la notion de droit. Mais fort heureusement, ce discours prend de la distance par rapport à son objet : il n'est pas le pur reflet d'un statut social : celui d'étudiant en droit. Certaines réponses ont de quoi surprendre ; d'autres sont plus conformes à la norme. Cela prouve que les étudiants ne sont pas malléables à loisir. Par exemple, "l'aspect pratique du droit", sur lequel ils insistent beaucoup, ou la "rigueur" de la matière sont des idées assez répandues. En revanche, la façon dont ils désignent les études de lettres, pour justifier leur ralliement au droit n'a rien d'une explication "officielle". On pourrait multiplier les exemples : sans doute le rapprochement qu'effectuent certains étudiants entre telle matière et telle option idéologique paraîtra-t-il saugrenu à bon nombre d'enseignants ; sans doute le milieu juridique ne se reconnaît-il pas non plus dans la description qui en est parfois faite ; sans doute aussi les enseignants jugent-ils autrement leurs qualités pédagogiques ou se représentent-ils différemment le déroulement des travaux dirigés.

Il ne s'agit pas de rechercher l'insolite ou le scandale à tout prix. Cette étude se veut autre chose qu'un travail journalistique. Simplement, l'analyse du discours met en évidence le décalage qui existe entre la version officielle et le vécu du droit et de son enseignement. Autrement dit, le décalage entre message émis-message reçu, peut s'analyser en termes de communication. Cela est d'autant plus intéressant que la relation étudiants-enseignants suscite peu d'échanges, il faut bien le dire, sinon de façon marginale : c'est une relation à sens unique. Mais le silence des étudiants ne vaut pas acceptation, les exemples précités en témoignent. Ils conçoivent le droit en dehors des schémas de pensée préétablis. Enseignants et étudiants coexistent apparemment dans une entente harmonieuse. En réalité le dévouement collectif à la cause commune du droit, masque des motivations et une façon d'appréhender la matière souvent contradictoires. Le consensus est donc moins le signe d'une acceptation générale, que le résultat du silence des uns au profit des autres, du moins lorsqu'on s'appuie pour l'affirmer, sur le discours d'étudiants de première année. Ce discours n'a pas pour autant des vertus démystificatrices qui donneraient la vérité de l'institution, puisque lui aussi est légitimateur. Il procède également d'une logique qui est celle de l'idéologie. En critiquant l'institution, les étudiants ne font que renverser les termes d'un discours officiel qui leur est proposé, pour lui substituer le leur, qui n'est pas moins partial : comment interpréter le rejet de la primauté de la mémoire, sinon par leur statut universitaire, qui se doit de valoriser les qualités intellectuelles plus nobles, que la simple capacité de mémorisation d'un cours ? En leur donnant la parole, on ne met pas pour autant à jour les raisons véritables ou les mobiles qui les ont guidé par exemple, vers le choix d'études juridiques. La réponse à ce type de questions, n'est pas de l'ordre du discours mais de l'ordre de la connaissance et de la détermination des pratiques sociales, souvent très éloignées du discours légitimateur.

Depuis Marx, on sait que le discours peut servir à occulter la pratique sociale et qu'il serait illusoire de prétendre connaître les individus sur la base des propos qu'ils tiennent sur eux-mêmes. Pour paraphraser l'analyse qu'il fait du rapport entre "l'être social" et l'idéologie dans la Préface de la "Contribution à la critique de l'économie politique" (17) : "Pas plus qu'on ne juge un individu sur l'idée qu'il se fait de lui-même, on ne serait juger" le droit ni les juristes, sur la conscience qu'en ont les étudiants. C'est à la lumière de cette remarque qu'il convient d'appréhender leur discours et l'analyse qui en a été faite.

(17) Karl Marx, Contribution à la critique de l'économie politique, Editions Sociales, 1977, p. 3.

- VI -

COMPTE - RENDUS
BIBLIOGRAPHIQUES

"LE CONTRAT NATUREL"

Par Michel SERRES,
Editions François Bourin 1990, 191 pages

Présentation par Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

Puisque la Déclaration des droits de l'homme a été assez célébrée, et que le Contrat social n'a plus besoin de glose, Michel Serres entreprend, à travers le Contrat naturel, une sorte de Déclaration des droits de l'environnement. Ne sommes-nous pas, questionne-t-il, comparables aux guerriers d'une toile de Goya, qui s'enlisant lentement sur le champ de bataille mourront peut-être de cet enlèvement avant que le jugement des armes ne les départage, et qui ne le savent pas ? Nos guerres militaires, politiques ou économiques, tueront-elles l'environnement ou n'est-ce pas lui plutôt dont l'effarante dégradation nous tuera ? Avant que cesse le combat, faute non de combattants mais d'arène en quelque sorte, il est temps, nous dit Michel Serres, pour le "monde mondain" des généraux, des ministres et des marchands, de conclure avec le "monde mondial", celui des glaces menacées de réchauffement, des eaux polluées et des airs pour combien de temps encore respirables, un pacte de non agression, un contrat naturel incluant cette partie que le contrat social avait négligée ou traitée surtout comme objet d'une propriété, exacerbée jusqu'à "l'abus", et que Michel Serres qualifie brutalement de "stercoraire". Un pacte fondé sur le Droit, où Serres voit par essence la limitation minimale et collective de l'action parasitaire. Sur le droit naturel ? Oui, si le mot est pris au pied de la lettre, puisque Michel Serres reproche aux théoriciens du droit naturel moderne d'avoir, obnubilés par la nature humaine, expulsé de la scène philosophique la nature naturelle, la nature tout court. Invoquant un troisième grand contrat fondateur, le "contrat savant", générateur d'une obligation à la vérité scientifique, Serres ouvre un débat entre Science et Droit, auquel il convoque, d'Aristote à Leibniz, et à quelques autres, presque un "who's who" de la pensée. On n'attendait pas moins d'érudition. On attendait, et l'on a, autre chose : le portrait du Sage des temps futurs, synthèse du Législateur d'hier et du Savant d'aujourd'hui. Celui que l'auteur nomme le "Tiers-Instruit", serait-il, revisité par M. Serres, le nouvel avatar de cet impartial départiteur en qui d'autres ont vu la vraie marque de la juridicité ? Sans doute pas, en tout cas au sens où ces autres l'ont entendu depuis

Kojève. Alors, un prince de cette "aristocratie de l'intelligence et de l'amour", qu'un autre encore a chantée (A. Sériaux, "Les sources du droit : vision jusnaturaliste", R.R.J. 1990-1, p. 169) ? Serres, et cet autre, s'entendraient peut-être sur l'intelligence ; quant à l'amour, ils ne parleraient évidemment pas du même.

Le propos généreux de Michel Serres, en sa forme précieuse, suffirait, au regard de tant d'essais qui n'ont à offrir que leur pédante vacuité, à faire admirer celui-ci. Michel Serres est un philosophe qui se pique de droit : lui du moins est lisible. Et fait paraître dans son livre une quête d'équilibre et d'harmonie, qualités du droit dont semblent se soucier peu certains juristes frottés de philosophie. Qu'on ne se dissimule pas pourtant des réserves, qui finissent par devenir des doutes. Serres joue de la musique du verbe. Mais tout, ici, est dit dès les premiers mouvements de la suite, et les autres, à force de variations sur le thème, le développent moins qu'ils ne le ressassent, jusqu'au dénouement, sorte de longue coda narcissique qu'avec étonnement on trouvera ressembler à certaines pages du Saint Exupéry de Citadelle - point les meilleures. L'élégance des images est-elle toujours profondeur, les paradoxes sur le droit naturel ne sont-ils pas forcés, la définition du droit, réductrice ? L'on soupçonne d'ailleurs dans l'opposition contrat social-contrat naturel quelque chose de consciemment factice, de la part d'un auteur aussi maître de sa pensée. Faute d'autres contractants que les protagonistes du contrat social, le contrat naturel n'est-il pas tout simplement un élargissement de celui-ci ? Car la nature naturelle ne peut assurément être qu'objet, non sujet : Serres s'efforce au dépassement de ce sempiternel binôme, mais y parvient-il ? Il nous dit que le contrat social se place au point de vue du sujet, le contrat savant, à celui de l'objet, le contrat naturel à celui, total, du monde. Trilogie plus brillante que vraiment convaincante, car, en dénonçant un peu plus loin les limites des contrats "exclusivement" sociaux, il laisse bel et bien à penser qu'il y a un contrat social plus complet, qui intègre la nature. Ce qui saute aux yeux du juriste comme une évidence, mais banalise singulièrement la démonstration de l'auteur, en affadit beaucoup le foisonnement.

Plus profondément, en voulant substituer au contrat social le contrat naturel, Michel Serres n'offre-t-il pas une utopie à la place d'un mythe ? Plutôt que d'un tel plaidoyer, sorte de séduisant précipité d'idées qui sont dans l'air du temps, et dont la cause est de toute façon gagnée d'avance, la protection de l'environnement n'a-t-elle pas besoin d'armes de technique juridique affûtées et efficaces, dont le combat sur le terrain, lui, n'est pas gagné, et que Michel Serres n'a et ne peut avoir pour objectif de forger ? Au-delà des formules, sûrement éloquentes, et des antithèses, probablement exagérées, demeure l'impression que Michel Serres déploie le prestige de son style, devant des portes déjà plus qu'entrebaillées. Et qu'il est temps de franchir le seuil du discours.

"L'ACTE JURIDIQUE CONJONCTIF EN DROIT PRIVE FRANÇAIS"

Par Rémy CABRILLAC - Docteur en Droit

Préface de P. CATALA

Bibliothèque de Droit Privé, tome 213, L.G.D.J. 1990, 415 p.

Présentation par Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

Aurait-on trop fondé sur le contrat une théorie générale à reconstruire ? Nous l'imaginions rassemblée en aval autour de l'obligation (rapp. Jestaz, "L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale", Mélanges Raynaud, 273). Nous avons tort de moins croire à la fécondité d'un recentrage, en amont, vers l'acte juridique. Du presque rien à quoi se ramenaient les prémisses doctrinales de l'acte juridique conjonctif en droit privé français -une intuition de Demogue, des lustres avant tout le monde ; depuis, quelques traits de plumes d'auteurs- M. Rémy Cabrillac, sous la direction de P. Catala, tire une thèse, qui forme un tout.

Plusieurs données conjuguées composent l'acte juridique : la personne, la partie, l'intérêt, l'engagement. Le contrat avec soi-même, c'est une seule personne incarnant une dualité d'intérêts comme deux parties. Le contrat unilatéral consiste en deux personnes, deux parties, un seul engagement ; l'acte juridique unilatéral, en une seule partie, un seul engagement, mais plusieurs personnes (l'engagement bénéficie toujours à quelqu'un). Le sous-contrat combine plusieurs engagements emboîtés les uns dans les autres comme des poupées russes ; la chaîne de contrats, plusieurs engagements alignés les uns après les autres comme une théorie de dominos ; le groupe de contrats, plusieurs engagements et des personnes tantôt parties tantôt tiers intéressés. Le contrat pour autrui ? C'est trois personnes, deux parties, deux intérêts (la représentation parfaite) ; trois personnes, deux parties, trois intérêts (la représentation imparfaite), trois personnes trois intérêts et pas tout à fait trois parties (la stipulation pour autrui). Illustré par la co-assurance, l'intervention de plusieurs médecins pour une opération, la vente d'un bien par des co-indivisaires ..., l'acte juridique conjonctif suppose que plusieurs personnes constituent une seule partie soudée par une unité d'intérêt : les époux qui vendent ensemble un immeuble de la communauté légale sont, comme les formulaires l'expriment parfois, "le vendeur". Outre ce qu'on appelle aussi le "co-contrat" (Malaurie -

Aynès, Obligations, n° 831), l'acte conjonctif peut être un acte juridique unilatéral (les résolutions d'assemblées délibérantes). Il est des actes toujours simples (le mariage) d'autres toujours conjonctif (la constitution de société). Des actes essentiellement conjonctifs, "fermés" dit M. R. Cabrillac (l'exercice en commun des droits des co-auteurs d'une oeuvre en collaboration) d'autres, "ouverts", dont la conjonctivité n'est qu'une modalité (la co-entreprise). Un acte simple peut devenir conjonctif ou inversement (v. l'ingénieuse analyse de l'auteur sur la reprise par une société des engagements de ses fondateurs).

Consacrant les deux premières parties de son ouvrage à la notion de "conjonctivité" et à sa spécificité, R. Cabrillac la caractérise par l'unité de partie, l'unité d'acte (prestation ou "instrumentum") la pluralité de participants. Sauf sur sa conception de l'intérêt commun cantonné au mandat, contredite par la loi "Doubin" (v. Virassamy, J.C.P. 1990, éd. E, II, 15809) on suivra M. Cabrillac partout où il nous mène. Lorsqu'il nous démontre que la partie plurale ne se ramène ni à une société ou un G.I.E., à un groupe de personnes ou de biens, ni à une gestion d'affaires ; lorsqu'il nous fait remarquer que la théorie de l'apparence peut engendrer un acte conjonctif (société mère et filiale tenues ensemble envers le salarié) ; quand il distingue l'acte conjonctif de l'acte soumis à autorisation, de la cession de contrat, de la déclaration de "command", du prête-nom, de la commission ; quand il découvre une obligation de collaboration au sein de la partie plurale (membres d'un pool bancaire ...). Partout l'originalité de sa construction n'a d'égale que sa pertinence.

Dégageant en troisième partie l'influence de la conjonctivité sur l'obligation ou l'action en justice née de l'acte, Rémy Cabrillac récuse l'opportunité d'une représentation fondée sur la seule conjonctivité, coordonne habilement celle-ci avec les règles de la solidarité. Et surtout, opposant à la divisibilité de principe de l'instance (art. 323, 324, N.C.P.C.) son indivisibilité exceptionnelle, étudiée dans ses rapports avec la conjonctivité, l'auteur jongle avec les règles processuelles (art. 36 N.C.P.C. sur le taux des demandes, 42 al. 2 sur la compétence territoriale en cas de pluralité de défendeurs, 474 sur l'opposition ; principe d'indivisibilité de la péremption) pour proposer "de lege ferenda", soit une extension des possibilités de mise en cause prévues par l'art. 332 N.C.P.C., soit une transposition du "litisconsortium" des droits allemand et italien. Ainsi nous montre-t-il à quel point la science de la procédure enrichit la matière des obligations.

D'un essai doctoral à l'autre se déploie à nos yeux cet enrichissement d'une matière sur laquelle semble se concentrer, de tous ses feux, "le vierge, le vivace et le bel aujourd'hui" de la pensée juridique française.

"L'AFFECTION ET LE DROIT"

Par Jacqueline POUSSON-PETIT et Alain POUSSON,
Maîtres de conférences à l'Université de Toulouse,
Préface de François RIGAUX, Editions du CNRS., 1990, 411 p.

Présentation par Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université de La Réunion

Situant l'affection entre l'amitié, qui selon la très belle maxime d'Epicure "fait le tour du monde et nous invite tous à nous éveiller à la vie heureuse", et l'amour, qui aux yeux de Saint-Thomas d'Aquin, consiste à vouloir rendre l'autre heureux, Jacqueline Pousson-Petit et Alain Pousson la définissent comme une inclination élective plus narcissique que tendue vers le bonheur de l'autre. Si, comme d'autres avant eux, (v. G. Cornu, "Du sentiment en droit civil", *Annales Fac. de Liège* 1964, 189 ; D. Mayer, "L'amitié", *J.C.P.* 1974, I, 2663), les auteurs font le pari que le droit s'ouvre aux sentiments, ce sentiment-ci n'est pas dénué d'ambiguïté : il laisse dans le droit une trace de lumière et quelques zones d'ombre. Il est des affections que la morale réproouve, et à sa suite le droit, qui refuse effet au concubinage homosexuel (Soc. 11 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 13-14 avril 1990, p. 4, concl. Dorwling-Carter ; *Rev. trim. dr. civ.* 1990, 53 obs. Rubellin-Devichi) ; des affections interdites par la force des tabous, comme l'inceste ; l'affection peut devenir faiblesse, et la voici redressée par l'art. 909 C. Civ. qui écarte le médecin soignant du bénéfice des libéralités de dernière maladie ; là où l'affection est admise, la passion vénale encourt les foudres du juge, n'est-ce pas le clivage entre les donations valables et les donations nulles entre concubins ? Sous le manteau de la vie conjugale ou familiale, l'affection présumée peut cacher violences et turpitudes : le juge pénal le sait, qui réprime le viol entre époux ; et le Code pénal aussi, qui fait des relations familiales entre l'auteur du délit et la victime, parfois (art. 332 C. pén.) une cause d'aggravation de la répression. Le juriste serait porté à se défier des affections, ou à leur soupçonner des ressorts peu généreux : en cela il imiterait Napoléon, pour qui il n'y avait rien de tel que la révocabilité des donations par contrat de mariage pour entretenir l'affection conjugale.

L'affection, pourtant, est nimbée par la lumière du droit. L'affection est source d'un allègement du formalisme, ainsi à travers l'impossibilité morale de préconstituer la preuve, ou les art. 44 et 274

de la loi du 24 juillet 1966 qui organisent la libre cessibilité des parts sociales à un conjoint, un ascendant ou un descendant. L'affection ouvre les voies du droit, ainsi suffit-il d'une participation affective à l'éducation d'un enfant pour rendre recevable la recherche de paternité au sens de l'art. 340-5° C. Civ. (Civ. I, 22 nov. 1989, D. 1990, 295, note Massip). Le droit répare le préjudice d'affection. Le droit, quelquefois et de façon singulière, fait de l'affection une obligation : ainsi l'art. 212 C. Civ. vise-t-il l'obligation d'amour dans le mariage, occasion d'un beau développement pour J. et A. Pousson qui voient aussi, à travers l'art. 371, une présomption d'affection doublée d'un devoir familial (comp. A. Sériaux, "Tes père et mère honoreras ..." Rev. trim. dr. civ. 1986, 265 et s.). Le droit admet la rupture des liens que ne resserre plus l'affection, ainsi l'art. 237 interprété par la jurisprudence fait-il de la disparition de la communauté de vie, tant matérielle qu'affective, une cause de divorce au bout de six ans. Mais il arrive encore que le droit pérennise l'affection, au-delà même de la mort : c'est ce que permet, plus que le mariage ou l'adoption posthumes, la procréation assistée grâce à laquelle, selon le mot de F. Terré, "un mort peut donner la vie".

Pour tenir le pari d'une étude sur les rapports entre l'affection et le droit, J. et A. Pousson, à travers les deux volets de leur ouvrage qui passe d'une constatation de l'insertion de l'affection dans l'ordre juridique, à une recherche de l'autonomie juridique du concept d'affection, déploient une vaste culture historique, anthropologique et comparative. Ainsi décrivent-ils la lente ouverture du droit aux sentiments, depuis les sociétés qui rejettent la passion amoureuse du mariage comme les ethnies d'Afrique occidentale et la zadruqa serbe, en passant par l'institution des "amis charnels" des XIIIème et XVème siècles ou le contrat d'affrètement développé dans les pays méditerranéens à la fin du XIVème, jusqu'à notre temps où la "famille-refuge" réceptacle d'une affection close sur elle-même, s'élargit peut-être, par l'extension du champ affectif aux ascendants, aux partenaires, voire aux familles-amies, jusqu'à constituer une "famille à étages", amorce d'un possible retour au temps des grandes solidarités anciennes. J. et A. Pousson n'évoquent-ils pas la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 mars 1987 sur les familles nourricières, la loi allemande du 18 juillet 1979 qui admet le transfert d'autorité parentale aux parents nourriciers, la question du droit de visite des grands-parents, voire du parrain ?

Au fil d'une évocation très riche, on cueillera bien des notations suggestives. Ainsi n'avait-on jamais perçu aussi clairement qu'en lisant le livre de M. et Mme Pousson, l'espèce de matérialisme affectif qui inspire nos législateurs. Ceux-ci semblent réticents à admettre l'affection comme un pur sentiment, à la concevoir autrement que solidement ancrée entre les quatre murs d'une maison, serait-elle en location : c'est bien la maisonnée qui fonde, dans l'art. 14 de la loi du 6 juillet 1989, les présomptions d'affection permettant la continuation du bail au profit de certaines personnes ayant cohabité avec le locataire. A. et J. Pousson soulignent également avec raison le glissement des techniques juridiques permettant d'appréhender l'affection. Selon eux

le droit d'abord a eu recours à des présomptions d'affection. Certaines sont raisonnables, comme le "privilège de maternité" que consacre le principe n° 6 de la déclaration universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 (l'enfant en bas-âge ne doit pas être séparé de sa mère). D'autres, qui le sont moins, ont peu à peu perdu du terrain. Ainsi le renforcement des droits du conjoint survivant a-t-il progressivement atténué l'inspiration des rédacteurs du Code civil qui avaient présumé une plus grande affection du défunt pour ceux de son sang. Mais le législateur contemporain préfère traiter l'affection d'une autre manière : à travers ces notions-cadres ou "standards" si propices au pouvoir créateur du juge, au premier rang desquels J. et A. Pousson placent l'intérêt de l'enfant, théâtre, en matière de filiation, d'un affrontement entre vérité biologique et vérité affective. La jurisprudence récente confirme la pertinence des observations de M. et Mme Pousson (v. par exemple Tgi Bobigny 18 janv. 1990, D. 1990, 332, note Saujot). On les approuvera mille fois de dénoncer le mirage de l'enfant-objet créé par la procréation assistée, cet enfant devenu pour les parents un capital affectif et narcissique.

Après un tableau remarquablement complet des manifestations juridiques de l'affection, qui ne néglige pas les relations économiques - Les "contrats de l'ami" sont largement évoqués par les auteurs- J. et A. Pousson dégagent le concept juridique d'affection en nous montrant le droit troublé par l'affection, et l'affection créatrice de droits. Semeurs de trouble, les conflits d'affection obligent le droit à trancher ; s'il le fait toujours à bon escient, voilà ce dont on pourra infiniment débattre : dans la concurrence affective entre la mère porteuse et la mère sociale, la concurrence successorale entre les adultérins et le conjoint victime de l'adultère ou les légitimes, on se demandera si l'on peut faire un bon droit avec de bons sentiments.

Que l'affection créé des droits, on en sera, avec J. et A. Pousson, convaincu, en n'étant pas sûr que l'affection donne tous les droits, ni que le droit doive se féliciter de toutes les affections. Que l'affection justifie le droit de fonder une famille, même naturelle, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé dès l'affaire Marckx du 13 juin 1979, nul doute. Mais doit-elle aller jusqu'à permettre le mariage des transsexuels ? La même Cour ne l'a pas voulu dans l'arrêt Rees du 17 octobre 1986. Entre la dépénalisation de l'homosexualité prônée par la Cour européenne dans l'affaire Dudgeon du 22 octobre 1981, et la loi suédoise qui, depuis le 1er janvier 1988 donne les mêmes droits aux concubins homosexuels qu'aux autres (v. J. Rubellin-Devichi, obs. Rev. trim. dr. civ. 1990, 58), fallait-il franchir le pas ? La prudence gardée par J. et A. Pousson sur de telles questions est appréciable. On s'avouera en revanche quelque peu réticent à l'égard de l'inflation des "droits à", et de la défense, par les auteurs, d'un droit à l'affection. Mais il faut saluer dans cette substantielle synthèse sur "L'Affection et le Droit" un livre convaincu, convaincant et passionnant.

DEPOT LEGAL 4ème Trimestre 1990

II - Droit Public

– Droit Constitutionnel

– Tadakasu FUKASE, Les deux problèmes constitutionnels japonais d'aujourd'hui. La tradition et la Paix.

– Droit International

– Wolfgang GRAF VITZTHUM, Le droit international du désarmement.

III - Philosophie politique

– Alain SERIAUX, Libéralisme et morale.

IV - Droit comparé

– H. Patrick GLENN, Y-a-t-il crise dans la profession juridique en Amérique ?

V - Culture juridique

– Christopher POLLMANN, Le discours juridique comme stratégie. Un nouveau regard sur l'affaire Pinna.

– Françoise THIBAUT, Travelling-avant comparatif sur le rôle socio-politique du cinématographe depuis sa création en France et aux États-Unis et destin européen.

– Daniel VERGELY, La notion de droit chez les étudiants de première année.

VI - Compte-rendus bibliographiques

– Michel SERRES, « Le contrat naturel ».

(Présentation par Emmanuel PUTMAN)

– Rémy CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif en droit privé français ».

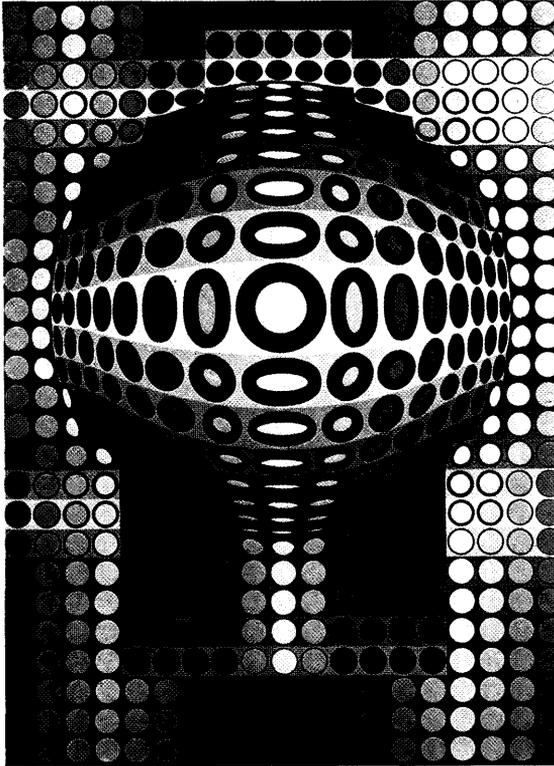
(Présentation par Emmanuel PUTMAN)

– Jacqueline POUSSON-PETIT et Alain POUSSON, « L'affection et le droit ».

(Présentation par Emmanuel PUTMAN)

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 5

REGARDS SUR LA MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1990 - 4

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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1990-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

**N. XV - 43 (15ème année - 43e numéro)
(4 Numéros par an)**

**PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976**

COMITE 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 de l'Université de Bordeaux I Correspondant 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 Doyen honoraire 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 Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETT	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 (+)	

....*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur J.-L. BERGEL	M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur D. BERRA	M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur F. BOULAN	M. le Doyen C. LOUIT
M. le Professeur J. BOURDON	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-Y. CHEROT	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur Y. DAUDET	M. le Professeur C. MOULY
M. le Président Ch. DEBBASCH	M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE	M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Professeur F. BOULAN	M. le Professeur J. MESTRE
M. le Président L. FAVOREU	M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. M. GARCIN	M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1990

Abonnement de Soutien : 400 F
Abonnement (France) : 300 F

Abonnement étranger : 350 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE**

- N° 5 -

REGARDS SUR LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le
Professeur Jean-Louis BERGEL, Président de l'Association
Internationale de Méthodologie Juridique.

TABLE DES MATIÈRES

<i>AVANT-PROPOS</i> , par Jean-Louis BERGEL.....	705
- Jean-Louis BERGEL, Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique.....	707
- Jean-Louis BERGEL, L'enseignement de la méthodo- logie juridique en France.....	721
- Pierre-André CÔTÉ, La méthodologie juridique au Canada.....	725
- Charles-Albert MORAND, Le développement de la méthodologie juridique en Suisse.....	729
- Paul ORIANNE, La méthodologie juridique en Belgique.....	743
- Valentin PETEV, Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXIème siècle.....	757
- Geoffrey SAMUEL, La méthodologie juridique en droit anglais.....	769
- Paul SOURLAS, La méthodologie juridique et son enseignement en Grèce.....	785
- Roberto J. VERNENGO, Autour de quelques problèmes de la méthodologie juridique.....	797
<i>BIBLIOGRAPHIE des ouvrages récents de Méthodologie juridique</i> , par Jean-Louis BERGEL	813

AVANT-PROPOS

par

Jean-Louis BERGEL

Indéniablement, il se passe quelque chose, dans de nombreux pays, en matière de méthodologie juridique !

Peut-être est-ce qu'à vouloir un droit trop complet, on obtient un droit trop complexe, que la loi trop présente et hâtive ne libère plus et finit par opprimer, que la petite réglementation technique estompe les grands principes, que les systèmes juridiques, proches de l'implosion, ont besoin de retrouver leur cohérence... Peut-être est-ce aussi que la reconnaissance supranationale et constitutionnelle de droits et de principes fondamentaux rend à la pensée juridique le souffle que trop de spécialisation semblait lui avoir coupé et à l'ordre juridique les repères qu'il lui fallait retrouver. Peut-être est-ce enfin que la mobilité des biens et des hommes et l'internationalisation des échanges dans le monde moderne recréent une unité que le droit romain et la civilisation européenne avaient jadis favorisée et que l'affirmation des souverainetés nationales avait ensuite ruinée.

Bref, il semble que l'on réfléchisse à nouveau sur l'architecture des systèmes juridiques et que cette réflexion redécouvre les instruments, les mécanismes et les procédés permanents de la formation et de l'application du droit. Si l'on songe plus au savoir-faire juridique, on doit pouvoir mieux faire du droit. Si les enseignements de grands maîtres, tels que François Gény, resurgissent, cette résurgence peut aujourd'hui s'enrichir des acquis de la pensée et de la technologie contemporaines pour plus d'efficacité et une meilleure qualité du droit. Dans une véritable société de droit, le juriste n'est pas perçu comme une entrave mais comme un ferment de l'action et de l'innovation et le droit n'est jamais ressenti comme un piège à éviter mais toujours comme une garantie à rechercher.

Il faut, pour cela, mettre en évidence l'esprit, la cohérence et la rationalité du droit en étudiant sa logique et sa technique. Cela est indispensable pour bien repérer les règles de droit, les améliorer, les interpréter, les appliquer... C'est nécessaire pour mieux asseoir les pouvoirs publics, pour établir de meilleures relations humaines, économiques et sociales, pour rendre une bonne justice, pour faire de bons contrats...

Un peu partout, il semble qu'après avoir longtemps négligé ces exigences, on en reprenne maintenant conscience et que l'on s'efforce de faire davantage de méthodologie juridique.

Il est temps, dès lors, de préciser ce qu'est la méthodologie juridique et comment on l'enseigne. Mais la méthodologie juridique dont l'objet et le sens paraissent évidents est, pourtant, un peu comme la fameuse auberge espagnole. On y trouve ce qu'on y apporte et il n'est pas aisé de la définir. On peut tout au plus en tenter des définitions, en suggérer des modes d'enseignements. Il nous a donc paru opportun d'interroger quelques uns de ceux qui, dans des pays divers, se consacrent à cette discipline, pour en confronter les approches. Il eût été possible, pour plus d'homogénéité et pour pouvoir oser une synthèse, ou au moins des comparaisons, d'établir une sorte de questionnaire ou même simplement de proposer à ces essais des têtes de chapitres bien déterminées. Mais l'objet même de la méthodologie juridique, son contenu, sa raison d'être, sa pédagogie nous ont semblé encore trop inexplorés pour prendre le risque d'encadrer ou de figer la réflexion des auteurs qui ont bien voulu contribuer à cet ouvrage. La liberté de leurs contributions a semblé le meilleur gage de leur richesse. Il eut été prématuré de limiter ce foisonnement d'idées sous prétexte d'échafauder des conclusions péremptoires sur des bases incertaines. Il n'y aura donc pas, cette fois, d'épilogue immédiat aux essais qui vont suivre. Le lecteur est invité à faire lui-même sa propre synthèse et à réfléchir lui-même à la manière de concevoir et d'enseigner la méthodologie juridique. C'est ainsi que la réflexion pourra se poursuivre. Il suffit qu'au terme de cet ouvrage, aidé de plus par les notes bibliographiques qu'il comporte in fine et qui fournissent en quelque sorte des témoignages et des illustrations de la réalité de la méthodologie juridique, chaque lecteur ait pris conscience de l'existence et de l'importance de cette discipline.

ÉBAUCHE D'UNE DÉFINITION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Par

Jean-Louis BERGEL
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

On admet assez généralement que tous les systèmes juridiques ont une même structure et comportent les mêmes sortes de normes juridiques, normes de conduite, de compétence et d'organisation pour certains auteurs, normes de conduite et normes de sanctions, pour d'autres, normes de conduite seulement, pour d'autres encore. Pour H.L.A. Hart, un véritable système juridique comporte toujours des "règles primaires", c'est-à-dire des règles de conduite, et des "règles secondaires" déterminant les voies par lesquelles les règles primaires sont constatées, introduites, supprimées, modifiées et sanctionnées. Ce serait la combinaison de ces règles de conduite et de compétence qui formerait le noyau de tout système juridique (1).

On peut effectivement prendre pour hypothèse que toute société implique une organisation, des règles de conduite, des mécanismes de production de ces règles, des modes d'imposition et de sanction du droit... Tous les systèmes doivent répondre à des exigences comparables pour l'essentiel. Les modes de formation du droit, les techniques de conciliation ou de sanction, les types de procédures, les formes d'organisation politique... peuvent, au-delà de leur diversité, s'identifier et se dénombrer assez aisément. Ce sont les conjonctions multiples de besoins et de buts différents, d'institutions et de mécanismes variés, de règles et de techniques diverses qui, dans le contexte spécifique de chaque société et de chaque époque, finissent par produire, les particularismes de chaque système juridique. Il y a ainsi une certaine constance des méthodes du droit, des notions fondamentales, des procédés techniques, des instruments juridiques, des modes de raisonnement, au-delà de l'hétérogénéité apparente des divers ordres juridiques.

On peut ainsi concevoir que l'étude des méthodes du droit, par son champ de recherche et son contenu, soit en quelque sorte commune à tous les systèmes. Dans la tradition jusnaturaliste comme dans les

(1) H.L.A. Hart, "The concept of law", Oxford Clarendon Press, 1961, p. 90 - 96.

doctrines positivistes, de nombreux auteurs ont admis qu'il existe, en théorie générale du droit, des données universelles, indépendantes des contingences locales ou temporaires des sociétés concernées, et que l'on peut trouver des solutions permanentes à des problèmes fondamentaux tels que celui des méthodes d'interprétation du droit. D'autres considèrent que, s'il est possible de détecter, à un haut niveau de généralité, des traits communs des phénomènes juridiques dans toutes les sociétés, cela devient impossible dès que l'on observe les différences concrètes d'un système à l'autre (2).

Il n'est certes pas douteux qu'il y ait d'importantes dissemblances entre les droits romano-germaniques de tradition légaliste et les droits de "common law", entre les droits des sociétés libérales et les droits socialistes ou encore les droits traditionnels (3). Mais l'influence des colonisations, l'internationalisation des échanges, l'assouplissement des idéologies ont estompé les différences fondamentales. Plus que jamais, l'évolution convergente des systèmes juridiques démontre l'analogie des grands problèmes et la constance des méthodes du droit qui constituent bien une hypothèse raisonnable. On ne peut traiter des droits positifs qu'en pensant au droit fondamental qui leur est sous-jacent.

On observe toutefois, notamment en France, de nos jours, que l'étude de la méthodologie juridique est souvent négligée et que "tout semble se passer comme si la science du droit était une science sans méthode" (4).

Or, jamais plus qu'à notre époque de surréglementation pointilleuse, éphémère, contradictoire et trop hâtive, de bouleversements techniques, humains et sociaux, d'interpénétration d'ordres juridiques divers, la connaissance et l'application des méthodes du droit ne semblent s'être à ce point imposées. Elles paraissent indispensables à la détermination et la formulation des règles de droit par le législateur, à leur interprétation, à la solution des litiges et la rédaction des jugements par le juge, à l'argumentation des parties au procès, à la négociation et l'établissement des contrats par les praticiens, à la formation efficace des étudiants. A tous s'impose une étude attentive des règles qui dominent la démarche intellectuelle des juristes, "de la discipline qu'elle implique, des formes de raisonnement auxquelles elle a recours, des procédés techniques qu'elle emploie" (5).

On ne peut, sans une méthodologie rigoureuse, concevoir des règles capables de régir efficacement et en toute sécurité la réalité

(2) P.S. Atiyah and Robert - S. Summers, "Form and substance in anglo-american law - A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions", Clarendon Press, 1987, p. 415 et s.

(3) R David et C. Jauffret - Spinosi, "Les grands systèmes de droit contemporains", Précis Dalloz, 8^e Ed., 1982 ; M. A. Glendon, M. W. Gordon et C. Osakwe, "Comparative legal traditions in a nutshell", West publishing Co., 1982.

(4) C Atias, "Réflexions sur les méthodes de la science du droit", D. 1983,1,145. "Epistémologie juridique", Ed. P.U.F. 1985, n° 38.

(5) E.S. de la Marnierre, "Eléments de Méthodologie juridique", Ed. Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976, Préface G. Vedel, n° 5 et 6.

sociale, ni appliquer à l'infinité des situations de fait les solutions juridiques qu'elles méritent.

On ne peut en effet livrer les rapports ou les conflits sociaux à une sorte d'existentialisme juridique, procédant du seul bon sens, du sentiment d'équité et de la conscience des juges. Cela conduirait à des jugements contradictoires dans des situations identiques, à l'arbitraire et à l'insécurité. On ne peut pas, non plus, limiter le droit à d'innombrables textes que les juristes n'auraient qu'à connaître pour les appliquer purement et simplement à des cas particuliers. Il ne peut pas y avoir un texte pour chaque problème. Serait-ce possible, les textes sont inmanquablement souvent obscurs, ambigus ou incomplets. Ils doivent être interprétés et complétés.

La connaissance du droit ne se réduit pas à une bonne mémoire pour laquelle l'homme ne saurait rivaliser avec l'ordinateur. Elle suppose des méthodes appropriées fondées sur une logique, des raisonnements divers, des instruments techniques, des classifications, des qualifications, une terminologie riche et précise, des techniques d'expression adéquates. Cela implique des procédés déterminés d'information, de coordination, d'interprétation...

La méthodologie juridique se définit alors comme l'étude du savoir-faire des juristes : législateurs, juges, praticiens, universitaires... Mais elle est aussi l'étude des divers savoirs-faire juridiques qui varient selon les activités considérées : élaboration et rédaction des textes, étude du droit, application du système juridique. Les perspectives, les objectifs, les moyens et les méthodes ne sont évidemment pas les mêmes quand il s'agit d'élaborer la loi, de rendre un jugement, de négocier un contrat et d'enseigner, d'exposer ou d'apprendre le droit.

La méthodologie juridique englobe cependant aussi bien cette étude globale des méthodes du droit que celle des opérations particulières que l'on met en œuvre pour des activités déterminées de la vie juridique.

La compréhension de la méthodologie juridique suppose donc à la fois d'établir ses caractères (I) et son objet (II).

I^o PARTIE - CARACTÈRES DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE.

Quelles que soient leurs tâches, les juristes sont toujours conduits à appliquer ou à modifier l'ordonnement juridique existant. Ils doivent concevoir et conduire leur action à partir de leur connaissance du système juridique. La méthodologie juridique doit leur permettre de déterminer le meilleur processus pour mettre en œuvre leurs connaissances, autrement dit, de définir "un processus rationnel d'exploitation des connaissances" juridiques. "À la limite, si l'on n'avait le temps d'apprendre qu'une seule chose, c'est la méthode qu'il faudrait acquérir, plutôt que la connaissance des règles juridiques, car

celles-ci se modifient tandis que la méthode reste" (6). La méthodologie juridique est ainsi l'itinéraire inéluctable de tout juriste entre ses connaissances et son action. Bien étudiée, elle permet des solutions justes et efficaces. Ignorée, les juristes vont se fourvoyer dans l'inertie ou l'erreur.

Transition entre le simple savoir et le savoir-faire, la méthodologie juridique est difficile à définir (A) ; sa nature, intermédiaire entre la théorie juridique et l'étude de droit positif, est mal connue (B).

A - DÉFINITION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE.

Au sens étymologique, la méthode est un "cheminement". Elle est conçue comme un enchaînement raisonné de moyens, plus précisément comme la voie à suivre pour parvenir à un résultat. La méthodologie est une étude des méthodes scientifiques et techniques, des procédés, utilisés dans une discipline déterminée. Si, pour Descartes, la méthode semblait unique et universelle (7), les méthodes sont aujourd'hui diversifiées selon leur domaine d'application.

Même si le Droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique, il se définit comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique. Il n'est pas une fin en soi mais un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales. Les sources formelles du droit telles que les constitutions, les lois, les traités, voire la coutume, la jurisprudence ou les contrats, détermineraient, prises isolément, des règles de droit dispersées, incomplètes et contradictoires. "Il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref mettre en ordre. Pour cela, la science du droit use d'une technique, de procédés divers pour atteindre à la systématisation" (8). La conception, l'expression, la compréhension et l'application du droit supposent "une logique plus ou moins rigide de concepts, de catégories, de classifications... destinée à introduire, dans la masse des règles, clarté et praticabilité" (9).

Les valeurs consacrées par un ordre juridique et les règles qu'il comporte ne peuvent être mises en œuvre que grâce à des principes, des instruments, des modes de raisonnement particuliers. François Gény écrivait que "toute élaboration juridique est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie, basées sur les principes de la logique commune, avec un certain assouplissement

(6) P. Delnoy, "Initiation aux méthodes d'application du droit", Presses Universitaires de Liège, 1989-1990, Vol. I, p. 7.

(7) "Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences" (1.637). V° p. ex. "Le livre de poche" n° 2.593 (1.970).

(8) J. Carbonnier, "Droit civil", "Introduction", 17e éd., P.U.F., Coll. Thémis n° 23.

(9) J. Dabin, "Théorie générale du droit", Ed. Dalloz, Coll. "Philosophie du Droit", 1969, n° 264.

commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer : les règles juridiques" (10).

Ainsi, une méthode est "une manière de conduire la pensée" (11) et la méthodologie juridique est l'étude des procédés et des méthodes que les juristes pratiquent dans leurs activités de recherche, de création et d'application du droit et, plus généralement, pour parvenir à la solution des problèmes juridiques. On l'identifie souvent à la dogmatique juridique, c'est-à-dire au domaine de la science du droit qui est consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques.

Certains auteurs lient alors la dogmatique et la méthodologie juridiques au positivisme juridique. La systématisation et l'interprétation des règles de droit, l'élimination de leurs contradictions et de leurs lacunes se limiteraient au champ clos du droit en vigueur et excluraient toute "science du droit". Il y a là une dénaturation de l'analyse du droit en système ouvert et complexe et de la méthodologie juridique. La diversité des raisonnements juridiques et des méthodes d'interprétation, l'étude des modes de formation et d'évolution du droit, l'intégration des valeurs consacrées par une société dans les méthodes d'élaboration et d'application de ses règles, la découverte et l'incidence des principes généraux dépassent de beaucoup une simple technique de mise en oeuvre du droit étatique du moment. Dans une telle approche, le droit ne se résume pas à la loi. La méthodologie juridique n'est pas liée à une école de pensée déterminée. Elle a sa place dans toutes les conceptions qui refusent l'improvisation et l'irrationalité du droit. Cette "neutralité" de la méthodologie juridique est spécialement évidente pour ceux pour lesquels ni les doctrines du droit naturel, ni les positivismes n'apportent, à eux seuls, une réponse suffisante dans la définition du droit et qui croient pouvoir concilier un certain idéalisme, les exigences des faits sociaux et l'autorité des droits positifs. On peut admettre que si la définition du droit est importante dans la philosophie du droit qui vise l'essence du phénomène juridique, les querelles théoriques concernant la définition du droit "paraissent sans importance" pour les fins pratiques et qu'elles "ne font pas difficulté dans la méthodologie générale et celle des sciences sociales" (12). On décrit le droit "soit par un de ses traits formels, soit par un fait social qui l'explique, soit encore par une vision idéale de sa finalité". Mais on peut s'affranchir de ces thèses en reconnaissant dans la démarche juridique, "le mouvement qui les relie dialectiquement l'une à l'autre". Il faut alors considérer les fonctions des diverses composantes du système juridique et les moyens de les utiliser au mieux pour atteindre les résultats souhaités. Il faut délaissier l'essence du droit et se limiter à sa substance. Il faut dégager les problèmes, les modèles d'organisation, les techniques de régulation, les instruments et mécanismes, les méthodes de raisonnement, les moyens d'action, les

(10) F. Gény, "Science et technique en droit privé positif" ("Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique"), T. IV, n° 302.

(11) H. Motulsky, "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", n° 4.

(12) J. Wroblewski, "Problèmes méthodologiques pour définir le droit", in "Définir le droit", Revue "Droits", Vol. 10, 1989, p. 117-118.

procédés de règlement de conflits communs aux divers systèmes juridiques qui en constituent, méthodologiquement, le fonds commun.

B - NATURE DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE.

La méthodologie juridique se distingue ainsi nettement de la *philosophie du droit* qui étudie le Droit par rapport aux valeurs qui l'inspirent ou qu'il recherche et qui l'aborde à travers une certaine vision de l'homme et du monde. Plus préoccupés par ce qu'il devrait être que parce qu'il est, les philosophes s'intéressent davantage à l'essence du droit qu'à sa substance. Ils ont tendance à "dépouiller le droit de son appareil technique pour en découvrir la signification métajuridique". La philosophie du droit traite de la raison d'être du droit, de ses origines, de ses finalités en fonction de positions essentiellement métaphysiques, éthiques, idéologiques, politiques, sociologiques, socio-économiques... (13). Les juristes ont à résoudre des problèmes concrets. Ils ont recours, pour cela, à des méthodes de qualification, d'interprétation, de coordination de règles diverses, de raisonnement... dont l'étude relève de la méthodologie juridique.

Mais cette discipline se distingue aussi de la stricte approche de *droit positif* car elle ne se cantonne pas à la solution ponctuelle d'une situation particulière. Science de la méthode, elle s'attache, au-delà de la spécialisation des diverses matières juridiques et même des divers systèmes juridiques, aux principes généraux du droit, aux instruments et mécanismes de conception, de compréhension et d'application du droit, aux multiples concepts, catégories et institutions de l'appareil juridique, aux procédés d'interprétation du droit, aux diverses techniques de régulation des rapports sociaux ou de solution des conflits, aux diverses formes de la recherche juridique...

Ainsi, la méthodologie juridique se rapproche à bien des égards de l'*épistémologie juridique*. Mais cette discipline est plus particulièrement consacrée à l'étude des modes de connaissance du droit. Étude critique, elle a davantage pour objet de diriger la pensée juridique, en se dégageant des réalités, des besoins et des intérêts concrets pour ne considérer que les notions pures, les ordonner en elles-mêmes et parvenir à une solution juridique par les seuls efforts de la pensée (14), bref à considérer le droit comme il devrait être plus que comme il est. La méthodologie juridique ressemble plutôt à de la *phénoménologie du droit*, dans la mesure où elle revient aux "choses mêmes" et en observe la réalité, sans idée préconçue (15).

La méthodologie juridique se rattache enfin à la théorie générale du droit qui étudie l'ordre juridique dans sa globalité à partir de l'observation des divers systèmes juridiques et qui s'applique à définir les grands axes de la construction et de l'application du droit. Mais la théorie générale du droit est conçue tantôt comme une philosophie du droit, spéculation sur l'essence ou les fins du droit et de la justice, tantôt comme une théorie empirique décrivant le droit positif, tantôt

(13) ES. de la Marnierre, op. cit. n° 5.

(14) F. Génay, op. cit., T. I, n° 35 à 56, C. Atias, op. cit.

(15) P. Amsselek, "Méthode phénoménologique et théorie du droit", 1964.

encore comme une métathéorie de la doctrine juridique (16). La théorie générale du droit peut aussi être abordée dans une perspective méthodologique (17). Mais la méthodologie juridique n'en est qu'une partie et ne concerne que les voies et moyens utilisés dans les diverses actions d'exploration, de création et d'application du droit. La définition même du Droit, son essence et ses fonctions n'entrent pas dans son champ.

La notion même de méthodologie juridique suppose toutefois une certaine vision du droit, conçu comme un système organisé de régulation sociale.

Ce qui caractérise un système, c'est *la cohérence* des éléments qui le composent ou, mieux, une "qualité d'organisation" (18).

L'utilité et le succès de la notion de système, "au-delà de toute considération de mode" (19), tiennent au fait qu'elle dépasse "la distinction traditionnelle entre les aspects morphologiques des choses et leur dynamique propre pour tenter de saisir la relation intime qui les unit". C'est ainsi que les aspects substantiels du droit qui en sont les racines (idées de justice, de sécurité et de progrès, faits sociaux ou volonté de l'État) et ses expressions formelles (lois et autres normes, jurisprudence...) s'y conjuguent aisément. La notion de système permet aussi "de maintenir l'identité de l'objet auquel elle s'applique tout en prenant en compte les relations d'échange qu'il entretient avec... le milieu dans lequel il se trouve" : le droit ne doit pas seulement être considéré en lui-même mais avec le milieu social dans lequel il agit. "L'approche systémique... cherche à repérer les centres nerveux d'un système afin d'agir efficacement sur ceux-ci et de construire une stratégie d'action" (20).

L'assimilation du droit à un système ouvert et complexe comportant de nombreux sous-systèmes permet dès lors d'en dégager les inspirations et les finalités, la logique et la cohérence, les instruments et les procédés, sans négliger les réalités dont il procède et auxquelles il s'applique, et sans le figer dangereusement. C'est en fonction de ces éléments que l'élaboration et l'application du droit peuvent s'opérer grâce à des méthodes appropriées.

Par exemple, la loi doit être interprétée dans le sens où elle est compatible avec le système juridique dont elle dépend et non dans un sens où elle serait en contradiction avec lui. Son interprétation doit être conforme à l'esprit du législateur et aux finalités poursuivies. Elle doit être fidèle au texte pour respecter la logique des institutions. Ainsi, la systématisation du droit permet d'en éliminer les contradictions grâce

(16) Mark Van Hoecke, "What is legal theory ?", Leuven, Acco 1985.

(17) Jean-Louis Bergel, "Théorie générale du droit", 2^e Ed., Dalloz, Collection "Méthodes du droit", 1989.

(18) E. Morin, "La méthode", T. I, "La nature de la nature" (1977), T. II "La vie de la vie" (1980), Ed. Le Seuil.

(19) P. Orianne, "Introduction au système juridique", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 23 et s.

(20) P. Orianne, *ibidem* ; Cparer J.-L. Le Moigne, "Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ?", Rev. Rech. Jur. 1985 - I - p. 155 et s. (Mais attention aux excès de la modélisation en droit).

aux méthodes d'interprétation "systémique" et aux principes de règlement des conflits de lois (21) et d'en combler les lacunes grâce à des principes généraux, des interprétations extensives, des procédés logiques comme l'analogie ou l'argument "a fortiori".

Il appartient en outre à la Doctrine de procéder à un exposé systématique du droit et de réunir des éléments épars de l'ordre juridique en ensembles cohérents et harmonieux. La "systémique" est l'art du classement des notions, des concepts ou même des règles, en bref des catégories du droit (22). La doctrine est ainsi conduite à créer des concepts destinés à "la connaissance et à l'analyse systématique du droit", à procéder à des classifications, puis à identifier les choses, les personnes, les droits et les faits par rapport à ces catégories, pour les soumettre au même régime juridique que le leur. La méthode qui consiste à découvrir le régime juridique d'une chose à partir de sa nature juridique est d'usage quotidien pour tout juriste. Mais cet effort de classification permanente est également nécessaire pour coordonner les textes juridiques. La fameuse hiérarchie formelle des normes de Kelsen permet de déterminer leur validité, parce que la règle inférieure doit être conforme à la norme supérieure. Le classement des règles selon la plus ou moins grande généralité ou spécialité de leur domaine d'application, la découverte de principes généraux ou fondamentaux du droit, voire de principes "supra-constitutionnels" (23), procèdent aussi de cette systématisation inéluctable du droit.

Toute œuvre de codification, enfin, est, par excellence, une œuvre de systématisation. Elle l'est surtout lorsqu'il s'agit d'une codification matérielle, novatrice, comme ce fut le cas pour le Code Napoléon. Mais c'est aussi le cas, d'une autre manière, de codifications purement formelles, destinées, non à repenser une matière mais à regrouper et ordonner les textes législatifs et réglementaires préexistants (24). On observe aussi actuellement des formes mineures de systématisation des comportements et des relations juridiques par la "normalisation", dans des "documents de référence", des problèmes techniques et commerciaux.

(21) J. Wroblewski, "Le positivisme juridique et le paradigme de la dogmatique juridique" in *Archivum Juridicum Cracoviense*, Vol. 22, 1989, p. 161 et s., n° 9.

(22) L. Hocine, "La dissertation et la logique juridique en droit privé", Presses Universitaires de Grenoble, 1983, n° 9 ; J. Rivéro, *op. cit.* p. 101.

(23) S. Rials, "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit" in "Le système juridique", *Arch. de Philo. du Droit*, *op. cit.*, p. 57 et s.

(24) R. Sève, "Système et code", *ibidem*, p. 77 et s. ; J.-L. Sourieux, "Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle - Le droit français". Rapport aux 10èmes journées franco-soviétiques (1988), Société de législation comparée, p. 145 et s., J.-L. Bergel, "Principal features and methods of codification", *Louisiana Law Review*, Vol. 48, 1988-5, 1073 et s.

II° PARTIE - OBJET DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE.

F. Gény observait que "le champ de l'élaboration juridique se dédouble : d'une part la science, connaissance des fins, relevant de la philosophie, d'autre part, la technique, action poursuivie grâce à des moyens relevant du métier" (25). Cela rejoint la distinction entre la politique juridique qui détermine les objectifs et la technique juridique par laquelle le juriste doit élaborer les moyens adéquats pour les atteindre.

Au sens large, la technique juridique englobe "l'ensemble des moyens et procédés, de quelque nature qu'ils soient, matériels ou intellectuels, par lesquels se "réalise le droit". Cela peut englober une technique de fond qui fournit "la matière originnaire des règles" et "une technique de mise en forme", visant à rendre efficaces au point de vue de l'application effective, les règles et leur contenu".

Issue de la doctrine allemande du 19° siècle, de Savigny à Ihering, la notion de technique juridique recouvre un domaine incertain. Très large, selon F. Gény, elle absorberait, d'après L. Duguit, presque tout le domaine du droit (26). Elle ne concerne que la forme du droit et non sa matière, pour Ihering, qui y voit une méthodologie comportant des opérations théoriques et pratiques telles que l'analyse juridique, la concentration logique et la construction juridique (27). Pour J. Dabin, "tout, dans la règle juridique, quelle qu'en soit la source, y compris la coutume, est construction et, en ce sens, œuvre de la technique" (28).

Il est vrai que la technique juridique et la méthodologie juridique font appel à une logique plus ou moins rigide de concepts et de catégories à fin proprement utilitaire, destinée à introduire dans la masse des règles clarté et praticabilité (29).

Pour affirmer que le droit n'est pas une science, on peut observer que ce sont là de simples artifices pour capter sous un système rationnel l'irrationalité d'une infinité de faits sociaux et de réalités humaines. On peut ajouter que la "logique juridique" (30) est, par essence, contradictoire parce que fondée sur le débat contradictoire, comme le procès, et que, contrairement aux autres sciences, un problème juridique n'y comporte pas une seule solution, mais au moins deux. On objectera encore que la vérité judiciaire n'est jamais qu'une vraisemblance, consacrée par le juge, qui n'est réputée vraie que parce qu'il faut bien que justice soit rendue, même dans le doute. On dira enfin que la preuve judiciaire, faussée par les réticences des parties et la fièvre du procès, diffère profondément de la preuve scientifique.

(25) F. Gény, *op. cit.*, T. IV, n° 272.

(26) L. Duguit, "Traité de droit constitutionnel", T. I, "La règle de droit - Le problème de l'Etat", 3° Ed., Paris, Boccard, 1927, p. 105.

(27) R. Von Ihering, "L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement".

(28) J. Dabin, "Théorie générale du droit", *op. cit.*, n° 264.

(29) *Ibidem.*

(30) C. Perelman, "Logique juridique - Nouvelle rhétorique", Ed. Dalloz, Coll. Méthodes du Droit, 2° Ed., 1979.

Et, pourtant, si les sciences se définissent comme "des corps de connaissances ayant un objet déterminé et reconnu et une méthode propre" (31), le droit est incontestablement une science. S'il s'agit d'un "ensemble de connaissances caractérisées par un objet et une méthode déterminés et fondés sur des relations objectives vérifiables" (32), la méthodologie juridique peut aussi prétendre à être une science puisqu'elle constitue un système organisé. Enfin, la distinction entre science et technique n'est-elle pas aussi inexacte ou artificielle que celle de la théorie et de la pratique ? Il n'y a pas de science qui puisse se développer sans technique, ni de bonne technique qui ne s'appuie sur une science. Ne peut-on considérer alors que la méthodologie juridique, véritable science du droit, se pratique grâce à de la technique juridique ?

Cela peut se vérifier à propos des divers objets de la méthodologie juridique (A) et des grandes perspectives dans lesquelles elle peut être abordée (B).

A - DIVERS OBJETS DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE.

L'objet essentiel de la méthodologie juridique paraît être d'appliquer des solutions de droit à des situations de fait. Le législateur et la doctrine doivent traiter des situations générales en fournissant, par exemple, des solutions aux effets de l'érosion monétaire sur les contrats à exécution successive. Le juge et les praticiens doivent, en revanche, résoudre des situations particulières et appliquer telles règles à un litige ou à tel contrat déterminé entre telle et telle personne.

Il y a certes, des différences entre ces deux démarches. Le juge et le praticien doivent appliquer la loi. La jurisprudence a valeur de précédent et se prolonge souvent en règles générales. Mais l'activité des juristes consiste toujours à soumettre des situations concrètes à l'ordre juridique. C'est à cette fin qu'ils utilisent diverses méthodes juridiques pour rapprocher le droit et le fait (qualification des faits ou syllogisme judiciaire notamment) ou, au contraire, pour les dissocier (fictions, mécanisme de la cassation, par exemple).

Pour l'élaboration des textes, il faut d'abord des choix politiques et techniques que l'on définit en ayant recours à des sciences diverses comme l'histoire, la sociologie et l'anthropologie, l'analyse économique du droit, le droit comparé, l'informatique, la statistique... La transposition des choix opérés dans le système existant suppose également des méthodes de conceptualisation, l'utilisation de divers instruments et mécanismes de technique juridique, un effort d'insertion, des modes de formulation adéquats...

Pour l'application des règles de droit, il faut analyser et établir les faits, déterminer les règles applicables à la situation donnée, éventuellement les interpréter et, enfin, déduire la solution juridique du

(31) Petit Robert, V° Science, (III).

(32) Ibidem.

rapprochement de la règle à appliquer et de la situation de fait considérée.

Pour rendre compte de ces divers modes de "juridification" (33), on distingue parfois, d'une part, les méthodes de recherche "de lege ferenda" qui requièrent prudence pour garantir la justice et la sécurité nécessaires et compétence technique pour la confection des textes et, d'autre part, les méthodes "de lege lata" qui s'appuient sur des opérations logiques, au sens large (34).

On oppose aussi, parmi les instruments et les techniques juridiques, la forme et le fond. On peut définir la forme comme "le plan suivant lequel on construit le contenu" et lui attribuer pour fonctions de désigner les organes compétents, de délimiter leur compétence et de fixer la procédure. Elle se limiterait alors à des règles d'organisation par opposition aux règles de conduite (35). F. GénY distinguait les procédés techniques formels et les procédés strictement intellectuels (36). D'autres auteurs considèrent tout le droit comme de la forme. Or, la distinction du fond et de la forme est pour le moins incertaine (37). Dans toute construction juridique, la forme et le fond se complètent et finissent par se confondre du point de vue méthodologique.

Il convient dès lors, de définir autrement le contenu de la méthodologie juridique.

B - MÉTHODOLOGIE FONDAMENTALE ET MÉTHODOLOGIE APPLIQUÉE.

On ne saurait contester que le droit exige plus de réflexion et de savoir-faire que de mémorisation. Une récente "supplique d'un praticien à des chercheurs" proclame que "la recherche en droit ne peut être que celle des mécanismes de l'art", qu'elle est "soeur siamoise de la pratique", que celle-ci a besoin de "tours" qui lui soient accessibles et qu'il ne faut pas oublier "la substance de la vie pour édifier des châteaux de concepts" (38).

Science des méthodes, la méthodologie juridique doit étudier d'abord l'arsenal dont disposent les juristes de tous les temps et, dans une certaine mesure, de tous les horizons, pour traiter les problèmes de formation et d'application du droit, au-delà des traditions, des options, des institutions, des conjonctures, des conjonctions et des points d'équilibre propres à tel ou tel droit positif. Ce fonds commun d'institutions, de normes, d'instruments et de méthodes intéresse tous

(33) M. Taruffo, "Note sui modi della giuridicazione", *Politica del diritto* / a 18 n° 4, décembre 1987, p. 581 et s.

(34) H.-L. et J. Mazeaud et F. Chabas, "Leçons de droit civil", T. I, Vol. 1., 9° Ed., 1989, n° 20 et s.

(35) W. Burckhardt, *op. cit.*, p. 107 et s.

(36) F. GénY, "Science et technique...", *op. cit.*, T. IV, n° 302 ; comparer J. Dabin, "Théorie générale du droit", n° 264 qui inclut dans la forme du droit ce que F. GénY qualifie de procédés intellectuels, tels que les concepts.

(37) C. du Pasquier, *op. cit.* n° 190.

(38) R. Martin, "Impertinente supplique d'un praticien à des chercheurs", *J.C.P.* 1989,1, 3393.

les juristes et toutes les activités juridiques. L'étude des concepts et des catégories juridiques, des méthodes de qualification, des sanctions, des pouvoirs, des mécanismes juridictionnels, des preuves, du formalisme, des principes généraux, des règles de droit, des méthodes de raisonnement et d'interprétation, du langage juridique... s'impose autant pour élaborer ou réformer le droit positif que pour l'appliquer dans un acte administratif, un contrat ou un jugement. Le législateur comme le juge, le chercheur comme le praticien, s'en servent quotidiennement, parfois par simple réflexe, mais souvent sans en percevoir toutes les ressources et sans en tirer tous les profits possibles. Dans un souci d'économie, d'efficacité, de rapidité et de sécurité, toute activité juridique implique de fixer clairement des objectifs, de déterminer les opérations qu'ils requièrent, ainsi que les matériaux et instruments à utiliser, enfin, de procéder à ces opérations de manière ordonnée et rationnelle (39). Les problèmes posés aux juristes étant innombrables et variables et les solutions juridiques étant changeantes et évolutives, selon les époques et les pays, ces méthodes permanentes sont indispensables et plus importantes que des collections de solutions ponctuelles et éphémères. Il y a donc d'abord *une méthodologie fondamentale* qui regroupe cet arsenal du droit qui est à la base de toute entreprise juridique.

En particulier, l'étude des concepts et des catégories juridiques, celle des raisonnements juridiques, celle des méthodes de coordination des règles juridiques, d'interprétation du droit ou de qualification juridique relèvent de la méthodologie fondamentale. Il en est de même de l'étude des instruments techniques de la science juridique, comme, par exemple, le formalisme, les fictions ou la publicité...

La mise en œuvre de ces moyens et de ces méthodes dans des activités différentes varie, en revanche, selon son objet. Il s'agit alors de *méthodologie appliquée*. Les cheminements sont différents selon qu'il s'agit de méthodologie de la recherche, de méthodologie de l'élaboration des règles de droit ou de méthodologie de l'application du droit. Ce sont les conditions, les modalités et les fins de l'utilisation de mêmes concepts, de mêmes mécanismes, de mêmes instruments et de mêmes méthodes qui varient selon ces diverses activités.

L'application de divers procédés d'interprétation de la loi, de la jurisprudence ou des contrats, la science de la législation, l'informatique juridique ou l'analyse du processus de la décision juridictionnelle relèvent de la méthodologie appliquée ou, si l'on veut, de la méthodologie de l'application du droit.

Il faut, cependant, se garder de toute classification étanche ou trop abstraite. L'étude du langage juridique peut se rattacher aussi bien à de la méthodologie fondamentale qu'à de la méthodologie appliquée, selon qu'on s'intéresse aux exigences linguistiques (terminologiques ou phraséologiques) du droit ou, plus concrètement, au discours législatif, au style judiciaire, à "la langue du palais"...

On ne peut pourtant ignorer que l'application du droit et la mise en pratique de ses mécanismes fondamentaux commandent des

(39) P. Delnoy, op. cit. p. 5 - 6.

procédés différents des méthodes par lesquelles on détermine les éléments et la cohérence intrinsèque de tout système juridique. C'est dans l'infinie diversité et les exigences pratiques de la mise en œuvre du droit que résident les particularités de la méthodologie appliquée.

Il ne faut pas omettre enfin l'initiation des étudiants aux exercices qui leurs sont demandés au cours de leur formation juridique : analyses de textes, commentaires d'arrêts, cas pratiques, dissertations. Il s'agit ainsi de former leur esprit à la compréhension des textes juridiques, au traitement juridique des faits, à l'exposé d'un problème de droit. Bref, il s'agit d'un apprentissage des qualités nécessaires au juriste. Tout cela a valeur pédagogique. Les recettes pour accomplir ces exercices, des exemples de sujets avec des corrigés constituent une méthodologie appliquée à l'enseignement du droit .

L'ENSEIGNEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE EN FRANCE

Par

Jean-Louis BERGEL
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Les indications qui suivent sont tirées d'une enquête rapide faite dans les Facultés de droit françaises. Par lettre circulaire, nous avons interrogé les Doyens sur l'existence et les modalités d'enseignements de méthodologie juridique dans leurs Facultés, en précisant qu'il ne s'agissait pas de l'étude des méthodes des exercices universitaires classiques (commentaires d'arrêts, cas pratiques, dissertations...) mais des méthodes ayant pour objet l'élaboration et l'application du droit : méthodologie fondamentale (des raisonnements, des qualifications, de l'interprétation...) et méthodologie appliquée (méthodologie législative, judiciaire, de l'établissement des actes...).

Nous avons reçu des informations concernant dix-sept Facultés différentes.

Pour dix de ces établissements (Facultés de Dijon, Limoges, Lyon III, Metz, Nancy II, Pau, Poitiers, Rennes I, Strasbourg III, Toulon), il nous a été répondu simplement qu'il n'y existait aucun enseignement spécifique de méthodologie juridique, ce constat s'accompagnant parfois d'un net regret (Rennes).

En ce qui concerne la Faculté de Nantes, il nous a été indiqué que l'enseignement de la méthode des exercices universitaires classiques s'insérait dans les travaux dirigés, mais qu'il existait aussi, en maîtrise, en troisième cycle ou dans des préparations à des examens ou concours particuliers, une formation spéciale à certaines épreuves particulières. Certaines Facultés organisent, par ailleurs, dans les enseignements de troisième cycle, des initiations aux méthodes de la recherche juridique pour la préparation des mémoires et des thèses (Nantes, Brest), axées notamment sur la recherche documentaire, l'interrogation des banques de données, la préparation à une soutenance mais aussi, plus généralement, centrées sur les méthodes d'analyse et les méthodes des sciences sociales.

Une innovation pédagogique intéressante de la Faculté de droit de Toulouse doit être signalée ici. A l'initiative de M. le Professeur Louis Rozes, un enseignement facultatif consistant en un cours magistral et des travaux dirigés, dits de "méthodologie juridique", est proposé aux étudiants de licence en droit. Il s'agit, en réalité, d'une formation de "gestion mentale" destinée à insuffler aux étudiants une méthode de travail en identifiant et en corrigeant des "gestes intellectuels", tant pour la compréhension et la mémorisation des cours que pour la réussite de leurs épreuves.

En définitive, il apparaît que, dans la plupart des Facultés de droit françaises, il n'existe actuellement aucun enseignement spécifique de la méthodologie juridique, au sens propre.

Quelques Facultés de droit ont pourtant instauré, ces dernières années, des enseignements particuliers en ce domaine.

A l'Université de Paris X-Nanterre, les étudiants en droit de première année de DEUG peuvent suivre un cours à option de méthodologie juridique, depuis 1986. A l'Université d'Aix-Marseille III, un cours semestriel obligatoire de première année, intitulé "Introduction à l'étude du droit et méthodologie juridique", est en grande partie consacré à l'étude des méthodes du droit. Le programme de ce cours comporte l'étude des méthodes de documentation juridique, des méthodes d'interprétation du droit, des méthodes de raisonnement juridique ainsi que celles du langage juridique, des concepts et des catégories juridiques...

C'est davantage en DEA que la méthodologie juridique est enseignée. Il en est ainsi en DEA de droit public et de droit privé à la Faculté de Caen ou, comme enseignement facultatif ou à option, à Aix-en-Provence. Surtout, dans les Universités où il y a un DEA de "Philosophie du droit et de théorie générale du droit", la méthodologie juridique en constitue évidemment un élément important. Tel est le cas à Nanterre et, depuis cette année, à Paris II. Il en sera de même à Aix, si le DEA de théorie juridique dont l'habilitation a été demandée est créé.

Il faut encore ajouter que certaines universités, comme celle de Paris II, ont institué des enseignements de méthodologie appliquée (à l'analyse et la rédaction des actes juridiques notamment) dans des formations spécialisées ou dans des activités de recherche, de linguistique juridique en particulier. Il ne faut pas omettre non plus la présence de la méthodologie dans des DEA extrajuridiques, de science politique ou de science de l'information, même si cela n'entre pas directement dans nos préoccupations.

On observe finalement que la méthodologie juridique est fort peu enseignée en France alors qu'elle occupe une place importante dans la formation des étudiants en droit de nombreux pays étrangers et, en particulier, de pays voisins.

L'enseignement de la méthodologie juridique aux étudiants est pourtant indispensable tant pour leur faire comprendre le droit que pour leur apprendre à l'appliquer. L'accumulation de connaissances ne saurait suffire à des juristes qui ont plus besoin d'une formation de l'esprit que de mémoriser des règles éphémères et spécialisées. Au début de leur formation, comme à son plus haut niveau, tout juriste a

besoin de connaître et de mettre en oeuvre les instruments, les techniques, les modes de raisonnement permanents du droit. Rien n'est plus pratique que cela pour administrer, rédiger des contrats, exercer des activités judiciaires ou pour la vie des affaires...

Certaines interrogations subsistent cependant quant aux modalités de l'enseignement de la méthodologie juridique. Doit-elle être l'objet d'enseignements spécifiques ou doit-elle être instillée dans tous les enseignements ? Il paraît souhaitable de pratiquer à la fois ces deux formules car l'une sans l'autre risque d'être stérile et trop abstraite. Faut-il enseigner la méthodologie juridique dès la première année ou seulement en troisième cycle, ou encore de manière différente aux divers niveaux d'études ? Cette dernière solution semble la meilleure. Il faut en faire à la fois un mode d'apprentissage efficace du droit et une manière de synthèse indispensable à l'exploitation et l'application des connaissances juridiques. Faut-il des enseignements théoriques ou seulement pratiques, ou les deux ? Il semble que les uns ne se conçoivent guère sans les autres. Une réflexion sérieuse paraît en tout cas s'imposer. C'est la conception même de la formation universitaire qui est ici en cause. La qualité du droit et des juristes de notre pays en dépend !

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE AU CANADA

Par
Pierre André CÔTÉ
Professeur à l'Université de Montréal

Pour les fins de ce bref aperçu de la méthodologie juridique au Canada, on définira celle-ci comme cette branche de la science du droit qui étudie l'ensemble des démarches raisonnées suivies par les juristes dans l'accomplissement de leurs tâches, notamment la manière dont ils posent les problèmes, rassemblent les informations, élaborent des solutions juridiques et leur donnent forme, interprètent et appliquent les textes jurisprudentiels ou législatifs.

L'ENSEIGNEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Pour une bonne compréhension de la place de la méthodologie juridique dans l'enseignement du droit au Canada, il faut situer cet enseignement dans son cadre particulier. Les facultés de droit du Canada reçoivent des étudiants qui se destinent en très grande majorité à l'exercice de la profession d'avocat et, au Québec, de notaire. Les admissions sont limitées par un processus de sélection sévère, ce qui permet des enseignements à des groupes relativement restreints. Les universités jouissent d'une très large autonomie dans la détermination des programmes d'études, encore que l'orientation professionnelle de la plupart des étudiants constitue à cet égard une contrainte lourde ; la méthodologie juridique occupe donc, dans les programmes, une place fort variable selon les institutions.

Il n'existe pas, à notre connaissance pour l'instant, de cours général de méthodologie juridique, quoique les cours d'introduction au droit donnés dans certaines facultés puissent posséder un aspect de méthodologie générale très important. Ainsi, l'Université Laval de Québec dispense aux étudiants qui commencent les études juridiques un cours intitulé *Méthodologie et fondements du droit*.

Pour ce qui concerne les cours spécialisés de méthodologie, on peut en distinguer de deux catégories. D'une part, les facultés offrent des enseignements visant à inculquer aux étudiants une méthode et des habiletés pertinentes à l'accomplissement de certaines tâches

juridiques : rédactions d'actes (1) ou, plus largement, de textes juridiques, recherche du droit et des faits, argumentation orale ou écrite, interprétation des lois, réforme du droit et ainsi de suite. Ces cours constituent une des réponses des facultés aux défis lancés par l'évolution accélérée du droit positif, évolution qui encourage des réformes pédagogiques visant à donner aux étudiants, en même temps que des connaissances du droit positif actuel, des outils pour "apprendre à apprendre" le droit. La plupart de ces enseignements doivent, pour être vraiment efficaces, se dispenser à des groupes très restreints d'étudiants, ce qui en fait des enseignements relativement coûteux pour les universités.

D'autre part, on relève d'autres enseignements, moins nombreux et surtout offerts dans certaines universités de langue anglaise, qui cherchent moins à décrire la méthode du juriste et à la transmettre à l'étudiant qu'à l'analyser dans une perspective théorique et critique, le plus souvent multidisciplinaire. Dans le programme de la Faculté de Droit de l'Université de Toronto, on trouve, par exemple, des cours intitulés *Interpretive Theory, Interpretation, Law and Scepticism* ou *The Legal Process*.

LA RECHERCHE SUR LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

La recherche dans le domaine de la méthodologie juridique au Canada est l'œuvre surtout dans les facultés de droit et des ministères et organismes gouvernementaux telles les diverses commissions de réforme du droit.

Elle se manifeste par des publications dont certaines présentent un caractère général. Signalons, parmi celles-ci, les ouvrages d'introduction au droit (Maurice Tancelin et Danielle Shelton, *Des institution - Branches et sources du droit*, 1989 ; Gérald L. Gall, *The Canadian Legal System*, 3e éd. 1990) ainsi que la toute récente *Méthodologie du travail juridique* de Denys Le May, 1990.

La législation a donné lieu à de nombreuses études portant sur les méthodes d'élaboration et de composition des lois. Ces recherches se traduisent notamment par la publication, dans les ministères, de guide de rédaction législative visant à systématiser et à uniformiser l'expression des règles législatives. Elles donnent lieu aussi à la publication de monographies consacrées à la rédaction législative en général (signalons les contributions de Elmer Driedger, de Robert Dick ainsi que de Michel Sparer et Wallace Schwab) ou à certaines questions particulières (par exemple, la problématique de la codification du droit pénal au Canada : *Pour une codification du droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada, 1976). L'interprétation de la loi constitue aussi un sujet de prédilection qui a donné lieu à des publications de portée générale (E.A. Driedger ; P.-A. Côté ; R.-M. Beaupré) ainsi qu'à de nombreux articles.

(1) On doit ici signaler que la rédaction législative fait l'objet d'une formation spécialisée de deuxième cycle à l'Université d'Ottawa.

Dans un pays de common law, il fallait s'attendre à ce que le travail du juge soit l'objet d'une attention toute particulière, ce qui est évidemment le cas. Parmi une production scientifique très abondante, signalons, à titre d'exemple, les travaux de Marc Gold dans le domaine de l'analyse rhétorique des arrêts de la Cour suprême du Canada.

Dans un pays où la langue est autant un moyen de communication qu'un enjeu politique, économique et social, on mène évidemment des recherches sur le langage du droit. En font foi certains ouvrages récents tels le *Langues et langages du droit* d'Emmanuel Didier (1990), qui propose une étude comparative des modes d'expression de la common law et du droit civil, en français et en anglais, *Lexicographie juridique* d'Ethel Groffier et David Reed (1990), et *Difficultés du langage du droit au Canada* de Jean-Claude Gémard et Vo Ho-Thui (1990).

LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE EN SUISSE

Par

Charles-Albert MORAND
Professeur à l'Université de Genève

On pourrait disserter très longtemps sur l'existence d'une méthodologie proprement juridique. Le droit n'a pas pour objet de définir une méthode, mais de prescrire des comportements. Mais, dans son fonctionnement, le droit suppose l'utilisation de méthodes élaborées ailleurs et adaptées aux fonctions qu'il poursuit. Aux méthodes traditionnelles à base de logique et d'herméneutique qui guident l'application du droit vient s'ajouter aujourd'hui une méthodologie qui porte sur la formation du droit. Longtemps négligée par les juristes sous l'influence du positivisme juridique, cette méthodologie génétique retiendra tout particulièrement notre attention dans le présent rapport.

Nous tenterons tout d'abord de caractériser l'état de la méthodologie en Suisse telle qu'elle résulte d'une brève enquête (I.), puis de montrer dans quelle direction les recherches se sont développées dans les diverses Facultés de droit (II.). Prenant délibérément parti pour un secteur en plein mouvement, nous essayerons de supputer les chances de développement de la méthode législative (III.), discipline encore inconnue en France, mais promise à un bel avenir.

I. UNE BRÈVE ENQUÊTE

Une courte enquête nous a permis d'obtenir des renseignements sur l'enseignement de la méthodologie dans toutes les Facultés de droit suisses. La synthèse que nous présentons ne peut évidemment pas prétendre à l'exhaustivité.

A. L'ENSEIGNEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE

Dans la plupart des Facultés, la méthodologie n'est pas enseignée comme telle, mais des aspects de méthodologie sont traités dans des cours d'introduction au droit, de théorie ou de philosophie du droit, de droit romain ou dans le cadre des branches qui forment le coeur des études de droit (droit civil, droit pénal, droit constitutionnel, droit administratif).

Une exception notoire doit être signalée. La Faculté de droit de Saint-Gall a créé deux enseignements obligatoires spécifiques de méthodologie, au niveau de la licence, l'un en droit privé donné par le professeur Ernst Kramer, l'autre en droit public, dispensé par le professeur Ernst Hoehn. En outre, la Faculté organise au niveau du doctorat un cours avancé de méthodologie.

Il faut signaler aussi que la Faculté de droit de Fribourg dispense un cours à option de logique juridique centré sur l'application du droit.

B. PRÉOCCUPATIONS MÉTHODOLOGIQUES DANS LA CONCEPTION DES ÉTUDES ET DU CURRICULUM

La Faculté de droit de Saint-Gall est la seule à avoir structuré les études en fonction de préoccupations méthodologiques. De création récente, composée d'un corps professoral restreint et homogène, la Faculté de Saint-Gall a réussi à établir une coordination étroite entre les enseignements des matières qui comportent évidemment des aspects méthodologiques et les enseignements créés spécialement dans ce but. En outre, dans les branches qui forment le coeur des études, on retrouve des préoccupations méthodologiques et pédagogiques originales, notamment celle de reprendre les matières enseignées plusieurs fois en les complexifiant progressivement, un peu à la manière d'une spirale. On peut souligner aussi que la Faculté offre des enseignements de méthode en économie, ce qui s'explique par l'orientation traditionnelle de la Haute École de Saint-Gall, mais aussi un enseignement de méthode en sociologie. Ces enseignements permettent d'aborder dans de bonnes conditions l'étude de l'économie, du droit économique et de la sociologie du droit (professeur Köndken).

Bien qu'il y ait dans plusieurs Facultés des réformes en cours, rien ne permet de penser que la Faculté de droit de Saint-Gall fera école. Tout donne à croire au contraire que, dans la plupart des Facultés, la méthodologie n'a guère de chance de devenir un élément central des études.

C. LA MÉTHODE LÉGISLATIVE

Elle connaît des développements assez réjouissants. Des cours à option d'orientation juridique et rédactionnelle (légistique) sont donnés à Fribourg (Thomas Fleiner), à Zürich (Georg Mueller) et à l'Institut de Hautes études en administration publique de Lausanne (Joseph Voyame), d'orientation analytique et logique à Saint-Gall (Reinhold Hotz), d'orientation socio-juridique à Genève (Charles-Albert Morand / Jean-Daniel Delley). Il ne faut pourtant pas se cacher les difficultés d'organiser ce type d'enseignement. Eichenberger (1984 : 37 ss.), qui a assuré cet enseignement à Bâle de 1975 à 1986, décrit le parcours du combattant qui attend celui qui se lance dans cette voie. Il y a tout d'abord la difficulté de convaincre de l'importance de ce type d'enseignement et de l'insérer dans le processus de formation, alors que sous l'influence du positivisme, la quasi totalité des enseignements sont centrés sur la manière d'appliquer le droit et non de le produire. Ensuite, le fait que cet enseignement qui demande pourtant beaucoup de préparation s'ajoute en général à la charge complète des enseignants, le droit positif (et posé) devant être enseigné par priorité. Ceci explique qu'à Bâle cet enseignement ait été abandonné au moment où les charges de l'enseignant étaient devenues trop lourdes. Il y a ensuite la difficulté de la matière située à l'intersection du droit, de la sociologie, de la gestion d'entreprise, de la psychologie, de la sémiologie. Les orientations indiquées ci-dessus résultent plutôt d'un aveu rationalisé des limites de l'enseignement que de vœux ou de choix délibérés. Ensuite, on relèvera en vrac, parmi les difficultés, la nécessité de travailler par petits groupes, ce qui implique de gros moyens si l'on veut créer un enseignement obligatoire, la masse des corrections qu'un enseignement de ce type implique, la difficulté peut-être surestimée d'organiser des examens et celle subséquente d'attirer des étudiants dans le cadre d'un cours libre. En bref, il faudrait un changement radical de la conception des études qui tiendrait compte du fait que le juriste moderne est tout autant un concepteur de droit qu'un applicateur de celui-ci, pour que la méthode législative puisse se développer véritablement et pour qu'elle quitte son statut de parent pauvre dans les Facultés.

Ces difficultés font que la part la plus importante de l'enseignement de méthode législative se fait sous les auspices de la Société suisse de législation de création récente et qui publie une modeste revue intitulée "Législation d'aujourd'hui". Des cours concentrés sont donnés annuellement à une centaine de fonctionnaires fédéraux, cantonaux et communaux ainsi qu'à des cadres d'organisations professionnelles, en français et en allemand. Ces cours rencontrent un grand succès. L'offre est loin de satisfaire la demande. Le besoin d'offrir des cours avancés n'a pour l'instant pu être satisfait que très partiellement. L'administration fédérale envisage d'assurer elle-même la formation de ses cadres dans ce domaine. Mais il est à craindre que si elle ne peut pas s'appuyer sur des recherches et une réflexion interdisciplinaire conduites dans les Universités, cette

formation se sclérosera et perdra progressivement son caractère novateur.

II. LES PRÉOCCUPATIONS MÉTHODOLOGIQUES DANS LES FACULTÉS DE DROIT

On aimerait montrer ici où les accents ont été mis en ce qui concerne la méthodologie. Il y a en effet dans chaque Faculté des axes de recherche qui les marquent parfois durablement. On ne peut pourtant guère prétendre à l'exhaustivité.

A la Faculté de droit de Bâle, on notera les travaux d'Oscar Adolf Germann sur l'interprétation, et d'une manière plus générale sur la méthodologie juridique, ainsi qu'en témoigne son ouvrage intitulé *Methodische Grundfragen* (1946) (Voir aussi 1967).

Kurt Eichenberger a de son côté témoigné d'un intérêt constant pour la méthode législative, favorisant l'approche interdisciplinaire. Il s'agit, selon lui, d'une condition indispensable pour que le juriste soit encore capable d'assurer la direction du processus législatif (voir Keller 1986 : 209).

La Faculté de droit de Zürich a montré un assez grand éclectisme dans ses préoccupations méthodologiques. A côté de travaux centrés sur la méthodologie juridique, comme ceux de Walter Burckhardt (1936), on trouve des tentatives de développer les méthodes inspirées d'une approche sociologique du droit, comme en témoigne l'œuvre de Dietrich Schindler (1967) et de Manfred Rehbinder (1977 : 100 ss.). De son côté, Peter Noll peut être considéré comme le fondateur de la méthode législative, son ouvrage de pionnier (1973) ayant eu un grand retentissement en Allemagne, en Autriche et ailleurs.

A la Faculté de droit de Berne, la méthodologie est intimement liée à l'enseignement et la recherche dans les diverses branches du droit. Rappelons cependant qu'Eugen Huber a non seulement été le rédacteur unique de l'avant projet de Code civil, mais qu'il a aussi cherché à transmettre par son enseignement et ses écrits les grands principes qui ont guidé la codification helvétique, à savoir la simplicité, la clarté et l'accessibilité (voir Manai 1990 : 126- 129) et, d'une manière plus générale, des principes de méthode législative (Huber, 1925).

A la Faculté de droit de Fribourg, l'accent a depuis longtemps été mis sur la logique, tout d'abord par les travaux d'Henri Deschenaux (1978), puis de Paul-Henri Steinauer (1979). Parallèlement Fleiner (1985) a développé la légistique en se concentrant sur les principes de la rédaction juridique.

A Neuchâtel, il semble que les questions méthodologiques ne fassent pas l'objet de préoccupations particulières, mais sont traitées dans les différentes branches du droit. Signalons pourtant les préoccupations d'Henri Thévenaz, traducteur de la première édition de la théorie pure du droit de Kelsen et tout particulièrement un article (1986) dans lequel il applique le théorème de Goedel à certains problèmes de logique juridique.

A Genève, depuis la fondation du Cetel (Centre de théorie et de technique législative) il y a une quinzaine d'années, un gros effort a été effectué pour développer la méthodologie dans une approche sociologique du droit. Jean Kellerhals (1982) a utilisé des méthodes originales d'enquête portant sur la connaissance du droit et sur les comportements des destinataires du droit de la famille. Jean-François Perrin a travaillé dans le même champ (1985) et a développé une méthodologie de la sociologie empirique du droit (Perrin, 1987). Jean Kellerhals (1988) a aussi élaboré une méthodologie empirique de connaissance du droit naturel en cherchant à déterminer par enquêtes le sentiment que les gens se font de l'équité. Dans le secteur de droit public, Jean-Daniel Delley, Luzius Mader et moi-même avons tenté de développer une méthode d'analyse de la mise en œuvre des législations finalisées dans le secteur de l'acquisition d'immeubles par les étrangers (Delley / Mader / Morand et al., 1982) et dans celui des économies d'énergie (Delley / Mader, 1986). Dans le domaine de la méthode législative, on signalera l'ouvrage de pionnier de Mader (1985) sur l'évaluation législative dont la notoriété dépasse largement nos étroites frontières. J'ai, pour ma part, tenté d'examiner les problèmes posés par l'incorporation dans le droit de certaines exigences de méthode législative (Morand, 1988).

III. LES DÉVELOPPEMENTS PRÉVISIBLES

Dans un pays où la recherche est très décentralisée, il est évidemment impossible de prévoir dans quel secteur la méthode juridique a des chances de se développer. Il y a pourtant deux domaines qui nous tiennent à cœur et dont on peut prévoir sans trop se tromper qu'ils sont promis à des développements réjouissants.

A. LA MÉTHODE LÉGISLATIVE

Le lancement d'un programme national de recherche (n° 27) du FNRS sur les "effets des mesures étatiques" donne à penser que les recherches effectuées sur l'évaluation législative vont donner une impulsion nouvelle au développement de la méthode législative. L'accroissement des connaissances sur les effets qu'une législation peut produire sur les comportements est en effet essentiel pour le développement de la méthode législative. Comme celle-ci est encore peu connue en France, qu'il nous soit permis de la décrire d'une manière nécessairement schématique et sommaire, avant d'apprécier ses chances de développement.

1) Les grands traits de la méthode législative

C'est une démarche méthodique, qui tend à rationaliser la formation et la mise en œuvre du droit. Elle vise à accroître l'efficacité de l'activité normative de l'État. Ses préceptes sont empruntés à toutes les disciplines de sciences humaines qui portent sur l'action et les changements que celle-ci tente de provoquer.

Ces règles de méthode législative s'appliquent à diverses étapes du processus législatif qui peuvent être décrites selon un ordre chronologique, à condition de préciser qu'il s'agit d'un processus qui n'est pas linéaire, mais itératif. L'analyse à chaque phase du processus peut modifier celle qui porte sur une autre phase. Cela dit, les principales phases du processus sont les suivantes :

a) La position du problème

Il y a problème au sens de la méthode législative, lorsqu'une situation sociale est jugée insatisfaisante et que l'on pense que le droit peut servir de remède à cette situation. L'ampleur du problème dépend de la tension qui existe entre la situation actuelle et la situation future souhaitée.

Le rôle du légiste à ce stade est de prendre de la distance par rapport aux jugements qui sont portés sur le problème de façon à en faire l'analyse la plus objective à partir de données existantes et de celles qu'il faut récolter. Il y a lieu à ce stade de s'interroger (Hugger 1983 : 115) sur la nature du problème, sur les causes de celui-ci, sur le contexte dans lequel il s'insère, sur la durée prévisible (durable ou temporaire), sur la dynamique de celui-ci (tendance à l'amplification ou à la diminution), sur sa gravité, sur les personnes qu'il affecte, sur sa localisation. L'analyse des causes peut s'effectuer grâce à l'établissement d'un graphique de modélisation causale, graphique bien connu des sciences de l'action et en particulier de la gestion (Voir Probst / Ulrich 1989 : 123 ss.).

b) La fixation des objectifs

Il s'agit d'une phase essentiellement politique, puisqu'il s'agit de choisir des valeurs. C'est pourquoi la rationalisation est essentiellement formelle. Le légiste doit s'efforcer de clarifier les objectifs, de les rendre opérationnels. Lorsqu'il s'agit d'objectifs de législations finalisées tendant à opérer des modifications sur des sous-systèmes sociaux, il importe de fixer des objectifs opérationnels, susceptibles d'être évalués. La résistance des pouvoirs publics à l'établissement d'objectifs quantifiables et susceptibles d'évaluation est, on le sait, considérable (Voir Mény / Thoenig, 1989 : 298, 299).

Les objectifs dont on a fait l'inventaire doivent ensuite être regroupés à des niveaux d'abstraction comparables, hiérarchisés, en allant du général au particulier. Leur cohérence interne doit être vérifiée.

c) Le choix des instruments

Il s'agit à ce stade de faire l'inventaire des moyens permettant d'atteindre les objectifs poursuivis. D'examiner leurs interrelations afin que certains moyens ne contrecarrent pas les effets prévisibles d'autres instruments mis en place. Le choix des moyens est déterminé non seulement par des considérations d'efficacité, c'est-à-dire l'aptitude des moyens à atteindre une fin, mais aussi par des principes juridiques

comme celui de la proportionnalité, qui commande de choisir entre plusieurs moyens, ceux qui portent l'atteinte la moins grande à la liberté.

d) L'évaluation prospective

Il importe à ce stade de déterminer quels sont les effets que les moyens utilisés ont des chances ou risquent de produire. Le but est de tenter d'établir avec la plus grande précision possible l'ampleur des effets bénéfiques attendus d'une mesure ou d'une série de mesures et surtout de prévoir les effets néfastes qui risquent d'être provoqués. L'évaluation *ex ante* est extrêmement problématique. C'est pourquoi on recourt de plus en plus à des législations expérimentales de durée limitée, qui permettent de recueillir des données plus larges sur le secteur sur lequel on entend intervenir, d'opérer une première évaluation *ex post* et de corriger le tir si cela s'avère nécessaire (Voir à ce sujet, Mader 1988).

e) L'établissement du texte légal

A ce stade, il importe tout d'abord de régler tous les problèmes juridiques que pose un texte légal et tout particulièrement le respect du droit supérieur, puis de trouver le meilleur lieu d'insertion de ce texte dans un ordre juridique, d'harmoniser ce texte avec celui-ci et de choisir le mode de communication le plus efficace. La légistique se concentre sur cette phase d'établissement du texte légal (Voir Viandier, 1988). On simplifie évidemment lorsque l'on parle d'un texte légal, car la réalisation d'une politique publique peut impliquer l'adoption d'une série de textes hiérarchisés ou coordonnés. Les lois et les règlements d'application doivent aussi fréquemment être précisés par des directives administratives, qui elles aussi, doivent être établies de manière méthodique.

f) L'évaluation rétrospective

C'est le dernier stade du processus, dans lequel on tente de déterminer les effets produits par les instruments mis en place par un texte légal (Voir Mader 1985). Ce n'est pas le lieu d'approfondir ici les difficultés méthodologiques liées à la phase d'évaluation. Difficulté de mettre en relation l'observation des comportements effectifs aux normes légales. D'établir avec certitude des relations de causalité. De délimiter le champ d'observation pour ne pas se perdre dans la complexité du social. L'apparition d'un contrôle d'efficacité, qu'on le considère comme parallèle aux contrôles de régularités établis par le droit ou comme un stade supérieur de la rationalisation de celui-ci (Chevallier 1991), ne peut pas laisser le méthodologue du droit indifférent. En effet, dans la mesure où le contrôle d'efficacité est prescrit par le droit (Voir Morand 1989) et du fait que l'expérimentation législative est encadrée par le droit, celui-ci est concerné au plus haut point par ces développements.

2) Les chances de développement

Le besoin de renforcer l'approche rationnelle de la législation est fortement ressenti en Suisse. Cela s'explique au moins en partie par les caractéristiques du régime politique et du processus de décision. Le premier facteur est l'existence d'un gouvernement de concordance, dit aussi gouvernement de toutes les parties. Cela implique que les projets législatifs ont une chance d'être traités non seulement en fonction des clivages partisans, mais pour leur valeur intrinsèque. Contrairement à ce qui se passe dans les régimes d'alternance, où les projets de la majorité sont systématiquement attaqués par la minorité sans égard à la qualité des solutions fournies à un problème, le régime de concordance favorise une approche plus dépassionnée de la politique et donne une chance à l'approche méthodique. Un autre facteur intervient. Le rôle considérable que les groupes d'intérêts jouent dans le processus de décision, s'il a permis à court terme d'assurer une gestion paisible des conflits pose des problèmes au système politique. On souligne le déficit de légitimité, la distorsion dans la représentation des intérêts, la parcellisation excessive des problèmes, l'absence de transparence du processus d'intervention des groupes (Voir Morand 1991). C'est pourquoi le mouvement de rationalisation de la législation a été conçu en Suisse dès l'origine comme un moyen de contrebalancer l'influence jugée excessive des groupes d'intérêt (Voir Eichenberger 1954, 1984). La démocratie directe, qui par sa spontanéité assure au système politique une ouverture extraordinaire et est un obstacle à une planification politique rigide, rend elle aussi plus nécessaire l'approche rationnelle de la législation. S'il est bon d'avoir un canal par lequel s'expriment tous les désirs et les oppositions sectorielles à un projet de loi, il faut en contrepartie que l'administration, le Gouvernement, le Parlement disposent en permanence de l'information susceptible de convaincre de la valeur de leurs propres projets et le cas échéant d'être en mesure de démontrer que des initiatives populaires souvent généreuses risquent de produire des effets néfastes. Paradoxalement, la démocratie directe justifie la création d'instances de préparation et d'évaluation les plus objectives possibles et les plus indépendantes des intérêts sectoriels.

C'est le lieu de souligner qu'il n'y a aucune contradiction entre la méthode législative et la démocratie mais au contraire complémentarité. Il vaut mieux qu'un choix quel qu'il soit et a fortiori un choix populaire soit effectué en connaissance de cause plutôt qu'à l'aveuglette dans le brouillard du social.

A ces facteurs propres à la Suisse, s'ajoute la nécessité ressentie dans tous les pays d'obliger l'État à justifier ses interventions. Les difficultés que les pouvoirs publics rencontrent dans le pilotage de la société, les coûts financiers et sociaux que l'interventionnisme provoque sont autant de facteurs qui rendent indispensable l'avènement d'une méthodologie de l'action étatique.

Celle-ci ne peut plus se justifier seulement par le fait qu'elle respecte les principes juridiques qui la gouvernent. L'État est

aujourd'hui sommé de prouver qu'il ne causera par son action pas plus de maux que ceux qu'il cherche à guérir. La méthode législative est l'une des seules alternatives à un retour au libéralisme sauvage dont on connaît les coûts sociaux.

C'est dans ce contexte qu'a été élaboré le PN n° 27 sur "l'effet des mesures étatiques". Ce programme qui vise à tester diverses méthodes d'évaluation, aussi bien quantitatives que qualitatives, fournira un deuxième souffle au développement de la méthode législative en Suisse. Il permettra en particulier d'apprécier plus exactement la portée mais aussi les limites de l'évaluation.

Au plan institutionnel, il faut saluer l'avènement de deux instances de contrôle de l'efficacité de la législation, et plus généralement de l'action étatique, l'une auprès du Gouvernement, l'autre du Parlement (Voir l'ordonnance du 11 décembre 1989 concernant le Service de contrôle administratif et l'article 47 sexies de la loi sur les rapports entre les Conseils du 22 juin 1990). Cette institutionnalisation du contrôle de l'efficacité, à côté des contrôles juridiques traditionnels de conformité, font bien augurer du développement de la méthode législative.

B. LA MÉTHODE DE LA DÉCISION ÉTATIQUE

C'est un simple prolongement de la méthode législative, dans la mesure où celle-ci ne porte pas seulement sur l'élaboration des normes juridiques, mais aussi sur leur mise en œuvre. On la présentera pourtant séparément, car il s'agit d'une matière encore informe et embryonnaire. Le positivisme juridique a déjà secrété une méthodologie relative à l'application des normes aux cas particuliers. Cette méthodologie issue du droit privé peut être transposée en droit public avec peut-être des nuances pour tenir compte du cadre particulier de la décision administrative. Il ne s'agit pas de cela ici. On se rend compte que dans de nombreux secteurs les décisions de l'administration ne sont pas prédéterminées par des règles juridiques. Dans le domaine classique du droit il n'y avait qu'une seule boîte noire, celle qui correspondait à la phase d'élaboration politique des normes (Moor 1987). La décision administrative ne devait normalement pas créer de surprises. Elle se déduisait de la règle selon les méthodes classiques combinant des principes élémentaires de logique et d'herméneutique. Dans de nombreux secteurs comme celui de l'interventionnisme étatique, de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, cela n'est plus vrai. Chaque décision est unique et spécifique. Non reproductible, elle n'est pas prédéterminée par la loi ou elle ne l'est que très peu. Une nouvelle boîte noire s'ouvre au moment de la décision. D'où la nécessité de mettre au point une méthodologie à l'instar de ce qui s'est fait pour la législation. La décision à prendre implique l'adoption d'une démarche itérative et non pas linéaire comme celle que postule le mécanisme traditionnel d'application du droit (Voir Veuve 1981, Moor 1987, Bianchi 1990). Il s'agit de définir, dans un cadre juridique certes mais pas prédéterminé, des objectifs et des moyens. Plusieurs variantes doivent être établies et évaluées. La

méthode a ceci de spécifique par rapport à la méthode législative, qu'elle doit définir un cadre de discussion de la solution avec ceux qui seront affectés par la décision et qu'elle doit assurer une transparence au processus de décision (Voir Bianchi 1990 : 150, 151).

N'étant pas légitimée par un mode démocratique d'adoption, la décision doit se justifier par son efficacité entendue au sens le plus large possible, c'est-à-dire la satisfaction des intérêts du plus grand nombre. L'autorité doit mettre en balance une multitude d'intérêts publics et privés contradictoires, souvent non homogènes et dès lors difficilement comparables. Les administrations mettent au point des techniques, comme celle du bilan, qui consistent à placer d'un côté les avantages de l'autre les inconvénients d'une solution. Technique au demeurant assez fruste, si l'on ne réussit pas à pondérer des éléments dissemblables. On voit l'enjeu. Est-il possible de mettre en place une méthodologie de la décision assurant la transparence, le dialogue et la satisfaction d'intérêts contradictoires. Il est encore trop tôt pour répondre affirmativement à cette question. Mais il est urgent de s'y employer.

BIBLIOGRAPHIE

- BIANCHI Manuel (1990), *La révision du plan d'affectation communal*, Lausanne.
- BURCKHARDT Walter (1936) *Methode und System des Rechts*, Zürich.
- CHEVALLIER Jacques (1991), "La rationalisation de la production juridique", à paraître chez Publisud dans un ouvrage intitulé *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris.
- DELLEY / MADER / MORAND (1982), *Le droit en action. Etude de mise en œuvre de la loi Furgler*, Saint-Saphorin.
- DELLEY / MADER (1986), *L'Etat face au défi énergétique*.
- DESCHENAUX Henri (1978), *L'application du droit au fait : éléments de méthode juridique à l'intention des étudiants*, Fribourg.
- EICHENBERGER Kurt (1954), "Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz" *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 73 1a-118a.
- EICHENBERGER Kurt (1984), "Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis" *Gedachnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 37 ss.
- FLEINER Thomas (1985), *Wie soll man Gesetze schreiben ? : Leitfaden für die Redaktion normativer Texte*, Berne, Stuttgart.
- GERMANN Oscar, Adolf (1967), *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2ème éd., Berne.
- HUBER Eugen (1925), *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2ème éd., Bâle.
- HUGGER Werner (1983), *Gesetze - Ihre Vorbereitung. Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden.

- KELLER Martin (1986), "Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz" *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 197 ss.
- KELLERHALS Jean (1982), *Mariages au quotidien. Inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne.
- KELLERHALS Jean (1988) et al., *Figures de l'équité. La construction des normes de justice dans les groupes*, Paris.
- MADER Luzius (1985), *L'évaluation législative*, Lausanne.
- MADER Luzius (1988), "Experimentelle Gesetzgebung", *Jahrbuch für Rechtssoziologie*, vol. 13, 211 ss.
- MANAI Dominique (1990), *Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique*, Genève.
- MENY Yves / Thoenig Jean-Claude (1989), *Politiques publiques*.
- MOOR Pierre (1987), "De la règle de droit à l'étude d'impact - essai sur les investissements d'intérêt collectif" *Staat und Gesellschaft*, Fribourg .
- MORAND Charles-Albert (1988), "Les exigences de méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation" *Droit et Société*, n° 10, 391 ss.
- MORAND Charles-Albert (1991), "La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit", à paraître chez Publisud sous le titre *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*.
- NOLL Peter (1973), *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg.
- PERRIN Jean-François (1985), *Comparaisons pour la réforme du régime matrimonial*, Lausanne.
- PERRIN Jean-François (1987), Introduction à la sociologie empirique du droit. *Travaux Cetel* n° 29.
- PROBST Gilbert / ULRICH Hans (1989), *Pensée globale et management*, Paris.
- REHBINDER Manfred (1977), *Rechtssoziologie*, Berlin, New-York.
- SCHINDLER Dietrich (1967), *Verfassungsrecht und Soziale Struktur*, 4ème éd., Zürich.

STEINAUER Paul-Henri (1979), *La logique au service du droit : étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique.*

THEVENAZ Henri (1986), Le théorème de Godel et la norme fondamentale de Kelsen, *Droit et société*, vol. 4, 435-442.

VEUVE Leopold (1981), *Plan directeur cantonal et participation*, Lausanne.

VIANDIER Alain (1988), *Recherche de légistique comparée*, Berlin, etc .

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE EN BELGIQUE

Par

Paul ORIANNE

Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain

I - INTRODUCTION

Le projet global dans lequel s'inscrit la présente étude en fournit également le sens.

Il s'agit de dresser un inventaire de ce qui se pense et se réalise aujourd'hui dans un certain nombre de pays, au titre de la méthodologie juridique et d'explicitier, à cette occasion, les diverses approches dont cette discipline peut être l'objet.

L'implicite de la question est qu'il existerait actuellement un ou plusieurs courants de pensée ou d'étude se réclamant du concept de méthodologie juridique et tendant à en accroître la visibilité tant dans le cercle des chercheurs que dans celui des praticiens.

La difficulté du sujet est, évidemment, la nécessité devant laquelle on se trouve, pour le traiter, de se lier à un certain nombre de signes ou de repères, sans être sûr qu'on les a tous aperçus. La difficulté est aussi de ne pas occulter les problèmes théoriques qu'une telle approche peut comporter sans pour autant faire de leur solution l'objet d'une démarche qui se veut au contraire essentiellement descriptive.

En un premier temps, nous examinerons ce qu'a pu représenter la méthodologie juridique pour les grands juristes et théoriciens du droit qui ont marqué d'une forte empreinte la pensée juridique dans la Belgique du XXe siècle, à savoir : Jean Dabin, Henri de Page et Chaim Perelman.

Nous verrons ensuite sous quelle forme l'enseignement et la recherche méthodologiques se sont développés au cours des deux dernières décennies et de quelles tentatives de reformulation le concept de méthodologie a été l'objet.

II - TECHNIQUE ET MÉTHODE

Jusqu'il y a peu, le terme de méthodologie juridique, était rarement utilisé. Jean Dabin, à la suite de François GénY, lui préfère celui de "technique" qui figure dans l'intitulé de l'ouvrage qu'il publie en 1935 : "La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé" (1), dont il explique qu'il est consacré à l'étude des "moyens et procédés grâce auxquels se réalise, dans le fait, la construction du droit positif" (2). Dans cette conception, la technique représente toute la partie construite du droit, toute sa partie "visible" pourrait-on dire, et si le terme de technique est ici préféré à celui de "méthode", c'est essentiellement parce qu'il met opportunément en valeur l'idée de spécialité et de métier, de procédé et d'artifice (3).

Trois objets concrets sont assignés à cette "technique".

Il s'agit tout d'abord d'assurer l'autorité de la règle par un mécanisme efficace de sanctions, préventives et répressives.

Ensuite, en prévision des contestations dont l'application de la règle pourrait être l'objet, un régime de preuve doit être institué (4).

Il convient, enfin, de constituer les règles en un ensemble harmonieux, de manière à écarter les difficultés dans leur maniement, et ce par le moyen des concepts et des constructions juridiques, opérant les nécessaires classifications et recourant chaque fois qu'il le faut au procédé de la définition et aux artifices de la présomption et de la fiction (5).

Bien que voué à l'examen des mécanismes de l'élaboration du droit, l'ouvrage n'entend pas se limiter à l'œuvre de rédaction de la loi ; il faut, en effet, reconnaître le rôle joué "par les organes d'interprétation chargés du maniement effectif des règles, à savoir les fonctionnaires et les juges" (6).

* * *

Dans une étude publiée en 1925, portant sur la recherche d'une méthode positive d'interprétation des lois (7), Henri de Page met lui aussi en évidence l'importance qu'il convient d'accorder au rôle de la *technique* dans le droit, au sens donné à ce terme par François GénY : "Dans la théorie nouvelle, écrit-il, la technique n'intervient plus à titre secondaire et en surface, mais à titre principal et en profondeur... elle proclame l'insuffisance du droit naturel, 'maigre noyau' qui ne subsiste plus qu'à l'état résiduaire ... (elle) se tourne vers l'étude de la

(1) Paris, Sirey, 1935 ; les enseignements de cet ouvrage sont partiellement repris dans la "Théorie générale du droit", publiée par l'auteur en 1969 aux éditions Dalloz (v. notamment les pp. 265 à 300).

(2) Avertissement, p. VII ; v. aussi pp. 53 à 57.

(3) Op. cit., p. 2.

(4) Op. cit., p. 59.

(5) Op. cit., pp. 103 et ss.

(6) Op. cit., p. 109 ; v. aussi l'introduction, p. X.

(7) "De l'interprétation des lois, contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence", Lausanne, Payot, T. II, 1925.

mécanique juridique positive, vers la 'physique' du droit, pour y chercher ce que la méthode précédente avait été impuissante à découvrir" (8).

Si l'intérêt des techniques législatives ou même "doctrinales" est relevé par l'auteur, c'est toutefois la technique jurisprudentielle, encore dominée par l'empirisme et l'imprécision, qu'il tient pour la partie capitale du problème (9). "Et pourtant, observe-t-il, cette jurisprudence existe et vit. Elle s'affirme depuis un quart de siècle d'une manière de plus en plus nette. Mais il lui manque une technique, un système. Ce dont elle souffre, c'est d'une carence de statut scientifique. Il faudrait qu'on la libère de toute attache sentimentale, de toute valeur consciencielle et empirique. Il faudrait éliminer, dans le sol où elle prend racine, les notions confuses qui l'étouffent pour les remplacer par des notions claires. Il lui faut une formule capable de mettre un peu d'ordre et de stabilité dans la matière inconsistante et molle sur laquelle elle travaille encore au hasard" (10).

III - L'EMPIRE RHÉTORIQUE

Plus proche de nous, la pensée de Ch. Perelman, va largement contribuer au renouvellement des idées sur l'objet du travail du juge. C'est, bien entendu, par ses études sur l'argumentation et leur application au domaine juridique qu'elle réalisera ce renouvellement (11). Son importance et ses enjeux ont été excellemment décrits par Michel Villey, dans la préface à l'ouvrage de Perelman intitulé : "Droit, morale et philosophie" (12).

Deux enseignements fondamentaux se dégagent, pour lui, des travaux du philosophe de Bruxelles.

Le premier est qu'il faut définitivement abandonner la croyance dans un droit qui serait une science certaine. L'observation du droit, là où il est produit, fait apparaître que les solutions juridiques procèdent de confrontations dialectiques plus que de raisonnements déductifs ; "Une bonne partie de l'art du droit, relève de la rhétorique" (13).

Le second affirme que la solution juridique (judiciaire) n'est pas pour autant livrée à l'irrationnel, au sentiment, à l'intuition. La méthode de la dialectique offre en effet un réseau de protection contre l'arbitraire et le sentiment subjectif... Elle conduit à une décision qui, pour ne pas être assortie d'une vérité apodictique, est objectivement acceptable" (14).

Une appréhension correcte des réalités de la vie du droit postule dès lors d'accorder une attention soutenue aux mécanismes du

(8) Op. cit., p. 35

(9) Op. cit., p. 10.

(10) Op. cit., p. 12.

(11) V. notamment, dans la collection "Méthodes du droit", C. Perelman, "Logique juridique, nouvelle rhétorique", Paris, Dalloz, 1976.

(12) 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1976.

(13) Op. cit., pp. 10 et 11.

(14) Ibidem.

raisonnement et de l'argumentation juridiques constituant les lieux d'élection du savoir-faire des juristes.

IV - AUTOUR DE C. PERELMAN

L'un des nombreux mérites de Perelman est assurément d'avoir su réunir autour de lui une équipe de brillants collaborateurs et d'avoir été, avec eux, à l'origine de multiples publications.

Une partie importante d'entre elles ont été réalisées sous l'égide du Centre national de recherches de logique (section juridique). Il s'agit des sept volumes des "Etudes de logique juridique" publiés entre 1966 et 1973 (15) et de divers volumes publiés entre 1961 et 1984, sur les sujets suivants :

- le fait et le droit
- les antinomies en droit
- le problème des lacunes
- la règle de droit
- les présomptions et les fictions
- la motivation des décisions de justice
- la preuve
- les notions à contenu variable (16).

De nombreux juristes belges, appartenant ou non à "l'École de Bruxelles" ont apporté leurs concours à ces publications et ont participé aux réunions de travail au cours desquelles les contributions de chacun étaient présentées et discutées.

On ne peut sans doute les considérer comme la mise en œuvre fidèle des idées de C. Perelman sur la méthode du droit. Il est visible, cependant, que celles-ci ont, à des degrés divers, influencé tant le choix des sujets que la manière de les traiter.

V - L'ENSEIGNEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE

Les trois auteurs dont nous avons évoqué l'œuvre ont en commun la volonté de fonder la positivité du droit par l'observation de son fonctionnement et d'en valoriser tant les formes que les expressions. Aucun d'eux pourtant ne songe à affirmer l'existence d'une discipline particulière qui pourrait se réclamer de la méthodologie juridique. La chose est vraie également pour d'autres théoriciens du droit, comme Kelsen par exemple qui, à la même époque, ont exercé une influence certaine en Belgique et qui semblent avoir ignoré tant le mot que la chose.

Pratiquement inconnue des chercheurs, la méthodologie juridique ne bénéficiait donc comme telle d'aucun titre justifiant son inscription dans les programmes officiels *d'enseignement*.

(15) Aux Ets. Emile Bruylant à Bruxelles.

(16) Même éditeur. Sur le travail réalisé au sein du Centre v. e.a. l'étude de L. Silance publiée sous le titre de "La logique, le sport et les ordres juridiques" dans l'ouvrage collectif "Justice et argumentation" rédigé en l'honneur de C. Perelman (Editions de l'Université de Bruxelles, 1986, pp. 29 et s.).

Ceux-ci prévoient bien, au début des études, une "introduction aux sources et principes du droit", mais ne vont pas plus loin.

Les enseignements de la méthodologie qui ont été créés l'ont dès lors été à l'initiative de certaines facultés, à la faveur de la liberté qui leur était laissée de compléter le programme légal.

Trois types d'initiatives doivent ici être signalées :

a) La première et la plus répandue consiste à initier les étudiants à la recherche et à la consultation des sources écrites du droit : législation, jurisprudence et doctrine.

En 1980, F. Leurquin-de-Visscher et H. Simonart publient un manuel destiné à éclairer et baliser cette recherche et cette consultation (17) Il s'agit de familiariser le jeune étudiant et tous ceux qui, sans le connaître, s'intéressent au droit, avec les différents objets de la recherche et de l'utilisation des sources documentaires. L'ouvrage comporte également des indications succinctes sur un certain nombre de problèmes méthodologiques, tels que ceux que comporte l'analyse de la jurisprudence ou la rédaction de notes de synthèse sur les résultats des recherches documentaires.

Un manuel du même genre a été publié en langue néerlandaise, en 1988, par le Professeur B. de Schutter et ses assistants sous le titre de "Rechtsmethodologie, Stafkaart van het in Belgie geldend recht" (18). Après avoir fait l'inventaire raisonné des différentes sources documentaires, les auteurs exposent, dans un dernier chapitre, la manière dont il convient de se servir de la documentation réunie pour rédiger un texte et construire une argumentation.

On relèvera également la publication entreprise par L. van Slijcken d'un ouvrage en trois tomes sur "les sources formelles du droit", dont le premier, consacré à la législation, est sorti de presse en 1987. Les deux volumes à paraître traiteront respectivement de la jurisprudence et de la doctrine. L'ouvrage entend, lui aussi, donner aux étudiants et usagers les indications pratiques nécessaires pour accéder aux sources formelles du droit. Mais il tend à leur procurer en même temps le moyen de comprendre les notions qu'ils rencontrent au cours de leurs investigations et de conduire logiquement celles-ci (19).

b) L'action pédagogie à laquelle les ouvrages que nous venons de citer sont appelés à servir de support trouve son lieu normal de réalisation dans ce que l'on désigne sous l'appellation générale de "travaux dirigés".

Une autre initiative s'observe, dans le contexte pédagogique de l'enseignement magistral.

Des cours de méthodologie juridique sont insérés par certaines facultés de droit dans le programme des deux premières années d'études. Il y va, cette fois, de l'affirmation d'une *discipline*, objet

(17) "Documentation et méthodologie juridiques", Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit.

(18) "Méthodologie juridique, Relevé du droit en vigueur en Belgique", Kluwer. Antwerpen, s.d.

(19) Acco, Leuven, 1987.

possible d'un discours théorique. Le professeur en charge de cet enseignement mettra à la disposition de ses étudiants un manuel polycopié qu'il développera au fil du temps, lui donnant progressivement la forme d'un livre.

Tel est le cas de l'ouvrage du Professeur X. Dijon publié en 1990 sous le titre "Méthodologie juridique - L'application de la norme" (20). Dès l'introduction, le problème de l'objet propre de la méthodologie y est abordée. Celle-ci est décrite comme la discipline indiquant la voie à suivre pour parvenir au droit considéré dans ses formes les plus concrètes.

Ainsi, l'exposé complet de la méthodologie juridique devrait-il comporter la description des processus conduisant :

- à la rédaction des textes de doctrine (méthodologie de la recherche),
- à la conception des textes normatifs de droit public (méthodologie de l'institution de la norme),
- à la rédaction des décisions de justice (méthodologie de l'application de la norme).

Il s'achèverait par un exposé de questions théoriques en rapport avec les pratiques étudiées, donnant de la sorte les "raisons de la méthode" (21).

Il est intéressant de comparer cette conception de l'enseignement de la méthodologie avec celle que développe P. Delnoy dans le cours qu'il professe à l'Université de Liège sous l'intitulé : "Initiation aux méthodes d'application du droit".

Le cours comprend deux parties, ayant respectivement pour objet :

- la méthode de l'invention du droit et
- la méthode de l'application du droit.

La méthode de l'invention du droit porte sur la recherche des documents contenant les règles (heuristique juridique) et la recherche du sens des règles (sémantique juridique) (22). L'exposé théorique est appuyé de nombreuses illustrations faisant l'objet d'explications orales, et complétées par des "dossiers" dont le plus important est consacré à la méthodologie de la lecture des décisions judiciaires.

Dans un autre contexte, P. Delnoy a eu l'occasion de s'exprimer sur ce qu'il faudrait, encore, à ses yeux, ajouter aux matières dont question ci-dessus, pour couvrir l'ensemble du champ de la méthodologie, à savoir, d'une part, l'étude de la méthode de création de la norme et, d'autre part, l'étude des modes d'apprentissage du droit.

c) Un troisième type d'expérience pédagogique dans le domaine de la méthodologie s'observe dans le cas de travaux dirigés qui ont pour objet la rédaction de textes juridiques.

(20) Bruxelles, Story-Scientia.

(21) L'ouvrage n'aborde que les deux derniers de ces groupes de problèmes, objets de l'enseignement de l'auteur aux Facultés de Namur.

(22) V. le texte du cours publié aux Presses universitaires de Liège en 1990.

De telles activités ont été organisées à la Faculté de Droit de Louvain-la-Neuve dans le cadre d'"ateliers" ou de "séminaires" (23) au cours desquels il était demandé aux étudiants de s'essayer à l'écriture du droit, sous la forme de contrats, d'actes unilatéraux, de règlements ou de statuts, à partir de l'exposé de faits, de situations et d'intérêts requérant l'intervention de juristes. Ce type d'exercice peut également prendre la forme d'un jeu de rôles dans lequel les étudiants sont invités à raisonner les solutions en fonction d'intérêts opposés et à prendre part, dans ce cadre, à une négociation ou à un débat.

L'expérience enseigne que, pour être féconde, une activité de ce genre doit faire de la rédaction du texte l'objet essentiel de l'apprentissage. Il ne faut pas, en particulier, que ce travail se trouve obéré par les difficultés inhérentes à la recherche et à l'interprétation des règles à appliquer, qui relèvent d'un autre type d'activité.

L'exercice se doit, par ailleurs, d'être décloisonné, c'est-à-dire libéré des catégories doctrinales a priori entre lesquelles il est d'usage de répartir les règles (branches du droit) (24).

VI - LA LÉGISTIQUE FORMELLE ET SES NORMES

Il convient sans doute de signaler ici l'initiative prise dès 1960 par les membres du Bureau de coordination du Conseil d'État sous la direction de M. J. Masquelin, en vue de fixer, dans un "Code-formulaire de légistique", les règles de bonne pratique applicables à la rédaction des textes à caractère légal ou réglementaire.

Une deuxième édition de ce "Code" a été rédigée en 1981 sous la direction de M. Christian Lambotte. Elle a fait l'objet d'une publication en 1982 par les Services du Premier Ministre, assortie d'une recommandation de s'en inspirer, adressée à tous ceux qui sont chargés de la mise au point d'avant-projets de loi, de décrets ou d'arrêtés, de façon à parvenir à plus d'uniformité et de rigueur juridique (supplément au Moniteur belge du 2 juin 1982) (25).

Outre les règles qu'il convient de suivre pour la rédaction des différentes parties des textes normatifs (l'intitulé, le préambule et le dispositif), le "code" donne d'utiles indications sur la manière de procéder aux coordinations et codifications de textes ainsi qu'à la modification par décret des dispositions d'une loi nationale.

L'intérêt de cette publication ne tient pas seulement à la normalisation formelle des pratiques qu'elle rend possible. Il tient aussi aux définitions et descriptions qu'elle donne des actes et objets de l'activité législative (définition des termes "dispositif" ou "abrogation", par exemple) et aux principes méthodologiques, relevant de la doctrine juridique, qu'il énonce. Ainsi on peut y lire que : "Les considérants, surtout si la motivation d'un texte réglementaire est légalement requise, doivent être concis et précis quant aux motifs qu'ils invoquent ; ils

(23) Soit dans les premières années, soit durant la dernière année des études.

(24) Sur ce type d'activité, v. notre ouvrage "Apprendre le droit, éléments pour une pédagogie juridique", Bruxelles, Labor, 1990, pp. 227 et 234.

(25) C. Lambotte a également publié en 1989 un ouvrage personnel sur le sujet ("Technique législative et codification", Bruxelles, Story-Scientia).

doivent être complets en ce sens qu'ils doivent indiquer la ratio legis du texte" (n° 43) ; on y lit encore que : "L'exposé de la politique suivie par le gouvernement dans la matière réglée trouve mieux sa place dans un rapport au Roi que dans le préambule de l'arrêté" (n° 50) ; et aussi que : "Il faut éviter de faire figurer dans un arrêté royal des dispositions de détail qui pourraient faire l'objet d'un arrêté ministériel ou d'une circulaire" (n° 110).

VII - UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA MÉTHODOLOGIE

La création, en 1986, de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique et de son groupe belge a entraîné un renouvellement de la réflexion méthodologique qu'il nous faut tenter de décrire.

La tâche est malaisée, s'agissant d'un mouvement qui a bénéficié d'apports divers et qui, au reste, en est encore à ses débuts.

Sa principale caractéristique est sans doute son ambition de traiter, à partir de l'analyse des pratiques, les problèmes concrets que posent l'élaboration et l'application des règles de droit.

Cette orientation n'est en somme que l'aboutissement logique des réflexions doctrinales dont il a été question ci-dessus.

Rappelons la nécessité invoquée par Henri de Page de faire sortir la connaissance de la jurisprudence de l'empirisme et de l'imprécision qui règnent le plus souvent à son sujet (26) ; relevons aussi l'importance donnée par Jean Dabin à l'étude "des moyens et procédés grâce auxquels se réalise, dans le fait, la constitution du droit positif" (27). Souvenons-nous de la place assignée par C. Perelman à l'argumentation, tenue pour un support plus assuré de la solution juridique que la logique classique dont on avait précédemment cru, ou feint de croire, qu'elle suffisait à en donner raison.

Ces prises de position théoriques comportaient plus qu'une invitation à entreprendre une recherche d'un type nouveau -la recherche méthodologique- tendant à observer ce qui se passe réellement sur le terrain de la genèse de la règle et sur celui de son application.

Ce qui se passe réellement et non ce qui est censé se passer. Tout ce qui se passe et non seulement ce qu'indique la règle de droit elle-même ou son interprète à ce propos.

Pour rendre compte de l'exigence particulière de fidélité au réel que comporte une telle approche, nous proposons de la ranger sous la dénomination de "méthodologie juridique descriptive".

Nous en dégageons ci-après les caractéristiques principales.

(26) Op. cit., p. 2.

(27) Op. cit., p. 4.

VIII - L'OBJET DE LA RECHERCHE

A - Science de la méthode, la méthodologie se définit en fonction d'une action, dont elle éclaire le processus. Les hypothèses de la méthodologie juridique sont donc que le droit est action ou peut être objet d'action.

La première de ces hypothèses est validée par la prise en considération de la fonction essentiellement pratique du droit : régler les rapports sociaux. La méthodologie juridique sera alors l'examen de la manière dont le droit s'y prend pour régler effectivement ces rapports.

Mais l'expression est ambiguë parce qu'elle englobe, sans les distinguer, ce qui relève de la connaissance de l'appareil, de l'instrument ou du système juridique et ce qui se rattache à sa mise en œuvre concrète dans la réalité.

Il est clair qu'avant de se servir d'une machine tant soit peu complexe, il est important de bien la connaître. Mais bien la connaître, dans l'inertie de ses composantes, ne signifie pas que l'on en maîtrise correctement le fonctionnement.

Le droit est un ensemble complexe de règles formant un système à la connaissance duquel il est important d'accéder, pour de multiples raisons : être informé de l'état d'organisation de la société qu'il régit, des valeurs qu'il met en œuvre... ; être instruit des prérogatives et privilèges qu'il confère à l'individu.

L'acquisition de cette connaissance peut exiger le recours à une méthodologie déterminée adaptée à l'ampleur et à la complexité de son objet.

Le champ d'application d'une telle méthodologie serait notamment constitué par tout ce qui relève de la recherche et du maniement des sources, l'appréciation de la valeur propre des indications recueillies à leur sujet, et le cadre général dans lequel chaque information particulière doit trouver sa place (28).

A ce stade, le droit est donc considéré comme un ensemble articulé mais *inerte* ; comme le dispositif qui, dans la généralité de ses prévisions, est disponible pour les besoins de toute application à des situations concrètes.

La méthode suivie n'est pas à proprement parler celle du droit, mais celle de la recherche qu'on entreprend *sur le droit*.

B - Il en va autrement lorsque les investigations tendent à découvrir la manière dont les règles agissent sur la réalité. Non point les effets produits sur celle-ci mais le processus au terme duquel ils le sont. L'action qui fait l'objet de la méthode n'est plus ici extérieure au droit : c'est le droit lui-même, dans son passage de la norme générale à la solution singulière, qui est observé.

(28) Relève des moyens d'une telle démarche, la publication en 1990 sous le patronage de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (groupe belge) d'un "Guide des citations, références et abréviations juridiques". L'ouvrage a été rédigé sous la direction du Professeur L. Ingber, par B. Capelle, F. Leurquin-de-Visscher, P. Quertainmont et X. Dijon.

Si l'on veut bien y regarder de près, on verra que ce qui fait la principale différence entre cette hypothèse et la précédente, c'est le rôle qui y est dévolu *au fait*.

Dans le cas de la recherche d'informations sur l'état du droit (ou plus précisément de ses règles), le fait est appréhendé dans l'abstrait et pour ainsi dire à travers l'image hypothétique qu'en donnent les règles. Ce sont des catégories de faits (par exemple la naissance, la possession, l'homicide, ...) et non des faits réels, historiques, qui sont en jeu.

Dans le cas de la recherche portant sur le fonctionnement du droit, le fait est une réalité concrète sur laquelle une ou plusieurs règles déterminées vont agir, parce qu'il lui en sera "fait application".

Bien entendu, il reste à vérifier si la connaissance de l'ensemble du système juridique ne suffit pas à procurer toutes les clefs de la démarche que postule l'application des règles et si celle-ci n'est pas exclusivement affaire de logique, d'intuition ou de bon sens.

Mais, si cela est vrai, il faudra bien reconnaître qu'au regard des enjeux sociaux et des finalités, l'investigation sur la méthodologie de l'application du droit mérite une attention particulière.

C - A l'hypothèse de l'application des règles, il est fondé de joindre celle de leur *confection*, qui correspond elle aussi à un passage du fait au droit, dans le cadre d'une démarche à l'inverse de la précédente.

Ici encore ce qui est recherché ce n'est pas une information sur les règles mais une connaissance de la manière dont elles peuvent agir sur la réalité. Constituant une anticipation de toutes les applications futures qui pourront en être faites, la rédaction de la règle de droit (légale ou réglementaire) est conduite à intégrer dans son propre processus les éléments dont il sera fait usage pour sa mise en œuvre.

La similitude entre les deux processus s'accroît encore lorsque l'on remarque qu'ils débouchent l'un et l'autre, non pas sur un constat ou une description, mais sur une *décision*, entendue comme le règlement d'une situation ou d'un problème par un acte de volonté.

Ainsi, pour la distinguer de la méthodologie de l'information juridique, on pourrait qualifier de méthodologique la décision juridique, la discipline portant sur les actes de rédaction et d'application des règles.

Cette branche (la plus problématique) de la méthodologie juridique aurait ainsi pour objet d'éclairer le processus et le contenu des décisions qu'il incombe aux juristes de prendre lorsqu'il leur faut statuer :

- soit sur l'élaboration de règles générales aptes à résoudre un problème déterminé qui se pose dans la société ;
- soit sur l'application des règles existantes pour la solution d'une difficulté déterminée.

IX - LA MISE EN ŒUVRE DE LA RECHERCHE

Parmi les *objets d'étude* pouvant être concrètement assignés à la recherche dont nous venons d'esquisser les traits, relevons :

- le langage des normes juridiques, dans ses rapports avec le langage ordinaire et la réalité qu'il entend saisir ; le cas des textes plurilingues ; les définitions ; ... ;
- le traitement du fait par le droit (modes de preuve, qualification, conceptualisation, rôle des experts) ;
- le processus d'interprétation et le raisonnement juridique ;
- le rôle des acteurs (juristes et non juristes) dans l'élaboration et l'application des règles de droit ; les rapports entre le législateur et le juge ;
- les garanties et obstacles de la "procédure" ;
- les mécanismes assurant l'efficacité de la norme juridique ;
- le rôle des normes non juridiques et les phénomènes d'internormativité ; le jeu des intérêts.

Quant à la *méthode* à suivre dans ce type de recherche, on peut penser qu'elle pourrait en tout cas comporter :

- l'observation des diverses pratiques juridiques du point de vue non de leur produit, mais de leur processus, le matériel disponible étant fourni par les textes des décisions elles-mêmes, passibles d'une "analyse de contenu" ;
- la comparaison des pratiques entre elles à l'intérieur d'un même système de droit (ex. : pratique de l'élaboration de la loi et du contrat ; décision administrative et décision judiciaire ; décision du jury d'assises et décision des tribunaux, jurisprudence en matière civile et pénale, ...) (29) ;
- la comparaison des pratiques relevant de systèmes nationaux différents.

Cette analyse des pratiques devrait s'éclairer par la prise en compte de toutes les données extra-juridiques disponibles, sur le langage, les motivations, intérêts et systèmes de valeur des acteurs, les modes de connaissance et d'appréhension de la réalité, etc... Il ne s'agit pas en effet de dire ou de redire ce que la doctrine juridique énonce au sujet des pratiques en question mais de tenter de découvrir ce qu'elles sont dans la réalité (30).

On peut penser aussi qu'il y aurait intérêt à partir des effets, ou de certains effets, des pratiques observées pour tenter, s'ils semblent n'être ni prévus ni voulus, de déterminer la manière dont le processus suivi les a provoqués.

(29) L'ouvrage publié en 1989 par F. Ost et M. van de Kerchove sous le titre "Entre la lettre et l'esprit - Les directives d'interprétation en droit" (Bruxelles, Bruylant) est un remarquable exemple de ce type de travail.

(30) Telle a été, par exemple, la méthode proposée par le groupe belge pour la préparation et la réalisation, les 10-12 septembre 1990, du IIème Congrès international de Méthodologie Juridique sur le thème : "Le recours aux objectifs de la loi dans son application". Le premier volume des actes de ce Congrès a été publié aux Editions Story-Scientia en 1990 ; le deuxième est à l'impression chez le même éditeur.

Il reste à identifier les *moyens spécifiques* qui pourraient être mis au service du développement de la recherche dont il est ici question.

On pourrait songer notamment :

- à développer l'information sur les décisions juridiques de toute nature et les documents préparatoires pouvant en éclairer le processus ; il faudrait à tout le moins pouvoir constituer des échantillons réellement représentatifs d'une pratique déterminée, sans être limité par les sélections opérées dans les publications et revues juridiques existantes ;
- à des enquêtes et interviews dans les divers milieux de la pratique juridique ;
- à de nouveaux modes d'indexation de la documentation juridique et tout spécialement de la jurisprudence. Dans l'état actuel des choses, le classement et l'indexation se font presque exclusivement en référence à des mots-clefs empruntés au droit matériel ou à la procédure. La mise en évidence de la dimension méthodologique de cette documentation implique ainsi une relecture et une réindexation systématique des documents publiés.

X - LES DESTINATAIRES DE LA RECHERCHE

Jusqu'il y a peu, les études consacrées aux problèmes de la méthode ont essentiellement tenté de faire apparaître les préjugés et les erreurs de perspective inhérents aux approches purement intuitives de l'activité juridique.

L'ambition attachée à un progrès de la discipline méthodologique pourrait -voire devrait- être d'*éclairer plus directement les acteurs* sur les processus auxquels ils participent tout en leur fournissant les moyens d'une meilleure maîtrise de ceux-ci.

Il est banal d'observer que la pratique juridique, sauf en matière de légistique formelle, ne fait actuellement l'objet d'aucun encadrement scientifique ou "déontologique". Aucun critère de valeur ne lui est appliqué. Le bon juge est celui dont les jugements échappent à la réformation ou à la cassation. Le bon contrat est celui qui permet d'éviter les procès ... mais que faut-il pour qu'un contrat soit pourvu de cette qualité ? Echapper à la nullité et à la censure est sans doute un objectif important mais oserait-on affirmer qu'à cela se limite l'horizon du juriste ?

Quant au débat juridique, ou judiciaire, dont chacun reconnaît l'importance et dont l'enjeu est clair (la prévalence d'une thèse conforme aux intérêts défendus) son objet et son contenu véritables ne mériteraient-ils pas aussi un examen destiné à en améliorer la compréhension, et, partant, la pratique ?

Mais le moindre intérêt d'un progrès des études de méthodologie juridique descriptive ne serait certes pas la contribution qu'elles pourraient apporter à la *formation des juristes*. Centrée actuellement sur le discours juridique, elle omet souvent, faute de moyens, d'initier les étudiants à ce qui fera l'essence même de leur art et, dans la meilleure hypothèse, elle les renvoie pour acquérir cette initiation, à des exercices en chambre ou à des stages.

Un développement des connaissances sur le mode de fonctionnement du droit, dans ses diverses branches et sous ses différentes formes, devrait permettre aux étudiants d'acquérir une vision plus équilibrée de la réalité juridique et une meilleure conscience des véritables enjeux de leur formation.

QUELLE MÉTHODE ?

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE AU SEUIL DU XXIÈME SIÈCLE

Par

Valentin PETEV

Professeur à l'Université de Münster (Allemagne)

I - LE DISCOURS DE LA MÉTHODE. L'ENVIRONNEMENT SOCIÉTAL ET PHILOSOPHIQUE

Le système juridique n'est concevable que par le biais d'une conception fondamentale du droit à une époque donnée et des efforts pertinents quant à la réalisation du droit dans l'environnement sociétal. Ici, la nécessité d'une méthode claire et opérationnelle a été toujours pressentie. Les efforts méthodologiques ont été tout à fait fructueux à cet égard au cours du siècle précédent. Le trait caractéristique de la méthodologie traditionaliste était une certaine stabilité et une permanence quant aux objectifs qu'elle a poursuivis et postulats qu'elle a formulés. Le souci majeur était d'atteindre non seulement une approche elucidante des problèmes que pose l'interprétation et l'application du droit mais aussi et surtout d'élaborer un outil, une technique sûre qui garantisse des solutions correctes et justes. On croyait qu'une telle entreprise était possible et l'inspiration philosophique de la méthodologie traditionaliste soutenait une telle croyance.

En s'attachant à un positivisme méthodologique rigoureux, la *Begriffsjurisprudenz* (1) jugeait possible qu'à partir d'une logique stricte des notions juridiques plus élaborées, on arrive à des résultats interprétatifs bien fondés, sans craindre qu'ils échappent à la réalité sociale. La volonté du législateur s'y présentait comme une donnée

(1) Sur la *Begriffsjurisprudenz* v. W. Krawietz, "Begriffsjurisprudenz", in J. Ritter (éd.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bâle-Stuttgart 1971, t. 1, pp. 809-813 ; H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg 1981, pp. 50 et s. ; F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne 1982, pp. 109 et s.

constante qui se prête à une connaissance objective par le moyen d'un langage univoque. L'école de l'exégèse en France (2) et le courant du Formal Style aux États-Unis (3) ont été, eux-aussi, fidèles à cette attitude positiviste.

Au formalisme de ces écoles se sont opposés, il est vrai, d'autres grands courants de la pensée juridique, tels que l'École historique, l'École de libre recherche scientifique, l'Interessensjurisprudenz, la Sociological jurisprudence et la Théorie du Grand Style (4). Ils ont élaboré une multitude de vues et de conceptions fondamentales concernant la nature et les sources du droit ; et quant à la connaissance et l'application du droit, ils ont relevé de nouveaux objets de la recherche, notamment les intérêts et valeurs de la société. Ce faisant, ils changeaient l'objectif de la méthode sans pour autant effectuer le pas décisif vers une méthodologie qui s'inspire de paradigmes nouveaux.

Ces écoles ne professaient plus de suivre seulement la volonté d'un législateur historique. Mais, en analysant d'autres phénomènes socio-psychologiques, tels que les intérêts sociaux, les valeurs et les comportements spontanés, elles restaient au fond fidèles au postulat épistémologique du positivisme parce qu'elles croyaient à la possibilité d'atteindre des connaissances objectives quant au contenu des normes juridiques, c'est-à-dire, de trouver une seule réponse correcte à la question juridique à trancher.

On constate donc que ce pertinent formalisme méthodologique s'est manifesté longtemps à travers des théories et écoles d'origine philosophique différente : les théories positivistes faisaient confiance à la volonté du législateur, les théories jusnaturalistes recherchaient une justice absolue tandis que les théories sociologiques se préoccupaient d'un intérêt commun qui se forme spontanément.

Pourtant, un tel résultat n'était guère contingent. Il se produisait durablement en fonction d'une certaine unité des valeurs politico-éthiques dans une société assez stable. Mais dès le moment où cette société a remis en question les vieilles justifications de son ordre politique et juridique, la méthode dite formelle a été bouleversée. Dans le présent, le changement de paradigme méthodologique est devenu manifeste.

II - UNE MÉTHODE "OUVERTE" POUR UNE SOCIÉTÉ "OUVERTE"

Les développements politiques, économiques et écologiques des dernières décennies, l'essor des sciences et des technologies plus récentes ont conduit à un nouvel état d'esprit dans le monde contemporain. Les institutions sociales révèlent de nouvelles tendances et imposent de reconsidérer leurs fondements éthiques. Les réglementations juridiques ont subi de profonds changements dans

(2) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris 1989, pp. 243 et s.

(3) R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London 1989, p. 198.

(4) Cotterrell, (note 3), pp. 199-202 ; R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca 1982, pp. 136 et s.

d'importants domaines de la société, tels que la famille, le monde du travail, l'éducation et les droits de l'homme. Le droit doit répondre dorénavant dans sa totalité aux attentes d'une société devenue fortement communicationnelle. Tout cela a eu comme conséquence un renforcement de la conscience méthodologique et procédurale qui cherchait des réponses et des solutions plus fondées.

En philosophie, on constate un passage de la conscience subjective comme objet principal de la recherche à l'éthique discursive qui détermine l'action sociale communicationnelle (5). Les sciences sociales et juridiques, elles-aussi, deviennent conscientes de la nécessité d'une nouvelle approche méthodologique qui devra remplacer le pathos positiviste. Des approches et théories herméneutiques, rhétoriques et discursives ont été développées dans leur domaine. Et un nouvel institutionalisme s'y établit (6). Dans la dogmatique et la méthodologie juridique, on a introduit des vues et des démarches d'une théorie d'argumentation plus élaborée qui procure les fondements d'un discours juridique cohérent (7). Ici, le paradigme méthodique a manifestement changé : on ne cherche plus à trouver une seule solution possible mais à élargir le spectre des arguments qui peuvent être allégués en faveur des positions contraires qui se présentent comme soutenables.

Ce discours juridique, organisé à différents niveaux de la société "ouverte" contemporaine, est le phénomène principal qui constitue l'objet majeur de toute réflexion théorique et pratique en droit. Pour se faire une idée plus concrète du discours juridique de nos jours, il faut considérer le système entier de l'organisation politique et juridique de cette société avec toutes ses règles et procédures, y compris les mécanismes et les forces légitimatrices d'une opinion publique sensible aux problèmes (politiques et éthiques) de son temps. L'état complexe des choses qui en provient explique pourquoi la méthodologie juridique vise aujourd'hui des démarches et préoccupations tant sur le plan de la création que de l'application du droit. Dans cette perspective, la méthodologie n'est plus une technique de simple production de décisions juridiques préconçues mais, compte tenu de la particularité des différents domaines, une entreprise complexe de mise en œuvre du droit.

La méthodologie juridique moderne n'est pas de nature pure : elle n'est ni de caractère purement logique, ni herméneutique, ni topique ; elle représente une multitude de réflexions et démarches qui visent une compréhension et un maniement du droit correspondant à sa

(5) Sur le changement du paradigme dans la philosophie voir Habermas, *Nachmetaphysisches Denken*, Francfort s. M. 1988, pp. 14 et s.

(6) Voir p. ex. D. N. MacCormick / O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985 ; D Mayer-Maly / O. Weinberger / M. Strasser (éds.), *Recht als Sinn und Institution, Rechtstheorie, Beiheft 6*, Berlin 1989 ; N. MacCormick, "Institutional Arrangements and Practical Information", in *Ratio Juris*, t. 1, 1988, n° 1, pp. 73-82.

(7) R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989 ; A Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983 ; A. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Vienne 1979.

fonction régulatrice dans une société pluraliste dont l'identité et la légitimation sont toujours en cause. Une telle méthodologie est ouverte aux positions politiques et éthiques divergentes en société qui influencent l'idée et la pratique du droit contemporain.

Même ceux qui qualifient la société communicationnelle de nos jours de postmoderne, sous les signes négatifs d'une technique galopante, d'une bureaucratie débordante et d'une rationalité purement instrumentale ne nient pas l'intensité des efforts et les aboutissements méthodologiques en philosophie, en sciences sociales, ainsi que dans la théorie générale du droit. La constance de ces efforts indique la nécessité sociale dont ils proviennent. C'est l'attitude critique que les individus et les groupes sociaux ont prise à l'égard des institutions et des décisions dans la société ouverte, une société qui cherche une nouvelle rationalité pratique reposant sur des idées et valeurs dont la justification est à nouveau requise. Ni une justice absolue, ni une logique impitoyable, ne procurera seule des raisons suffisantes et convaincantes. L'heure est donc à la méthode.

III - LA COMPLÉXITÉ DE L'OBJET. LA MULTITUDE DES DÉMARCHES

La méthodologie juridique était autrefois une discipline scientifique orientée dans la tradition du système juridique dans lequel elle avait été développée. La théorie du Pandektenrecht p. ex., a apporté de considérables vues et concepts quant à la genèse et l'interprétation de la jus commune sous l'aspect du droit privé allemand (8). Elle a reflété aussi une spécificité historique du droit allemand dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle. Mais, en outre, la doctrine allemande d'autrefois a beaucoup apporté au développement des fondements théoriques de la méthode juridique (9).

De même, la Common law est remarquable à cet égard. Dans une tradition ininterrompue de plus de huit siècles, sa doctrine a beaucoup évolué et enrichi la pensée juridique en apportant des constructions dogmatiques et des méthodes pratiques jusque-là inconnues dans le droit continental. Et dans le présent aussi, les doctrines de la Common law ont d'importantes incidences sur la pensée méthodologique juridique en Europe continentale.

Les grandes codifications du droit privé ont, elles-aussi, influencé de manière rigoureuse la méthodologie juridique dans le passé en lui imprégnant, malheureusement, une marque trop nationale. La science méthodologique du droit français et allemand en sont des exemples pertinents.

Aujourd'hui, la méthodologie juridique n'est ancrée ni dans une seule tradition, ni même dans un seul système juridique national. La raison en est que le droit en vigueur dans les sociétés technologiques et communicationnelles contemporaines ont en commun des traits et des

(8) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, t. 1, Dusseldorf 1875, chap. 1 et 2.

(9) V. les développements sur la méthode chez R. v. Ihering, Geist des römischen Rechts, t. 3, 4^{ème} éd. 1883, §§ 37-41.

structures essentiels. Cela est vrai, pour le droit, dans les systèmes politiques démocratiques auxquels s'ajoutent, de plus en plus, les systèmes politiques et juridiques en voie de démocratisation en Europe de l'Est.

La méthodologie juridique contemporaine ne se développe que dans l'échange intensif international des scientifiques qui coopèrent dans de multiples organisations internationales, travaillent sur des sujets communs et ont accès à la même littérature. Cette coopération gagne avec le temps en ampleur et en intensité et embrasse aussi des domaines et des disciplines scientifiques voisins, ce qui assure une interdisciplinarité fructueuse (10). L'interdisciplinarité n'est pas ressentie, dans le présent, seulement comme une revendication : elle fait partie intégrante de la recherche en théorie et en méthodologie du droit en ce qui concerne la philosophie du droit (p. ex. la philosophie du langage, philosophie de la science, de la connaissance et philosophie de la justice), la logique juridique (p. ex. logique des normes, logique de l'action) et les sciences sociales (11).

Dans les dernières décennies, la méthodologie juridique n'a pas seulement élargi son champ de recherche mais l'a aussi, structuré de façon nouvelle. On ne s'y contente plus d'une logique et d'une herméneutique soit disant spécifique de la science juridique par laquelle les normes juridiques doivent être examinées. On formule plutôt l'objet formel de la théorie et de la méthodologie du droit par rapport à la totalité du phénomène juridique : une ontologie du droit est toujours élaborée ou supposée, ce qui permet de considérer les normes juridiques non pas comme des données isolées mais dans un large contexte socio-politique et éthique. Les traités méthodologiques plus récents nous en procurent de nombreux témoignages (12).

Par cette attitude complexe, la méthodologie juridique a suscité des recherches plus approfondies concernant tant l'application que la production de normes juridiques qui, de leur côté, font apparaître de nouvelles démarches méthodologiques quant à l'élaboration technique et la justification du contenu de ces normes. Dès lors, il est vrai, une discipline spéciale s'est développée, la science de la législation, qui a

(10) V. là-dessous plus détaillé F. Ost / M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles 1987, pp. 70 et s.

(11) F. Rotter / O. Weinberger/ F. Wieacker (éds.), *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 13, Wiesbaden 1979 ; A. Peczenik/ L. Lindahl / B. van Roermund.(éds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht 1984 ; G. Floistad, (éd.), *Contemporary philosophy*, t. 3, La Haye 1982 ; E. Zuleta Puceiro, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires 1987, pp. 29-52.

(12) H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg 1981, pp. 85 et s. ; F. Bydlinski, *Juristische methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne 1982, pp. 177 et s. ; F. Ost / M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles 1987, pp. 137 et s. ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, pp. 26 et s. ; O. Weinberger, *Norm und Institution*, Vienne 1988, pp. 71 et s. ; X. Dijon, *Méthodologie juridique*, Bruxelles 1990.

déjà, à son tour, constitué son champ et son programme de recherche (13). Néanmoins, elle reste indissolublement liée à la méthodologie juridique dans sa conception moderne.

De par sa fonction et de son caractère complexe, la méthodologie juridique fait dorénavant partie intégrante d'une théorie générale du droit qui, comme telle, embrasse tant les aspects structurels que les aspects axiologiques du phénomène juridique (14). La conséquence en est que la méthodologie du droit ne peut se passer d'une analyse plus appropriée des données sociales quant aux sources du droit. On considère ici, de manière nouvelle, la problématique que soulève de plus en plus la société pluraliste contemporaine dès que l'on met en question la compétence exclusive du législateur de créer des normes et dès que l'on devient conscient du rôle créatif du juge.

La doctrine des sources du droit a suscité de larges controverses sur les critères de validité et de rang des différents actes normatifs. Même les théories positivistes ne donnaient pas une réponse satisfaisante à cette question. La référence à une hiérarchie formelle des sources du droit - constitution, loi, règlement etc. - n'accorde pas, à elle seule une place bien déterminée aux principes du droit, aux standards de conduite coutumiers ainsi qu'à la jurisprudence et la doctrine comme sources du droit. Mais ce sont elles qui jouent un rôle important dans les cas difficiles.

Il est vrai que les sources du droit constituent une unité (15) au sein d'un système juridique donné et c'est exactement cette unité qui ne permet pas de se référer seulement à des sources particulières, sans considérer le système juridique tout entier. Elle oblige encore à trouver et à justifier un critère de maniement de la multitude des normes juridiques en présence. Le problème se pose constamment dans la Common law où les sources écrites du droit ne sont pas toujours identifiables et où l'obligation de suivre les précédents oblige le juge à formuler lui-même la règle de droit d'après laquelle il tranche le litige. Le problème a été rigoureusement discuté depuis Hart. Celui-ci a proposé la formule d'une règle de reconnaissance (rule of recognition) qui exprime l'idée que le droit applicable sera à trouver en se référant à des vues des agents qui créent et mettent en œuvre le droit dont l'activité est acceptée comme telle par un grand public (16).

(13) Sur l'évolution de cette discipline dans les différents pays voir la collection d'essais "La science de la législation". Travaux du Centre de philosophie du droit, Paris 1988 ; V. Kubes, *Theorie der Gesetzgebung*, Vienne, New York 1987.

(14) Pour quelques distinctions récentes entre philosophie, théorie et méthodologie du droit et science dogmatique juridique v. R. Alexy / R. Dreier, "The Concept of Jurisprudence", in *Ratio Juris*, t. 3, n° 1, 1990, pp. 1-13.

(15) V. ci-dessus les développements de J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris 1989, pp. 76 et s.

(16) La formule hartienne est : "Public, common, standard of correct judicial decision", H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 112 ; N. MacCormick, H.L.A. Hart, London 1981, pp. 103 et s.

Même si la thèse paraît en quelque sorte circulaire (17), son importance consiste à montrer que le droit valide à un moment donné ne peut être établi que par référence à son caractère institutionnel (18). Cela signifie que déterminer le droit applicable ne réduit pas au simple constat que tel ou tel acte normatif devra être à la base de la décision à prendre. Cela signifie plutôt que le juge ou un autre agent du droit est obligé tout d'abord de vérifier sa compétence institutionnelle, qu'il est tenu de démontrer toutes les démarches qui le conduisent à admettre que les normes par lui choisies sont des normes valides du système (19), et qu'il doit enfin avancer des arguments en faveur du sens qu'il attribue aux normes en question. Ainsi, on voit que c'est un raisonnement complexe effectué par l'agent qui résoud un problème juridique quand il se pose la question de la validité des normes qu'il considère comme applicables. On aperçoit plus particulièrement qu'apprécier la validité et révéler le sens des normes présente une unité indissoluble et que ce sens se détermine par rapport aux vues et convictions politico-juridiques de la communauté des membres d'une société organisée par ses institutions.

La méthodologie juridique de nos jours s'occupe, de manière nouvelle, d'autres thèmes majeurs : on peut indiquer, à titre d'exemple, la théorie des normes conçue plus largement comme une théorie du comportement social régi par des normes éthiques et juridiques (20) où la problématique des énoncés normatifs est traitée dans le cadre plus large de la théorie du langage et des logiques modales (21). Une double tendance s'y dessine : d'une part, les recherches strictement logiques ont pris un caractère très spécialisé (22) ; d'autre part, elles sont devenues un outil indispensable à tout discours juridique.

Un autre grand thème traité par la méthodologie juridique contemporaine est celui de l'argumentation juridique qui concerne plus particulièrement la décision jurisprudentielle. Dès le commencement, la topique et la nouvelle rhétorique (23) ont beaucoup apporté au développement de cette théorie et, de ce fait, elles ont aidé la pratique jurisprudentielle de manière décisive. Mais avec les aboutissements de la logique moderne et de la philosophie du langage, les choses ont

(17) Une précision de cette formule a été donnée par N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, pp. 54 et s.

(18) Dans un vaste cadre sociétal ("integrity in law") discute le problème R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge / Massachusetts 1986, pp. 223 et s.

(19) MacCormick, (note 15), p. 110.

(20) V. la littérature plus récente dans E. Bulygin / J.-L. Gardies / I. Niiniluoto, (éds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, ch. III, Dordrecht 1985.

(21) C. E. Alchourrón / E. Bulygin, *Normativ Systems*, Vienne, New York 1971 ; A.G. Conte / R. Hilpinen / G.H. von Wright, (éds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden 1977, J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*, Paris 1987.

(22) V. le numéro special de *Ratio Juris*, t. 3, n° 2, 1990, consacré aux *Expert Systems in Law*.

(23) V. les ouvrages fondamentaux ci-dessus Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5ème éd., Munich 1974 ; Ch. Perelman / L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Bruxelles 1970 ; plus récemment W. Gast, *Juristische Rhetorik*, Heidelberg 1988.

changé : la théorie de l'argumentation a pris un nouvel essor. Tant en éthique qu'en droit, le discours scientifique se tient sur la base d'une argumentation rationnelle dont les fondements théoriques sont déjà poussés très loin (24). Néanmoins, la méthodologie juridique sera encore pour longtemps occupée par ce thème, les données sociales présentant une considérable diversité qui doit être prise en compte si l'on veut élaborer une argumentation juridique cohérente.

IV - LES POSTULATS

La fonction et les objectifs de la méthodologie juridique sont orientés vers la pratique. La méthodologie se propose d'élucider la pratique de la réalisation du droit par l'activité des institutions judiciaires et administratives en expliquant toutes les démarches interprétatives qu'englobe cette activité. L'élucidation méthodologique y est utile, voire indispensable, pour que le juge ou un autre agent du droit puisse élaborer une décision bien fondée. La méthode que fait apprendre la méthodologie juridique consiste donc en une série de démarches théoriques -concepts, constructions, modes d'argumentation, modèles logiques et discursifs dans l'utilisation qu'en fait l'agent qui met en œuvre le droit. La méthode n'est pas seulement un outil technique facile à manier qui mène quasi-automatiquement à un résultat voulu. Elle est une activité complexe à poursuivre d'après des standards établis par une métathéorie méthodologique.

Ainsi conçue, la méthodologie juridique -ou la méthode tout court- ne saurait être réduite à une simple interprétation de textes juridiques. Elle s'occupe bien sûr d'interprétation de textes normatifs en aidant et en instruisant la dogmatique juridique qui, à son tour, cherche à expliciter le contenu du sens des normes d'un système juridique en vigueur (25). Mais la spécificité de cette interprétation découle, d'une part, du fait qu'il s'agit des textes normatifs et non purement descriptifs qui ne se prêtent pas à un traitement libre, voire arbitraire, comme un texte littéraire et qu'il s'agit des normes visant une certaine conduite sociale à atteindre. D'autre part, c'est cette conduite sociale qui est à la base des relations juridiques envisagées par le juge ou un autre agent du droit. Or, l'interprétation juridique consiste dans l'analyse d'une complexité de normes et conduites sociales, donc d'une pratique sociale (26) d'organisation institutionnelle qui, à son tour,

(24) W. Krawietz / R. Alexy (éds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983 ; A. Peczenik (éd.), *Meaning Interpretation and Reality*, Dordrecht 1989 ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987 ; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989 ; R. Alexy / A. Peczenik, "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", in *Ratio Juris*, t. 3, n. 1 bis, 1990, pp. 130-147.

(25) V. l'analyse détaillée chez A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, ch. III ; J. Schmidt, "Zur Bedeutung von Rechtssätzen", in A. Kaufmann et al. (éds.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Francfort s.M. 1988, pp. 433-460.

(26) V. sur l'interprétation d'une pratique sociale comme une "creative interpretation" R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge / Massachusetts 1986, pp. 45 et s.

procède à l'interprétation des normes qui la concernent. Dès lors, des démarches méthodiques appropriées sont exigées mais aussi de nouveaux problèmes y surgissent.

On a toujours imaginé qu'une méthode bien élaborée conduirait l'interprète à coup sûr à un résultat correct, à une décision juste. C'est une telle méthode que l'on a recherché de tous temps et dont on a pensé qu'elle est possible à retrouver. Et même si, dans le présent, on ne partage pas partout cette vue absolue, la méthodologie est restée toujours optimiste à ce sujet.

Mais la question est de savoir s'il existe une seule réponse juste aux problèmes que pose la pratique juridique. L'idée de "one right answer" (27) est suggérée par une double attitude, jusnaturaliste et juspositiviste : on croit qu'il y a dans la vie sociale une vérité objective, une solution juste pour chaque situation individuelle comme on accepte qu'il y ait une loi universelle qui régisse d'une manière parfaite et inélectuable les affaires du monde. Et c'est au juge de trouver cette juste mesure. Ou bien, on souscrit à la thèse -d'ailleurs une fiction positiviste- que le législateur a tout prévu et donné une solution à tous les problèmes qui se présentent dans la pratique juridique. Et c'est exactement cette solution qui doit et peut être trouvée au moyen d'une méthode sûre.

Mais si l'on adhère à une conception contraire, les choses se présentent dans une optique tout à fait différente (28). Le droit ne contient pas une seule solution correcte et juste pour tous les cas particuliers ; le droit indique plutôt une solution "privilegiée" du point de vue politique et éthique à un moment donné dans la vie de la société, une solution soutenue par de larges groupes sociaux à un moment donné et favorisée par un grand public. Et c'est exactement ce fait qui constitue le droit et dont on pense que c'est la seule solution possible. En effet, il y a aussi d'autres solutions qui sont tout à fait soutenables du point de vue des intérêts de certains groupes sociaux mais qui ne constituent pas la mesure juridique prédominante à une certaine époque.

A mon sens, cet état des choses est exprimé d'une manière adéquate par une conception socio-axiologique du droit (29) qui tient compte des différentes positions politiques et éthiques de larges groupes sociaux et correspond mieux au fait sociologique des systèmes et cultures politiques et juridiques divergents que l'on observe au cours de l'histoire. Une telle conception du droit révèle en outre de multiples possibilités de coopération et d'intégration entre les systèmes politiques démocratiques et ceux, -p. ex. en Europe de l'Est, qui sont en train d'élaborer des institutions démocratiques.

Les conséquences en sont d'une importance particulière pour la méthodologie juridique dans les décennies à venir. En changeant certains paradigmes, elle va élaborer des attitudes et des démarches

(27) Voir R. Dworkin, *A matter of principle*, Oxford 1986, pp. 119-145.

(28) A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, pp. 161-165 ; le problème est discuté dans une perspective plus large par Aarnio, "Das regulative Prinzip der Gesetzesauslegung", in *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 409-431.

(29) Voir mon article "Une conception socio-axiologique du droit", in *Droits* 10, 1989, pp. 69 et s.

méthodologiques qui permettent mieux d'articuler, au cours de l'application du droit, des thèses et des argumentations en faveur des positions contraires soutenables dans le cadre d'un système juridique. Elle va pousser plus loin la théorie de l'argumentation juridique qui se déploie dans le champ institutionnel de la société ouverte et communicationnelle. De telles tendances sont déjà observables.

La méthodologie juridique, de nos jours, n'est pas marquée par l'opposition entre un style formel qui dispose apparemment d'arguments stricts et convaincants et un style d'argumentation "substantiel" dont la force probatoire reste toujours discutable.

Elle est plutôt dominée par une multitude d'approches herméneutiques, logiques, discursives et institutionnelles qui livreront pour longtemps les thèmes principaux de recherche.

Les efforts actuels de la logique des normes ne sont pas concentrés sur une logique purement déductive qui produit des résultats inébranlables. La logique des normes associe ses efforts à ceux d'une théorie de l'argumentation juridique plus large en quête de règles et de constructions de raisonnements plus cohérents. La discussion internationale des dernières années manifeste clairement cette tendance. Les recherches sur la rationalité (30) et la légitimation du droit et, plus particulièrement, sur les actes interprétatifs au cours de l'application du droit ont fait ressortir des multiples dimensions du discours juridique. Quant à l'application du droit, on a montré nettement que la rationalité se présente sous différents aspects (31), qu'elle ne s'identifie ni à une nécessité logique ni à une légitimité absolue, qu'elle correspond plutôt à une construction du raisonnable social accepté à une certaine époque (32) dans des milieux ("auditoires") spécifiques.

La perspective adoptée dans les recherches méthodologiques contemporaines ne permet plus d'opter pour une interprétation strictement orientée vers la volonté du législateur ou bien pour une autre, attachée exclusivement aux objectifs de la loi. Une telle opposition est devenue obsolète. La nécessité de respecter les objectifs législatifs paraît aujourd'hui évidente (33).

La méthodologie juridique est appelée à apporter une contribution importante à la pratique d'application d'un droit flexible qui est confrontée à de multiples exigences, parfois contradictoires, d'une société pluraliste, ouverte à des valeurs concurrentes, qui prend

(30) V. sur le thème général "Law, Legitimacy, and Rationality", *Ratio Juris*, t. 3, 1990 n° 1 bis ; A. Aarnio / K. Tuori (éds.), *Law, Morality, and Discursive Rationality*, Helsinki 1989.

(31) J. Wróblewski, "Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality", in *Ratio Juris*, t. 3, 1990, n° 1 bis, pp. 100-117.

(32) M. Atienza, "On the Reasonable in Law", in *Ratio Juris*, t. 3, 1990, n° 1 bis, pp. 148-161.

(33) V. le n° 4 des Cahiers de Méthodologie juridique "Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs", R.R.J. 1989 n° 4 et les travaux préparatoires du 2ème Congrès de L'Association Internationale de Méthodologie juridique (10 - 12 Septembre 1990 à Louvain-la-Neuve) sur "Le recours aux objectifs de la loi dans son application", Bruxelles 1990.

une attitude très différenciée à l'égard des objectifs et de la fonction du droit. Cela signifie concrètement que la méthodologie juridique doit élaborer un modèle d'argumentation qui abrite toutes les possibilités de différenciation, de confrontation et de réconciliation des positions d'intérêt et de valeurs contraires en quête d'une solution socialement justifiable. Ainsi, le juge ne se retirera pas dans des cas difficiles dans un pouvoir prétendument discrétionnaire qui lui permettrait de produire une décision libre ; et il ne se cachera pas derrière une solution prétendument ferme et préétablie. Le juge aura dorénavant la tâche, il est vrai difficile, d'organiser et de guider un discours juridique où les succès ne sont liés qu'à la cohérence des arguments. Il sera possible, dans un tel discours, d'articuler de nouvelles attitudes de valeur que la société ouverte adopte, et le droit remplira sa fonction directrice, dans la mesure où des acceptions divergentes qui existent en société quant à ses objectifs peuvent être respectées. Et si l'on observe de plus près l'activité jurisprudentielle de nos jours, on se voit conforté dans cette espérance.

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE EN DROIT ANGLAIS

Par

Geoffrey SAMUEL(1)
Université de Lancaster

Cette contribution vise à esquisser une définition de la méthodologie juridique anglaise ainsi qu'à présenter les modes d'enseignement et de recherche s'y rapportant. D'une part, étant donné le niveau de connaissance quant à la science du droit en Angleterre (2), y compris l'attitude des praticiens envers la théorie générale du droit, un tel exercice présentera peu de difficultés puisqu'il ne concernera que les méthodes se rapportant aux sources formelles de droit. D'autre part, cet exercice soulèvera des questions fondamentales en ce qui concerne non seulement la formation et la didactique, mais aussi l'épistémologie juridique. Il faut ajouter d'ailleurs qu'on ne touchera ces dernières que très sommairement.

INTRODUCTION

Selon un commentaire récent, alors que les historiens du droit possèdent une connaissance profonde de la formation du droit romain relatif aux institutions concrètes et aux règles, ils sont beaucoup moins bien renseignés au sujet des méthodes et des principes employés par les jurisconsultes romains (3). Il semble qu'on ne s'applique jamais à une étude logique des méthodes ou de l'esprit juridique de ces juristes. Or, dire la même chose quant aux régimes modernes de *ius civile*, ce serait peut-être soulever une question plus controversée. Néanmoins, malgré les ouvrages admirables consacrés à la théorie générale du droit (4), on peut toujours trouver des lacunes dans la méthodologie juridique. Il en est ainsi notamment à partir du moment où l'on met au point non plus

(1) L'auteur voudrait remercier le Dr Nathalie Prouvez et le Professeur Jean-Louis Bergel pour l'aide qu'ils lui ont apportée pour la rédaction de cette contribution en français

(2) G. Wilson, *English Legal Scholarship* (1987) 50 *Modern Law Review* 818.

(3) S. Stromholm, *A Short History of Legal Thinking in the West* (Stockholm, 1985), pp. 46, 67.

(4) Voy. entre autres J-L Bergel, *Théorie générale du droit* (Dalloz, 2e éd., 1989).

les sources formelles du droit mais la connaissance juridique, car il s'agit ici d'une épistémologie juridique descriptive qui, en dehors des sources formelles du droit positif, n'a pas lieu d'être. Autrement dit, tous les efforts des juristes sont aujourd'hui concentrés sur le droit - c'est-à-dire les traités, la constitution, les lois, les règlements, les arrêts...- et non sur le phénomène juridique (5).

La question de savoir si ces remarques concernant la méthodologie dans les systèmes d'Europe continentale sont vraies ou fausses ne sera pas celle dont cette contribution traitera. On ne fait ces remarques que parce qu'elles deviennent très pertinentes quand on les applique à la *common law*. Du point de vue de la didactique du droit anglais, la méthodologie, thème inclus dans l'*English Legal System*, a pour objet les techniques relatives aux sources formelles du droit (6). Comme en France, le "juriste est un lecteur de lois et de décisions judiciaires" et sa "tâche principale est donc de les interpréter et d'en déterminer les conséquences dans les cas qui lui sont soumis ou qu'il imagine" (7). Cette manière peu flatteuse de voir la méthodologie fait partie d'un problème plus général concernant le savoir juridique en Angleterre : on a estimé jusqu'à une époque récente que les facultés de droit n'avaient pour tâche que l'enseignement et que leurs travaux intellectuels n'avaient pas une importance égale à ceux des autres facultés ou des facultés de droit d'outre-Manche (8). On peut déplorer cette mauvaise réputation puisque non seulement la tradition de la *common law* est toujours très riche en ce qui concerne et la technique et la substance, mais encore la méthodologie des juristes anglais, comme l'ont noté quelques professeurs allemands et français (9), peut être comparée à celle des juristes romains eux-mêmes. Une connaissance profonde des méthodes des juristes anglais serait donc bénéfique pour le droit occidental.

1. LA DÉFINITION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

La possibilité qu'il existe entre le droit romain et la *common law* ce que l'on a appelé un rapport interne (*inner relationship*) (10) ne devrait pas permettre de masquer le fait que la méthodologie juridique en France et en Angleterre se situe dans des contextes assez différents ; ceci rend difficile la comparaison exacte du statut de la méthodologie dans les deux pays. Certes, elle attire en Angleterre la même critique

(5) C. Atias, *Épistémologie juridique* (P.U.F., 1985), pp. 79-97.

(6) Voy. en général J. H. Farrar & A. M. Dugdale *Introduction to Legal Method* (Sweet & Maxwell, 3 éd., 1990).

(7) Atias, op. cit., p. 91.

(8) Wilson, op. cit., p. 818.

(9) M. Villey, *Philosophie du droit II: les moyens du droit* (Dalloz, 1979), n° 209 ; K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law: Volume I* (Oxford, 2e éd., 1987 ; trad. T. Weir), pp. 193-194 ; E. Agostini, *Droit comparé* (P.U.F., 1988), n° 119-120.

(10) F. Pringsheim, *The Inner Relationship Between English and Roman Law* [1935] *Cambridge Law Journal* 347.

qu'elle s'est attirée en France ; mais il doit être gardé en mémoire qu'une partie de l'esprit et de la tradition de la *common law* a pour source une certaine méfiance vis-à-vis des pensées abstraites et philosophiques. Il n'est pas de la nature du juriste anglais de méditer sur ses propres techniques autrement que dans un sens très formel. Qui plus est, les sources formelles du droit sont elles-mêmes assez différentes : en droit anglais, la doctrine n'est pas une source formelle alors que la jurisprudence demeure, du moins d'un point de vue historique, la source la plus importante (11). En outre, ce qui est important à noter quant à ces différences, c'est qu'elles ont contribué à établir la technique à un niveau assez éloigné de celui qu'elle a atteint en France. En Angleterre, le droit comme une science, comme un objet de science ou comme un ensemble de techniques tend toujours à fonctionner au même plan.

Plus on comprend la *common law* dans ces limites formelles, plus il devient facile d'apercevoir et de définir la méthodologie juridique. Celle-ci se compose des techniques employées par les juristes afin de déterminer les faits, de trouver le droit et d'appliquer celui-ci à ceux-là. Tout cela pour arriver à une décision juridique. Or, ceci n'est pas totalement différent de ce que l'on trouverait en France (12). Cependant, l'absence de toute notion de système institutionnel - c'est-à-dire d'un système fondé sur les *Institutes* de Gaius et Justinien - à l'époque de la formation de la *common law* a la conséquence suivante : le régime actuel dans lequel les faits et les règles s'envisagent est tel qu'une décision est atteinte non à travers un régime d'institutions juridiques ou un système de droits subjectifs, mais à travers les faits eux-mêmes tels qu'ils sont présentés à la Cour. Celle-ci en extrait des règles très courtes étroitement liées à ces faits (13). Il s'ensuit que le juriste anglais n'a pas vraiment la capacité de comprendre ces notions au-delà soit des faits, soit du langage des textes juridiques. Telle est la raison pour laquelle les techniques elles-mêmes peuvent paraître très éloignées de celles du régime français, car on les a façonnées dans une tradition herméneutique très rigide (14).

2. LA DÉTERMINATION DES FAITS

Cette différence de technique est en rapport avec une différence de procédure juridique : le procès romano-canonique a donné naissance à des techniques institutionnelles tout à fait éloignées de celles de l'*adversary system* qui est à la base du *trial* anglais et où, il faut ajouter, on trouvait jusqu'à une époque récente non seulement un juge mais aussi un jury. Bien entendu, les deux procès ont le même objet qui est d'établir les faits. Mais il convient de noter que quand il s'agit d'établir les faits l'accent est dans le *trial* toujours sur les parties, car le juge n'a pour rôle primordial que de trancher le litige puisque le

(11) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (Daloz, 8e éd., 1982), n°. 333, 342.

(12) David, *supra*, n°. 357.

(13) David, *supra*, n°. 317-319.

(14) P. Goodrich, *Languages of Law* (Weidenfeld & Nicholson, 1990), pp. 66-71.

devoir qui pèse sur une Cour anglaise ne demeure que de rendre la justice aux parties (15). Selon la Chambre des Lords, il n'y a pas d'obligation de s'engager dans la recherche d'une vérité ultérieure (16). En dehors de cet accent mis sur les parties (ou peut-être sur leurs avocats), il faut aussi souligner la tradition de l'oralité : on détermine les faits non par voie d'instruction mais à travers interrogatoire et contre-interrogatoire des témoins pendant le *trial* lui-même (17). Dans le passé -et aujourd'hui dans les procès pénaux concernant les infractions les plus sérieuses- le jury devait trancher les questions de fait. Alors que cette institution a largement disparu des affaires civiles, certaines techniques persistent comme si il y avait un "jury fantôme" (18). En conséquence, le rôle du juge est de trancher les questions de fait. Cependant, le juge se trouve, ce faisant, dans une situation où son pouvoir de citer et d'interroger les témoins demeure, comme c'était le cas pour le jury, strictement limité.

La distinction entre le juge et le jury est à la base d'une autre démarcation importante dont tous les systèmes juridiques occidentaux se servent : c'est celle entre le fait et le droit. Toutefois, au moment où l'on vient à examiner cette démarcation dans le contexte des rôles des parties et du juge, il devient évident que, en ce qui concerne la technique juridique, la différence peut devenir très insaisissable. Il en est ainsi quand il s'agit des faits et des présomptions en ce qu'il y a certains faits qui font naître des présomptions concernant d'autres faits, d'où il résulte qu'une technique primordiale en droit anglais se trouvera sur le terrain des prétentions (*statements of claim*) et des débats (*pleadings*) (19). Par exemple, en ce qui concerne une action en dommages-intérêts fondée sur la *négligence*, c'est le demandeur qui doit fournir la preuve de la faute. Toutefois, si le demandeur peut plaider les faits d'une manière où une présomption de la faute se dégage des faits (on dit *res ipsa loquitur*), il s'ensuit que cette manipulation des faits pourrait accomplir ce qu'un débat de pur droit ne réaliserait jamais. On peut citer le cas de la demanderesse qui exige que le propriétaire d'un camion soit reconnu responsable en droit pour tout préjudice occasionné par la chose elle-même, sans qu'il y ait eu faute. Une telle demande échouerait en Angleterre (20). Cependant, si elle pouvait fournir des faits tendant à établir que les circonstances particulières dans lesquelles on fait fonctionner ce camion sont telles qu'il y ait une obligation extraordinaire, il serait possible qu'elle puisse persuader la Cour de déclarer qu'il y a aussi une responsabilité extraordinaire (21). En France du moment que l'on a établi qu'il y a un dommage occasionné par une chose, la question de la responsabilité est celle de

(15) J. A. Jolowicz (sous la direction de), *Droit anglais* (Daloz, 1986), n° 123 (par J. A. Jolowicz).

(16) *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 A. C. 394, 438.

(17) Jolowicz, op. cit., n° 113-122 (par J.A. Jolowicz).

(18) Jolowicz, op. cit., n° 12 (par J. A. Jolowicz).

(19) Voy. G. Samuel, *Ex Facto Ius Oritur* (1989) 8 *Civil Justice Quarterly* 53.

(20) *Phillips v Britannia Hygienic Laundry* [1923] 2 K. B. 832 ; *Dymond v Pearce* [1972] Q. B. 496.

(21) *Henderson v H. Jenkins & Sons* [1970] A.C. 282.

droit simple ; en Angleterre, une telle question est en réalité une question de fait.

Cependant, si la technique anglaise souvent se réduit à l'interprétation de fait, ceci à son tour soulève quelques difficultés délicates à l'égard du rôle du juge de première instance et de toute révision de ce rôle par une Cour d'appel. Bien qu'assumant le rôle de jury, le juge, à la différence du jury lui-même, motivera ses décisions comme si celles-ci étaient des questions de droit. Ces motivations concernant les questions de fait sont-elles, en elles-mêmes, des motivations de droit ? Dans un régime où le précédent existe, il sera important d'apporter une réponse claire à cette question. En effet, faute de principe d'un pouvoir souverain du juge du fond en *common law*, les questions de fait peuvent surgir même devant les juges d'appel puisque la Cour d'appel et la Chambre des Lords ont le droit de révision - il s'agit, selon la loi, d'une audition nouvelle (*rehearing*) (22) des faits aussi bien que du droit. En conséquence, il y a souvent des affaires dans lesquelles il s'avère que le rôle des juges d'appel est en fait de réviser l'interprétation des faits. Même la Chambre des Lords, Cour de troisième instance, peut être amenée à agir en maintes occasions presque comme un tribunal dont le rôle se limite à trancher une question de fait entre deux parties. Certes, il existe des arrêts où la Cour Suprême a essayé de repousser les efforts de changer les questions de fait en questions de droit (23). Mais il demeure vrai, du moins en matière de didactique, que "les étudiants pourraient avoir à lire bien des arrêts afin d'acquérir, indirectement, la pratique qui est la source du jugement sain" (24).

3. LA RECHERCHE DU DROIT

Cette situation étant donnée, lorsqu'il vient à rechercher le droit il ne s'agit pas souvent de la recherche des grands principes soit dans la loi soit dans la jurisprudence. *Non est regula sumatur sed ex iure quod regula fiat* est un adage applicable autant à la *common law* qu'au droit romain (25). Il doit néanmoins être gardé en mémoire que, même à propos de la jurisprudence, les tribunaux et les juristes se livrent en fait souvent à une analyse des textes pour découvrir la règle à appliquer puisqu'il s'agira toujours d'une interprétation des précédents que l'on ne trouvera que dans les recueils d'arrêts. En d'autres termes, afin de trouver le droit, il faut interpréter les faits, mais ceux-ci ne se trouveront que dans le langage d'un *law report* ; par conséquent, il sera nécessaire de réinterpréter chaque précédent en utilisant un vocabulaire juridique agissant comme moyen d'interprétation (26). S'agit-il d'une "bouteille de bière" ou d'un "produit" ayant causé un préjudice à la demanderesse dans l'affaire *Donoghue v Stevenson* (27) ? Si cet arrêt

(22) Jolowicz, op. cit., n° 157 (par J. A. Jolowicz).

(23) Voy. par ex. *Qualcast (Wolverhampton) Ltd v Haynes* [1959] A.C. 743.

(24) Tony Weir, *A Casebook on Tort* (Sweet & Maxwell, 1967), p. 68.

(25) D. 50. 17. 1 ; Samuel, op. cit.

(26) C. Atias, *Théorie contre arbitraire* (P.U.F., 1987), n° 43.

(27) [1932] A.C. 562.

se rapporte à l'existence d'une faute, où celle-ci se trouve-t-elle ? Dans l'absence d'une étiquette disant "bière avec escargot décomposé" ou dans le lancement sur le marché d'un produit dangereux ? Et si tel est le cas, est-il question d'une chose dont le danger menace la santé ou s'agit-il d'intérêts plus généraux, y compris d'un intérêt purement économique (le prix du produit) ? Ces questions deviendront essentielles au moment où la Cour se trouvera confrontée aux faits concernant, par exemple, un bâtiment défectueux dont la municipalité a manqué négligemment de découvrir les vices. La question de savoir si le propriétaire du bâtiment pourra intenter ou non une action en dommages-intérêts contre la commune peut reposer, *inter alia*, sur l'interprétation des faits que ferait la Cour dans l'arrêt *Donoghue v Stevenson* (28). Si la Cour devait estimer qu'un bâtiment est un produit, il serait plus facile de conclure que la *ratio decidendi* de l'arrêt de 1932 s'applique aux faits d'une nouvelle affaire. Mais si la Cour devait trancher que la *ratio* ne s'applique pas, d'autres questions surgiraient. Y-a-t-il une nouvelle *ratio* selon laquelle toute responsabilité sera exclue s'agissant d'une autorité administrative ? Ou la Cour veut-elle dire que l'existence d'une responsabilité dépend de celle d'un dommage physique ?

Quelle que soit la façon dont on tranche le problème du bâtiment défectueux, la technique qu'on emploie se présenterait comme celle de l'analogie. Or voici une technique qui, du point de vue de la *ratio legis* moderne, peut donner l'impression d'une logique dont la puissance intellectuelle s'est perdue. Cependant, la technique de l'analogie -c'est-à-dire une logique qui va du particulier au particulier ou du fait au fait- permet à l'interprète de comprendre non seulement ce que Perelman a nommé la nouvelle rhétorique (autrement dit l'aspect pragmatique du raisonnement juridique) (29) mais encore la particularité de la méthode anglaise laquelle, comme nous l'avons vu, se situe à l'intérieur des faits. Qui plus est, la technique analogique s'avère très utile en ce qui concerne l'autre source principale du droit anglais en ce qu'alors que la loi se trouve, par définition, dans la langue d'un texte, l'expression et la structure de celui-ci, en Angleterre, est d'une telle sorte qu'elles ne permettent guère à l'interprète de fonctionner selon l'idée d'une *ratio legis* de manière qu'on la comprenne en France. Dans un seul *Act of Parliament*, voire même dans un seul article, on va souvent du droit substantiel à la procédure et du concret à l'abstrait et la langue elle-même de la législation anglaise se distingue par une complexité opaque (30). Même la législation pénale ne s'organise nullement comme un code (31) (quoique la *Law Commission* fasse actuellement des efforts) et, en conséquence, le droit pénal consiste en effet en un progrès d'une situation de fait au

(28) *Anns v Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 ; cf. *Murphy v Brentwood District Council* [1990] 3 W.L.R. 414.

(29) Ch. Perelman, *Logique juridique: Nouvelle rhétorique* (Daloz, 1979).

(30) J. A. Clarence-Smith, *Legislative Drafting: English and Continental* [1980] *Statute Law Review* 14.

(31) Jolowicz, *op. cit.*, n° 495 (par J. R. Spencer).

paradigme procédural du *trial* (32) par la voie du langage des textes dans lesquels on veut mélanger des règles constitutionnelles, pénales et procédurales. En fait au lieu d'un Code pénal, ou même d'une masse de règles législatives, il serait mieux d'y voir un sujet dont les sources se trouvent dans, d'une part, les preuves et la procédure pénale et, d'autre part, l'arbitraire des professionnels et des non-professionnels de justice, y compris les fonctionnaires et la police. En d'autres termes la substance normative du droit pénal se perd fréquemment dans les complexités des textes dont les règles fixent plus le déroulement du procès qu'un code dont l'objet serait d'encourager le bon comportement des citoyens.

Rechercher le droit, ce n'est donc pas lire les lois et la jurisprudence afin d'en dégager la prémisse majeure et la prémisse mineure. Sans doute est-il possible d'analyser la *ratio decidendi* en termes de syllogisme où la prémisse majeure se compose d'une règle préexistante et la mineure des faits essentiels (*material facts*) du litige (33). Néanmoins d'un point de vue méthodologique, il y a tout lieu de penser que c'est la situation de fait dont l'action provient, où dont le soupçon d'une infraction découle, qui forme la majeure et le texte ne demeure souvent que la mineure. Et l'explication de cette inversion des prémisses se trouve dans le fait que la *common law* ne s'organise pas dans un schéma par lequel l'interprète pourrait penser et fonctionner au niveau d'un droit rationnel séparé du monde du fait. La *common law* reste toujours, quant à l'histoire épistémologique des sciences, à l'étape inductive (34). Bien entendu, le professeur de droit anglais a la liberté de déclarer que le *British Nationality Act 1981* fait partie du droit des personnes et le bibliothécaire la classerait dans la catégorie du droit public (35) ; c'est, également, souvent très utile d'interpréter le *Law of Property Act 1925* en termes d'un régime dont les *iura in rem*, en ce qui concerne la propriété immobilière sinon la propriété mobilière (36), proviennent. Cependant un tel schéma, dit "institutionnel" d'après le plan de Gaius (37), ne servira à rien du moment qu'il s'agit d'un système qui ne part pas en effet de la notion d'un droit subjectif puisque le rôle du schéma en droit moderne est devenu celui d'être un réservoir d'information juridique dont l'objet est de fournir un système axiomatique. Faute d'un tel système axiomatique, le réservoir se trouve dans le concret même où il est une question d'une loi. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une victime a subi un dommage corporel à cause d'un chien méchant (un problème social assez important au Royaume-Uni à l'heure actuelle) parce qu'il est inutile pour elle de chercher un principe général du même genre que celui de l'article 1385 du Code civil. Afin

(32) Voy. par ex. Jolowicz, op. cit., n° 491 (par R Munday).

(33) Voy. Lord Simon dans *F.A. & A.B. Ltd v Lupton* [1971] 3 All ER 948, 964-965.

(34) R. Blanché, *L'épistémologie* (P.U.F., "que sais-je ?" n° 1475, 3e éd., 1983), p. 65.

(35) Voy. généralement T. Weir, *The Common Law System*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, chap. 2, Part III.

(36) Cf. *Beswick v Beswick* [1966] ch. 538 (C.A.) ; [1968] A.C.58 (H.L.).

(37) Stein, *Legal Institutions* (Butterworths, 1984), pp. 125-129.

de trouver une règle à appliquer, il faut ou bien chercher des analogies de fait dans le délit de *négligence* ou de *nuisance* (38), ou bien se livrer à une étude profonde des caractères des animaux pour qu'on puisse faire accorder les faits de la victime avec l'une des formules de l'*Animals Act 1971* (39). Une tentative de comprendre les dispositions de cette loi de 1971 par voie d'une lecture du texte lui-même n'aboutira qu'à une situation où l'interprète se trompera (40).

4. L'APPLICATION DU DROIT AUX FAITS

Cette technique par laquelle on va du particulier au particulier s'avère en effet être un exercice où on administre le droit. En d'autres termes, rechercher le droit, c'est l'appliquer. Quand le juriste anglais cherche des précédents pour découvrir les "*material facts of the case*", lesquels serviront comme l'analogie à l'égard de l'affaire en délibération, le droit ne se manifestera que lorsqu'il fait la comparaison entre les faits de la majeure avec ceux de la mineure. Raisonner par voie d'analogie est donc raisonner de façon à produire l'impression qu'il s'agisse d'un syllogisme mais dont la vraie technique découle d'une méthodologie assez différente. Quant à la *ratio decidendi*, ce qui est important à noter c'est qu'elle ne se comprend jamais du point de vue abstrait (41) ; c'est toujours une question liée aux faits dont la *ratio* devra se définir et auxquels elle devra s'appliquer, et ceci demeure vrai même à propos d'un sujet tel que le droit des contrats. Ceux-ci, en droit anglais, ne se composent guère des règles ou principes généraux séparés des faits des arrêts qui sont censés en produire, de sorte que, quand il y a par exemple un problème de formation, la résolution ne se trouve pas par le truchement d'une notion telle que l'*assensio mentum*. La technique, même à l'égard des quelques appels à la Chambre des Lords, est celle d'une analyse très minutieuse des faits pour découvrir si l'une des parties a lancé une promesse susceptible d'être acceptée par l'autre partie (42).

Sans doute, émergent des dénominateurs communs, tout comme ce fut le cas en droit romain (43). En conséquence, on peut penser que la promesse, sinon la convention, est pour l'essentiel au sein des problèmes concernant la formation des contrats (44). Or, dès qu'il y a une notion commune telle que la promesse, il est possible également de la réduire en règles qui, à leur tour, seront appliquées aux affaires à venir. Toutefois, même où s'est dégagé une telle notion ou un tel dénominateur - par exemple l'offre et l'acceptation en matière de

(38) Voy. par ex. *Draper v Hodder* [1972] 2 Q.B. 556.

(39) Voy. par *Curtis v Betts* [1990] 1 W.L.R. 459.

(40) Voy. *Curtis v Betts*, supra, pp. 462-463.

(41) Jolowicz, op. cit., n° 58 (par J. A. Jolowicz).

(42) Voy. entre autres *Bulter Machine Tool Co. Ltd v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd* [1979] 1 W. L. R. 401 ; *Gibson v Manchester City Council* [1979] W. L.R. 294.

(43) Voy. D. 2.14.1. 3 en ce qui concerne *conventio*.

(44) K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law : Volume II* (Oxford, 2e éd., 1987 ; trad. T. Weir), p. 7.

contrat ou le *duty of care* en matière quasi-délictuelle ne se prête guère au syllogisme puisque les Cours se donnent en effet le droit de remettre les faits de manière que ceux-ci s'accordent avec ce que doit être, selon chaque juge, la politique juridique ou l'ordre public (45). Quant à la technique, ce que la Cour essaie d'habitude de faire, c'est d'entrer, à travers les débats oraux, dans les faits de l'affaire en question afin de découvrir s'il y a vraiment une structure correspondant aux précédents, cette structure étant déterminée en partie par une politique juridique. Par exemple un juge, par la voie de l'interrogatoire, pourrait s'approprier l'identité d'une des parties de façon à déterminer l'existence des éléments constitutifs d'une promesse juridique (46). De même, une question de droit pur peut se rapporter non au syllogisme dans lequel un principe forme la prémisse majeure mais à un fait. Il en est ainsi quand il s'agit d'un devoir de diligence (*duty of care*) lequel se résout souvent d'après la nature physique du préjudice : là où il n'existe que le dommage purement économique, il n'y aura pas une responsabilité délictuelle sans que le demandeur ait prouvé soit une obligation sans faute (*strict liability*), soit un rapport presque contractuel (*special relationship*) (47). La technique qu'on emploie n'est, une fois encore, vraiment celle du syllogisme qu'en tant qu'on comprend les faits comme la prémisse majeure. Or, il est possible de penser que, d'après cette méthodologie, il s'agit toujours de la politique juridique ou d'ordre public (*policy decisions*) ; cependant quelle que soit la force d'un tel point de vue, l'idée de l'arbitraire juridique en soi ne représente nullement ce qu'est la technique juridique elle-même dont l'essence est la pénétration des faits pour relever les analogies, pour donner des exemples hypothétiques, pour tirer une conséquence et pour faire tout ce qui peut y ressembler. Tout comme on peut obtenir un aperçu des motifs des films d'Alfred Hitchcock en réorganisant la structure de leurs intrigues (48), on peut obtenir un aperçu de la méthodologie juridique de la *common law* par voie d'une manipulation des structures des faits juridiques classiques. C'est cette manipulation des faits juridiques qui constitue, et dans les travaux pratiques et dans les examens, la partie centrale de l'enseignement du droit, en Angleterre.

Même en ce qui concerne l'application des lois, le talent pour manipuler et réorganiser les faits demeure d'importance. En disant ceci, on ne fait pas abstraction de toutes les règles et présomptions concernant l'interprétation des textes (49) ; il n'est pas non plus suggéré que les tribunaux n'appliqueront pas une loi chaque fois qu'il s'agit d'une loi dont l'application pourrait mener à une injustice, car il y aurait là une question constitutionnelle. Cependant, il faut rappeler que l'interprétation d'une loi anglaise ne se fait qu'au moment même où on

(45) Voy. par ex. *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v Black Pool Borough Council* [1990] 1 W.L.R. 1195.

(46) Voy. *Blackpool Aero Club*, supra, p. 1201.

(47) *Murphy v Brentwood D. C.* [1990] 3 W.L.R. 414.

(48) R. Durgat, *The Strange Case of Alfred Hitchcock* (Faber & Faber, 1974).

(49) Voy. M. Zander, *The Law-Making Process* (Weidenfeld & Nicolson, 3e ed., 1989), pp. 146-147.

l'applique et que cette application ne se rapporte à aucun régime de règles législatives existant comme système rationnel. Le devoir d'un tribunal vis-à-vis d'une loi se limite à une recherche de l'intention du législateur au travers des mots eux-mêmes du texte et, puisque ce devoir ne comporte aucune obligation de se référer aux travaux préparatoires (50), la technique de l'interprétation et de l'application ne se comprend qu'à travers les images réelles évoquées par les termes mêmes de la loi. Un éléphant demeure "difficile à définir", a déclaré un juge de la Cour d'appel chargé de trancher si le mot *flood* incluait huit centimètres d'eau sur le plancher d'une salle de bain, "mais très facile à reconnaître" (51).

Cette approche concrète de l'interprétation des textes législatifs fait naître une difficulté en ce qui concerne le raisonnement analogique, ce qui est un peu insolite étant donné l'importance de celui-ci à propos du précédent. Le niveau de bien moindre généralité du langage de la loi anglaise a pour effet d'enfermer les tribunaux dans des limites de fait plutôt que celles d'un régime normatif ; il en résulte qu'il devient difficile de sortir d'une situation de fait pour passer à une autre à travers un texte législatif. Certes, quand il s'agit de la comparaison entre deux arrêts dont chacun a donné une interprétation opposée du même texte, l'analogie peut avoir un rôle (52). Toutefois, lorsque le tribunal doit trancher à propos de faits qui offrent une analogie avec ceux envisagés par une loi mais qui demeurent en dehors de celle-ci, le raisonnement par analogie ne saurait s'employer pour engendrer une nouvelle règle de droit (53). Tout ce que peut faire la Cour -si le demandeur l'avance- c'est d'utiliser une action dont la base se trouve dans les précédents pour en extraire un autre principe, à côté de celui de la loi (54). Il faut ajouter, cependant, que la Chambre des Lords, s'efforce maintenant d'utiliser une loi embrassant les faits du litige comme référence pour ne pas accorder d'autre action que celle que son texte, en fonction de l'intérêt public (*public policy*) selon la Cour Suprême, définit exclusivement (55). Le droit législatif, alors qu'il peut élargir le champ des actions et des droits, surtout peut-être lorsqu'il octroie au tribunal un pouvoir d'appréciation (56), a la capacité aussi de les réduire, car l'existence des lois peut empêcher les tribunaux de développer de nouveaux précédents. Voici donc une différence très importante entre l'application d'un précédent et l'application d'une loi.

(50) Voy. Jolowicz, op. cit., n° 62 (par J. A. Jolowicz).

(51) Lawton L. J. dans *Young v Sun Alliance and London Insurance Ltd* [1976] 3 All ER 561, 563.

(52) W. Twining & D. Miers, *How To Do Things With Rules* (Weidenfeld & Nicolson, 1982) pp. 249-250.

(53) Jolowicz, op. cit., n° 72 (par J. A. Jolowicz).

(54) Voy. *Anns v Merton L. B. C.* [1978] A. C. 728.

(55) Voy. *Murphy v Brentwood D.C.* [1990] 3 W.L.R. 414.

(56) Voy. entre autres *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 S.1(3)* *The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 S. 1(1)*.

5. LA SCIENCE ET LA MÉTHODOLOGIE

L'absence de tout système axiomatique ou schématique n'implique nullement que l'art de la qualification soit exclu de la *common law*. Elle n'implique pas non plus que les institutions et les concepts de droit n'aient aucun rôle à jouer. Ce qu'elle signifie, c'est que la qualification tend à fonctionner plus au niveau du droit judiciaire, y compris sur le terrain des faits, que de celui du droit substantiel ; avant de pouvoir qualifier les faits, on doit appliquer le droit, mais avant de pouvoir appliquer le droit, il faut qualifier les faits (57). Dès lors, le juriste anglais part souvent des notions qui paraissent empiriques, à savoir les notions telles que "l'homme prudent" (*reasonable man*), "l'intérêt sur la terre" (*interests in land*), "l'offre" et tout ce qui peut y ressembler. Or ces notions peuvent paraître de nature empirique ; mais, en réalité, elles constituent le fondement d'une science complexe dont la structure interne s'avère un peu différente de celle que Gaius et Justinien ont considérée comme la base des actions en justice en droit romain. On tomberait d'ailleurs dans l'erreur si l'on pensait que la pensée féodale, qui est derrière la *common law*, demeurerait incapable de perfectionner ses propres notions et institutions à l'égard des rapports juridiques qui forment le fondement de la propriété immobilière et mobilière (58). En effet le droit anglais, comme le droit romain, peut donner l'impression qu'il est un système qui pense en termes de recours (*remedies*), voire même qui raisonne en images ; mais on se tromperait si l'on croyait que les actions et les faits auxquels ces actions s'appliquent ne se conforment pas à un régime scientifique qui est en soi très complexe. On parle ici moins en termes de types des sciences qu'en termes de degrés divers d'abstraction et de rationalité (59).

Evidemment, la science juridique est très différente des sciences physiques. Toutefois, ceci n'implique pas qu'il n'y ait rien à gagner d'une étude de l'histoire de la pensée scientifique et il en est ainsi notamment quand il s'agit d'une compréhension des dissemblances méthodologiques entre la *common law* et un système romaniste, comme celui de la France. Celui-ci résulte de la vie universitaire -c'est-à-dire de l'enseignement- alors que celui-là s'est trouvé progressivement façonné, jusqu'à une époque récente du moins, par la vie pratique, à savoir par les avocats et les juges (60). Ce qui est important à propos de cette différence concernant la science juridique, c'est que, comme c'est le cas en ce qui concerne les sciences physiques, l'enseignant doit maîtriser le contenu de son enseignement de manière tout à fait différente de celle dont le praticien doit maîtriser sa science. "Il s'agit d'entrevoir la discipline, déclarent Astoffi et Develay, non pas comme un patchwork sans unité, chaque élément correspondant à un concept, mais comme une mosaïque expressive

(57) Voy. Samuel, op. cit.

(58) Voy. A-M Patault, *Introduction historique au droit des biens* (P.U.F., 1989), n° 4, 8, 10, 30, 57, 72.

(59) R. Blanché, *L'axiomatique* (P.U.F., 6e éd., 1980), pp. 101-102.

(60) David, op. cit., n° 313.

constituée de concepts en liaison les uns avec les autres" (61). Dans le droit anglais, donc, la qualification et les notions fonctionnent plus comme un patchwork : il y a une surabondance d'éléments dont chacun a son propre concept par lequel il se comprend. Prenons, par exemple, la personne morale (*legal person*) et le patrimoine. En France, la personne morale se comprend, non pas par rapport à un champ juridique particulier, mais à propos de la catégorie générale du droit des personnes (*ius personarum*). Dans la *common law*, par contre, la personne morale n'est rien de plus qu'un outil du droit commercial où elle se trouve étroitement définie par la loi et où elle n'est pas susceptible d'être employée pour résoudre les problèmes généraux concernant les intérêts de la classe ou du groupe. Ceci n'implique pas pour autant que le droit anglais soit incapable d'affronter des affaires soulevant un intérêt de classe, car le droit des actions et la procédure, ainsi qu'une institution telle que le *trust*, s'avèrent très performants en ce qui concerne les problèmes de patrimoine (62). Cependant, lorsqu'on en vient à essayer de comprendre une notion générale telle que le patrimoine lui-même, on trouve qu'il n'existe guère comme une notion substantielle dans le droit ; il n'existe que comme concept assez empirique à l'intérieur de la procédure ou comme accessoire du droit des obligations (63). Il en résulte que les juristes de la *common law* ont une flexibilité particulière quand il s'agit des problèmes de patrimoine puisque tout ce qu'on a besoin de faire, c'est de s'approprier une notion empirique telle que l'intérêt et de l'appliquer au travers d'un bon nombre d'éléments dont chacun se rapporte à un ensemble particulier de faits juridiques (64). Et ainsi, en ce qui concerne l'enrichissement sans cause, il n'est pas nécessaire pour le droit anglais de s'occuper d'un droit subjectif *in personam* fondé sur un principe général ; il sait trancher des problèmes de l'enrichissement injuste en utilisant soit des actions *in rem*, soit des actions *in personam*, sans pour autant penser en termes de catégories au sein du droit des obligations (65).

Toutefois, derrière ces recours et ces règles judiciaires, il est possible de découvrir une structure institutionnelle et conceptuelle. On doit séparer dès lors la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle (66), et la propriété des liens contractuels (67). A leur tour, ceux-ci se distinguent du statut (*status*) (68). Ce en quoi le juriste de la *common law* ne se conforme pas à la tradition universitaire, c'est à

(61) J.-P. Astolfi & M. Develay, *La didactique des sciences* (P.U.F., "que sais-je ?" n° 2448, 1989), p. 114.

(62) Jolowicz, op. cit., n° 363 (par G. H. Jones).

(63) Voy. entre autres *The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* S. 1(1) ; *The County Courts Act 1984* S. 85 (1).

(64) Voy. G. Samuel, La notion d'intérêt en droit anglais, dans Ph. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (sous la direction de), *Droit et intérêt : Volume 3* (Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990) pp. 405-436.

(65) Agostini, op. cit., n° 123.

(66) *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd* [1986] A.C.80.

(67) *Beswick v Beswick* [1968] A. C. 58.

(68) *Stevenson v Beverley Bentinck Ltd* [1976] 2 All ER

606.

propos de ce qu'on peut nommer les "méta-concepts", c'est-à-dire les concepts qui dépassent les catégories juridiques, y compris les catégories elles-mêmes. Et ainsi les notions telles que le droit subjectif (right) et le devoir (duty) semblent ne pas être dotées d'un pouvoir en elles-mêmes

Il s'ensuit qu'elles n'ont pas la capacité d'exercer une influence directe sur les méthodes et les techniques des tribunaux, ni de systématiser ou même de mettre en ordre les lois et les précédents (69). Alors que ces méta-concepts sont bien établis dans le langage de la *common law*, on ne peut les comprendre qu'à travers les causes d'action (*causes of action*) et les moyens (70). Même la propriété (*ownership*) demeure sans définition en droit anglais puisque la protection de ce droit subjectif fondamental ne se fait que par la voie des actions en justice dont les plus importantes se trouvent dans le droit des obligations (71). Qui plus est, ces actions à propos de la propriété n'emploient guère la notion de l'*ownership* ; elles partent, au lieu de ceci, de la notion de possession, chose dont la définition ne se trouve que dans chaque situation de fait (72). En vérité, le modèle conceptuel dans lequel la *common law* fonctionne -et il faut rappeler une fois encore que les sciences physiques nous indiquent que même les sciences les plus empiriques s'avèrent d'ailleurs les sciences dont les notions, les lois et les relations sont des entités abstraites (73)- est un monde dans lequel l'idée de deux dimensions demeure insuffisante. Ce qui est nécessaire, c'est un modèle à plusieurs dimensions parce que, s'il en était autrement, il en résulterait que les institutions (c'est-à-dire *persona, res* et *actiones*), les concepts et les méta-concepts fonctionnent de manière qu'il y ait des contradictions internes et logiques. On doit donc concevoir la méthodologie et la technique juridique anglaise dans le contexte d'un modèle scientifique, lequel non seulement a son fondement dans le stade descriptif et inductif du développement épistémologique (à la différence du stade déductif et axiomatique) (74), mais encore s'est échappé du paradigme deux dimensions dont le texte s'avère peut-être l'exemple le plus célèbre (75). Autrement dit, la logique de la hiérarchie et de l'écriture s'accommodent mal de la méthodologie complexe de la *common law*.

(69) Voy. par ex. *Re K. D. (a minor)* [1988] 1 All ER 577 ; *Banque Keyser Ullmann S. A. v Skandia (U. K.) Insurance Co Ltd* [1990] 1 Q.B. 665 (C.A.) ; [1990] 3. W.L.R. 364 (H.L.).

(70) Voy. par ex. *Kingdom of Spain v Christie Manson & Woods Ltd* [1986] 1 W.L.R. 1120.

(71) Jolowicz, op. cit., n° 215 (par T. Weir).

(72) *Towers & Co Ltd v Gray* [1961] 2 Q.B. 351.

(73) Blanché, *L'axiomatique*, op. cit., p. 86.

(74) Cf. Blanché, supra, p. 84.

(75) Il s'agit aussi de la politique : P. Roubier, *Théorie générale du droit* (Sirey, 2e éd., 1951), pp. 66-67, 79.

CONCLUSION

Étant donné ce modèle épistémologique, peut-être en soi assez sophistiqué, comment expliquer la tradition peu flatteuse de la science juridique en Angleterre (76) ? D'un certain point de vue, la solution de cette question s'avère très simple : le modèle lui-même résulte de l'absence d'une tradition universitaire de la science juridique. D'un autre point de vue, cependant, c'est la tradition écrite et universitaire du Continent qui, en effet, fait difficulté parce que c'est ici qu'on trouve la structure épistémologique à deux dimensions qui a dominé la pensée moderne. En d'autres termes, c'est la tradition continentale qui a imposé la hiérarchie ou la pyramide de Kelsen. En conséquence, même une théorie anglaise soi-disant empirique du droit s'avère fondée sur une structure hiérarchique des règles (77) ; et ceci, à son tour, a encouragé jusqu'à une époque très récente ce que l'on peut nommer, d'après Bachelard, un "obstacle épistémologique" (78). La preuve que de tels obstacles existent se trouve dans l'absence presque totale de recherches sur les modèles conceptuels dont les bases ne se fondent pas sur les normes juridiques (79). Ronald Dworkin, il faut le reconnaître, a essayé courageusement de lutter contre les positivistes (80) ; mais la dépendance de sa théorie des droits subjectifs et de la *regulae iuris* a pour effet de saper la force de sa thèse, pour autant que celle-ci puisse servir de modèle épistémologique, car un méta-concept tel qu'un droit (*right*) n'a guère, comme nous l'avons constaté, de rôle en droit anglais (81). Avec l'échec de Dworkin, l'obstacle épistémologique se perpétue et il continue à gêner les recherches sur un modèle méthodologique, en ce qu'il suscite une contradiction avec la théorie et la pratique.

Une autre contradiction qui continue à entraver les recherches sur la technique juridique en Angleterre, c'est celle de la tradition orale et de la tradition herméneutique rigide. Ces traditions, toutes les deux, ont pour effet d'empêcher la formation de théories institutionnelles à propos du droit anglais. Or ceci se manifeste très nettement sur le terrain du droit public où la pensée conceptuelle demeure, comme les juges eux-mêmes le reconnaissent, enracinée dans le seizième siècle (82). Cependant, le manque d'une théorie institutionnelle se révèle vraie aussi pour toute la pensée juridique en ce qu'une institution telle que la personne morale n'a jamais pu s'échapper des textes écrits qui lui ont donné vie. Ceci implique à son tour que les juristes anglais ont toujours rencontré des difficultés à concevoir le droit comme un ensemble de rapports juridiques liant les sujets et les objets de droit.

(76) Wilson, op. cit.

(77) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 1963).

(78) Astolfi & Develay, op. cit., pp. 15-17 ; Atias, *Épistémologie*, op. cit., n° 60, 90.

(79) R. Susskind, *Expert Systems in Law* (Oxford, 1987), pp. 149-155.

(80) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) ; *Law's Empire* (Fontana, 1986).

(81) *Voy. Re K. D. (a minor)* [1988] 1 All ER 577.

(82) *Voy. Lord Diplock dans Town Investments Ltd v Department of the Environment* [1978] A. C. 359, 380.

Autrement dit, les *common lawyers* n'ont jamais pu imaginer le droit en termes de modèle dans lequel les institutions et les rapports entre celles-là se mettent en corrélation de façon créative. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit anglais soit sans force rationnelle ou que le système de la *common law* soit en soi sans importance en ce qui concerne l'épistémologie juridique. Ce qui est le plus important à noter ici, c'est que dans un monde où la pensée rationaliste des Lumières a dominé jusqu'à une époque récente, la science juridique anglaise, souffrant de son propre manque de tradition universitaire, n'a jamais eu la possibilité de prospérer. La science juridique anglaise est, en bref, la victime de sa propre tradition. Néanmoins, maintenant que les obstacles épistémologiques résultant de la pensée cartésienne sont progressivement admis, l'avenir en ce qui concerne la science juridique anglaise -notamment à propos des recherches sur les méthodes et les habitudes de pensée des *common lawyers*- se présente peut-être sous des couleurs plus favorables.

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET SON ENSEIGNEMENT EN GRÈCE

Par

Paul SOURLAS

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes

- I -

L'enquête comparative sur l'enseignement et la recherche en méthodologie juridique dans différents pays pose d'une manière immédiate le problème du caractère national ou international de cette discipline scientifique. S'il s'agit d'une discipline strictement liée à un droit positif donné, l'examen comparatif permettra de mieux saisir les affinités et les différences entre les ordres juridiques divers. Si, par contre, il s'agit d'une discipline plus ou moins indépendante de la structure et du contenu du droit positif, la comparaison des méthodes suivies dans différents pays pourra non seulement aider les juristes de ces pays à améliorer le processus de la connaissance et de l'application de leur droit, mais aussi contribuer à préciser la définition et la fonction de la méthodologie juridique en général.

On peut distinguer plusieurs modes ou facteurs d'influence de la structure et du contenu d'un droit positif sur la méthode suivie par les juristes du pays et, par conséquent, sur la méthodologie juridique, qui ainsi acquiert un trait national. Le facteur le plus évident est le caractère des règles de droit qui composent l'ordre juridique en question. Les ordres juridiques fondés sur des règles de droit générales promulguées par le législateur semblent favoriser l'application de la méthode déductive ; c'est en premier lieu le cas des pays de l'Europe continentale. Au contraire, les ordres juridiques fondés sur des règles spéciales et de provenance jurisprudentielle, tels les cadres juridiques de la *common law*, semblent favoriser l'application de la méthode inductive notamment de l'analogie (1).

(1) Nous savons pourtant aujourd'hui que cette dichotomie méthodologique entre les deux familles de droits ne correspond pas à la réalité.

Un deuxième facteur d'influence du droit positif sur la méthodologie juridique constitue le degré de liberté, à savoir le degré de pouvoir créateur qui est accordé au juge par l'ordre juridique en question. L'exemple le plus extrême de soumission complète du juge à la volonté du législateur présente les diverses interdictions d'interprétation de la loi ou de son application en cas d'incertitude ou de lacune, qui restreignaient le pouvoir judiciaire sous des régimes absolutistes (2). Parmi les exemples contraires les plus célèbres il faut compter celui de l'article 4 du Code civil français, qui interdit au juge le déni de justice "sous prétexte du silence", de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, ainsi que l'article 1 du Code civil suisse qui en cas de lacune exige de la part du juge qu'il prononce... selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Dans le premier cas, la méthodologie juridique n'a à s'occuper que des cas clairs. Plus précisément, la réflexion méthodologique est presque superflue : elle se borne à indiquer les cas incertains ; car, du moment où l'ordre juridique en question admet que *de claris non fit interpretatio*, les cas clairs sont *ex definitione* ceux par rapport auxquels il n'est pas question d'interpréter la loi. Dans le deuxième cas, la méthodologie juridique doit indiquer les moyens qui serviront à élucider les obscurités du texte et à compléter les lacunes de la loi.

Ce n'est d'ailleurs qu'une manifestation, partielle d'un phénomène beaucoup plus profond. On a déjà signalé que la méthode d'interprétation du droit n'est pas une seule question de logique (ou de sémantique), mais aussi d'idéologie (3). L'idéologie propre à un certain cadre juridique, plus spécialement l'idéologie relative à l'interprétation du droit, comprend les buts et les valeurs à réaliser par l'acte interprétatif. Ces buts et valeurs ne sont pas communs dans tous les pays : ils varient selon les principes généraux sur lesquels est fondée chaque législation. L'idéologie juridique peut être reconstruite à l'aide de l'analyse doctrinale du contenu du droit positif, où se trouvent latents ou explicitement formulés les buts à réaliser par son application, ainsi qu'à l'aide de l'observation de la tradition et de la pratique actuellement suivie par les juristes du pays. Une fois reconstruite, l'idéologie juridique apparaît comme une des causes principales de l'existence de particularités nationales en méthodologie juridique. Car de cette idéologie dépend non seulement si la méthode de la connaissance et de l'application du droit est au service de la sécurité juridique plutôt que de l'équité ou vice-versa, mais aussi jusqu'à quel point l'ordre juridique exige la justification des décisions juridiques prononcées sous son autorité(4).

(2) Telle fut l'interdiction de l'interprétation de sa codification par Justinien ; un phénomène parallèle sous l'absolutisme moderne fut l'institution du référé législatif.

(3) Voir Jerzy Wroblewski, "L'interprétation en droit : théorie et idéologie", *APD* 17 (1972), surtout pp. 63 et s.

(4) Sur ce point insiste Aleksander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York 1983, pp. 1 et s.

Tous ces facteurs, aussi incontestables qu'ils soient, ne sont pas suffisants pour attribuer à la méthodologie juridique un caractère purement national. La structure et le contenu du droit positif peuvent jusqu'à un certain point varier l'*objet* de la réflexion méthodologique ; ils ne peuvent jamais lui dicter son *contenu*. La méthodologie juridique présente une relative indépendance du droit positif. Même dans le cas fictif où un législateur s'aviserait de statuer la méthode à suivre par les personnes chargées d'appliquer la loi, son intention ne saurait être réalisée. Les raisons de son ineffectivité sont d'ordre sociologique, mais aussi d'ordre logique. Les juristes n'abandonneraient pas facilement une pratique déjà établie. Mais, surtout, les dispositions qui statueraient la méthode nouvelle auraient besoin, en tant que règles de droit elles-mêmes, d'une méthode dont la validité serait antérieure aux cas particuliers sur lesquels elles devraient s'appliquer. Poussée jusqu'au bout, l'idée tirée de cet exemple fictif mène à la conclusion que le droit positif, même s'il influence quelques aspects de la méthode, ne peut disposer de son noyau : car il doit le présupposer logiquement afin que soit possible sa propre application.

Si cette conclusion est juste, le noyau dur de la méthode doit, malgré les variations de pays en pays, être commun aux différents droits positifs. Pour pouvoir le vérifier et en même temps saisir ce noyau dur, il faut se rendre compte en quoi consiste la méthode en général et ensuite examiner le cas extrême d'un ordre juridique qui ne connaît pas de méthode.

La méthode en général est un ensemble d'opérations dont l'exécution successive et programmée vise à un certain but (5). Or, on peut s'imaginer un type d'ordre juridique où les activités juridiques, et en premier lieu celles du juge, s'accomplissent d'une façon spontanée. C'est le type idéal de juridiction connu depuis Max Weber sous le nom de *justice du cadî* (6), selon lequel le juge décide en suivant son inspiration et ses impressions du moment, sans être lié à des normes préexistantes ni à des procédures fixes. Il est évident qu'un ordre juridique qui tend à réaliser ce type idéal n'exige pas l'application méthodique du droit et par conséquent rend impossible le développement d'une méthodologie juridique. C'est Weber lui-même qui nous a indiqué l'aspect sous lequel on doit observer ce type de juridiction : son manque de rationalité. Plus précisément, il s'agit d'une juridiction qui ne se soucie pas de la justification des jugements prononcés à son nom, c'est-à-dire de l'exposition des raisons qui rendent ces jugements justes conformément à un système de règles préexistant.

En ce point on pourrait cependant soulever une objection grave. Car l'exemple de la justice du cadî semble prouver que l'existence même de la méthodologie juridique dépend, sinon du contenu du droit positif, en tout cas du degré de rationalité qui caractérise les rapports

(5) Cf. Enrique P. Haba, Rationalité et méthode dans le droit, *APD* 23 (1978), surtout pp. 269 et s.

(6) Max Weber, *Rechtssoziologie*, 2e éd. par Johannes Winckelmann, Neuwied 1967, pp. 296 et 342. Cf. Julien Freund, "La rationalisation du droit selon Max Weber", *APD* 23 (1978), p. 89.

sociaux dont l'expression est, entre autres, l'ensemble de la législation. Examinée de près, cette objection n'est pas si radicale qu'elle paraît du premier abord. L'existence de cultures qui n'attachent pas grande valeur à la consistance des décisions de justice ni à sa justification ne prouve pas une relativité historique de la méthodologie juridique, qui réduirait d'avance les ambitions de l'examen comparatif. En mettant en évidence les liens étroits qui unissent la méthodologie juridique avec la rationalité du droit, elle permet au contraire de distinguer la rationalisation du droit comme point de vue privilégié sous lequel devrait s'effectuer la comparaison méthodologique. Sous ce point de vue, les variations historiques et locales de la méthodologie juridique et même son absence totale dans divers ordres juridiques ne peuvent pas être interprétées comme des particularités accidentelles, mais comme phénomènes connexes dans la perspective d'une progressive auto-conscience des juristes qui va de pair avec la rationalité croissante du droit.

C'est la signification de ce point de vue que peuvent illustrer les diverses phases de la recherche et de l'enseignement méthodologiques en Grèce.

- II -

Tout en ayant conscience que la distinction de phases historiques en général est plus ou moins schématique et ne correspond pas exactement à la réalité, on peut remarquer qu'en Grèce l'enseignement et la recherche en matière de méthodologie juridique ont jusqu'à nos jours parcouru trois phases. La première phase s'étend de la fondation de l'Université d'Athènes et de sa Faculté de Droit en 1837 jusqu'à la première guerre mondiale. C'est la phase du formalisme juridique, inspirée surtout par la science du droit civil étrangère, pendant laquelle la réflexion méthodologique n'avait pas encore atteint le degré de développement qui lui permettrait de s'émanciper et d'entreprendre un rôle critique envers la pratique établie. La *deuxième phase* est précisément la phase de cette émancipation, qui cependant conduit la théorie à un certain éloignement de la pratique. Sa durée dépasse l'Entre-deux-guerres et embrasse encore environ une dizaine d'années après la fin de la guerre. La *troisième phase*, qui aujourd'hui compte déjà plus de trente ans, est marquée par l'expansion de l'enseignement et de la recherche méthodologiques et par leur influence croissante sur la pratique juridique.

(i) Pour pouvoir se donner une idée juste de l'état de la méthodologie juridique au cours de la première phase, on doit prendre en considération les particularités du droit grec pendant la période qui suivit immédiatement l'établissement de l'État néo-hellénique (7). Par le

(7) Nous nous référons ici plus spécialement au droit civil. Au cours du 19^e siècle, le droit civil fut le champ propre du développement de la science du droit. De même, son importance pour la méthodologie juridique fût capitale.

décret du 23 Février 1835 la Régence introduisit provisoirement, à savoir jusqu'à la rédaction d'un Code civil, les lois civiles des Empereurs Byzantins qui sont incluses dans l'Hexabible de Harmenopoulos. L'Hexabible n'était pourtant qu'un recueil de lois privé datant de 1345. Selon l'interprétation du décret de 1835 soutenue surtout par l'éminent juriste de l'époque, Kalligas, le recueil de Harmenopoulos étant basé sur les Basiliques, et les Basiliques à leur tour sur la codification de Justinien, le droit civil introduit par la Régence ne fut autre que le droit romano-byzantin en sa forme pure (8). Cette interprétation, qui ne tarda pas à être généralement acceptée, eût un effet étrange : en dépit de l'esprit nationaliste de la disposition interprétée, on peut dire, *cum grano salis*, qu'elle mena à la réception du *Pandektenrecht* allemand (9). Car les sources du droit romano-byzantin n'étaient pas accessibles à l'ensemble des juristes et surtout aux juges ; en plus, elles n'étaient pas exemptes de graves problèmes de caractère historique et philologique concernant l'originalité des textes existants ; enfin, elles représentaient un droit ancien, dont plusieurs dispositions étaient devenues totalement inapplicables ou ne pouvaient pas suffire aux besoins contemporains. A cause des remises successives de la rédaction d'un code moderne les juristes grecs eurent donc recours à la science allemande, qui avait déjà envisagé de pareils problèmes et avait su créer un droit civil moderne basé sur les sources romaines, sous le prétexte de leur purification et de leur systématisation (10).

Les particularités du droit positif et l'influence de la science allemande donnent aussi, pendant cette première phase, le ton à la méthodologie juridique. Le premier de ces deux facteurs se manifeste dans le fait que l'on sépare les activités juridiques qui font l'objet de la réflexion méthodologique, qu'elles soient de caractère théorique ou pratique, en deux parties distinctes : la critique et l'interprétation de la loi. La critique (11) est la restitution, à l'aide des méthodes historiques et philologiques, des textes authentiques du droit romano-byzantin. Elle est réservée aux historiens du droit ; les juristes et tout d'abord les

(8) Voir surtout Paul Kalligas, *Peri syntaxeos politikou kodikos eis tin Hellada* (=De la rédaction d'un Code civil en Grèce), Athènes 1838.

(9) Cf. A. C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, 1975, p. 51.

(10) A vrai dire, ce prétexte était nécessaire seulement aux juristes grecs, à la suite du décret mentionné. Les juristes allemands n'avaient pas des problèmes de légitimation du droit romain sous sa forme moderne, puisque le droit romain, en tant que *Gemeinrecht* allemand, était déjà en vigueur comme droit subsidiaire par rapport aux droits locaux ; or, on pouvait sans problèmes avouer un usage sélectif des sources. Cf. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, vol. 1, Berlin 1840, prologue, p. XV.

(11) Paul Kalligas, *Systima romaïkou dikaiou katha en Helladi politeuetai* (=Système de droit romain tel qu'il est appliqué en Grèce), 3e éd. Athènes 1878 (1e éd. en 1848), pp. 102 et s. ; Petros Paparrigopoulos, *Astikon dikaiion* (=Droit civil), Livre A, 3e éd., Athènes 1889, pp. 114 et s. ; Alkibiades Krassas, *Systima astikou dikaiou* (=Système de droit civil), vol. 1, Athènes 1897, pp. 92 et s. ; Antonios Momferratos, *Encheiridion astikou dikaiou* (=Manuel de droit civil), vol. 1, Athènes 1914, pp. 91 et s.

juges doivent s'en abstenir (12) et sont obligés de se soumettre aux opinions des spécialistes. L'interprétation de la loi, tâche quotidienne de tous les juristes, doit suivre des règles méthodologiques spécifiques à la science du droit. Ici les théories méthodologiques de l'époque attestent l'influence de la science allemande.

Le trait dominant de la théorie grecque de l'interprétation de la loi pendant cette phase consiste en la distinction de quatre types d'interprétation auxquels correspondent quatre critères interprétatifs : l'interprétation grammaticale, l'interprétation logique, l'interprétation historique et l'interprétation systématique. Il s'agit exactement de la même distinction proposée par le chef de l'École historique et fondateur de la science moderne du droit civil en Allemagne, F. C. von Savigny (13) dont la théorie de l'interprétation a joui d'une autorité incontestée durant tout le 19^e siècle. La seule différence que l'on peut éventuellement enregistrer entre les auteurs grecs et Savigny est une différence de nuance : en Grèce on insiste sur la prépondérance de l'interprétation grammaticale, tandis que Savigny montre une certaine préférence en faveur de l'élément systématique (14).

A part cette différence de nuance, on peut signaler en Grèce le même processus vers la version du formalisme qu'inaugurèrent en Allemagne les épigones de Savigny, à savoir le conceptualisme juridique (15). Ce conceptualisme est intelligible en tant que moyen qui garantit un minimum de sécurité juridique là où les sources du droit sont incertaines. Sa fonction de légitimer les décisions de justice se réduit à mesure qu'augmente la production de lois nouvelles. Du point de vue de cette fonction, le conceptualisme cède alors sa place au volontarisme juridique. La volonté du législateur est désormais considérée à la fois comme fondement, du droit et comme contenu de la loi, ainsi que sa découverte comme but de l'acte interprétatif (16).

En ce point nous devons préciser que notre exposé de cette première phase ne concerne pas tant la méthodologie que la méthode

(12) Cf. Kalligas, *op. cit.*, pp. 102-103.

(13) Voir Savigny, *op. cit.*, vol. 1, pp. 212 et s. Parmi les auteurs grecs il faut surtout mentionner P. Paparrigopoulos, *op. cit.*, pp. 122 et s., qui fut le disciple le plus fidèle de l'École historique du droit en Grèce. D'autres auteurs distinguent seulement deux genres d'interprétation, grammaticale et logique ; celle-ci est cependant conçue de sorte qu'elle comprenne aussi les éléments systématique et historique. Voir P. Kalligas, *op. cit.*, pp. 105 et s. ; Basileios Oikonomides, *Stoicheia astikou dikaiou* (=Éléments de droit civil), Livre premier, 2^e éd., Athènes 1893, pp. 51-52 ; Antonios Momferratos, *op. cit.*, pp. 85 et s. : cf. aussi Alkibiades Krassas, *op. cit.*, vol. 1, pp. 96 et s.

(14) Cela montre que pour Savigny le modèle du travail juridique est l'activité théorique, tandis que les auteurs grecs s'orientent plutôt vers l'activité pratique.

(15) Il faut souligner ici l'influence qu'exerça en Grèce le maître du conceptualisme en droit civil, Bernhard Windscheid, dont le *Lehrbuch des Pandektenrechts* fut traduit en grec (sous le titre de Droit Romain!) et devint très populaire parmi les juristes grecs.

(16) Cette tendance nouvelle peut, pour une grande part, être expliquée par l'influence de l'école de l'exégèse. A propos du trait volontariste de l'école de l'exégèse voir Julien Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en Droit civil*, 2^e éd. Paris 1924, pp. 131 et s.

juridique. Nous avons essayé de reconstruire la méthodologie plutôt en analysant la méthode suivie par les juristes de l'époque qu'en se référant à des textes proprement méthodologiques. Les textes de ce genre sont rares, de sorte que l'on est obligé de se borner aux remarques générales incluses dans les chapitres introductifs des divers traités de droit civil. La méthodologie n'est donc pas une branche autonome, mais en quelque sorte un compte rendu de la façon de procéder en laquelle consiste la pratique juridique établie.

(ii) L'élément dominant de la deuxième phase de l'enseignement et de la recherche dans le domaine de la méthodologie juridique en Grèce est la critique contre le formalisme conceptualiste. Cette critique est liée aux efforts de développer une nouvelle méthodologie fondée sur une conception téléologique du droit. Les auteurs les plus éminents de l'époque sont C. Triantaphyllopoulos, A. Ligeropoulos et C. Tsatsos. Les deux premiers concentrent leur intérêt sur la pratique judiciaire, tandis que le dernier s'occupe surtout du côté théorique de la méthodologie et présente un système de philosophie du droit originel qui permet de tirer de fécondes conclusions méthodologiques.

Sous l'influence de François Géný, du mouvement du libre droit et de l'école de Tübingen, l'enseignement des deux premiers auteurs mentionnés (17), tous deux professeurs de droit civil de grande autorité, se développe à partir de deux thèses principales, qui signalèrent l'abandon, de la part de la théorie, de la méthodologie formaliste de la phase précédente : la thèse que le législateur ne peut pas prévoir de solution pour la totalité des problèmes juridiques posés chaque jour par les conflits auxquels donne naissance l'interaction sociale, donc que le droit positif n'est pas exempt de lacunes ; et la thèse que les interprétations grammaticale et logique sont insuffisantes pour fournir les solutions de ces problèmes, vu que la tâche du juge n'est pas de donner des réponses scientifiques soutenues par des syllogismes logiquement corrects, mais de prononcer des sentences qui constituent des appréciations justes des intérêts en conflit.

L'idée de la complétude du droit positif avait été une des pierres angulaires de la méthodologie formaliste. Dans sa version conceptualiste, elle découlait de la certitude que tout problème juridique peut être résolu sinon directement par les sources du droit mêmes, au moins par la construction juridique, c'est-à-dire par la combinaison des concepts juridiques convenables. Dans sa version volontariste, elle avait comme prémisse que toute solution qui ne coïncide pas avec la volonté exprimée par le législateur ou avec ses conséquences logiques est arbitraire.

(17) Voir C. Triantaphyllopoulos, *I eleuthera hermineia tou dikaiou* (=L'interprétation libre du droit), Athènes 1916, et *Ta synchrona problimata tou astikou dikaiou* (=Les problèmes contemporains du droit civil), Athènes 1922 ; Alexandre Ligéropoulos, *I nomologia os paragon diaplaseos tou idiotikou dikaiou* (=La jurisprudence comme facteur de création du droit civil), Thessalonique 1932-1935.

Étroitement liée à l'admission que le droit positif a des lacunes fut la conviction que la logique est insuffisante comme fondement de la méthodologie juridique. La théorie de l'interprétation du droit fut dès lors obligée de changer son point de départ. Les lois à interpréter ne furent plus considérées comme des textes (ou des expressions de volonté) dont il s'agissait de saisir le sens par l'analyse des concepts qui les composent, mais comme des moyens choisis par le législateur en vertu de leur aptitude par rapport à la réalisation de ses buts. Il s'ensuit que l'interprétation consiste à choisir celle des versions alternatives de la spécification de la loi qui avance le mieux la réalisation des buts législatifs. En outre, les buts législatifs n'étant pas, la plupart des fois, officiellement déclarés, le juge qui interprète la loi ou qui comble ses lacunes exerce un pouvoir créateur, puisqu'il apprécie le cas spécial en ayant comme guide la valeur du résultat pour "les intérêts du monde réel et vivant" (18).

De cette approche pragmatiste diffère, malgré leurs traits communs, la conception de téléologie en droit proposé par C. Tsatsos (19). Son point de départ philosophique est une combinaison originelle du positivisme et de l'idéalisme juridiques en leurs versions représentatives de l'esprit de l'époque. Le droit positif est conçu dans le cadre d'un système philosophique qui se propose d'intégrer sous un aspect téléologique toutes les normes étatiques et sociales et toutes les actions individuelles, en tant que moyens de réalisation de l'idée de liberté dans l'histoire. Chaque décision étatique et chaque action individuelle obtient son sens et devient compréhensible par rapport à ce système, mais en même temps contribue à son tour, à la mesure de sa portée publique, à la transformation du système. Ainsi les actes du législateur et du juge-interprète de la loi, de même que de chaque acteur social individuel, présentent la même structure téléologique, mais aussi la même bilatéralité en tant que dérivations et facteurs de transformation du système de liberté. Pour la méthodologie juridique il s'ensuit que la méthode du législateur et celle du juge ne diffèrent pas essentiellement (20). Entre les deux sortes d'activité il y a seulement une différence concernant le degré de leur créativité. L'idée de liberté, point culminant du système, n'est qu'une pure forme *a priori* ; afin d'en spécifier le contenu il appartient aux acteurs de choisir parmi les possibilités que leur offre chaque moment historique. L'acte législatif est situé à un point supérieur du système ; c'est pourquoi le législateur peut choisir parmi plus de possibilités de substantialisation de la liberté que le juge qui, même si son activité ne cesse pas de créer du droit, est plus lié à des contenus préexistants.

En somme, durant la deuxième phase la méthodologie juridique s'émancipe du droit positif et devient une branche autonome. Cette évolution se montre dans le fait qu'apparaissent les premières publications proprement méthodologiques et que l'enseignement de la

(18) C. Triantaphyllopoulos, *I eleuthera hermeneia tou dikaïou*, p. 7.

(19) Voir surtout C. Tsatsos *To problima tis hermeneias tou dikaïou* (=Le problème de l'interprétation du droit), Athènes 1932 (l'ouvrage parut en 2e édition en 1978).

(20) Tsatsos. *op. cit.*, pp. 90 et s.

méthodologie se détache de celui du droit civil et gagne une place auprès de la philosophie du droit. Encore, la méthodologie juridique s'émancipe de la pratique juridique établie, envers laquelle elle entreprend un rôle critique. Cette deuxième émancipation lui coûte cependant la distanciation de la pratique judiciaire (21), qui continue de recourir presque exclusivement à l'interprétation grammaticale.

(iii) La troisième phase, qui est la phase courante de l'enseignement et de la recherche en méthodologie juridique, est inaugurée par la publication d'études consacrées à des thèmes méthodologiques spéciaux, dont la plupart portent des signes plus ou moins vifs de l'influence de C. Tsatsos (22). Plus généralement, on peut remarquer que cette phase commence par l'expansion et la consolidation des idées exprimées pendant la phase précédente. De même, l'intensification des recherches et des publications méthodologiques sur le plan international, ainsi que l'influence de l'œuvre d'auteurs universellement reconnus, a joué un rôle important (23). Ainsi une tendance pluraliste ne tarda pas à se manifester dans une série de publications nouvelles (24). En même temps, l'enseignement de la méthodologie juridique fut introduit petit à petit dans toutes les Facultés de droit du pays. Les traces de ce boom méthodologique commencent déjà à se faire visibles sur le domaine jurisprudentiel : la domination presque absolue de l'interprétation grammaticale est en retraite, ce qui mène, pendant les dernières années, à une amélioration graduelle de la justification, jusqu'alors laconique et parfois circulaire, des décisions judiciaires.

En ce qui concerne le contenu de l'enseignement méthodologique pendant la phase courante par rapport à la précédente,

(21) Mais pas aussi de la théorie, c'est-à-dire de la science juridique, qui fut tout de suite vivement influencée par les idées nouvelles.

(22) Ici il faut surtout citer : C. Despotopoulos, "*Peri ton kenon tou dikaiou*" (=Des lacunes du droit), *125 ans de Cour de Cassation*, Athènes 1962, pp. 245 et s. ; Emm. Michelakis, "*I voulisis tou nomothetou kai to noema tou nomou*" (=La volonté du législateur et le sens de la loi), *Mélanges en l'honneur de G. Maridakis*, vol. 2, Athènes 1963, pp. 93 et s. ; Georges Mitsopoulos, *Ai aoristoi ennoiai en ti anairetiki diadikasia* (=Les notions vagues et le pourvoi en cassation), Athènes 1965 ; du même auteur, "*I diakrisis pragmatikou kai nomikou zitimatos en ti anairetiki diadikasia*" (=La distinction du fait et du droit et le pourvoi en cassation), *Nomiko Vima* 1967, pp. 945 et s. (aussi en langue française : Considérations sur la distinction du fait et du droit, *Studi in onore di Antonio Segni*, vol. 3, Milano 1967, pp. 405 et s.).

(23) Une influence féconde sur la pensée grecque exercèrent pendant cette phase les ouvrages en langue française de *Théorie générale du droit* et les livres de Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960 (à présent en 5e édition, München etc. 1975) et de Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart etc. 1956 (dont la 7e édition de 1977 fut traduite en grec en 1981 par D. Spinellis).

(24) Voir les ouvrages cités dans les notes suivantes, auxquels il faut surtout ajouter : Andreas Gasis. "*Nomiki skepsis kai methodos autis*" (=La pensée juridique et sa méthode), *Nomiko vima* 1965, pp. 381 et s.

on peut remarquer une plus grande polyphonie ainsi qu'une extension de son objet.

La polyphonie provient du fait que les divers auteurs ont recours à des disciplines scientifiques ou à des théories philosophiques différentes pour spécifier leurs conclusions et pour modifier certains points essentiels de l'enseignement méthodologique. Ici il faut mentionner le recours plus systématique à la logique juridique et à la philosophie du langage. Les apports de la logique à la méthodologie juridique consistent surtout en des approfondissements éclairants concernant, tout d'abord, la fonction et le caractère du syllogisme juridique et de certains arguments importants pour la pensée des juristes et, plus en général, les rapports entre les opérations dont la succession programmée constitue la méthode juridique (25). Les apports de la philosophie du langage contribuèrent, en premier lieu, au développement d'idées plus subtiles sur le caractère et les moyens de l'interprétation en droit, basées sur une théorie du sens en droit, sur l'analyse du langage juridique et sur l'examen du rôle de la sémantique et de la pragmatique (26). De cette polyphonie résultent parfois différentes nuances du concept même de méthodologie juridique. Ceux des auteurs qui accentuent le rôle de la logique tendent vers une méthodologie dont les thèmes principaux sont les éléments déductifs et inductifs de la pensée juridique. D'autre part, ceux qui ont comme point de départ l'analyse du langage du droit tendent soit vers une version moderne du formalisme juridique (27) soit vers une méthodologie inspirée du caractère pratique de l'argumentation juridique (28), à mesure qu'ils insistent sur la sémantique ou bien sur la pragmatique juridique.

Quant à l'extension de l'objet de la méthodologie juridique pendant cette phase, il faut souligner deux tendances parallèles. La première est liée à un certain déplacement relatif à la question cardinale qui occupe les méthodologues du droit : tandis que durant les deux

(25) Voir surtout Ioannis Aravantinos, "I dikaniki syllogistiki kai ai diataxeis Pol. Dik. 807 §§ 17, 19" (=Le syllogisme juridique et l'art. 807 §§ 17 et 19 de la Procédure Civile), *125 ans de Cour de Cassation*, Athènes 1961, pp. 215 et s. ; du même auteur, "I analogia os dikanikos syllogismos" (L'analogie en tant que syllogisme juridique), *Mélanges offerts à G. Maridakis*, vol. complém., Athènes 1968, pp. 217 et s. : du même auteur, *Stoicheia methodologias tou dikaiou* (=Éléments de méthodologie juridique), Athènes 1974 ; cf. aussi Pan. Zepos, "Logiki kai erminela tou dikaiou" (=La logique et l'interprétation du droit), *Actes de l'Académie d'Athènes* 45 (1970), pp. 223 et s.

(26) Voir Paul Sourlas, *Themeliodi zitimata tis methodologias tou dikaiou* (=Les thèmes fondamentaux de la méthodologie juridique), Athènes 1986, pp. 58 et s. ; Ioannis Giannidis, *I aitiologisi ton apofaseon ton poinikon dikastirion* (=La justification des décisions des cours pénales), vol. 1 (Les fondements théoriques), Athènes 1989, pp. 180 et s.

(27) Telle est la tendance de Giannidis (voir note précédente). Pour cette version moderne du formalisme juridique voir Frederick Schauer, "Formalism", *The Yale Law Journal* 97 (1988), pp. 509 et s.

(28) Pour l'ambiguïté du mot pratique dans ce contexte voir P. Sourlas, "Juristische Methodenlehre im Spannungsfeld von Theorie und Praxis", *Festschrift für K. Larenz zum 80. Geburtstag*, München 1983, pp. 615 et s.

premières phases le thème presque exclusif était l'interprétation de la loi, aujourd'hui on se pose le problème plus ample de la méthode de justification des décisions juridiques (29). Ainsi l'interprétation apparaît comme un des moyens de la justification juridique et pas comme le thème méthodologique par excellence. En outre, cette version nouvelle de la question cardinale se rencontre avec la deuxième tendance : celle de ne pas s'occuper seulement de la méthode du juge, mais aussi de celle du législateur (30). Car parmi les décisions d'ordre juridique, dont on examine la méthode de justification, figurent aussi les décisions législatives.

- III -

Les traits des trois phases exposées ci-dessus peuvent être récapitulés sous l'aspect de la rationalité du droit.

Pendant la première phase, le problème des rapports entre la méthodologie juridique et la rationalisation du droit est assez compliqué. D'une part, le recours au *Pandektenrecht* comme systématisation et interprétation au droit romano-byzantin fut un pas décisif vers l'introduction d'un droit rationnel et, plus en général, vers la modernisation des institutions publiques. La réception de la méthode du conceptualisme, qui accompagna ce recours, ne fait que souligner le caractère formel de cette rationalité. D'autre part, cette réception fut, comme toute réception, marquée par le manque de réflexion critique. La méthode juridique faisait partie de la pratique établie et les auteurs d'analyses de l'interprétation au droit se bornèrent à la description de cette pratique, de sorte que leur œuvre ne peut être qualifiée purement méthodologique.

Par contre, les publications de la deuxième phase sont de vrai caractère méthodologique. Issus en partie de la pratique juridique et en partie de la philosophie du droit, l'enseignement et la recherche méthodologiques de l'époque contribuèrent au renforcement de la rationalité du droit. Ce fût d'ailleurs un renforcement double. L'émancipation de la méthodologie par rapport à la pratique établie permit aux juristes, d'abord aux représentants de la théorie, de prendre conscience des défauts du conceptualisme et de l'interprétation logique, notamment de leur insuffisance face au caractère social des problèmes à résoudre par le droit. En plus, cette tendance critique envers la méthode jusqu'alors pratiquée inaugura l'abandon graduel d'une rationalité purement formelle et le passage vers une rationalité matérielle.

(29) Ainsi les ouvrages mentionnés supra, n. 26. Y ajouter P. Sourlas, *I diaplōki dikaiou kai politikis kai h themeliosi ton nomikon kriseon* (=L'entrelacement du droit et de la politique et la justification des jugements juridiques), Athènes 1989.

(30) Voir Andreas Gasis, "Pos skeptetai o nomothetis" (=Comment pense le législateur), *Volume en l'honneur de C. Tsatsos*, Athènes 1980, pp. 489 et s. ; P. Sourlas, *Nomothetiki theoria kai nomiki epistimi* (=Théorie de la législation et science du droit), Athènes 1981.

Cependant, cette rationalité matérielle demeure, durant cette phase, une tendance de la science du droit, sinon un postulat de la méthodologie. Ce n'est qu'au cours de la phase suivante qu'elle commence à s'infiltrer dans le droit même. Elle se manifeste, pour le moment, dans le fait que l'influence de l'enseignement méthodologique moderne se fait déjà remarquer dans le domaine de la pratique judiciaire. Il reste à espérer que, à part l'approfondissement de cette influence, l'intensification des recherches en méthodologie législative renforcera la rationalité du droit dès le stade de la rédaction des lois.

AUTOUR DE QUELQUES PROBLÈMES DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Par

Roberto J. VERNENGO
Universidad de Buenos Aires
Consejo Nacional de Investigaciones

1. - Il me semble nécessaire, tout d'abord, de mettre de côté certaines équivoques concernant les problèmes méthodologiques en droit. Le mot "droit", comme c'est bien connu, désigne, d'une part, un aspect de la vie sociale, par exemple, l'ensemble des normes édictées par certains organes sociaux dans le but de régler quelques relations humaines. Ce domaine peut être défini de façon large ou avec une portée plus restreinte. Il n'empêche que, dans un autre sens, le mot "droit" est employé pour se référer à la connaissance théorique de cet aspect des systèmes sociaux laquelle, dans nos pays, se présente comme une science juridique académiquement reconnue et institutionnellement admise. En principe, toute société humaine a son droit, un certain ensemble de normes constituant son "droit objectif". Par contre, l'existence d'une science du droit aux prétentions théoriques est une contingence historique, puisque maintes sociétés n'ont pas produit de science juridique. La tradition occidentale, depuis la renaissance du droit romain, confond le droit objectif des sociétés européennes avec les énoncés théoriques de la jurisprudence, soit l'élaboration théorique mise en œuvre par les jurisconsultes romains et, surtout, par les glosateurs italiens, les canonistes catholiques et les juristes qui se sont succédés depuis. Cette confusion résulte de l'influence, admise par les organes d'application, de la jurisprudence théorique comme source du droit objectif.

En outre, la jurisprudence a toujours été considérée comme une science *anomale*, étant donné qu'elle ne coïncide pas entièrement avec les paradigmes courants de la connaissance scientifique, tant avant la révolution moderne qu'après le renouvellement galiléen. De plus, la science juridique est censée avoir des fonctions latentes dont les sciences naturelles seraient exclues. L'obscur distinction entre une

science pratique, postulée par l'aristotélisme médiéval, et une science exacte purement théorique, à l'instar des mathématiques ou de la physique modernes, joue un rôle important dans l'interprétation de la valeur de la jurisprudence comme activité scientifique et comme discours théorique. Par conséquent, les problèmes méthodologiques, en droit, revêtent toujours une persistante ambiguïté -s'agit-il de problèmes relatifs à la création et à l'application pratique du droit objectif ou bien de questions concernant la validité théorique des énoncés de la science du droit ?-, dont il semble bien nécessaire de distinguer les différents aspects.

Dans ces pages, je voudrais, surtout, examiner quelques problèmes récurrents des méthodologies de la science du droit, c'est-à-dire : des problèmes concernant les aspects épistémologiques de la connaissance théorique du droit objectif. Cela n'implique pas que l'on renie tout à fait l'influence certaine que les connaissances élaborées par la jurisprudence théorique peuvent avoir sur la pratique du droit, sur les activités politiques des sociétés. Mais il me semble que cette influence n'est guère différente des effets pratiques que toute connaissance purement théorique a de nos jours sur des technologies développées à partir des connaissances scientifiques disponibles. Il semble clair que la jurisprudence théorique renferme des éléments idéologiques qui ne sont pas aussi apparents dans d'autres sciences. Il s'agit, cependant, d'une différence de degré et non d'essence.

2. - Nous possédons aujourd'hui des moyens techniques très efficaces pour assister législateurs, juges et administrateurs dans leurs tâches de production et d'application du droit. Traditionnellement, les organes producteurs de droit agissent d'une façon plus ou moins intuitive, en ce sens que l'élaboration des textes normatifs (lois, sentences, résolutions, etc.) reste dans les mains des praticiens dont les activités ne sont pas soumises à un contrôle entièrement rationnel. Parfois la rédaction d'un code est confiée à des experts dont la compétence est assimilée à une bonne connaissance théorique du droit. Mais il n'est nullement prouvé que le bon juriste soit toujours un bon politicien. D'autre part, de nombreux champs d'activité créative en droit n'ont jamais été soumis à des procédures rationnelles de production : l'exemple frappant en est toujours le droit coutumier international.

Cependant, l'idéologie dominante de nos jours exige que le droit des États modernes respecte quelques exigences de rationalité. Or, cette rationalité imposée à la production des normes juridiques implique forcément recours à des principes logiques, à une logique constante. La cohérence logique de textes normatifs complexes, comme un code ou une constitution, n'est pas contrôlable intuitivement, quoiqu'elle soit sans aucun doute une condition nécessaire de la légitimité rationnelle de toute norme juridique positive et, par suite, de son acceptabilité sociale.

Le droit objectif de nos sociétés actuelles est avant tout un droit écrit, dans le sens très banal qu'il se manifeste comme un discours transmis dans des textes écrits. Or, la logique est l'instrument admis de contrôle de la rationalité du discours écrit. Le législateur produit surtout des textes normatifs, du droit écrit. La méthodologie législative est

donc une technologie de production de ce droit. Elle a reçu d'importantes contributions des dernières années. On parle, à ce sujet, d'une discipline spéciale, la *Gesetzgebungslehre*, dont la littérature s'épanouit chaque jour d'avantage (1).

Si les lois doivent être rationnelles, les textes légaux ne peuvent être le produit exclusif des besoins d'expression idéologique des politiciens agissant normalement dans un langage naturel dont la rationalité est difficilement contrôlable. La rédaction des textes légaux est donc d'emblée un problème que les producteurs de droit doivent envisager d'urgence. Or, les lois écrites, en tant que discours politiques formulés à l'adresse des membres de la société pour susciter des changements dans les relations sociales, doivent être comprises, dans une certaine mesure, par les récepteurs du message normatif. C'est pourquoi plusieurs techniques ont été créées afin de rendre plus compréhensibles les textes juridiques, ou, comme on dit aujourd'hui, d'augmenter leur légibilité. Le langage des textes juridiques, dans ses formes courantes traditionnelles, est peu accessible aux profanes. Dans les analyses linguistiques publiées par les membres des mouvements préoccupés par la rédaction claire des lois -le *Plain language movement*, résultant de l'adoption de *Plain language acts* dans plusieurs États aux U.S.A.- on a décelé des traits caractéristiques du langage juridique qui empêchent la compréhensibilité normale des textes légaux par les citoyens. Ainsi, d'un point de vue lexical, il faut souligner non seulement l'emploi fréquent de termes techniques propres à la jurisprudence, mais le recours à des mots courants auxquels sont assignés des sens autres que leurs significations usuelles (un exemple typique est le mot "chose"). Plus symptomatique est l'emploi de tournure ayant un sens rituel ou avec une valeur "performative", ainsi que le recours à dessein à des expressions vagues ou ambiguës. Les structures syntactiques, courantes dans les textes juridiques -par exemple, dans les *statutes* américains ou, pour mentionner un cas notoire, dans les contrats d'assurance-, ne sont pas, non plus, des éléments facilitant la compréhension. D'où le besoin d'arriver à des techniques qui permettent la traduction des textes légaux en un langage accessible au public en général (2).

La légibilité d'un texte peut être mesurée : les formules destinées à établir l'indice de Flesch, ou d'autres semblables, ont été employées dans l'analyse des textes légaux. Il va de soi que les mêmes procédures peuvent être mises à profit par les législateurs rédigeant des lois ou par les experts chargés de cette tâche. Plus intéressant encore,

(1) Cf., *inter alia*, H. Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982, et la bibliographie y est mentionnée. En outre, pour les aspects philosophiques de la question, cf. G. Weinberger et J. Mokre, eds., *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Springer, Wien-New York, 1975, I. Tammelo et E. Mock, eds., *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, Frankfurt am Main, 1982 ; N. Achterberg (ed.), *Rechtssprechungslehre*, Münster, 1984, *inter alia*.

(2) Cf. P. Mercatali, *Il problema della comprensibilità del linguaggio giuridico negli U.S.A. : verso l'analisi automatica dei testi*, dans L. Abba, C. Biagoli, etc., *Computer e linguaggi settoriali : analisi automatica di testi giuridici e politici*, F. Angeli, Milano, 1988, pp. 29-44.

en ce qui concerne la méthodologie législative (c'est-à-dire, les technologies actuelles de la *Gesetzgebung*), est le fait que ces techniques d'analyse de la légibilité d'un texte peuvent être automatisées, en plus des contrôles automatiques existants pour la correction grammaticale (3).

Mais les possibilités offertes actuellement par l'intelligence artificielle permettent d'aller bien plus loin. Les problèmes de la *legal drafting* peuvent être envisagés avec des moyens informatiques et avec l'aide d'"expert systems" mis au point dans ce but (4). D'un point de vue utilitaire, il est clair que la technique législative peut atteindre un niveau de rigueur logique dans la rédaction des textes normatifs inaccessibles il n'y a pas longtemps. Il me semble également clair que ni les politiciens, ni les administrateurs ni les juristes praticiens ne peuvent se passer de cet accroissement des recours disponibles dans le *legal drafting*, la *Gesetzgebung* ou, tout simplement, pour appliquer une méthodologie meilleure et plus rationnelle dans l'élaboration du droit positif. Il convient de relever que des moyens pareils existent déjà pour aider les juges dans la prise de quelques décisions, et les particuliers dans l'adoption de conventions et d'autres documents ayant une portée juridique (5). Les progrès dans ce domaine sont très rapides. La technologie législative en profite déjà dans une large mesure ; les juristes praticiens ne doivent pas les sous-estimer et la théorie juridique ne peut pas les ignorer.

3. - La science du droit a été pensée comme une technologie (6). Cela implique que, en tant que telle, elle doit avoir recours à d'autres disciplines scientifiques servant de fondement aux règles qu'elle formule. Autrement, nous aurions seulement une étrange technologie dépourvue de fondement scientifique. Mais il semble clair,

(3) Cf. dans le même volume indiqué dans la note antérieure, l'article de C. Biagioli, P. Mercatali et D. Riscornia, *Le formule per l'analisi automatica delle leggibilità : la formula di Fleisch per il controllo di documenti giuridici*, pp. 45-99.

(4) Cf. C. Biagioli et P. Mercatali, *Guida automatica per il redattore di testi legislativi*, dans P. Mariani et D. Tiscornia, eds., *Sistemi esperti giuridici : l'intelligenza artificiale applicata al diritto*, F. Angeli Ed., Milano, 1989, pp. 379-396 ; P. Mariani et D. Tiscornia, *I sistemi esperti di supporto alla redazione di testi legislativi*, dans *Atti del IV Congresso internazionale Informatica e regolamentazioni giuridiche*, Roma, 1988, vol. X, n° 9.

(5) Cf. par exemple, R. V. de Mulder, *A model for legal decision making by computer*, dans A.A. Martino et F. Socci, eds., *Automated analysis of legal texts*, Amsterdam, 1986, pp. 581-592 ; R. Guibourg, *An automatic decision-making system*, dans C. Ciampi (ed.), *Artificial intelligence and legal information systems*, Amsterdam, 1982 ; M. Solet, *Vers la constitution automatique de modèles de décision logique par analyse du langage juridique*, Institut de recherches de l'information juridique, Montpellier, 1978. En général, cf. les bibliographies publiées par l'Istituto per la documentazione giuridica, Florence, dans des volumes annuels de *Informatico e diritto*.

(6) Cf., par exemple, M. Atienza, *Introduccion al derecho*, Barcelona, 1985, chap. 4, ou, dans autre contexte culturel, S. Strömholm, *Allgemeine Rechtslehre*, Munich, 1976, chaps. 6 et 8.

premièrement, que la science du droit -nommée science dogmatique du droit- ne fonde jamais ses conclusions sur des prémisses extraites d'autres sciences, comme la psychologie ou la sociologie. Cela conduirait, tout d'abord, à une conclusion fallacieuse logiquement, puisqu'on arriverait à des conclusions normatives à partir de vérités de fait. Et, deuxièmement, il faut souligner que jamais la science juridique n'a été considérée comme un simple répertoire de recettes pratiques. Le juriste n'est pas un praticien, mais un théoricien. Il s'occupe d'élaborer des théories sur son objet, le droit, et non seulement de pourvoir des instruments techniques pour manier le droit à son gré. Si on postule que la science du droit est, rigoureusement, une discipline technologique, il faut mettre au clair précisément quelles sont alors les connaissances théoriques sur le droit. L'invocation des connaissances sociologiques ou, pire, l'allusion à des croyances politiques, à des idéologies, ne suffisent pas pour fonder une technologie au sens précis du mot. Or, il semble admissible de considérer ces réductions de la jurisprudence à une technologie sociale ou politique comme des tentatives de minimiser le statut scientifique reconnu de la science du droit. En tout cas, les problèmes méthodologique persistants de la science juridique ne sont guère résolus par ces réductions à d'autres disciplines ou par l'application de solutions valables dans d'autres domaines de la connaissance.

L'opposition à la science dogmatique du droit a non seulement eu de tous temps un ton aigre, étranger à une polémique après tout académique, mais elle reflète toujours des positions politiques vis-à-vis du droit objectif lui-même. Car si la connaissance du droit objectif est, à la rigueur, comme dit J. R. Capella, "connaissance d'une technique de domination", la soi-disant science du droit n'est plus qu'une forme simulée de l'exercice du pouvoir (7). Pareille thèse, assez courante aujourd'hui dans les théories "critiques" du droit, a une valeur plutôt politique qu'épistémologique. La lutte méthodologique exprime des différences idéologiques plus secrètes. C'est pour cela, à mon avis, que la critique assidue et réitérée de la jurisprudence instituée est bien peu féconde, puisqu'elle n'a pas produit un modèle de science juridique capable de se substituer au paradigme dominant. Dans les tendances nommées "critiques", qui on fleurit dans les deux dernières années, on perçoit bien cette position : inspirées par des tendances marxistes, elles s'opposent en bloc aux sciences juridiques traditionnelles, dont elles dénoncent l'idéologie réactionnaire, sans réussir à établir un nouveau modèle de connaissance du droit. Dans ce sens, les théories critiques du droit ressemblent énormément aux mouvements néo-scolastiques, opposés de même au positivisme régnant dans la jurisprudence dogmatique, mais incapables jusqu'ici de fournir des nouveautés dans les méthodes de la science juridique.

Nous lisons chez Miaille, par exemple, que la constitution d'une science juridique butte contre des obstacles épistémologiques - parmi lesquels l'idéalisme récalcitrant des juristes ou leur empirisme

(7) J. R. Capella, *Sobre el discurso juridico : 1) La teoria general de las normas*, Barcelona, s/d, p. 7.

naïf- d'une importance telle qu'ils excluent la possibilité même d'une connaissance objective du droit. Il est vrai que l'étude scientifique du droit fut, selon cet auteur, une réaction contre les attaques dont l'état bourgeois était l'objet. Mais, encore aujourd'hui, la revendication du caractère scientifique de la jurisprudence constitue une "revendication sociale". C'est pour cela que la constitution d'une "vraie" science du droit exige une "critique" intégrée dans la "démarche" d'une classe sociale. Ainsi comprise, la critique de la science juridique est une sorte de métadiscours persuasif ou rhétorique sur le "discours du pouvoir" exploité par les juristes bourgeois. Mais comme la connaissance critique du droit continue à être produite par des juristes académiques, elle part des analyses classiques des sciences sociales existantes. Cependant, l'histoire et la sociologie du droit n'ont pas modifié grand chose au paradigme traditionnel de la jurisprudence dogmatique. Le marxisme -croit Miaille- fut aussi un échec en ce qui concerne la théorie du droit, soit en tant qu'idéologie totalisante, soit comme prétention d'établir une science juridique prolétaire. Les courants, à la mode dans les années quatre-vingt, dits interdisciplinaires ou multidisciplinaires, souligne Miaille avec raison, n'ont rien apporté de nouveau, étant donné que la juxtaposition de méthodes disparates ne constitue pas une méthode nouvelle (8).

Dans d'autres traditions culturelles, les caractéristiques spécifiques de la science juridique sont perçues comme des idéologies, quoiqu'elles laissent de côté l'aspect principalement politique de ces caractéristiques. Ainsi, il est fréquent d'invoquer l'aspect évaluatif inséparable de la connaissance théorique du droit. Aarnio, par exemple, souligne que des concepts axiologiques forment une partie essentielle de la méthodologie des sciences sociales, mais que dans la science dogmatique du droit le caractère évaluatif "est essentiel dans un sens plus radical" (9). Que veut insinuer par là le juriste finnois ? Est-ce que le juriste théorique ne produit pas seulement des théories explicatives du droit réel, mais fait-il aussi "dans certaines situations des choix fondés sur des valeurs ?" Si tel était le cas, une science du droit axiologiquement neutre ne serait pas une connaissance théorique suffisante de son objet. Elle n'expliquerait pas des aspects saillants des phénomènes juridiques et, partant, elle serait pratiquement inutile.

Il semble, donc, que les présuppositions épistémologiques de la science dogmatique du droit sont déformés idéologiquement et, par conséquent, les concepts et catégories traditionnels ne servent pas à fournir des explications adéquates du droit. En tout cas, cette défectueuse science juridique donnerait lieu à des résultats pratiques confus et, d'un point de vue théorique, impliquerait une sorte de scepticisme, puisqu'elle n'arriverait pas à en extraire "une méthodologie lui permettant d'identifier la vérité de ses propositions".

(8) M. Miaille, *Reflexao critica sobre o conhecimento juridico = possibilidades e limites*, dans C. A. Plastino (ed.), *Critica do direito e do estado*, Rio de Janeiro, 1984, pp. 31 ss.

(9) A. Aarnio, *The rational as reasonable : a treatise on legal justification*, D. Reidel, Dordrecht, 1987, pp. 10-18. Cf. R. J. Vermeigo, *Las dimensiones del derecho*, dans le volume en hommage à M. Reale, São Paulo, 1990.

Il en résulte une sorte de dilemme éthique, ou, si l'on veut, une espèce de mauvaise conscience chronique parmi les juristes : une connaissance censée être théorique, qui, en fait exerce une importante influence sur des choix politiques, prétend être soumise, comme dit Calsamiglia, à une abdication axiologique. Le juriste théorique serait, donc, une espèce de politicien qui cache son jeu : le juriste déguise son activité politique sous les apparences de descriptions objectives. Pour cela, les activités soi-disant scientifiques des juristes sont le mode selon lequel une communauté professionnelle exerce un pouvoir illégitime : si "la science dogmatique du droit fait partie du droit positif et s'il est impossible de les séparer", la fonction idéologique réelle de la science du droit reste cachée et les juristes peuvent, de cette façon, continuer à exercer un pouvoir illégitime dans la création et l'application du droit (10).

Or, si les fonctions effectives de la connaissance scientifique du droit sont tellement confuses et fallacieuses, comment s'étonner des difficultés méthodologiques chroniques affectant la vieille science dogmatique du droit ?

4. - Mais quelles que soient les fonctions supposées dont la science juridique se voit accablée, il reste *quelques* problèmes qui conditionnent la validité théorique de toute science et qui doivent être résolus auparavant. J'en traiterai quelques uns parmi ceux qui semblent avoir aujourd'hui une importance particulière.

a) *Le raisonnement juridique et les logiques adéquates.* Le discours scientifique sur le droit est, et doit être sans le moindre doute, un discours rationnel, c'est-à-dire, un discours logiquement cohérent, et, si possible, systématique. Or, la condition de cohérence exige une logique adéquate au type de raisonnements usuels dans le domaine objet de la théorie. C'est bien le discours scientifique sur le droit qui a besoin d'une structure logique suffisante ; le langage normatif proprement dit peut bien ne pas avoir une structure logique (comme cela a été répété maintes fois dans la théorie générale actuelle du droit) ou bien ressortir à des argumentations différentes de celles employées dans le discours scientifique. Il arrive, pourtant, que les juristes soient en désaccord en ce qui concerne tant la logique du droit lui-même (c'est-à-dire, la logique normative au sens strict), que la logique propre du raisonnement théorique sur le droit. Même en admettant que le droit lui-même est alogique, il faut bien que les juristes arrivent à un certain accord quant à la ou les logiques propres à établir le caractère rationnel de la science du droit.

Il y a quelque temps, une tendance prestigieuse soutenait que le raisonnement juridique (ou, plutôt, l'argumentation juridique, comme il devenait à la mode d'en parler) était de nature rhétorique et, partant, que toute logique stricte lui était étrangère. Cette thèse était liée à la croyance très répandue sur le caractère normatif de la connaissance juridique : la science du droit se confondait en grande partie avec le droit lui-même.

(10) A. Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, 1986, p. 36.

Depuis lors, on est bien arrivé à comprendre que, quoiqu'on puisse faire un usage rhétorique des propositions théoriques de la science juridique, cela n'implique pas que le discours scientifique soit lui-même alogique. La question qui demeurait sans réponse claire était de savoir quelle était la logique propre d'une connaissance théorique du droit, étant donné le surprenant essor de multiples logiques nouvellement développées, parmi lesquelles il fallait prendre en compte les logiques déontiques apparues depuis l'essai de G. von Wright de 1951. Une attitude possible était de tâcher d'établir quelles étaient, au fait, les inférences logiques valables auxquelles les juristes avaient recours. Il s'agissait, pour ainsi dire, d'une justification *a posteriori* de la validité de la logique, ce qui semble paradoxal. L'autre ligne spéculative régnante dans les dernières années acceptait une sorte de scepticisme logique, dans le sens de l'admission, en faveur des juristes, d'un libre choix parmi les multiples systèmes déductifs considérés comme aptes à leurs besoins d'expression (11).

Pour une réflexion sur les problèmes méthodologiques de la science juridique, cette situation est assez grave, étant donné que, en dernière analyse, elle conditionne encore la rationalité même de la connaissance théorique du droit. Il faut bien reconnaître qu'une bonne partie de la théorie générale actuelle du droit est consciente du problème, mais semble s'être résignée à laisser l'affaire aux mains des logiciens qui s'évertuent à fabriquer des systèmes logiques en vrac. Parmi ceux-ci, d'autre part, le développement de tant de systèmes formels dont les caractéristiques apparaissent surprenantes d'un point de vue intuitif, a conduit à des spéculations bien plus hardies sur les notions mêmes de déduction, inférence logique ou conséquence valable. C'est ainsi que, dans les derniers temps, une littérature importante commence à se répandre, non seulement sur des logiques normatives divergentes, mais sur des logiques déontiques ne répondant pas aux critères traditionnels de consistance et de monotonie. Curieusement, l'attention des logiciens purs a été attirée sur ces sujets dès qu'ils se sont intéressés aux modes particuliers du raisonnement juridique. Et c'est avec le développement d'"expert systems" dans le champ du droit que ces spéculations apparemment byzantines ont commencé à avoir des applications pratiques (12).

(11) Pour un renseignement sur les relations actuelles entre droit et logique, cf. R. J. Vernengo, *Derecho y lógica*, Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1987, pp. 303-329.

(12) Pour une bibliographie récente sur ces thèmes, cf. les actes des Congrès de Bologne (mai 1989) et Florence (novembre 1989) sur "expert systems" en droit et logique, informatique et droit: International conference on law and artificial intelligence, *Expert systems in law*, Università degli studi Bologna, CIRFID, 1988 et *Pre-proceedings of the III International Conference on "Logica, informatica e diritto"*, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Istituto per la documentazione giuridica, Florence, 1989.

b) *Les concepts théoriques de la jurisprudence et les taxonomies.* La science du droit continentale se nourrit, comme c'est bien connu, du répertoire des concepts créés par les juristes romains et par les canonistes. Ces notions dérivent des nécessités pratiques des tribunaux impériaux et ecclésiastiques. Depuis des siècles, elles font partie du langage commun aux juristes de tous les pays. Cependant, leur statut épistémologique est plus que discutable et leur efficacité théorique nous paraît aujourd'hui douteuse. Des notions aussi larges que celles de contrat, personne ou sujet de droit, relations juridiques, etc., parmi d'autres, nous semblent terriblement vagues ou ambiguës. Il s'agit de concepts élaborés pour des besoins pratiques sans tenir strictement compte des exigences d'une élaboration soigneuse des concepts théoriques. La théorie générale du droit, me semble-t-il, reste encore en retard des philosophes analytiques des sciences dont l'essor récent est bien connu. L'analyse et la construction des concepts théoriques juridiques dépendent donc des résultats acquis dans la théorie des sciences empiriques et formelles.

Une bonne partie des constructions théoriques de la jurisprudence est taxonomique (comme déjà Leibnitz l'avait remarqué). Non seulement nous restons attachés aux anciennes classifications des "parties" du droit (*ad rem, ad personas*, etc.) ou des "branches" lui appartenant (droit civil, droit pénal, etc.), mais aussi aux divisions plus menues : types des contrats, figures délictueuses, etc. D'autres notions très générales, dont les juristes font un usage permanent, comme celles d'acte juridique, par exemple, remplissent principalement une fonction classificatrice. La science dogmatique des droits positifs modernes est, avant tout, une discipline taxonomique, étant donné que rares sont les théories de plus large envergure qui peuvent être avancées.

Or, ces taxonomies ne sont guère logiquement correctes. Il s'agit plutôt des classifications élaborées empiriquement, pour les besoins des plaideurs, mais qui ne répondent pas aux exigences d'une partition logique consistante. Comme conséquence, maints concepts théoriques de la jurisprudence, dont les fonctions sont classificatrices, ne remplissent ni leur fonction théorique ni leur but pratique. Parfois, les concepts sont si ambigus que non seulement leur fonction classificatrice est nulle, mais encore leur force explicative reste mince. Souvenons-nous, par exemple, que tant un mariage qu'un délit peuvent être pensés comme des faits ou comme des actes juridiques. L'obligation d'avoir un nom et la faculté de renoncer à la nationalité sont envisagées comme des droits subjectifs ou, comme on dit maintenant, comme *human rights*. La notion de convention a pris une nouvelle vigueur comme catégorie explicative en droit. Or, que je sache, les juristes, quoique bien conscients de l'importance théorique des classifications, et assez friands pour en élaborer toujours de nouvelles, n'ont pas insisté beaucoup sur les problèmes méthodologiques que toute taxonomie introduit (13).

(13) Cf. à ce sujet, par exemple, J.-L. Bergel, *Méthodes du droit : théorie générale du droit*, Dalloz, 2ème éd., p. 214.

On trouve alors dans la théorie générale du droit des thèses qui peuvent être surprenantes. Il est irrationnel de proposer comme méthode pour éliminer les inconvénients des classifications erronées des remèdes comme le suivant, même si on la baptise de méthode dialectique : qu'"aucun principe, en aucune matière, ne soit proclamé ou accepté, sans l'acceptation au même moment du principe contraire" (14). Cela conduit, selon Bergel, partant "de l'idée qu'un même fait est susceptible de qualifications (classifications) opposées et donc d'être soumis à des règles différentes", à la conclusion selon laquelle "il faut alors, après avoir qualifié (classifié) un fait, un acte, une institution, une personne ou une chose et en avoir déduit le régime juridique, se référer à la qualification opposée pour en déduire le régime juridique correspondant".

Il se peut bien que le même fait soit susceptible de plusieurs classifications, quoiqu'on puisse alors douter qu'il s'agisse vraiment du *même* fait (les relations dont il est partie ne seront pas en tout cas les mêmes). Que ces classifications appliquées à un fait puissent être "opposées" -c'est-à-dire, conduisant à une contradiction- semble plus discutable. Mais que, après avoir uni les classifications opposées, on prétende "en déduire le régime juridique correspondant" au fait analysé, signifie tout simplement renoncer à une connaissance théorique rationnelle des données juridiques. Il est bien connu que, dans toute déduction classique (et les soi-disant inférences dialectiques s'y rattachent), tout est dérivable à partir de prémisses contradictoires. En conséquence, des faits qualifiés ou classifiés contradictoirement tout régime juridique, quel qu'il soit, sera "correspondant" nécessairement et rien donc ne sera pas exclu dans cette théorie juridique dialectique illusoire. Il se peut que, en ayant recours à une logique paraconsistante, on puisse éviter cette conclusion consternante. Mais l'application de ces nouvelles logiques, encore au stade expérimental, pour ainsi dire, n'a guère été entreprise par les juristes, quoiqu'elles soient bien étudiées par quelques dialecticiens contemporains.

Par contre, il est bien clair que le fait selon lequel toute donnée juridique puisse être incluse dans plusieurs classifications traditionnelles, dont la rigueur logique est douteuse, signifie qu'elle peut "être soumise à des règles différentes". C'est que la science du droit, comme il est notoire, n'a pas été capable d'élaborer des théories vraiment générales : les classifications proposées ont, donc, un champ d'application très limité. Le manque de théories assez générales pour le droit entraîne comme conséquence que même les catégories d'une théorie générale du droit tout court sont suspectes. Il ne s'agit pas qu'un même fait juridique soit susceptible de classifications opposées, mais de l'absence d'une théorie juridique suffisamment générale pour harmoniser la multitude de petites théories toutes particulières que les

(14) D'après E. Bertrand, *Le rôle de la dialectique en droit privé positif*, cité par J.-L. Bergel, *op. cit.*, p. 214. La citation suivante est le commentaire de Bergel au texte de Bertrand. Les mots entre parenthèses m'appartiennent.

juristes ébauchent sans trêve. Elle a pourtant des conséquences assez fâcheuses dans le maniement automatique des données juridiques (15).

c) *La systématique du droit et les systèmes théoriques.* De notre temps, le droit est censé être un phénomène social destiné à fournir des solutions rationnelles aux conflits possibles dans une communauté humaine. Cela requiert une certaine rationalité interne au droit lui-même, que l'on traduit en disant que le droit est intrinsèquement systématique. Mais si le droit objectif est, en tout cas, un ensemble de normes, la notion d'un système rationnel ou logique ayant comme éléments des règles ou des prescriptions cesse d'avoir un sens convaincant. Car si on nie la possibilité sémantique d'attribuer une valeur de vérité aux normes, on doit aussi abandonner la possibilité d'établir un système normatif dans le droit. Pourtant, les juristes refusent de l'admettre et continuent à soutenir que le droit objectif est, en quelque sens métaphorique, un système. Dans les dernières années, on tâchait parfois de justifier cette thèse insoutenable, en s'en remettant vaguement aux propositions de la soi-disant théorie des systèmes, référence qui permettait de garder un certain lien avec des sciences plus dures (comme on disait alors) sans y apporter la moindre rigueur.

Je n'entrerai pas dans cette discussion, peut-être oiseuse. Il est intéressant, en revanche, d'attirer l'attention sur les problèmes systématiques dans la science du droit elle-même. La connaissance théorique du droit n'acquiert pas toujours une forme d'exposition qui puisse être considérée comme systématique. Au contraire, les commentaires et traités classiques n'aboutissent guère à bâtir des systèmes théoriques satisfaisants. C'est avec les progrès de l'épistémologie moderne que les juristes ont dû se mettre, du jour au lendemain, à la tâche de construire, eux aussi, des discours théoriques sur le droit ayant une forme systématique. Les modèles pris aux sciences exactes ou plus avancées ne leur serviront pas à grand chose à ce propos. D'ailleurs, les problèmes concernant des systèmes ayant des éléments normatifs n'avaient pas été analysés en profondeur par la théorie moderne des sciences, et, partant, avaient été entièrement ignorés par la spéculation classique. Cependant, quelques théories bâties par la jurisprudence traditionnelle, concernant les conflits normatifs et les lacunes législatives, présupposaient une organisation systématique de la connaissance juridique.

Or, il semble clair que la science du droit n'exige nullement avoir une forme d'exposition toujours systématique ; par contre, quelques conditions logiques, comme la cohérence, valables pour tout système, sont aussi nécessaires dans tout discours théorique sur le droit. Cela implique que, explicitement ou implicitement, les règles

(15) A ce sujet, cf. R. J. Vernengo, *Categorías teoricas en el lenguaje juridico y su formalizacion*, dans *Atti 4° Congresso internazionale sul tema informatica e regolamentazione giuridiche*, II, n° 25, Rome, 1988 ; *Taxonomias formales y thesaurus conceptual*, dans *Actas 3° Congreso argentino de informatica juridica*, vol. II, Mar del Plata, 1988 ; et *Legal taxonomics and conceptual analysis*, dans *Pre-proceeding of the III International Conference on "Logica, informatica e Diritto"*, I, pp. 819 ss., Florence, 1990.

logiques employées soient uniformes. Cela ne veut pas dire qu'on renie le large degré de liberté dont les juristes jouissent dans le choix de la logique adéquate à leurs besoins d'argumentation et d'exposition. Cette condition de cohérence logique minimum s'accroît dès qu'il s'agit de construire des théories au sens moderne du mot. Les juristes parlent volontiers de théories qu'ils proposent : théorie de la possession, de la responsabilité objective, des actes juridiques, de l'abus de droit, des délits par omission, etc.. Il est fort douteux que ces produits de l'activité littéraire des juristes puissent être considérés comme de vraies "théories" d'un point de vue épistémologique actuel. Mais, d'autre part, il ne faut pas nier le fait très important que les juristes aient été les premiers à avoir suggéré la possibilité d'une connaissance théorique (i.e. : logiquement cohérente) des principes pratiques et des normes y relatives. Cela manque notoirement pour les éthiques normatives proposées par maints moralistes et par un grand nombre de croyances religieuses.

De son côté, la théorie générale du droit offre d'autres soi-disant "théories" : théorie de la personnalité juridique, de l'interprétation des lois, du pouvoir constituant, etc. ; ou bien des théories bien plus générales encore, comme la théorie des normes juridiques ou la théorie bâtie par l'école kelsennienne autour de la notion de *Grundnorm* d'un ordre normatif. Parfois il est difficile de voir quel est le but, pratique ou spéculatif, suscitant ce pullulement de théories en interminable compétition. On peut penser, dans le sillage de M. Weber, que la rationalité de décision postulée par les États membres a imposé, dans le discours théorique sur le droit, des conditions logiques semblables à celles exigées dans les sciences qui, dans l'âge moderne, on donné lieu à l'essor de technologies dans le domaine de la physique ou de la biologie. Le droit objectif, vu comme une technologie de contrôle social, demande au préalable une connaissance théorique pleinement rationnelle. De nos jours, aucun juge ne peut, par exemple, fonder et justifier sa décision sans avoir nécessairement recours à un ensemble normatif non contradictoire. Idéalement, les normes positives invoquées par le juge dans son jugement doivent être, dans les États de droit, un sous-ensemble propre, non contradictoire et complet vis-à-vis du cas à résoudre, extrait de l'ensemble qui est le droit positif de l'État. Or, cette tâche est accomplie auparavant par les sciences dogmatiques du droit, en tenant compte des ensembles théoriquement construits pour classer des cas-type généraux. Cette fonction technologique de la science du droit explique, il me semble, l'intérêt accru pour les problèmes de l'élaboration de systèmes théoriques dans la jurisprudence, car, en principe, l'ensemble normatif invoqué par les juges de droit prétend avoir une forme systématique. C'est à la science du droit, certainement, qu'il incombe de déterminer les critères de systématisation applicables à ce but, et la méthodologie du droit s'est occupée depuis peu de cette question d'une façon adéquate (16).

(16) L'œuvre plus connue qu'a initié l'étude stricte des systèmes normatifs est le livre de C.E. Alchourron et E. Bulygin, *Normative systems*, Springer Verlag, Vienne, 1971, dont le titre, dans le texte original espagnol, est *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974. Dans la

d) *Les critères de vérité des théories juridiques.* Quelques problèmes méthodologiques de la connaissance juridique sont, comme il fallait bien s'attendre, des avatars des vieilles questions qui, depuis des siècles, préoccupent les philosophes. Parmi eux, celle, traditionnelle et énigmatique, de la vérité, problème central de la métaphysique, occupe une place décisive.

La science du droit, comme toute science, aspire à fournir une information vraie sur le domaine qu'elle étudie. A un degré théorique plus élevé, cette science prétend, peut-être, formuler des lois et des théories concernant son objet. Qu'est-ce qu'on veut dire quand on parle de vérité dans le domaine de la science du droit ? A quelle conception de la vérité fait-on allusion dans la connaissance juridique ? Des penseurs importants ont cru que les connaissances juridiques sont vraies en tant qu'elles sont dérivées déductivement de certaines prémisses prises comme axiomes ou dogmes ; cela expliquerait qu'on parle d'une science dogmatique du droit. Mais ce type de connaissance est répudié par maints juristes qui pensent que la connaissance juridique, ne peut avoir une validité purement formelle et tentent d'arriver à une conception de la vérité semblable à celle qui est en jeu dans les sciences empiriques. En somme : les juristes, à ce qui semble, se partagent, sans arriver à trancher la question, entre une notion de vérité comme correspondance, à l'instar de la sociologie, et une conception de la vérité comme conséquence, pareille à celle propre de sciences exactes. Mais le droit, l'objet de connaissance, n'est pas un phénomène empirique ni, non plus, un objet abstrait. Alors les conceptions traditionnelles de la vérité semblent ne pas bien correspondre à la connaissance scientifique du droit.

La science dogmatique du droit, dans sa forme transmise, n'explique pas les critères de vérité auxquels elle a recours. On est même arrivé à soutenir que la soi-disant science du droit ne constitue pas une connaissance objective au sens propre. Ou bien on affirme, selon le vieux dicton pascalien, qu'en ce qui concerne le droit, il n'y a pas lieu d'arriver à des vérités qui ne soient pas relatives, toutes différentes des vérités absolues correspondant aux énoncés des sciences normales. Cette ambiguïté explique que les juristes ne sachent pas quels sont les critères d'après lesquels ils vérifient ou réfutent les thèses proposées par d'autres juristes.

Il semble acquis que le droit lui-même, en tant qu'ensemble de normes, ne constitue pas un discours dont les propositions soient susceptibles de vérité empirique. En outre, les déductions logiques sur celles-ci sont suspectes en ce qui concerne justement la valeur de vérité transmise par inférence. Il faut bien reconnaître qu'il s'agit encore de thèses discutables. Sans prendre parti dans cette interminable polémique, tâchons de souligner quelques conséquences de l'adoption de l'une ou l'autre conception.

littérature juridique française récente, le livre de M. van de Kerchove et F. Os, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Bruxelles, 1989, ne tient pas compte, à mon avis, des développements plus intéressants de la logique et l'épistémologie contemporaines.

La manière la plus courante de prétendre que la science du droit contient des vérités confirmables est de soutenir qu'elle décrit le droit. Cette science descriptive du droit est postulée, parmi d'autres, par H. Kelsen et, de nos jours, par G. von Wright. Les énoncés descriptifs de cette science seraient vrais par leur correspondance aux choses décrites. En tant que telles, les descriptions juridiques peuvent être plus ou moins amples : Kelsen, par exemple, propose que les descriptions se limitent aux moments normatifs du droit, mettant de côté les aspects axiologiques et sociologiques. Mais il ne s'agirait point d'une description des normes en tant qu'énoncés linguistiques ; le droit s'exprime bien en un langage, mais il n'est pas seulement langage. La connaissance scientifique du droit ne s'épuise pas dans une analyse linguistique. Si tel était le cas, on n'arriverait pas à comprendre suffisamment quelle peut être la procédure de vérification empirique des descriptions des normes, normes dont la manifestation phénoménique est notoirement linguistique.

En outre, il est toujours possible d'établir plusieurs descriptions du même ensemble de normes. Car les descriptions ne sont pas seulement vraies ou fausses, mais aussi superficielles ou profondes, satisfaisantes ou insuffisantes, minutieuses ou grossières, bonnes ou précieuses, etc. C'est-à-dire, la notion même de description à une valeur plutôt pragmatique que sémantique, au point qu'il n'est pas rare qu'une description vraie soit inadéquate dans quelques contextes. De ce point de vue, la prétendue correspondance avec les données d'une description semble être affaire de convenance pratique et non de correspondance sémantique (17). En dernière analyse, la vérité d'une description, surtout quand il s'agit de décrire des normes, ressort des conventions définitoires préalables.

C'est à une telle conclusion qu'arrivent ceux qui pensent que la connaissance juridique est une connaissance a priori dont l'accès est purement intellectuel ou logique. L'instrument propre de la connaissance du droit serait les systèmes déductifs offerts par les logiques disponibles (logiques normatives ou déontiques et autres). Or, il semble admis qu'avec des recours logiques les juristes atteignent réellement de nouvelles connaissances à partir des données normatives. Mais cela ne signifie pas qu'ils bâtissent déductivement des théories explicatives du droit et -ce qui nous intéresse ici- ils n'acceptent guère que la pure correction déductive soit un critère suffisant de la vérité d'un énoncé juridique. La structure déductive est seulement, comme dans d'autres sciences, une condition nécessaire, mais pas suffisante, de la vérité des thèses obtenues. Mais les règles logiques qui servent de critères de correction des déductions faites sont, dans une certaine mesure, conventionnelles. La vérité dérivée des thèses juridiques atteintes déductivement est, donc, fonction des conventions logiques i

(17) Cf. J. Esquivel, *Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral*, Crítica XIII/37, Mexique, 1981.

Les juristes, dirait-on, n'acceptent pas volontiers que leur discours soit vrai ou faux par convention définitoire ni par correspondance avec une quelconque expérience empirique. Serait-il consensuellement vrai grâce à l'accord auditoire, formé par les opérateurs juridiques, sur les règles d'un certain jeu linguistique, comme proposent certains juristes s'inspirant de la philosophie tardive de Wittgenstein ? Ou les discours scientifiques sur le droit seraient considérés vrais en tant que résultat d'un dialogue feint entre politiciens, autorités étatiques, juristes académiques et exploiters des *médias* ? Le vrai est conçu comme l'expression d'un accord social touchant un jeu ou une communication. Puisque jeux et communications dépendent d'une convention préalable concernant les enjeux et les codes admissibles, il semble bien que la connaissance juridique, pour ces tendances courantes dans l'épistémologie des sciences sociales, reste toujours sujette à une forme de vérité insolite, tout au plus justifiée par des conventions contingentes. Le problème de la vérité des discours théoriques sur le droit reste toujours sans solution acceptable. Il s'agit bien d'une situation que la philosophie du droit et la méthodologie de la science juridique ne sont pas encore capables de surmonter ou d'éluder.

5. - Faut-il se résigner, en ce qui touche la connaissance objective du droit, à un scepticisme sans issue ? Est-ce que des problèmes comme ceux évoqués ci-dessus imposent des limitations insurmontables aux juristes prétendant arriver à une conception scientifique du droit ? Est-il nécessaire d'élargir à tel point la critique de la science du droit qu'il ne reste dans les mains que le vide formel des purs paradoxes logiques ? Le fait est que les juristes non seulement doutent de la valeur objective de leur discours théorique, mais aussi mettent en question la possibilité même de ce type d'activité théorique. D'autre part, il faut bien accepter l'existence centenaire et bien assise d'une jurisprudence théorique, qui est l'objet d'une transmission académique institutionnelle et qui jouit d'un prestige social important (18).

Philosophes, épistémologues et juristes s'évertuent à faire face à l'inquiétante situation de la science du droit. Tout en la soumettant à des analyses et enquêtes critiques chaque fois plus aigues et profondes, ils ne laissent pas l'occasion de profiter de son séculaire prestige. En fin de compte, la science du droit, avec tous ses défauts et défaillances, est encore le seul domaine de l'humain où nous avons quelque chose qui ressemble à une connaissance rationnelle, une science paradigmatique. Il se peut qu'il vaille encore la peine de se préoccuper des problèmes méthodologiques qui atteignent cette vénérable et évasive science du droit.

(18) Cf. sur l'état actuel de la théorie générale du droit les travaux recueillis par H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer et O. Weinberger, dans le volume *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Düsseldorf, 1972 et, plus récemment, dans le volume *La teoria generale del diritto : problemi e tendenze attuali*, édité par U. Scarpelli et al., Milan, Ed. Comunità, 1983.

BIBLIOGRAPHIE

DES OUVRAGES RÉCENTS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Par

Jean-Louis BERGEL

"MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE - L'APPLICATION DE LA NORME"

Par

Xavier DIJON,

Éd. Story Scientia, Coll. "A la rencontre du droit", Bruxelles 1990,

Préface P. Orienne

L'originalité de cet excellent livre, dont l'objet est d'exposer la méthode que suit le juge dans l'application de la norme, ne tient pas seulement au fait qu'il est l'un des premiers ou des rares ouvrages à mettre l'accent sur la création permanente du droit par la fusion de ses sources en montrant que le contenu du droit matériel n'est, à un moment et sur un point déterminé, que le produit toujours inachevé des méthodes du droit. Elle tient davantage encore à une inversion fructueuse de l'ordre habituel des idées. Au lieu de partir d'une définition du droit par des postulats et des idées préconçues, pour en décrire le contenu et, éventuellement, la mise en oeuvre, l'auteur part d'une étude de celle-ci, en dégage les divers cheminements pour esquisser, en fin, les raisons d'une méthodologie propre au droit et conclure par une tentative de définition du droit.

Procédant ainsi à la manière des sciences expérimentales, M. Dijon parvient à s'affranchir des diverses "chapelles" qui identifient le droit à son expression formelle, aux faits sociaux qu'il régit ou à une vision idéale de ses fins. Il dégage ce qui est, selon lui, la réalité du droit : une finalité éthique, mise à jour par la force politique qui édicte la norme et qui se traduit en une "matière" particulière par la forme qu'il revêt.

Il ne s'agit pourtant ni d'un ouvrage de philosophie du droit, ni d'une réflexion théorique. C'est la pratique du droit qui est ici décortiquée et dont on peut tirer les enseignements.

Délaissant délibérément la méthodologie de la recherche et celle de l'institution de la norme, l'auteur n'aborde que son application. Il montre, en la scandant à l'image du syllogisme judiciaire habituel, comment on saisit le fait "selon le droit" (établissement et qualification des faits), comment on établit le sens de la norme pour "assurer l'ordre juridique", en contrôlant la validité des normes, en résorbant leur antinomie et en traitant leurs lacunes. Tout cela constitue une première partie substantielle qui forme l'essentiel de ce livre.

Ce n'est qu'à travers cette réflexion en profondeur que M. Dijon étudie (2ème partie) "l'énonciation du droit" dans les différentes

écoles historique, exégétique, scientifique...., venues se fondre dans l'éclectisme commode de la pratique judiciaire, et analyse la logique et les sources de cette "énonciation" du droit. La troisième partie s'aventure sur les itinéraires, divergents et cahotiques, que l'on inflige au dynamisme propre du droit dans les diverses autres sciences humaines pour voir si la méthode juridique peut s'y retrouver. La seule réponse possible paraît être que le droit s'est tracé des chemins qui lui sont propres et que c'est de ceux-ci que procèdent sa nature et son contenu spécifiques.

Ce livre de méthodologie juridique de l'application de la norme n'est pas que de la méthodologie appliquée, sous l'un de ses aspects principaux. C'est aussi un ouvrage de méthodologie fondamentale. Il n'est pas seulement non plus un ouvrage de doctrine pure, ni un simple manuel. Il pose la question de la pédagogie du droit. Il ne sert à rien de n'enseigner que son contenu, ses institutions et ses règles ; il ne suffirait pas d'en étudier la méthodologie abstraite et, en quelque sorte, désincarnée. Mais il faut absolument former au droit par l'apprentissage de sa méthodologie en nourrissant chaque matière des méthodes dont elle procède. Tout serait vain, sans cela.

Parce qu'il suscite une question si capitale mais, surtout, parce que la richesse et l'originalité de sa pensée sont servies par une lumineuse simplicité de style, ce livre doit être lu tant par les praticiens dont l'activité quotidienne en sera éclairée et peut être valorisée que par les universitaires dont l'action doit se nourrir d'une telle approche. Quant aux étudiants en droit, que de temps gagné et d'efficacité assurée s'ils saisissent les profits que secrète cette perception de la vie juridique ! Xavier Dijon témoigne, à nouveau magnifiquement, de la vitalité et de l'acuité bien connues de la pensée juridique belge.

"LINGUISTIQUE JURIDIQUE"

Par

Gérard CORNU

Éd. Montchrestien (Coll. Domat droit privé), Paris 1990.

Si l'idée même d'une linguistique juridique peut effaroucher les partisans forcenés de la vulgarisation du droit, la lecture de ce savant ouvrage devrait les convaincre de l'existence et de la nécessité d'un langage propre au droit. Langage culturel de la communauté des juristes, mais aussi "langage public, social et civique", le langage juridique, marqué par la matière et l'histoire, est un langage technique, spécialisé et traditionnel, mais en constante évolution. Il n'est pas pour autant homogène. S'il peut être spécifique entre initiés, il doit être clair et compréhensible pour le public non-initié auquel il est destiné. Émanant d'initiés (législateurs, juges, docteurs et professionnels du droit), mais s'adressant à des profanes, les exigences de sa nécessaire communication le relient inéluctablement au langage courant. C'est-à-dire que, selon les sources et voies du droit qu'elle énonce et les relations dans lesquelles on l'utilise, la langue du droit se diversifie en plusieurs langages différents : langage législatif, langage judiciaire, langage conventionnel, langage administratif, langage doctrinal.

Ce livre répond à la question de savoir si l'étude de ces langages mérite d'être systématisée sous le nom de linguistique juridique, science appliquée de la linguistique générale, autrement dit "linguistique pratique". Entre "le signifiant" et "le signifié", entre l'expression et son contenu sémantique, c'est la sémantique qui constitue l'essentiel de la linguistique juridique car la recherche du sens est inséparable de l'étude du vocabulaire et du "discours" juridiques. Elle recueille la tradition juridique et se présente comme une "science auxiliaire du droit", au service de son expression, de son interprétation, de son raisonnement. Elle participe à l'approche historique, comparative et sociologique du droit. La linguistique juridique est enfin une condition nécessaire de l'informatique juridique, et l'informatique constitue l'un de ses meilleurs révélateurs.

Monsieur le Doyen Cornu avait une vocation particulière à écrire un tel ouvrage. Maître d'oeuvre du "vocabulaire juridique" de l'Association Henri Capitant et rédacteur du nouveau Code de procédure civile, il maîtrise mieux que quiconque les mots et les

énoncés du droit. Il nous livre ici une magistrale étude du vocabulaire juridique (titre 1er), puis du discours juridique (titre 2ème).

Dans son premier titre, l'auteur étudie d'abord *les mots*, selon leur appartenance au seul langage juridique (intimé, litispendance...) ou leur appartenance simultanée au langage juridique et au langage courant (argument, acte, vice...). Mais les mêmes mots y ont souvent des sens plus ou moins différents qu'illustrent en particulier certains "faux amis" (absence, fruit...). Il évalue ensuite "la charge juridique" des mots, leur polysémie et leur valeur lexicale, puis s'attache aux "rapports entre les mots", selon leur formation, leur comparaison et les regroupements (familles de mots) que l'on peut en faire.

Dans le titre second, M. Cornu étudie "*le discours juridique*". Il en établit une "typologie générale", dans un chapitre préliminaire, en fonction des divers auteurs et destinataires de ce discours, des types de messages qu'il exprime et de ses divers modes d'expression. Il analyse ensuite le discours législatif, le discours juridictionnel et le discours coutumier. C'est, peut-être, à propos des adages juridiques que la culture et la précision d'analyse de l'auteur sont le plus éblouissantes.

Campé sur l'analyse terminologique et phraséologique du langage juridique et consacré successivement à la linguistique juridique fondamentale et à la linguistique juridique appliquée, cet ouvrage épouse parfaitement les perspectives que la méthodologie juridique peut offrir à l'étude d'un instrument technique du droit, tel que son langage.

A la fois travail de bénédictin et magistrale synthèse, ce très beau livre relève à la fois de la science théorique et de la science appliquée. Pratiquant tour à tour méthode d'observation et méthode expérimentale, il ne perd jamais de vue la réalité concrète du langage juridique dont il décortique minutieusement le contenu à travers de constants exemples. S'il n'est pas tout à fait sans précédents, cet ouvrage est profondément novateur et participe directement de la connaissance du droit lui-même. Le lien permanent qui unit les mots et les choses est ici aveuglant. A lire ce livre, on finit par penser que sans un tel éclairage, il n'y a pas de vraie culture juridique et qu'aucun juriste ne peut complètement accomplir sa tâche sans suivre de près ses enseignements. Il fallait, pour parvenir à une telle somme, une expérience et des connaissances peu communes. Nul ne s'étonnera que l'auteur de cette "linguistique juridique" y soit si bien parvenu.

"APPRENDRE LE DROIT - ÉLÉMENTS POUR UNE PÉDAGOGIE JURIDIQUE"

Par

Paul ORIANNE

Éd. Frison-Roche et Labor, Paris-Bruxelles. 1990,
Avant-propos L. Ingber ; Préface F. Terré

Il fallait probablement toute l'expérience, et toute la jeunesse, mais aussi l'audace du Professeur Paul Orianne pour oser écrire, à notre époque de turbulences juridiques et universitaires, un ouvrage sur l'apprentissage et la pédagogie du droit, spécialement en France et en Belgique, mais aussi avec un regard vers les pays de "common law" et une vocation plus fondamentale.

A ceux qui pensent que le droit ne fait que s'apprendre, comme à ceux qui professent qu'il se comprend plus qu'il ne s'apprend, voici une éclatante réponse. Mais, que chacun se rassure. Le titre "apprendre le droit" ne doit pas tromper. Le terme "apprendre" a deux acceptions différentes mais complémentaires. Au sens subjectif, il signifie : acquérir la connaissance. Au sens objectif, il signifie la transmettre.

Le professeur à qui l'on doit ce livre poursuit un objectif ambitieux : définir les objets, les méthodes et les instruments de la pédagogie juridique. S'il se contentait de décrire, cet ouvrage serait immédiatement éculé. Mais il est délibérément novateur, pour ne pas dire révolutionnaire.

Pour son auteur, il s'agit, dans le système éducatif, non seulement de la formation des juristes mais aussi de l'acquisition par de non-juristes d'un "savoir-faire" dans la vie courante que toute vie sociale rend nécessaire. Pour ceux-ci, le risque est double, les déformer par une présentation fautive et réductrice du droit ou les priver de connaissances juridiques, ce qui revient à les condamner à jouer "un rôle dans une pièce dont ils ignorent le texte" (p. 45). Le dialogue des initiés et des non initiés et l'interdisciplinarité de l'enseignement pourraient peut-être aider, grâce à une méthode de "permutation des positions", à résoudre ce problème. "Le rôle du droit dans le processus de socialisation" impose d'en donner conscience à tous, ce qui participe de la socialisation active de chacun, par le développement moral de l'individu et une meilleure insertion dans l'État de droit.

S'agissant de "l'ordre savant des Facultés de droit", l'enseignement de disciplines, même normatives, ne peut se contenter, comme c'est trop souvent le cas, d'un exposé systématique des règles

établies par l'autorité, ce qui relève plus de "dogmatisme" que de "scientificité". La pédagogie juridique doit faire une place importante à la recherche et au débat "consacrés aux notions fondamentales, au raisonnement juridique, à la théorie du droit ou aux fonctions de celui-ci dans l'ordre politique, économique et social" (p. 79). Cela suppose une attention particulière à la philosophie du droit, à la méthodologie juridique, au droit comparé...

Paul Orienne montre qu'en dépit de l'apparente diversité des activités juridiques (décision judiciaire, rédaction des règles, consultation juridique, rédaction des contrats, statuts et règlements...), elles consistent toujours à rechercher "une solution à un problème précis et concret par le moyen de règles générales et abstraites". Il écrit alors : "sans doute, la connaissance du contenu matériel des règles, et surtout l'aptitude à le découvrir dans l'amoncellement des lois et règlements est-elle une condition de l'accès à la pratique juridique ? Mais cette pratique elle-même, objet d'un savoir-faire plus que d'un savoir, implique un apprentissage spécifique, qui n'est autre que celui de la méthodologie juridique" (p. 104). Cela fait appel à un raisonnement d'une nature particulière (p. 105 et s.) rapprochant l'étude des cas, l'analyse des règles de droit, des principes généraux, des usages sociaux... pour établir une solution fondée, à partir de "ces points d'ancrage", sur la logique ordinaire d'application d'une règle générale à un cas particulier, ou sur "la logique proprement juridique" quand on utilise "des dispositifs légaux sans rapport direct et immédiat avec la matérialité du cas", ou encore sur "l'argumentation" quand il faut choisir entre plusieurs normes, plusieurs caractères, plusieurs raisonnements possibles ceux sur lesquels peut se fonder la solution. La formation juridique doit dès lors insister sur les éléments de tels processus, l'appréhension du fait dans l'analyse juridique, l'interrogation des règles de l'ensemble du système juridique auxquelles le juriste fait appel, l'incidence des normes non-juridiques du corps social sur les solutions à retenir (p. 123).

Les méthodes de la pédagogie juridique sont alors dictées par le processus à enseigner et les qualités à développer en fonction de la formation recherchée, formation générale des citoyens ou formation des juristes. La conception des programmes et la nature des enseignements en dépendent : cours magistral sous des formes diverses (leçon, méthode socratique, autres méthodes dialogiques) et travaux dirigés. Leur qualité suppose initiative et liberté créatrice, ce qui implique d'éliminer trop de pesanteurs administratives et de centralisation.

Dans la troisième partie de cet ouvrage, l'auteur s'attache aux instruments et techniques susceptibles d'être mis en œuvre dans le cadre de l'enseignement du droit (p. 239 et s.) : Communication didactique par supports écrits, schémas, tableaux, graphiques, organigrammes..., analyse de textes, enseignement par des moyens audio-visuels. Il finit par un examen des diverses techniques d'évaluation des étudiants. Il conclut enfin en faveur de la nécessaire pluralité des méthodes de la pédagogie du droit et sur l'ampleur de la tâche à accomplir pour répondre à la question essentielle que pose ce livre : Qu'est-ce qui, dans le droit, doit être enseigné ?

Ce livre est paru le jour même où son auteur organisait à Louvain le deuxième congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique et accédait à l'éméritat. Cela démontre l'extraordinaire symbiose qu'il est capable de réaliser entre l'expérience et l'innovation. Qui pourrait dire alors que l'expérience et la jeunesse sont antinomiques ? Ce livre est une remarquable illustration de l'une comme de l'autre. Tous les universitaires, depuis les étudiants débutants jusqu'aux professeurs les plus chevronnés, devraient s'y plonger.

"LA TECHNIQUE DE CASSATION - POURVOIS ET ARRÊTS EN MATIÈRE CIVILE"

Par

Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELLIER
Éd. Dalloz, Collection Méthodes du droit 1989, Préface A. Ponsard.

L'interprétation des arrêts de la Cour de Cassation, bien qu'essentielle, est souvent déformée par les commentateurs et les praticiens, faute d'une maîtrise suffisante de la technique de cassation. Le sens et la portée du contrôle de cassation éclairent pourtant bien des formules significatives et bien des décisions de la haute juridiction. Il subsiste, néanmoins, certaines zones d'ombre sur l'étendue du contrôle de la qualification, par exemple. Les inconvénients ou les mérites de la spécialisation des magistrats, du rapporteur surtout, le sens du "défaut de base légale" ou du "défaut de réponse à conclusions", l'importance de la cassation sans renvoi... sont souvent discutés.

Bref, en dépit de son importance, de son caractère de mécanisme de base, de nombreux et brillants écrits, la technique de cassation est mal connue. C'est dire l'intérêt que revêt un ouvrage conjoint d'un professeur et d'un avocat aux conseils sur ce sujet. Celui-ci expose (première partie) la procédure de cassation, avant de décrire les principaux aspects du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions qui lui sont soumises (deuxième partie) et, enfin (troisième partie), les différents "cas d'ouverture" à cassation, notamment du point de vue de l'étendue du contrôle exercé.

Cet ouvrage analyse de manière systématique les principaux problèmes, à partir des décisions les plus significatives. Les auteurs ont été particulièrement bien inspirés de procéder, à la manière des entomologistes, à une observation minutieuse de nombreux arrêts, plutôt que de se livrer à une présentation théorique.

Leur étude a une vertu pédagogique considérable pour les étudiants en droit, bien sûr, mais aussi pour la pratique et la connaissance du droit. La décision de se pourvoir en cassation ou d'y renoncer, l'évaluation des chances du pourvoi, la détermination des griefs, le sens et la portée des arrêts sont ici parfaitement éclairés. Ce livre, de dimensions modestes mais d'une grande densité, se présente comme une méthodologie sur le vif du contrôle de cassation, de l'usage qui peut en être fait et des enseignements qu'il convient d'en tirer.

"LE RECOURS AUX OBJECTIFS DE LA LOI DANS SON APPLICATION"

Association Internationale de Méthodologie Juridique,
Vol. 1, "Travaux préparatoires du congrès des 10-12 septembre 1990,
à Louvain-La-Neuve",

Présentation par Paul ORIANNE,
Éd. Story-Scientia, Bruxelles 1990.

Le deuxième congrès de l'Association Internationale de Méthodologie juridique a été remarquablement organisé, les 10-11 et 12 septembre 1990, à Louvain-La-Neuve, par le groupe belge, sous l'autorité de Monsieur le Professeur Paul Orianne, vice-président de cette association. Il a consacré ses travaux, particulièrement riches et passionnés, à un sujet essentiel dans tous les systèmes juridiques, tant pour les praticiens que pour les universitaires : "le recours aux objectifs de la loi dans son application". Si l'on songe immédiatement au problème difficile des méthodes d'interprétation téléologique de la loi par le juge, cela est loin d'épuiser le sujet qui s'étend à l'activité de tous les praticiens du droit, de l'administration et de tous les acteurs de la vie juridique. La question est à la charnière entre le but et le résultat de l'action législative et marque la transition entre la volonté législative et la réalité concrète, entre le droit et les faits...

S'il peut paraître naturel d'appliquer la loi en respectant ses objectifs, cela n'est ni simple, ni innocent. Qu'entend-on par objectifs ? Comment déterminer ces objectifs ? A qui cela incombent-ils ? Cela ne confère-t-il pas à l'interprète une liberté, sinon un arbitraire, qui met en péril la sécurité juridique ? Ne lui permet-on pas un alibi pour détourner la loi de son sens ? Faut-il s'en tenir aux objectifs proclamés et originaires, au risque de figer le droit ? Peut-on en imaginer d'autres ?

Il y a là tant de questions dont les réponses varient selon les matières, selon la nature des textes, selon les systèmes juridiques considérés ! Cet ouvrage comporte les travaux préparatoires du Congrès, c'est-à-dire une grande partie des rapports nationaux (une trentaine provenant de divers pays d'Europe et d'Amérique) publiés en français, en anglais et en espagnol, et portant sur le droit privé, le droit public, le droit pénal, le droit communautaire et international, le droit comparé, sans omettre les aspects sociologiques et interdisciplinaires. La diversité des approches est elle-même inhabituelle : analyse des

pratiques, études de cas, études sur l'interprétation, études sur le rôle des principes, des valeurs et de l'idéologie. L'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille avait déjà, d'un autre point de vue, défriché ce terrain quant à la méthodologie de l'élaboration législative (Cahier de Méthodologie Juridique, n° 4. R.R.J. 1989-4) mais, au plan de l'application de la loi, aucune étude d'ensemble ne semble auparavant avoir été consacrée à ce sujet. C'est dire l'intérêt, la nouveauté et la richesse de cet ouvrage qui sera prochainement suivi d'un deuxième tome relatant les actes du Congrès, c'est-à-dire les rapports généraux et de synthèse et des débats animés et fructueux.

MÉLANGES LOUIS-PHILIPPE PIGEON

(Coll. bleue - Faculté de Droit - Section de droit civil
- Université d'Ottawa),

Éd. Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1989

Tant à la Cour suprême que dans ses écrits, le Juge Louis-Philippe Pigeon a longtemps marqué de son empreinte la pensée juridique canadienne, en particulier en matière d'interprétation et de rédaction des lois où elle est, pourtant, particulièrement riche, par ailleurs.

Cet ouvrage, dédié à cet éminent praticien et universitaire, légiste de talent, maintenant décédé, est, par la richesse et la diversité de son contenu et par les thèmes traités, du plus haut intérêt pour la méthodologie juridique.

La première partie comporte d'abord des notes biographiques et une liste de notes jurisprudentielles de L.-P. Pigeon au cours de ses 13 années à la Cour suprême. Elle reproduit aussi un texte inédit sur la valeur et la portée des interprétations jurisprudentielles qui devait constituer l'introduction d'un ouvrage inachevé. La deuxième partie réunit les oraisons funèbres prononcées par les plus hautes autorités aux obsèques de L.-P. Pigeon. La troisième partie rassemble une bonne dizaine de contributions de ses collègues de diverses universités canadiennes et d'anciens élèves.

Il faut particulièrement signaler ici :

- *Un article de Gérald A. Beaudoin*, consacré à l'interprétation par le Juge Pigeon des plus importantes rubriques des articles 91 à 95 de la loi constitutionnelle canadienne de 1867, sur le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législations provinciales.

- *Un article de Alain F. Bisson* sur "l'interprétation adéquate des lois", c'est-à-dire, selon cet auteur, "celle qui, au-delà des moyens d'interprétation employés, établit le meilleur rapport de convenance entre toutes les données, factuelles et normatives, des situations" et qui consiste dans les choix qu'opèrent les juges en considération des fins des lois et du droit lui-même.

- *Un article de John E.C. Brierley*, intitulé "Quebec's common laws : How many are there ?", dans lequel est présentée une idée pluraliste et

non pas unitaire du droit commun, en droit civil québécois, issu de normes sociales supposées par le Code civil, du droit antérieur, du Code civil lui-même.

- *Un article de Pierre-André Côté* sur "la crise du droit transitoire canadien". Cet auteur y dénonce les insuffisances des méthodes traditionnelles et alternatives de solution du problème de l'application de la loi dans le temps. Il y formule des propositions d'ordre méthodologique, conceptuel et terminologique pour résoudre ces questions, en distinguant les aspects de droit objectif et de droits subjectifs. Cette analyse d'un auteur rompu à ces difficultés et qui a déjà beaucoup contribué à de nouvelles approches en cette matière est à la fois très claire et très utile.

- *Un article de H. Patrick Glenn* sur "le droit comparé et la Cour suprême du Canada" étudie la création prétorienne de la Cour suprême, du point de vue du droit comparé, pour la formation d'un nouveau droit uniforme. Il observe le déclin de l'idée de "construction nationale du droit" qui aurait impliqué le rejet de certaines sources et la présence continue de la "Civil law" et de la "Common law", en droit privé canadien.

- *Un article de Mme Ethel Groffier* décrivant, à travers des décisions de la Cour suprême du Canada, la contribution de L.-P. Pigeon dans le domaine de la terminologie juridique française à propos de la rédaction, la traduction et l'interprétation des lois.

"LÉGISLATION D'AUJOURD'HUI"

Revue éditée par la Chancellerie fédérale suisse

La revue "Législation d'aujourd'hui" remplace depuis cette année l'ancien Bulletin de la Société Suisse de Législation. Elle est le fruit d'une étroite collaboration de cette société savante et de la Chancellerie fédérale, afin de contribuer à la qualité de la législation et de favoriser un dialogue entre les administrations, les tribunaux et les universités.

La complexité du travail législatif et ses déficiences dans tous les pays modernes imposent d'y consacrer une réflexion intense que peuvent nourrir utilement les nouvelles techniques d'information et d'expérimentation de la recherche contemporaine. Cette nouvelle revue dont les trois numéros publiés chaque année comporteront, outre des contributions scientifiques qui en constituent l'élément central, un "forum" portant chaque fois sur un problème particulier concernant l'activité législative, des "reflets de la pratique" et des informations, se présente comme un carrefour de la pensée et de l'action, en matière d'élaboration législative.

Le premier numéro (1990-1) comporte, en particulier, une "introduction au domaine de l'évaluation législative", à travers le débat scientifique en Italie (par A. Pizzorusso), une réflexion de C.-A. Morand sur "la méthode législative ou la rationalisation de l'action finalisée de l'État", et un article de P. Richli sur l'avènement de l'information comme moyen d'intervention étatique privilégié et les questions que cela pose à la science juridique.

Les questions de méthodologie législative concernant la rédaction des textes, leur gestation, leur coordination, leur évaluation, les procédés de la législation, ses finalités, sa diffusion, son rôle... sont devenues essentielles. Le droit suisse en est un laboratoire privilégié, du fait de sa structure fédérale, de la répartition des compétences législatives entre la Fédération et les Cantons, des exigences rédactionnelles et terminologiques du plurilinguisme, de l'effort actuel de compatibilité entre le droit suisse et le droit européen.

L'intérêt de cette revue dépasse ainsi largement les frontières helvétiques et touche directement les sciences législatives, en général.

(Rédaction : Chancellerie fédérale - Services linguistiques centraux - Section allemande, Palais fédéral ouest C.H. 3003 Berne).

"GUIDE DES CITATIONS, RÉFÉRENCES ET ABRÉVIATIONS JURIDIQUES",

Par

Bénédicte CAPELLE, Françoise LEURQUIN-DE-VISSCHER,
Philippe QUERTAINMONT,

Préface P. Orianne, ouvrage réalisé avec la collaboration de Xavier
Dijon, sous la direction de Léon Ingber, sous le patronage du groupe
belge de l'Association Internationale de méthodologie juridique,
Éd. Story-Scientia et Bruylant, Bruxelles, 1990.

L'auteur de ce bref compte rendu se réjouit particulièrement, on le comprend, de présenter un ouvrage réalisé sous le patronage d'un groupe national de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique dont la vitalité est ainsi manifeste.

Conçu à destination des juristes belges et français, ce guide s'adresse en réalité à tous les juristes francophones. Il doit contribuer à plus d'harmonie, de cohérence et de clarté des ouvrages juridiques. En effet, la façon de libeller les références, d'abrégier le nom des revues ou même de désigner des institutions par des sigles n'est pas uniforme, ce qui est gênant pour les lecteurs.

En matière juridique, les références témoignent des sources auxquelles l'auteur a puisé et fournissent au lecteur les moyens de vérifier, de contester ou d'approfondir l'exploitation qui en est faite. Elles sont une condition essentielle de la fiabilité d'un ouvrage. C'est dire combien leur existence et leur clarté sont importantes. A l'époque de l'informatique documentaire, leur codification devient en outre une nécessité. Cet ouvrage permet de rationaliser l'usage des citations, références et abréviations juridiques et de les uniformiser. Son utilité et sa qualité sont liées au fait que, loin d'en être un simple catalogue, il en constitue un véritable mode d'emploi fortement motivé.

TABLES GÉNÉRALES
DE L'ANNÉE 1990

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

- Jean-Yves NAUDET et Laurent SERMET, Le droit de propriété garanti par la Convention européenne des droits de l'homme face à l'analyse économique.....	15
- Marceau LONG, La modernisation de l'Administration.....	53
- Jean-Louis MESTRE, Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires	77
- Anne ENSMINGER, La loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises dans son complexe médiatique : contes de faits, mécomptes du droit ?.....	95
- Antoine LECA, La souveraineté du peuple dans "Le Songe du Vergier"	137
- Alain SÉRIAUX, Les sources du droit : vision jusnaturaliste	167
- ACTUALITÉS DOCTRINALES.....	173
- Brigitte SOLLETTY, Loi du 5 juillet 1985 et contrat de transport ..	211
- Olivier LALIGANT, Aspects théoriques et pratiques de la protection du parfum par le droit d'auteur.....	225
- Jean-Claude GALLOUX, L'encadrement des bio-technologies : de la normalisation à la réglementation des pratiques	253
- Questions d'Éthique.....	279
I - La face cachée de la procréation artificielle.....	280
II - Euthanasie : l'expérience hollandaise.....	287
III - Les enfants, richesse du mariage.....	292
- Rafael DOMINGO, Juridiction et "judication".....	303
- Hervé BLEUCHOT, Le Code pénal islamique soudanais de 1983	313
- Yves DURAND, L'esprit et le rôle des Lumières dans la Révolution de 1789	341
- Marc PENA, Les droits de la défense dans le "Code des délits et des peines" du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795).....	349
- ACTUALITÉS DOCTRINALES.....	391
- Bernhard BERGMANS, Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé - Contribution à une théorie générale des contrats.....	411
- Elie Joseph LOKO-BALOSSA, De l'article 1144 du Code civil ..	453
- Tadakasu FUKASE, Les deux problèmes constitutionnels japonais d'aujourd'hui - La tradition et la Paix	481
- Prof. Dr. Wolfgang GRAF VITZTHUM, Le droit international du désarmement	509
- Alain SÉRIAUX, Libéralisme et morale	529
- H. Patrick GLENN, Y a-t-il crise dans la profession juridique en Amérique ?.....	549
- Christopher POLLMANN, Le discours juridique comme stratégie - Un nouveau regard sur l'Affaire <i>Pinna</i>	563

- Françoise THIBAUT, Travelling-avant comparatif sur le rôle socio-politique du cinématographe depuis sa création, en France et aux États-Unis, et destin européen.....	607
- Daniel VERGELY, La notion de droit chez les étudiants de première année - Enquête anthropologique menée auprès des étudiants de première années de DEUG de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille	653
- ACTUALITÉS DOCTRINALES.....	687
- Jean-Louis BERGEL, Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique	707
- Jean-Louis BERGEL, L'enseignement de la méthodologie juridique en France.....	721
- Pierre-André CÔTÉ, La méthodologie juridique au Canada	725
- Charles-Albert MORAND, Le développement de la méthodologie juridique en Suisse.....	729
- Paul ORIANNE, La méthodologie juridique en Belgique.....	743
- Valentin PETEV, Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXIème siècle	757
- Geoffrey SAMUEL, La méthodologie juridique en droit anglais	769
- Paul SOURLAS, La méthodologie juridique et son enseignement en Grèce	785
- Roberto J. VERNENGO, Autour de quelques problèmes de la méthodologie juridique.....	797
- BIBLIOGRAPHIE des ouvrages récents de Méthodologie juridique, par Jean-Louis BERGEL.....	813

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX PAGES)

- Administration, 53
- Anthropologie, 653
- Biotechnologie, 253
- BELGIQUE, 743
- CANADA, 725
- C.E.E.,
 - Sécurité Sociale, 563
- Cinéma, 607
- Contrat, 411
- Désarmement, 509
- Droit (en général), 167
- Droit constitutionnel
 - Japon, 481
- Droit d'auteur, 225
- Droits de l'Homme, 15
- Économie, 15
- Éthique, 279
- Droit international, 509
- Euthanasie, 287
- Fonctionnaires, 77
- GRANDE-BRETAGNE, 769
- GRÈCE, 785
- Histoire des Idées Politiques, 137
- Histoire du Droit, 349
- Islam, 313
- JAPON, 481
- Juridiction, 77, 303
- Libéralisme, 529
- Méthodologie, 705
- Morale, 529
- Obligations
 - Exécution, 453
- Propriété, 15
- Procédure pénale, 349
- Procréation artificielle, 280
- Profession juridique, 349
- Redressement et liquidation judiciaires, 95
- Révolution, 341
- Sécurité Sociale, 563
- SOUDAN, 313
- SUISSE, 729
- Transport, 211

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

BERGEL Jean-Louis, 707, 721
BERGMANS Bernhard, 411
BLEUCHOT Hervé, 313
CÔTÉ Pierre-André, 725
DOMINGO Rafaël, 303
DURAND Yves, 341
ENSMINGER Anne, 95
FUKASE Tadakasu, 481
GALLOUX Jean-Christophe, 253
GLENN H. Patrick, 549
GRAF VITZTHUM Wolfgang, 509
LALIGANT Olivier, 225
LECA Antoine, 137
LOKO BALOSSA Elie-Joseph, 453
LONG Marceau, 53
MESTRE Jean-Louis, 77
MORAND Charles-Albert, 729
NAUDET Jean-Yves, 15
ORIANNE Paul, 743
PENA Marc, 349
PETEV Valentin, 757
POLLMANN Christopher, 563
SAMUEL Geoffrey, 769
SÉRIAUX Alain, 167, 529
SERMET Laurent, 15
SOLLETTY Brigitte, 211
SOURLAS Paul, 785
THIBAUT Françoise, 607
VERGELY Daniel, 653

DEPOT LEGAL 4ème Trimestre 1990

- Avant-propos par Jean-Louis BERGEL
- Jean-Louis BERGEL, Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique
- Jean-Louis BERGEL, L'enseignement de la méthodologie juridique en France
- Pierre-André CÔTÉ, La méthodologie juridique au Canada
- Charles-Albert MORAND, Le développement de la méthodologie juridique en Suisse
- Paul ORIANNE, La méthodologie juridique en Belgique
- Valentin PETEV, Quelle méthode ? La méthodologie juridique au seuil du XXI^e siècle
- Geoffrey SAMUEL, La méthodologie juridique en droit anglais
- Paul SOURLAS, La méthodologie juridique et son enseignement en Grèce
- Roberto J. VERNENGO, Autour de quelques problèmes de la méthodologie juridique.
- Bibliographie.