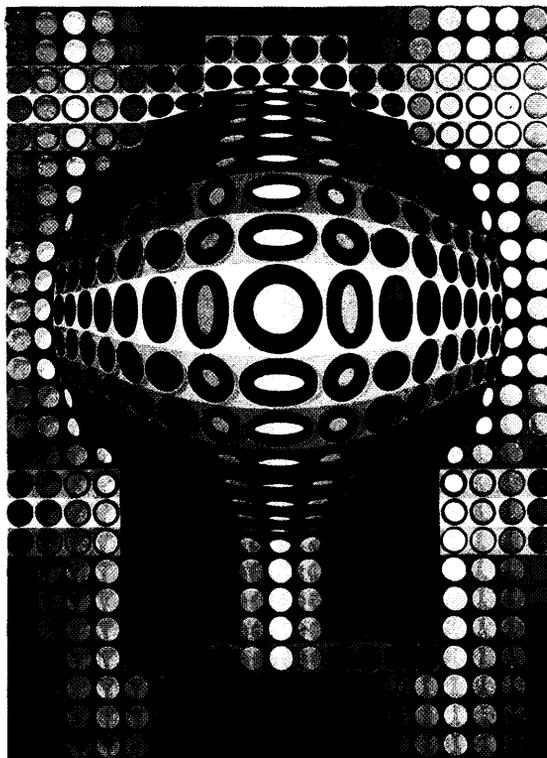

DROIT PROSPECTIF



A voir notamment :

M. le Professeur C. ATIAS :

ABRÉGÉ PHILOSOPHIQUE ET JURIDIQUE

M^{me} Madeleine FAUCHEUX-BUREAU :

LE CONTENTIEUX DES SUCCESSIONS EN FRANCE ENTRE 1975 et 1984
DONNÉES STATISTIQUES ET JURIDIQUES

M. Daniel GARDNER :

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME LÉGAL :
VERS UNE GESTION PLUS DYNAMIQUE DES BIENS CONJUGAUX ?

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

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

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

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF**

1987 - 1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III 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. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	



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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

3, Avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1987

Abonnement de Soutien : 350 F

Abonnement étranger : 320 F

Abonnement (France) : 250 F

Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille

C. C. P. 9404 15 E - Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

Correspondant de

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE

OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL en forme d'abrégé philosophique et juridique n'engageant que son auteur, par C. ATIAS	9
PHILOSOPHIE DU DROIT	
- M. le Professeur C. ATIAS, Le thème de la démocratie dans la défense du positivisme juridique	21
- M. P. SANZ de ALBA, Réalisme et réalité juridique dans l'oeuvre de Rabelais	39
ETUDES	
- M. M. GUENAIRE, Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale	105
- M. Cl. PETIT, Une innovation du code de droit canonique : Les Prélatures personnelles	171
- M. le Professeur A. ROUX, Un exemple de résistance au changement politique : Les écoutes téléphoniques	181
- M. J. FRAYSSINET, La loi du 6 janvier 1978, Informatique, fichiers et libertés. Présentation pédagogique et synthétique	191
- M. J. FRAYSSINET, Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1985, La distinction entre répertoire et fichier devant le Conseil d'Etat	233
- Mme M. FAUCHEUX-BUREAU, Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques	241
- M. D. GARDNER, L'évolution du régime légal : Vers une gestion plus dynamique des biens conjugaux ?	311
ACTUALITES DOCTRINALES	
- M. TANCELIN, Des obligations. Contrat et responsabilité (Présentation C. ATIAS)	393
- P. AMSELEK (sous la Direction de), La pensée de Charles Eisenmann (Présentation C. ATIAS).	397

EDITORIAL

en forme

D'ABREGE PHILOSOPHIQUE ET JURIDIQUE

(n'engageant que son auteur)

1. En forme de préambule : des mots trop usés. Nous avons tout tenté. Nous avons parlé des choses, puis de leur nature et de la nature humaine, de la justice, du pouvoir, des classes sociales, des valeurs et même du langage. Les mots sont tristes hélas et j'ai lu presque tous les livres. Les mots sonnent faux ; ces pièges insatiables nous ont menés de trahisons en perversions, d'hypocrisies en abandons. Cachés dans des décisions, dans des règles, dans des principes ou dans des adages, leurs multiples sens ont saisi nos pensées les plus généreuses pour forger des armes cruelles. Ils ont sali nos rêves et terni nos miroirs. Du splendide héritage de nos maîtres, ils ont dénaturé ce qu'ils n'ont pas perdu.

Le langage serait-il la seule réalité avec laquelle nous puissions jouer, avant d'en être les jouets, pantins stupides faussement libérés de leurs fils ? Il nous faut bien plutôt percevoir l'impuissance du langage à restituer cette réalité : le droit. Nous avons cru devoir parler d'autre chose, de lois ou de sentences, faute de pouvoir le dire ; mais l'indicible passion meurt de n'être pas dite. Pour vaincre la terrible subtilité des mots, il n'est que de les laisser mourir en nous ; il nous appartient de les lancer au dehors, de les exprimer en un dialogue qui nous apportera "une vision plus totale de ce que sont les choses" (1).

2. Le monde et les hommes existent.

21. - La connaissance n'est pas étrangère à la réalité.

22. - La réalité répond aux sollicitations humaines.

23. - Les hommes ont une nature propre qui les distingue de la matière, des objets inanimés et des animaux.

Observations et florilège. Répéter chaque matin et chaque soir ces aphorismes jusqu'à disparition complète du pessimisme épistémologique et des autres manifestations d'irréalisme ; si les symptômes persistent, doubler la dose.

- Il importe d'être "attentif, à travers le discours le plus scientifique et le plus rationnel, à cette aspiration qui marque, avant toute prise de la vérité par la pensée, l'emprise de la vérité sur la pensée" (2).
- "L'intelligence est fondamentalement ouverture à la présence de ce qui est" (3).
- "Le recours au vocable "création" qui désigne l'intervention la plus révélatrice de la liberté doit être limité quand il s'applique à la description du droit comme oeuvre ou bien de culture. Il n'est de création que de la forme, de la conceptualisation qu'elle représente ou du signifié, ce qui ne saurait s'étendre à la substance même de la chose, c'est-à-dire à la justice" (4).
- "L'homme qui croit en l'existence d'un ordre naturel qui a quelque chose à dire sur la structure de la société, peut admettre, sans trop perdre la face, qu'il s'est trompé à propos des exigences de cet ordre" (5).
- "Une commune tension vers l'objet existant de soi, en dehors de notre conscience subjective, rassemble les divers interlocuteurs" (6). "Que la connaissance soit commune,... c'est en tous cas la condition d'une philosophie "réaliste", qui ne se contente pas de combiner entre elles des idées, mais a l'ambition de pénétrer l'être des choses, que nos consciences tendent à saisir en dehors d'elles-mêmes" (7).

3. - Le droit est au delà des règles.

31. - Les solutions de droit ne sont pas et ne peuvent être déduites.

32. - Le droit est un ordre spontané complexe qui doit être recherché comme un ensemble de raisons, de justifications ordonnées et qui tendent à être généralisées.

33. - Aucun argument n'est a priori exclu dans la recherche du juste.

34. - Aucun argument ne peut être tenu a priori pour décisif dans la recherche du juste.

35. - En droit, comme dans la connaissance du droit, la certitude n'est ni possible, ni souhaitable.

Observations et florilège. Il n'y a pas de "cas simples" (8). Il n'y a pas de sources du droit, mais des sources d'information sur le droit, des repères dans la recherche du juste. C'est la qualité des justifications qui fait la qualité du droit. Il n'y a "pas d'axiome, de principe

commun dont le droit pourrait se déduire. Le droit ne découle pas du commandement d'une autorité supérieure, qui ait la forme d'une proposition" (9). "La majeure partie des travaux publiés... sous forme de livres - les encyclopédies, les manuels, les "Restatements" - sont écrits de telle sorte qu'ils exagèrent le rôle des opinions autorisées établies... En insistant sur "le droit" à l'exclusion du "processus juridique", en perpétuant l'illusion que tout ce qu'il y a à décider dans une espèce porte sur l'application de la règle appropriée, en ignorant ce qui ne peut raisonnablement pas l'être de la linguistique moderne, en supposant que les juges ne sont pas sujets aux mêmes phénomènes psychologiques que les autres hommes, en refusant de parler de la façon dont le cas brut est inséré dans les "questions de droit", en omettant d'indiquer comment on décide qu'une autorité est applicable ou non à l'une de ces questions, en manquant de discuter ce qui est vraiment impliqué dans l'application de l'autorité à une question - en faisant tout cela ou en ne le faisant pas, ces oeuvres perpétuent une conception sommaire du processus juridique, conception dans laquelle les véritables sources de décision sont dissimulées aux juges qui décident comme à la société au service de laquelle ils sont. Une première étape dans la libération (du juriste) à l'égard de cette conception du droit serait de reconnaître que les résumés de décisions antérieures, quelle que soit la prudence avec laquelle ils sont agencés, quelle que soit la précision avec laquelle ils sont copiés, quelle que soit la cohérence du texte qu'ils servent à composer, quelles que soient les précautions avec lesquelles ils sont pesés, distillés et condensés dans les plus hautes abstractions, ne peuvent décider eux-mêmes du cas à trancher. Ils sont, au mieux, des données. Si le processus judiciaire doit être conscient et doté de signification, il faut que le juge sache qu'il sélectionne des données, qu'il formule des questions, qu'il applique une doctrine à sa façon, qu'il atteint des résultats et que les décisions rendues dans des espèces précédentes tiennent seulement une petite place dans l'ensemble du processus" (10). Les mêmes remarques valent là où une loi doit être appliquée, car "c'est seulement dans l'interprétation que se concrétise et s'accomplit le sens qu'il s'agit de comprendre... La compréhension se mesure manifestement à une norme qui ne se trouve ni dans

la lettre du commandement, ni dans l'intention réelle de celui qui le donne, mais uniquement dans la compréhension de la situation par celui qui obéit et dans son sens de la responsabilité... L'application n'est pas l'adjonction ultérieure à un cas concret d'un facteur universel préexistant qu'il faudrait d'abord comprendre pour lui-même. Elle est la véritable compréhension de cet universel lui-même qu'est pour nous le texte donné" (11). "Il n'y a pas de théorie plausible de la signification qui autorise un juge à n'être pas original dans une décision quelconque, car pour avoir une décision qui s'infère logiquement de ses prémisses, le juge doit créer ce qu'il ne peut pas découvrir, c'est-à-dire la prémisse qui rattache le droit au fait" (12).

"Le droit résulte d'un débat entre une pluralité de règles hétérogènes et discordantes, et qui toutes n'ont pas l'avantage d'être écrites, posées à l'avance. Il est un au delà des règles : la recherche, à travers des règles et par discussion méthodique, d'une solution propre à chaque cas" (13). Parmi ces règles, beaucoup sont implicites et néanmoins de première importance (14). Aucun principe d'ordre pratique (15) ou théorique (16) ne justifie la réduction de l'objet de connaissance appelé "droit" à un ensemble de règles explicites dont l'auteur serait plus ou moins connu. C'est, par exemple, pour quoi il n'est pas possible de soutenir que "le taux d'incertitude juridique est une fonction du stock de règles juridiques" (17) : mieux vaut se souvenir qu'à chaque discipline "correspond son degré propre de certitude" (18).

4. - **Le droit est au delà de toute expression.**

- 41. - Le droit peut être montré, non dit, ni démontré.
- 42. - Le langage juridique s'enrichit à chaque utilisation (phénomène de sédimentation).
- 43. - L'amélioration de la connaissance du droit passe par le dévoilement des points de vue ou unités épistémologiques (temps, espace, quantité, qualité,...) qui déterminent ce que les juristes peuvent voir.

Observations et florilège. La dialectique, art du dialogue qui "a pour office d'inventer la solution juste", "montre, mais ne démontre rien" (19). "Le but collectif de l'opération est de confronter sur le même objet les points de vue divergents des uns et des autres, des auteurs les plus qualifiés, afin de s'élever collecti-

vement à une intuition supérieure" (20). "On n'obtient pas de la réalité une intuition, c'est-à-dire une sympathie spirituelle avec ce qu'elle a de plus intérieur, si l'on n'a pas gagné sa confiance par une longue camaraderie avec ses manifestations superficielles. Et il ne s'agit pas simplement de s'assimiler les faits marquants ; il en faut accumuler et fondre ensemble une si énorme masse qu'on soit assuré, dans cette fusion, de neutraliser les unes par les autres toutes les idées préconçues et prématurées que les observateurs ont pu déposer, à leur insu, au fond de leurs observations" (21) ; même le dicible peut être invoqué comme signe de l'indicible (22).

Les mots utilisés par le législateur, le juge, le juriste, s'enrichissent de nuances, de significations complémentaires ou contradictoires, à chacune de leurs utilisations (23). Leurs sens sont comme autant de "strates" (24) successivement déposées ; "les strates sont des formations historiques, positivités ou empiricités. "Couches sédimentaires", elles sont faites de choses et de mots, de voir et de parler, de visible et de dicible, de plages de visibilité et de champs de lisibilité, de contenus et d'expressions" (25). Ainsi la communauté des juristes compose-t-elle un ordre savant traditionnel qui influence l'ordre social spontané (26).

Constituent des unités épistémologiques ou points de vue (27) les principales catégories qui contribuent à déterminer l'objet de connaissance appelé "droit". Ainsi, bien des juristes perçoivent le temps comme une succession de séquences distinctes (avant et après telle réforme, tel arrêt, tel événement : révolution, guerre, crise économique,...) ; ils ne peuvent voir les mêmes évolutions, ni les mêmes significations que s'ils raisonnaient sur une continuité, non plus sur "le tout fait", mais sur "ce qui se fait" (28). De même, l'étude d'un article d'une loi (ou de la jurisprudence se rattachant à ce texte) ne montre pas la même chose que le travail sur l'ensemble de la loi, sur un groupe de lois, sur un code, sur une branche du droit ou sur tout un droit.

Dire le droit, c'est seulement le fixer dans une espèce passée ; nul ne peut dire quels enseignements seront tirés à l'avenir de cette "application". Elle n'est qu'une donnée supplémentaire dans le raisonnement dialogique qui conduit sans cesse le juriste de l'espèce aux espèces,

du particulier au général. Nul critère ne permet de déterminer le degré de généralité qui convient pour l'expression anticipée - donc générale dans une certaine mesure - du droit. La connaissance du droit n'est pas science (29) au sens "scientiste" du terme, mais "zététique, recherche de la vérité" (30). Rien ne justifie l'affirmation selon laquelle elle devrait évoluer comme les autres sciences (31). Il en irait de même si la science du droit pouvait être caractérisée comme un langage particulier, un méta-langage (32), mais il ne peut en être ainsi dès lors que le juge et le législateur usent aussi d'un méta-langage ; en particulier, le juge qui explique sa décision par l'interprétation d'une norme, "tient, comme le professeur de droit, le langage des juristes", et non celui du droit (33).

5. - Il y a un droit naturel.

51. - Parce que la réalité est ordonnée, le juste peut y être recherché.

52. - L'ordre social spontané peut être amélioré, mais aussi détérioré.

53. - Nul raisonnement juridique ne peut être indépendant de la préoccupation du juste.

Observations et florilège. Voir Aristote, Ethique à Nicomaque. Saint Thomas, Somme théologique. M. Villey, Philosophie du droit, Paris, Dalloz. Ne pas oublier, pour mesurer la difficulté de l'amélioration de l'ordre spontané, que "s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir" (34), car les phénomènes sociaux peuvent être le résultat de l'action des hommes, mais non l'exécution de leurs desseins (35).

6. - Des méthodes juridiques.

61. - La controverse judiciaire qui est menée selon une procédure équilibrée permettant le rassemblement des autorités devant un juge exposant ses propres raisons de décider, et qui aboutit à une décision comme à son terme, est le moyen de déterminer la solution la moins injuste en l'espèce.

62. - La controverse juridique qui n'est jamais achevée est le moyen de montrer le droit de manière générale en multipliant les points de vue et en neutralisant les unités épistémologiques pour découvrir le juste dans les espèces à venir.

Observations et florilège. "Comme leur affaire est la recherche de la vérité, ils ont leur façon spécifique de s'entretenir" (36). Le juriste se définit par son attachement "à la découverte d'une solution juste" (37). "Nous savons que la méthode expérimentale n'infuse aucune intelligence à celui qui l'utilise et qu'elle n'est efficace que lorsqu'une imagination plus riche la force à répondre à une question fondamentale, inattendue, souvent paradoxale" (38) ; il ne faut pas attendre davantage de miracles des controverses judiciaires et juridiques. Toutefois, répétons-le, il est possible et "efficace" de "confronter sur le même objet les points de vue divergents des uns et des autres, des auteurs les plus qualifiés, afin de s'élever collectivement à une intuition supérieure" (39).

Il n'y a pas d'autre espoir pour la recherche du droit puisque, par l'effet du phénomène de sédimentation, de multiples sens sont simultanément présents dans le langage juridique ; ils le sont à tout instant, disponibles et prêts à influencer, dans une direction ou dans une autre, les utilisateurs des expressions qui en sont porteuses. C'est pourquoi, l'interprétation juridique qui ne s'applique pas seulement à un texte au sens courant du terme (40) ne peut être ni restauration d'un sens originnaire (41), ni exercice du soupçon (42). Elle est conférence des sens multiples que des circonstances diverses ont contribué à engendrer, à déposer progressivement dans le langage juridique et, parfois, à découvrir. Le juriste examine des repères, dispositions légales, décisions juridictionnelles, qu'il ne doit pas confondre avec le droit lui-même puisqu'ils n'en sont que des symboles. "L'homme qui parle en symboles est d'abord un récitant ; et il transmet une abondance de sens dont il dispose si peu que c'est elle qui lui donne à penser ; c'est l'épaisseur du sens multiple qui sollicite son intelligence ; et l'interprétation consiste moins à supprimer l'ambiguïté qu'à la comprendre et à en expliciter la richesse" (43).

7. - Ce que nul ne peut dire, il faut en débattre.

Christian ATIAS,
 Faculté de Droit et de Science Politique
 d'Aix-Marseille (Institut Portalis).
 Mc Gill University (Boulton Senior Fellow).

NOTES

- (1) M. Villey, "De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit", in Archives de philosophie du droit, 1982, t. 27, p. 269.
- (2) J. Rassam, Le silence comme introduction à la métaphysique, Toulouse, Publications de l'Université de Toulouse-Le Mirail, 1980, série A, t. 44, avant-propos A. Guy, p. 48.
- (3) D. Bourgeois, La sagesse des Anciens dans le mystère du Verbe. Evangile et philosophie chez Saint Justin, Paris, Tequi, 1981, coll. Croire et savoir, Préface L. Bouyer, p. 35 - Adde p. 91, 135, 163-164.
- (4) J.-M. Trigeaud, Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, Bordeaux, éd. Bière, 1985, coll. Bibl. de philosophie comparée, t. 1, p. 35, n. 3. Comp. p. 72, 76, 139.
- (5) Lon L. Fuller, "Reason and fiat in case law", 59 Harvard Law Review (1946). p. 394.
- (6) M. Villey, op. cit., p. 267.
- (7) M. Villey, op. cit., p. 265. Comparer R. Nozick, Philosophical explanations, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1981, p. 175-176, 197 et s., 209 (sur les scepticismes épistémologiques).
- (8) Voir la brillante démonstration de M.S. Moore, "The semantics of judging", 54 Southern California Law Review (1981), p. 163, 271, 294. Opp. B. Cardozo, The nature of the judicial process, 1921, p. 129. Comparer la position nuancée de R. Dworkin, Law's Empire, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986, p. 354. W.E. Conklin, "Clear cases", 31 University of Toronto Law Journal, 231 (1981). - Fr. Schauer, "Easy cases", 58 Southern California Law Review, 399 (1985).
- (9) M. Villey, op. cit., p. 271, note 1.
- (10) J.H. Merryman, "The authority of authority", 6 Stanford Law Review (1954), p. 673 : il est particulièrement difficile de traduire une pensée d'une telle richesse ; c'est nous qui remplaçons, dans la parenthèse, "juge" par "juriste", car l'extension paraît s'imposer.
- (11) H.-G. Gadamer, Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique, Paris, Seuil, 1976 (1ère éd. allemande, 1960, Tubingen, Mohr éd.), p. 175, 177, 184.
- (12) M.S. Moore, op. cit., p. 292.
- (13) M. Villey, préface à J. Miedzianagora, Philosophies positivistes du droit et droit positif, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 111.
- (14) R.A. Macdonald, "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle", Sociologie et société, vol. XVIII, 1986, p. 47, not. p. 56, 57, 58. Comp. Lon L. Fuller, "Human interaction and the law", 14 The American Journal of Jurisprudence, (1970), p. 1, not. p. 20.
- (15) Sur la question de l'efficacité du droit, voir G. Priest, "The common law process and the selection of efficient rules", 6 Journal of Legal Studies, (1977), p. 65. P. Rubin, "Why is common law efficient ?", 6 Journal of Legal Studies, (1977), p. 51. R. Dworkin, "Why efficiency ? A response to Professors

Calabresi and Posner", 8 Hofstra Law Review (1980) p. 563 (avec la référence aux auteurs cités). L. A. Kornhauser, "A guide to the perplexed claims of efficiency in the law", 8 Hofstra Law Review, (1980), p. 591. M.J. Rizzo, "The mirage of efficiency", 8 Hofstra Law Review (1980), p. 641. G. Tullock, "Two kinds of legal efficiency", 8 Hofstra Law Review (1980), p. 659. R.A. Posner, "A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the Common Law", 9 Hofstra Law Review (1981), p. 775.

(16) Comparer J.-F. Perrin, "Le droit peut-il être perçu dans l'ordre du vrai et du faux ?", in M. Buscaglia et a., Les critères de vérité dans la recherche scientifique. Un dialogue multidisciplinaire, Paris, Maloine, 1983, p. 119 : cet auteur dénonce (p. 12) les vains efforts de Kelsen pour éviter la confusion de la description et de la production des normes ou de la prescription (p. 12) ; mais il semble bien considérer le bûcher de Jeanne d'Arc, les goulags et l'exécution des époux Rosenberg, comme des exemples incontestables de circonstances où la science du droit devait défendre une certaine position.

(17) W.M. Landes and R.A. Posner, "Legal precedent : a theoretical and empirical analysis", 19 Journal of Law and Economics (1976), p. 249, not. p. 271.

(18) M. Villey, op. cit., p. 269.

(19) M. Villey, op. cit., p. 270 et 269.

(20) M. Villey, op. cit., p. 267.

(21) H. Bergson, La pensée et le mouvant, essais et conférences, 1ère éd. 1938, 92ème éd., 1985, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, p. 226.

(22) J. Bouveresse, Wittgenstein : la rime et la raison. Science, éthique et esthétique, Paris, éd. de Minuit, 1973, coll. Critique, p. 22-23, 42-43.

(23) En ce sens, C. Atias, Théorie contre arbitraire. Eléments d'une théorie des théories juridiques, Paris, P.U.F. (à paraître), n. 45 et s.

(24) J.-A. Dixon, Journal of Jurisprudence (1874), p. 312. Comp. P. Feyerabend, Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance, Paris, Seuil, Coll. Science ouverte, traduct. Jurdant et Schlumberger, 1979 (1ère éd., Londres, New Left Books, 1975), p. 21, 37, 39, 46, 49-50, 68, 75-76 et 81. Ch. D. Stone, "Existential humanism and the law", in Existential Humanistic Psychology, Tom Greening, Brooks/Cole, 1971, p. 155. J. Stone, Precedent and law. Dynamics of common law growth, Sydney, Butterworths, 1985, p. 49-51, 52, 56-57, 225-227. Comparer Landes and Posner, op. cit., p. 263.

(25) G. Deleuze, Foucault, Paris, Ed. de Minuit, coll. Critique, 1986, p. 55 : les intentions et convictions de Michel Foucault étaient évidemment très différentes de celles évoquées ici. Comparer P. Ricoeur, De l'interprétation. Essai sur Freud, Paris, Seuil, 1965, p. 26-27, 425. S.K. Langer, Philosophy in a new key, a study in the symbolism of reason, rite, and art, Cambridge (Mass.), 1942, 3ème éd., 1978, Harvard Univ. Press, p. 135-143, not. p. 141. Opp. Fr. Waismann, "Language strata", in A. Flew ed., Logic and language, Anchor, 1965, p. 232-234 et 227.

- (26) M. Weber, Rechtssoziologie, Neuwied, Ed. Luchterhand, 1960, not. p. 196. Sociologie du droit, traduct. Grosclaude, Paris, P.U.F., 1986, passim.
- (27) J. Parain-Vial, La nature du fait dans les sciences humaines, Paris, P.U.F., 1966, coll. Bibl. de philosophie contemporaine, passim et not. p. 179. S.K. Langer, op. cit., p. 8, 12, 21, 23.
- (28) H. Bergson, op. cit., p. 138. Comparer sur le temps discontinu, R. Poirier "Rationalité juridique et rationalité scientifique", Archives de Philosophie du Droit, 1978, t. 23, p. 28.
- (29) E. Benveniste, Problèmes de linguistique générale, Paris, Gallimard, 1974, coll. Tel, t. II, p. 247 et s.
- (30) M. Villey, op. cit., p. 269.
- (31) En particulier, rien ne prouve ni la nécessité, ni la possibilité d'une rupture épistémologique en science du droit : opposer M. Miaille, Une introduction critique au droit, Paris, Maspéro, 1976, coll. Textes à l'appui, p. 37 et s. - F. Ost et Van de Kerchove, "Pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit", Rev. interdisc. d'études juridiques, 1982-8, p. 4.
- (32) M. Troper, "Le positivisme juridique", Revue de synthèse, 3ème série, n. 118-119, 1985, p. 201.
- (33) G. Kalinowski, Querelle de la science normative (Une contribution à la théorie de la science), Paris, L.G.D.J., 1969, coll. Bibl. de philosophie du droit, vol. X, préface M. Villey, p. 111.
- (34) Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", in Vicomte Fr. Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil par Jean-Etienne-Marie Portalis, Paris, Joubert, 1844, p. 5. - Voir la même idée in W. Blackstone, Commentaries of the Laws of England, London, New edition, Revived Apollo Press, 1813, p. 88.
- (35) A. Ferguson, An essay on the history of civil society, London, 1767, p. 187.
- (36) M. Villey, op. cit., p. 265.
- (37) M. Villey, op. cit., p. 272.
- (38) A. Jeannière, "Le retour du sujet. La crise épistémologique des sciences humaines", Projet 1983, n. 178, p. 875.
- (39) M. Villey, op. cit., p. 267.
- (40) P. Ricoeur, op. cit., p. 35.
- (41) S. Moore, op. cit., p. 188.
- (42) P. Ricoeur, op. cit., p. 36-40 : sur cette distinction.
- (43) P. Ricoeur, op. cit., p. 56. - Comp. p. 54. - Comparer S.K. Langer, op. cit., p. 23-25 et notamment la remarque finale contre l'unité des sciences. Sur la nécessité d'une méthode favorisant la découverte d'alternatives théoriques multiples, voir P. Feyerabend, Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance, 1975, Londres, New Left Books, 1979, Seuil, traductions B. Jurgant et A. Schlumberger, Collection "Science ouverte", p. 40, 48, 70.

R. R. J. 1987

Pages 19 à 101

P H I L O S O P H I E

D U D R O I T

**LE THEME DE LA DEMOCRATIE
DANS LA DEFENSE DU POSITIVISME JURIDIQUE**

**(Propos sur la science du droit
ou en relisant Querelle de la science
normative de Georges Kalinowski)**

Par Christian ATIAS

Conférence donnée à l'occasion de la remise de la
médaille de vermeil de l'Université de Droit, d'Economie
et des Sciences d'Aix-Marseille,
par Monsieur le Président CAPELLA,
à Monsieur Georges KALINOWSKI,
Directeur de recherches honoraire
au Centre National de la Recherche Scientifique

(Mercredi 16 avril 1986) (*)

(*) Ce texte a été relu et corrigé conformément aux suggestions, conseils et observations de M. Kalinowski ; nous tenons à lui dire ici toute notre gratitude.

La lutte qui oppose depuis bien longtemps les diverses philosophies du droit ne peut être égale. Le positivisme juridique est le seul combattant qui soit à la fois dans la place et à l'extérieur ; il désigne aussi bien une philosophie que l'opinion partagée par le juriste qui ne se préoccupe pas de philosophie, par bien des hommes politiques et par beaucoup de citoyens. La plupart des conceptions du droit ont leur origine dans la pensée d'un auteur connu ou dans celle de plusieurs auteurs ; elles peuvent être datées. Le positivisme juridique est de tous les temps. Même aux époques qui, rétrospectivement, paraissent avoir vécu, par exemple, sous l'influence naturaliste, le positivisme était présent. Il en est ainsi parce qu'il a pour lui la commodité dans la description du droit, l'éternel espoir de parvenir à la sécurité juridique et le penchant des juristes accoutumés à travailler sur des textes législatifs, jurisprudentiels ou autres. Avant d'être une philosophie du droit, le positivisme juridique est une habitude, une impression que les juristes veulent se donner et veulent donner du droit. Il n'est certainement pas permis à l'historien des philosophies juridiques de confondre l'une et l'autre, l'opinion commune et le positivisme élaboré. Les distinguer est la condition pour comprendre que les autres conceptions ne sont pas les seules à devoir s'imposer par la démonstration. Le positivisme n'est pas "la philosophie obligée" du droit positif (1) et il doit lui aussi se justifier. Lorsque des théoriciens s'emparent du positivisme latent et tentent de le transformer en une thèse précise se prêtant à l'argumentation, ils se trouvent contraints de se placer sur la défensive ; c'est alors qu'ils abordent volontiers le thème de la constitution de l'Etat, le thème de la démocratie, en particulier pour déterminer le statut de la science du droit.

Il est vrai que les raisons de rapprocher "positivisme juridique" et "démocratie" ne manquent pas. Ces deux idées sont historiquement liées dans leurs succès comme dans leurs échecs ; elles connaissent des phénomènes de mode qui les entraînent dans le même mouvement de gloire ou de déclin, d'essor ou de décadence. C'est au nom de la démocratie que d'aucuns défendent le positivisme juridique ; c'est par lui que certains justifient la démocratie. Il y a donc une apparente convergence entre "positivisme juridique" et "démocratie" ; il faut en constater quelques manifestations, avant d'en apprécier les raisons. Cette vérification s'impose d'autant plus que ces deux expressions, souvent associées, ont en commun d'être dotées de sens multiples. Chaque époque, chaque auteur peut-être, en retient un pour le célébrer ou pour le

critiquer ; d'autres, étudiant des significations différentes, prendront des positions inverses, sans nécessairement contredire leurs prédécesseurs qui parlaient d'autre chose.

C'est ce qui se produit pour le positivisme juridique. Le philosophe anglais du droit Hart a repéré au moins quatre significations distinctes du mot "positivisme" dans ses applications proprement juridiques (2). Ce terme est parfois employé pour désigner une théorie selon laquelle les lois sont des commandements - et non des régularités sociales - émanés d'êtres humains - et non de Dieu ou de la nature -. Qui parle de positivisme peut aussi vouloir évoquer l'opinion selon laquelle morale et droit sont indépendants l'un de l'autre. Une troisième signification peut être que l'étude du droit doit être menée distinctement de celle de son histoire ou de sa sociologie en particulier. Une quatrième affirmation caractéristique du positivisme porte sur les rapports entre règles et décisions : selon elle, les décisions juridiques doivent pouvoir être logiquement déduites de règles préalablement posées (3). Ces quatre emplois de l'expression "positivisme juridique" sont-ils radicalement étrangers les uns aux autres ? La négative s'impose. Dans les quatre cas, la conception du droit retenue conduit finalement à reconnaître que seules les autorités ayant reçu une habilitation particulière, seuls le constituant, le législateur et le juge, peuvent faire le droit. C'est la conclusion à laquelle aboutit celui qui voit dans les lois des commandements humains ou qui distingue radicalement soit morale et droit, soit études juridiques et études sociologiques ; c'est encore la conséquence de la thèse selon laquelle il ne saurait y avoir de pouvoir créateur pour l'autorité chargée d'appliquer la règle, le juge lui-même ne recevant ce pouvoir qu'en l'absence de règle susceptible d'être appliquée par lui. Fondamentalement, le positivisme juridique repose sur la double conviction que le droit naît de l'exercice d'un pouvoir et que ce pouvoir peut être attribué, conféré exclusivement à des autorités déterminées par une autorité antérieure et supérieure. La science du droit ne peut alors être conçue que comme descriptive d'un objet préexistant ; c'est une affirmation qui fait l'unanimité parmi les tenants du positivisme juridique.

L'idée démocratique présente, elle aussi, de multiples facettes. "La démocratie n'est pas seulement une manière d'être des institutions ; elle est plus encore peut-être une exigence morale" (4) ; et cette exigence peut porter davantage sur la liberté ou sur l'égalité. La diversité des modes de gouvernement considérés comme plus ou moins démocratiques

est également impressionnante. Il faut se rendre à l'évidence : le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple n'est défini précisément ni par ses objectifs, ni par ses moyens. Il reste pourtant lié par tradition avec la théorie de la séparation des pouvoirs ; il suppose donc l'existence de pouvoirs distincts attribués exclusivement à certains organes. Parmi ces pouvoirs, il y a le législatif ; c'est dire que la simple connaissance du droit n'est pas, en démocratie, un titre suffisant pour prétendre participer à sa création. Ici encore, la science du droit ne peut être que descriptive.

Positivement juridique et démocratie se retrouvent donc dans une même condamnation de l'idée d'une science juridique normative. La querelle de la science normative serait-elle mort-née, au moins dans sa signification juridique ? La lecture de l'ouvrage de Monsieur Kalinowski montre qu'il n'est pas possible de conclure si rapidement. La querelle de la science juridique normative pose, en effet, trois questions distinctes. La première est de savoir ce qu'il faut entendre par "science normative". Monsieur Georges Kalinowski a recensé trois sens différents donnés à cette expression. Certains appellent ainsi une science composée de normes et prennent donc son contenu comme critère. D'autres désignent comme normative une science qui fonde des normes ; c'est alors la fonction de cette science, ou l'objectif poursuivi par ceux qui s'y adonnent, qui est pris en considération. D'autres enfin retiennent comme "science normative" toute science étudiant des normes ; l'objet de la discipline leur paraît décisif (5). Et l'auteur de conclure que ces trois conceptions sont complémentaires et non incompatibles ! La troisième acception paraît la seule satisfaisante en un sens technique (6). Une autre question se pose qui engage dans le débat philosophique : une science peut-elle être normative ? Plus précisément, "Peut-on connaître au moyen de normes et, dans l'affirmative, comment connaît-on ? Peut-on connaître les normes ? Peut-on les fonder rationnellement ?... La distinction du fait et de la norme est-elle justifiée ?" (7). Ces apories renvoient au "problème de la vérité en morale et en droit", magistralement traité par le même auteur dans un autre ouvrage (8). Sa démonstration apportait notamment cette conclusion essentielle : "la manière dont (une philosophie, une métaphysique [ces deux termes sont pour nous aujourd'hui synonymes] - vulgaire sinon "scientifique" -) fonde la morale (directement les normes morales premières) ne diffère en rien de la façon dont la science fonde la technique" (9). Enfin, une dernière question à résoudre serait de savoir si la science juridique est normative et en quel sens.

Il suffit de faire apparaître les différents éléments, linguistiques et philosophiques, du débat pour comprendre que la prétendue convergence du positivisme juridique et de la démocratie dans la condamnation de la science juridique normative a toutes chances d'être illusoire ; l'adoption de l'une ou l'autre conviction, voire des deux, ne saurait autoriser à tenir pour réglées toutes les questions évoquées.

Il se pourrait, en particulier, que le recours au thème de la démocratie dans la défense de la conception positiviste de la science du droit ne recouvrit de graves équivoques. Les tenants du positivisme juridique semblent considérer parfois les exigences de la démocratie comme un appui pour leur thèse. Ils perçoivent, en particulier, une convergence entre positivisme et démocratie sur la difficile question de la place à attribuer à la science du droit. Le positivisme leur apparaît comme "la philosophie obligée" d'une science juridique respectueuse des principes démocratiques ; il serait seul capable de mettre le droit à l'abri de sa science. Pour les positivistes, ceux qui cherchent à connaître le droit et parviennent à le faire connaître n'ont rien de commun avec ceux qui le font. Quelques manifestations de cette convergence entre la conception positiviste de la science du droit et le thème de la démocratie doivent être relevées, avant qu'une critique des présupposés expliquant ce rapprochement puisse être présentée.

I - LE CONSTAT DE CONVERGENCE.

Les liens que certains positivistes instaurent entre leur positivisme juridique et le thème de la démocratie ont pris une importance particulière dans diverses circonstances. Dans la réflexion sur la science du droit, sur son rôle et sur son influence, les arguments tirés des thèses positivistes et démocratiques se sont associés de façons différentes selon les époques et selon les auteurs. Parfois, l'accent fut mis sur l'impossibilité du positivisme juridique en l'absence de démocratie ; parfois, au contraire, l'impossibilité de la démocratie à défaut de positivisme juridique a été soulignée pour mieux condamner les théories du droit naturel volontiers réduites à l'unité (10).

A - Pas de positivisme sans démocratie.

Dans les discussions liées à la codification française du début du XIX^{ème} siècle, la conviction majeure des auteurs parut être que la démocratie était, en quelque sorte, une condition du positivisme. Ce fut, pour eux, l'occasion de mieux marquer la rupture radicale avec l'obscurantisme des temps

barbares qui avaient précédé la Grande Révolution. Dès la promulgation du Code civil, la réflexion sur la science du droit semble influencée par cette idée : "pas de positivisme sans démocratie". Le grand commentateur du Code que fut Demolombe, baptisé avec une certaine dérision "le prince de l'exégèse", critiquait par exemple la distinction radicale que d'autres établissaient entre droit positif et droit naturel d'une manière d'autant plus significative que ses positions étaient fort nuancées : "La vérité de cette distinction est, au fond, incontestable ; mais il est permis de se demander si elle est bien exprimée, si les termes qui la représentent, n'ont pas quelque chose de trop absolu, s'ils n'élèvent pas, enfin, entre le droit naturel et le droit positif, une sorte d'antagonisme et d'antithèse, qu'il vaudrait mieux ne pas établir" (11). Pour quelle raison Demolombe avait-il le souci d'atténuer la distinction du droit positif et du droit naturel ? Il n'en faisait pas mystère ; il pensait que le Code avait mis en harmonie ce qui avait été opposé jusque-là. "Avec une législation complète comme la nôtre, si humaine d'ailleurs et si équitable, on ne pourrait peut-être pas imaginer une espèce dans laquelle les règles certaines et véritables du droit naturel ne pourraient pas être satisfaites (...)" (12). Pour ce grand juriste particulièrement habile à exploiter les textes, la conséquence de cette situation nouvelle née de la codification était particulièrement importante : "il serait inexact et dangereux de dire que le droit naturel est préexistant et immuable, pour en conclure qu'il est obligatoire indépendamment de toute promulgation. Le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire, en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois même si controversées du droit naturel, celles qui deviendront lois ! celles qui seront légalement obligatoires !" (13). Dans ces déclarations péremptoires d'allégeance au droit positif, il faut reconnaître la condamnation du droit antérieur et du système politique qui n'avait pas su dégager la législation complète, humaine et équitable dont la France avait besoin. C'est seulement parce que la Révolution a réalisé la démocratie et a mis en vigueur un corps de règles parfait ou presque parfait qu'il ne faut plus préférer le droit naturel au droit positif. Du temps de ce que les révolutionnaires auraient appelé l'arbitraire royal, le droit naturel pouvait être considéré, à la fois, comme radicalement distinct du droit positif et manifestement supérieur au droit positif. Avant la rationalisation républicaine, avant l'ère démocratique, le positivisme aurait été dangereux ; la barbarie de l'époque justifiait le recours au droit naturel dans tous les domaines. Ainsi un ouvrage pratique pouvait-il présenter

l'évolution constitutionnelle : "le plus grand bienfait de la révolution de 1789, et l'un des événements les plus remarquables de notre histoire, est la création de constitutions écrites, qui déterminent clairement la manière dont se forme la loi, et assignent à chaque pouvoir public son objet et ses limites. Avant 1789, rien n'était défini dans l'ordre politique : la royauté, seule institution stable pendant quatorze siècles, n'avait d'autre mesure de ses prérogatives que l'incertitude et la mobilité des traditions historiques, de la violence et du caprice ; tour à tour trop puissante ou trop faible, oppressive ou opprimée, au milieu d'usurpations ministérielles, ecclésiastiques, féodales et judiciaires" (14). Sur de telles bases, aucun positivisme ne serait parvenu à apporter quelque sécurité. Même après la chute de la monarchie, l'un des rédacteurs de la loi des 22 ventose-2 germinal an XII relative à l'enseignement dans les facultés de droit pouvait encore affirmer que sans droit naturel, "les lois positives n'ont plus d'autre base que le bon plaisir du législateur, d'autres règles d'application que le caprice des juges" (15). Après la codification tant attendue, après le retour à la paix civile dans un Etat rationnellement organisé, de telles assertions n'ont plus leur place. Aujourd'hui, semble dire Demolombe, "avec une législation complète comme la nôtre, si humaine d'ailleurs et si équitable" - pourquoi ne pas le dire ? -, si démocratique, le droit positif suffit. C'est maintenant qu'il faut être positiviste puisque la démocratie est là et puisqu'elle autorise à l'être sans renier le droit naturel. C'est elle qui réconcilie les tenants de l'une et l'autre conception du droit. Le raisonnement est simple : le Code a consacré les idées démocratiques de liberté et d'égalité ; il a donc rendu le droit naturel inutile en l'absorbant dans le droit positif. C'est bien la démocratie qui confirme le positivisme ; elle en est l'auxiliaire et sans elle, il n'aurait pas été possible. Dans la diversité, volontiers dépeinte comme irrationnelle, des coutumes, le positivisme n'avait pas sa place. L'unité retrouvée apporte la clarté, la raison et la sécurité qui imposent aux juristes de devenir positivistes. Le lien historique entre le positivisme juridique et le thème de la démocratie est donc particulièrement net ; il ne l'est pas moins lorsque la proposition s'inverse, lorsque des auteurs montrent les menaces que la méconnaissance du positivisme font peser sur la démocratie.

B - Pas de démocratie sans positivisme.

Un juriste qui ne serait pas positiviste ne pourrait se dire respectueux des principes de la démocratie ; telle est la thèse soutenue par beaucoup de théoriciens actuels. Monsieur

le Professeur Paul Amselek le laisse clairement entendre, lorsqu'il veut démontrer la nocivité des conceptions du droit naturel. Leur principal défaut est d'accorder une trop grande place à la science juridique ; par elles, "la fonction de la théorie juridique est élevée au même niveau que celle des pouvoirs publics, puisqu'il lui est imparti de participer à la "lecture" du droit dans la nature des choses et même d'effectuer cette "lecture" dans de meilleures conditions de sérieux, de rationalité, pouvant dénoncer par là toutes les inexactitudes que peut comporter la "lecture" des pouvoirs publics" (16). Plus généralement et plus fondamentalement, c'est l'idée de science qui est méconnue par les tenants du droit naturel : "la fonction scientifique dans tous les ordres de connaissance est confondue avec la fonction éthique, puisqu'elle aurait pour but elle aussi de découvrir les "lois de la nature" immanentes en tant que telles à celles-ci" (17).

La conclusion semble s'imposer. Il ne saurait y avoir de démocratie sans positivisme puisque la démocratie suppose la mise en place de procédures particulières pour l'établissement des règles de droit, procédures en dehors desquelles aucune règle de droit ne peut apparaître. Seul le positivisme qui refuse de rechercher des justifications derrière les décisions des autorités instituées, qui refuse de se poser le problème du fondement du droit (18), respecte véritablement les pouvoirs démocratiquement créés et établis. Le positivisme sert donc la démocratie, la protège contre l'élistisme doctrinal, contre la prétention de ces juristes adeptes du droit naturel à imposer leur savoir et leur expérience spécifique.

Ainsi les deux implications semblent-elles se répondre - positivisme implique démocratie et démocratie implique positivisme - pour aboutir à une sorte d'équivalence. Les liens entre le positivisme juridique et le thème de la démocratie sont aussi étroits que possible au XIXème siècle, comme au XXème siècle. Cette notable coïncidence s'explique par des présupposés qui méritent une réflexion critique.

II - LA CRITIQUE DES PRESUPPOSES.

Pour invoquer le thème de la démocratie à l'appui du positivisme juridique, il faut lui prêter un certain nombre de thèses fondamentales. Il faut concevoir la démocratie comme un effort de rationalisation, rationalisation de la politique et du droit. Une telle présentation ne peut être adoptée que moyennant l'oubli de certaines questions difficiles. Le recours au thème démocratique dans l'argumentation positiviste suppose

que ces questions, tenues pour insolubles parce qu'insusceptibles de réponses unanimement admises, peuvent être laissées de côté ; il doit être possible de ne s'engager dans aucune réponse. Puisqu'il est impossible de s'entendre sur ce qu'est le bon droit, il faut supposer le problème résolu et ne plus se poser la question. Il faut renoncer à tout jugement de valeur, du moins tant qu'il s'agit de se comporter en juriste et non en philosophe ou en sociologue. Après tout, cette réduction du domaine d'étude n'a-t-elle pas été pratiquée par les sciences qui ont rencontré les plus beaux succès ? Les astronomes, les physiciens, les chimistes n'ont-ils pas eu raison de cesser de se poser la question du pourquoi, de l'essence ? "Les théories, qui ont pour ambition commune, de fonder une science sur le modèle des sciences empiriques - et qui peuvent donc se dire positivistes -" (19) doivent commencer par imposer, à la science juridique, une réduction de son objet ; les juristes aussi ne doivent plus se poser que les questions comportant une possibilité de réponse vérifiée selon des procédés unanimement reconnus. Ces questions trop difficiles pourraient être laissées de côté si, aux réponses toujours discutées qu'elles ont reçu, était substituée une procédure adéquate, procédure de désignation d'organes dont la compétence aurait été préalablement définie. Des formes seraient alors seules garantes de la légitimité juridique ou politique. Telle est la réduction proposée de l'objet de la science juridique ! Elle ne portera que sur les résultats de l'activité des "sources du droit" instituées de manière incontestable. Cette réduction ne se justifie que si les questions difficiles ainsi éliminées ne peuvent véritablement pas recevoir de réponse vérifiable, ce qui n'est nullement démontré (20). De plus, elle s'appuie sur deux présupposés de grande conséquence pour la science du droit. Le premier est d'ordre volontariste, tandis que le second évoque un certain nominalisme.

A - Le volontarisme positiviste.

Pour que des procédures puissent être garantes de la légitimité juridique, de la validité juridique, du vrai droit, il faut que cette légitimité puisse dépendre seulement d'une décision, d'une volonté. Il faut plus précisément que les différents pouvoirs puissent être attribués aux uns, refusés aux autres. Le positivisme juridique se rapproche de la théorie démocratique parce qu'il y retrouve certaines modalités de répartition des pouvoirs ; mais avant de s'interroger sur ces modalités, il faudrait discuter le principe-même. Les différents pouvoirs qui s'exercent dans la société n'ont pas attendu d'être répartis par une constitution pour exister ; ils étaient

exercés avant d'être définis. Dès lors, une répartition de ces pouvoirs est-elle effectivement toujours possible ? Peut-elle résulter d'une décision volontaire ? En particulier, le pouvoir de poser des normes juridiques peut-il être intégralement remis et réservé à un organe ou à certains organes de l'Etat, un Parlement, des juges, un Conseil constitutionnel par exemple ? Même si des normes sont édictées par ces organes qui en ont reçu le pouvoir, rien ne prouve qu'elles seront les seules, ni qu'elles absorberont tout le droit.

Pour qu'il pût en être ainsi, il faudrait que la nature des normes juridiques le permît. Si elles étaient des manifestations d'une volonté particulière, reconnaissables à certains signes extérieurs, à une investiture préalable, la répartition des pouvoirs serait certainement possible ; une habilitation devrait pouvoir répondre, à elle seule, de l'aptitude à faire le droit. Il se trouve que les normes juridiques ne sont pas seulement des manifestations de volonté, même si la volonté y joue un certain rôle (21). Ce sont des jugements dont l'origine peut être précisée au prix d'une distinction majeure. Le droit est composé de normes premières et de normes secondes ; "sont premières les normes admises comme vraies, partant comme obligatoires, sans "démonstration" parce qu'évidentes. Sont secondes celles qui n'étant pas évidentes, nécessitent une "démonstration" afin d'être rationnellement justifiées et considérées de ce fait comme vraies" (22). Les normes premières ne peuvent être admises que si elles ont un fondement rationnel ; quelles sont les possibilités qui s'offrent ? "Il n'y a que trois fondements rationnels possibles de nos jugements et partant des propositions qui les signifient : la convention..., l'inférence et l'évidence..." (23). pour ce qui est des normes juridiques premières, "la convention n'entre pas en ligne de compte, les normes... juridiques ressortissant à la connaissance réelle... et non aux sciences formelles" (24). "La vie et le bon sens qui la gouverne" sont là pour imposer cette conclusion (25). "L'inférence est également exclue" (26). De la constatation d'un fait ou d'une proposition théorique, il n'est pas possible d'inférer une norme, de conclure à une proposition normative. Pour admettre l'inverse, il faudrait commettre une confusion entre l'inférence et "la mise en évidence analytique d'une norme" (26). "Il ne reste donc que le troisième mode de fondement rationnel d'un jugement : l'évidence" (27). Il faut répéter que cette démonstration s'applique aux normes premières ; par nature, elles ne peuvent être des conclusions d'autres normes antérieurement admises ; et elles ne sauraient davantage être inférées des prémisses théoriques.

Le rôle du législateur et des autres organes dotés d'un pouvoir normatif n'est pourtant pas négligeable. Il lui incombe de rappeler aux sujets de droit les normes naturelles et de les compléter. Dans le premier cas, il est clair que "les normes juridiques édictées par le législateur qui les rappelle simplement aux sujets de droit... possèdent... le caractère constatatif ; elles l'héritent des normes naturelles dont elles sont des conclusions" (28). Dans le second, le législateur crée "une relation normative objective, réellement existante" et fondée sur une valeur créée par lui (29) ; encore cela n'est-il possible que si le comportement à régir est "axiologiquement indifférent" en lui-même (30). Il y a certainement des normes "que l'homme doit se donner parce qu'il est... juridiquement bon (nécessaire) que tel ou tel secteur de notre vie personnelle ou sociale soit réglé d'une manière déterminée", même si "le sens de cette réglementation est indifférent" (31) ; même dans ces circonstances, les normes "ne dépendent pas uniquement de notre volonté" (32) ; comme toutes les normes... juridiques valables, pour être de véritables normes... juridiques, pour avoir une force obligatoire réelle, pour être vraies, elles doivent être, elles aussi, rationnelles, ce qui exige qu'elles tiennent compte, entre autres, de toutes les circonstances concrètes objectives" (33).

Dès lors, la notion même de pouvoir et celle de volonté habilitée rencontrent ici une importante limite. Les positivistes parlent "de la validité et de l'existence des normes et non pas de leur vérité" parce qu'ils tiennent "les normes pour des commandements, produits de la volonté, et non pas pour des constatations du devoir-être, c'est-à-dire pour des produits de l'intellect saisissant les relations normatives" (34) ; mais ils ne peuvent pas faire que les normes ne soient pas "des produits de l'intellect saisissant les relations normatives". Cela non plus ne peut se changer par décret, par loi ou par constitution. S'il y a un pouvoir juridique, il n'est pas maîtrise, arbitraire, liberté absolue, volonté nue ; il n'est pas cette étrange puissance de faire naître les normes du néant. La nature du droit ne peut se satisfaire de l'attribution d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir judiciaire. Le seul thème de la démocratie ne peut rendre compte de la formation du droit, ni de la mise à l'écart de la science du droit, parce que la spécificité du juridique tient, non à des formes, à des procédures, mais à des raisons, à des justifications tirées de "toutes les circonstances concrètes objectives". Le volontarisme positiviste est donc condamné par qui s'enquiert de la nature des normes juridiques ; le nominalisme inhérent au positivisme ne saurait y survivre davantage.

B - Le nominalisme.

Le nominalisme qui gît au fond de la théorie positiviste consiste en cette conviction qu'il suffit de désigner le titulaire d'une fonction, après avoir nommé celle-ci, pour qu'elle existe réellement et exclusivement sur la tête de ce titulaire. La réalité humaine et sociale ne peut avoir l'outrecuidance de ne pas se plier aux décisions solennelles des autorités habilitées.

C'est ainsi que le positivisme juridique pose en principe l'infériorité foncière de la science du droit par rapport aux sources du droit ; il exige la soumission de l'interprète au législateur et au juge, lui-même soumis au précédent. Ce principe posé, les positivistes n'imaginent que deux possibilités. Ou bien ce principe est respecté : tout est alors pour le mieux dans un monde rationnel où les juristes sont positivistes et servent fidèlement les sources du droit. Ou bien ce principe n'est pas respecté ; il faut alors admettre qu'est intervenu un déviant quelconque, voleur, assassin... ou juriste adepte du droit naturel. En réalité, l'alternative entre le respect du pouvoir normatif institué et la méconnaissance de ce pouvoir est trompeuse. La question n'est pas de savoir si l'interprète veut ou ne veut pas appliquer la loi. Ce qui est vrai, c'est que l'interprète ne peut pas appliquer seulement la loi. "Si l'on veut être réaliste, si l'on s'astreint à tenir compte des faits, de tous les faits, des faits tels qu'ils s'offrent à notre analyse, force est d'admettre que l'interprétation des normes juridiques, tant pour les besoins de la théorie que de la pratique, est dans un certain sens création du droit. Elle modifie souvent le contenu des normes interprétées. Elle crée des normes qui font défaut, voire écarte les normes existantes jugées inopportunes et les remplace par les normes qui lui paraissent meilleures. Or n'est-ce pas cela qui confère principalement le caractère normatif à cette science qui est la science juridique au sens propre, je veux dire à la dogmatique juridique, comme on l'appelle dans les pays germaniques ou slaves ? Certes, elle a pour objet les normes juridiques et peut être de ce fait appelée, par métonymie, science normative. Mais elle n'en est jamais une étude parfaitement objective, absolument désintéressée, libre de toute appréciation subjective. Ne comble-t-elle pas, par la force des choses, les lacunes, ne supprime-t-elle pas les contradictions, n'infléchit-elle pas le sens des normes édictées par le législateur dans une direction imprévue par lui et exigée par la vie, ne supplée-t-elle pas aux insuffisances de toutes sortes du législateur qui, fût-il le meilleur, est incapable de tout prévoir et de tout régler de manière juste et immuable ? On ne peut le nier. Le fait est patent..." (35).

Dès lors, les rapports du droit et de la science du droit apparaissent clairement. Certes, il faut distinguer entre "le juge prononçant une sentence et le professeur de droit exposant un système juridique... Le professeur ne fait qu'interpréter le droit et son interprétation... n'a que la valeur d'un conseil donné au juge, alors que le juge édicte une norme juridique valable pour le cas concret qui lui est soumis" (36). Encore faut-il ajouter deux précisions ! La première est que, pour tous les cas à venir, le juge n'est pas mieux placé que le professeur de droit pour édicter une norme (37). La seconde est que le juge, avant de prononcer une sentence, doit bien souvent interpréter les normes : "il tient alors, comme le professeur de droit, le langage des juristes" (38) et non celui du droit. Il ne suffit donc pas de dire que "la science du droit ne peut être comprise que comme un métalangage et le droit seulement comme un langage-objet" (39). Il faut ajouter qu'une source du droit - selon l'expression consacrée - emploie nécessairement, pour partie, le métalangage ; son activité ne se distingue donc pas toujours de celle des commentateurs qui ne sont dotés d'aucun pouvoir normatif par la constitution ou par une quelconque loi.

Si la plupart des juristes français reconnaissent désormais un quasi-pouvoir normatif à la jurisprudence, c'est en se référant, non à une répartition des pouvoirs, mais à un phénomène naturel, observable et lourd de conséquence. En raison de la complexité des cas sur lesquels il y a lieu de trancher, pour répondre aux exigences de sécurité et d'égalité juridiques et enfin parce que la généralisation des solutions juridiques adoptées est inévitable, quelle que soit l'organisation de l'Etat, le droit est nécessairement pour partie un art d'imitation. Perverti, il devient un ensemble de recettes ; fécondé par une tradition sélective, il demeure un ensemble de raisonnements, de raisons et de justifications. Ainsi caractérisé, il laisse des fonctions équivalentes au juge et au professeur de droit. Nulle constitution n'y peut rien changer. Parler de la puissance normatrice de la science du droit, ce n'est pas revendiquer un pouvoir, voire un pouvoir supplémentaire pour les professeurs de droit en particulier. C'est constater l'influence que peut exercer, sur les esprits de ceux qui ont à "édicter une norme juridique valable" pour un cas concret, un raisonnement convaincant ; la puissance de la jurisprudence n'a pas d'autre fondement rationnel dans le système juridique français. Même pour se préparer à trancher un litige, il faut employer le langage - et les méthodes - qu'emploient nécessairement les juristes. Cette identité de langage entre les sources du droit et ceux qui ont seulement pour humble

mission de s'efforcer de le connaître et de le faire connaître donne, en fait, aux juristes, quelle que soit la structure de l'Etat, quels que soient les pouvoirs officiellement attribués au législateur et au juge, une possibilité considérable de contribuer à la formation du droit. La science du droit ne peut se contenter de constater que des normes ont été dégagées ; elle en dégage elle-même. Le positivisme juridique qui prétend le lui interdire se trompe d'adversaire ; il ne peut lui retirer un pouvoir qui ne lui a jamais été attribué, mais qui résulte de la nature même du droit.

Aucune exigence démocratique n'impose donc - à moins de considérer comme démocratique l'objectif de tromper son auditoire ou son lecteur - de répondre à la question "pourquoi tel article du Code civil est-il en vigueur ? a-t-il force obligatoire ?" par référence à la procédure de son édicition et de sa promulgation. Il faut même aller plus loin. Que la question posée soit scientifique ou philosophique, "notre réponse ne peut pas être dans ce cas : "il a été édicté, en même temps que tout le Code civil dont il fait partie, par le législateur français conformément aux normes en vigueur et n'a pas été depuis abrogé", car elle constituerait une ignorantia elenchi, une méconnaissance du véritable problème qui est en philosophie celui de la cause ultime" (40) et en science du droit celui de la norme effectivement en vigueur. Dans les deux ordres, la seule réponse acceptable doit se référer à "la validité objective" de la norme, c'est-à-dire notamment à ses justifications qui lui donnent son véritable sens et ses conséquences pratiques. Tout juriste sait qu'une disposition légale n'est pas appliquée de même façon, quelle que puisse être la clarté de sa formulation, selon qu'elle paraît justifiée ou non.

Ces conclusions provisoires ne récuse certainement pas l'idée d'un rapprochement entre le thème de la démocratie et la réflexion sur la nature du droit. Si une certaine convergence a pu être perçue, c'est que ni la démocratie, ni le droit ne sont des situations acquises. Qu'une décision soit juridique ou démocratique, une telle affirmation ne relève pas seulement d'une constatation de fait ; c'est l'erreur majeure du positivisme juridique et politique que de ne pas le sentir. En employant de tels qualificatifs, chacun évoque ses espoirs, ses exigences, ces convictions aussi. Ceux qui ont cru que la démocratie était seulement une affaire de formes et de procédures, ont aujourd'hui la réponse du terrorisme en particulier ; ils font songer à ces pacifistes qui croient faire la paix en refusant de se battre. Ceux qui croient que le

droit est seulement affaire d'autorités régulièrement habilitées ne tarderont pas à avoir d'autres réponses. La démocratie et le droit ne sont jamais installés quelque part une fois pour toutes ; ils sont à conquérir et à reconquérir sans cesse. "Le droit, pour s'imposer et même pour subsister, a besoin qu'on le fasse valoir, qu'on le soutienne et qu'on le publie. Il suppose l'activité ou s'évanouit peu à peu dans le sang et les cendres des hommes massacrés et des édifices incendiés, puis dans le froid sublime de ces espaces vides où va s'éteindre l'éclat de voix du plus véhément des rhéteurs" (41).

NOTES

- (1) R. Sève, "Le positivisme juridique", in Droit, nature, histoire, Actes du colloque organisé en l'honneur de M. le Professeur Michel Villey à l'Université de Paris II, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985, p. 110.
- (2) H.L.A. Hart, in Harvard Law Review, fév. 1958, vol. 71, cité par M. Troper, "Le positivisme juridique", Revue de synthèse, IIIème S., n. 118-119, avril-septembre 1985, p. 187-188 ; Hart avait distingué cinq sens, mais le cinquième est sans doute moins spécifiquement juridique. Comparer M. Waline "Défense du positivisme juridique" Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique, Paris, Sirey, 1939, n° 1 et 2, p. 83 et s.
- (3) C'est ce sens qui conduisait un auteur à conclure que les conceptions de l'Ecole moderne du droit naturel sont positivistes : R. Sève, op. cit., p. 111.
- (4) G. Burdeau, V° "Démocratie", in Encyclopedia Universalis, Corpus, t. 5, 1984, p. 1081.
- (5) G. Kalinowski, Querelle de la science normative (Une contribution à la théorie de la science), Paris, L.G.D.J., 1969, Bibl. de philosophie du droit, vol. X, préface de M. Villey, p. 9.
- (6) G. Kalinowski, op. cit., p. 152.
- (7) G. Kalinowski, ibidem.
- (8) G. Kalinowski, Le problème de la vérité en morale et en droit, Lyon, Vitte, 1967, coll. Problèmes et doctrines.
- (9) G. Kalinowski, op. cit., p. 246.
- (10) Voir M. Troper, op. cit., p. 187. P. Amselek, "Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel ?", Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1978, t. 23, p. 343, et not. p. 344. Notons que la démocratie dont il sera question ici peut seulement être conçue de manière juridique et positiviste ; c'est sans doute là le principal écueil : voir notre conclusion.
- (11) C. Demolombe, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, Paris, Durand et Hachette, 4ème éd., 1869, n. 8, p. 6.
- (12) C. Demolombe, op. cit., n. 9, p. 7.
- (13) C. Demolombe, op. cit., n. 10, p. 9.
- (14) D. Dalloz aîné et a., Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, 2ème éd., Paris, t. XXX, 1853, V° Lois, n. 4, p. 33.
- (15) D. Dalloz, op. cit., t. XIX, 1852, V° Droit naturel et des gens, n. 5, p. 3.
- (16) P. Amselek, op. cit., Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1978, t. 23, p. 348.
- (17) ibidem.
- (18) P. Amselek, "Kelsen et les contradictions du positivisme juridique", Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1983, t. 28, p. 277, 279 et 281.
- (19) M. Troper, op. cit., p. 204 : s'agit-il d'une nouvelle définition du positivisme ? Elle serait réprouvée par bien des épistémologues des sciences dites empiriques.

- (20) Pour la "démonstration" de l'inverse, voir G. Kalinowski, Le problème de la vérité..., précité, notamment p. 246. Du même auteur, "Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit", Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1981, t. 26, p. 339.
- (21) G. Kalinowski, "Obligations, permissions et normes...", précité, p. 343.
- (22) G. Kalinowski, Le problème de la vérité..., précité, p. 244.
- (23) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, précité, p. 43.
- (24) Ibidem. Comparer, du même auteur, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 338. Du même auteur, "loi juridique et loi logique", Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1980, t. 25, p. 123.
- (25) G. Kalinowski, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 339.
- (26) G. Kalinowski, même article, p. 338. Voir aussi, Querelle de la science normative, précité, p. 43.
- (27) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, précité, p. 43. Du même auteur, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 338.
- (28) G. Kalinowski, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 341.
- (29) G. Kalinowski, même article, p. 342.
- (30) G. Kalinowski, même article, p. 341.
- (31) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, précité, p. 44.
- (32) G. Kalinowski, même ouvrage, p. 44-45.
- (33) G. Kalinowski, même ouvrage, p. 45. C'est l'une des raisons pour lesquelles reste entière la question de savoir si la norme peut, ou non, être formulée dans des termes aptes à rendre compte de la richesse des significations qu'elle reçoit dans l'application concrète.
- (34) G. Kalinowski, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 336.
- (35) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, précité, p. 106-107.
- (36) G. Kalinowski, même ouvrage, p. 110-111.
- (37) En particulier dans le système juridique français, en vertu notamment de l'article 5 du Code civil.
- (38) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, p. 111.
- (39) M. Troper, op. cit., p. 201.
- (40) G. Kalinowski, "Obligations, permissions et normes", précité, p. 337 : l'auteur y insiste ; en vérité, cette distinction du scientifique et du philosophique ne nous paraît pas résister à la pratique, justement parce que notre intellect, celui du juriste en particulier, ne saisit l'évidence immédiate des normes premières et ne peut admettre les normes secondes qui sont des conclusions déduites à partir des premières, que par le moyen d'une philosophie : voir du même auteur, Le problème de la vérité, précité, p. 246-247. La norme qu'il reconnaît dans la disposition légale dépend inévitablement de celle-ci.
- (41) Ch. Maurras, Mes idées politiques, Paris, Fayard, 1937, Albatros, 1983, préface P. Gaxotte, texte établi par P. Chardon, p. 125.

REALISME ET REALITE JURIDIQUE
DANS L'OEUVRE DE RABELAIS

Par

Pierre SANZ de ALBA

Docteur en droit

"Du droit civil, je veux que tu saiche par cueur les beaulx textes et me les confère avecques philosophie".

(Pantagruel, ch. VIII)

I. Voici probablement un signe d'étrangeté, de nos jours, que de s'attacher à montrer, dans l'oeuvre de Rabelais, le miroir farceur de la réalité juridique de son temps. Etrangeté parce que le passé lointain de nos institutions juridiques semble jeter une lumière bien falote sur le présent. Etrangeté aussi parce que le rire rabelaisien doit paraître incongru aux techniciens du droit pour qui "marcher d'un grave pas et d'un grave sourcil" représente le premier signe du sérieux. Pourtant le réalisme dont Rabelais teinte sa plume ne nous est peut-être pas étranger. Certes le temps a passé, les institutions ont changé, les constructions juridiques se sont faites plus compactes, les procédures se sont renouvelées, l'étude du droit s'est diversifiée. Que penser cependant de cette évolution contemporaine du droit qui voit se multiplier les textes, les enseignements se spécialiser et devenir plus techniques, s'estomper peut-être ce grand fonds commun issu de notre code civil ?

Que penser aussi de ce peu de crédit dont jouit dans l'opinion le monde des juristes, aussi clos que celui des médecins, et le temps n'est plus aux médecins de Molière ! Le contentement de soi a remplacé l'esprit de satire qui était de la tradition des juristes (1). Depuis le Code civil l'ironie constructive, de l'intérieur, n'est plus. En ce sens peut être fructueuse la lecture d'un juriste de la Renaissance qui avait vu s'effriter

le fonds commun du "droit civil", se multiplier les textes, les procédures se compliquer, les techniques se diversifier, les enseignements se disperser, qui a pris le parti de nous en faire rire et qui donne au contentement de soi une leçon cinquante.

2. Le regard que Rabelais porte sur les choses et les êtres est bien celui d'un homme de la Renaissance. Comme Brueghel, Rabelais s'est engouffré dans les voies frayées par la Renaissance italienne et élargies par Erasme mais il ne pouvait se satisfaire d'une appréhension scientifique, intellectualisée du monde. Cet effort par lequel furent brisés l'armature médiévale des esprits, le dogmatisme du moyen-âge et affirmée la liberté individuelle n'est pas vécu par eux comme une tragédie. C'est avec malice, bonhomie du regard et d'un air goguenard que Rabelais considère les objets et les êtres. Ceci colore la vision qu'il nous donne du monde des juristes.

3. De fait, le droit, les études juridiques et les légistes tiennent une place considérable dans l'oeuvre de Rabelais. Pendant la première moitié du seizième siècle, les sciences juridiques étaient du domaine de l'humaniste au même titre que la médecine. Quiconque se piquait de philosophie en avait quelque teinture. On ne sera donc pas étonné de voir Gargantua recommander à Pantagruel étudiant à Paris d'apprendre par coeur "les beaux textes du droit civil" et de les conférer avec philosophie. Il a en si grande estime la science du droit qu'il vante le siècle de Papinien à l'égal de celui de Platon ou de celui de Cicéron.

4. Il est vrai que Rabelais appartenait au monde des juristes par son père, Antoine Rabelais. Celui-ci, licencié en lois était déjà connu en 1505 comme doyen des avocats au baillage de Chinon. Propriétaire influent de la région, il était un personnage considérable et dès 1524 il devenait, en tant que doyen des avocats, assesseur du lieutenant du bailli de Touraine à Chinon.

Le prestige du père de Rabelais est évoqué par une affaire importante dont la sentence du 25 février 1524 figure dans les archives départementales d'Indre et Loire (2) et qui concerne la seigneurie de Velor. René de Bastarnay, conseillé par ses puissants tuteurs (3) décida en février 1523 d'opérer le retrait féodal du manoir et fief de Velor, au terroir de Beaumont en Véron. Or, le château de Velor venait d'être vendu à Charlotte de La Haye. Comme le retrait féodal dépendait uniquement du bon vouloir du seigneur dominant, Charlotte de La Haye ne pouvait songer à conserver son acquisition face à la volonté des Bastarnay. Contre une coalition aussi puissante

elle essaya d'user du crédit que deux avocats, notamment Antoine Rabelais, pouvaient avoir auprès du baillage royal de Chinon auquel reviendrait éventuellement l'appel de la cause (4). Antoine Rabelais manifesta ici une grande habileté pour soutenir contre de tels adversaires une cause désespérée. Il les obligea à mobiliser beaucoup de monde pour réduire sa résistance, à choisir, en particulier, un nouvel avocat à Tours (5). Bref, la sentence rendue sur cette affaire montre assez que le père de Rabelais était un avocat fort apprécié. De plus, il a été pendant quelques temps, comme l'atteste un arrêt du parlement de Paris daté de 1527, le véritable gouverneur du pays, ayant été nommé "assesseur et expédiant la juridiction du siège de Chinon en l'absence du lieutenant général et particulier" (6). Cependant, faute de document sur les rapports qu'entretint Rabelais avec sa famille, nous ne pouvons pas dire exactement si ce fut auprès de son père qu'il prit réellement le goût des sciences juridiques.

5. En tout cas, le premier cercle que fréquenta le jeune Rabelais lors de son séjour à Fontenay vers 1520, qui laissa sur lui l'empreinte la plus profonde, était composé principalement de légistes. C'est ce qu'on a appelé le "cénacle de Fontenay-le-Comte" où se réunissaient des magistrats et des érudits tels que Artus Cailler, lieutenant criminel au siège royal de Fontenay, Jean Brisson, avocat du roi, Mallet, procureur du roi, les avocats Jacques Ranfray, Pierre Fouschier, Raoul Collin, Jean Vernou (7) et Jean Imbert qui devait écrire plus tard un livre sur les institutions juridiques et politiques de la France (8).

Mais l'âme du groupe était "le bon, le docte, le sage, le tant humain, tant débonnaire et équitable" (9) André Tiraqueau. Né à Fontenay en 1488, il devait être successivement juge chatelain puis lieutenant général du sénéchal de Poitou. Il était dès cette époque un jurisconsulte à la réputation justement établie. Après son mariage avec la fille d'Artus Cailler, lieutenant du baillage de Fontenay (10), il avait traduit le *De re uxoria* de Francesco Barbero. Il voulait se faire l'éducateur de sa femme et ce texte lui paraissait "un de officiis à l'usage des femmes". Dans le même temps, en septembre 1513, il avait fait paraître chez Josse Bade à Paris un volume intitulé "*Andreae Tiraquelli Fontiniacensis iudicis ex commentariis in Pictorum consuetudines sectio De legibus connubialibus venundantur in aedibus ascensianis*". Le bruit que fit cette édition fut considérable. Jamais le cénacle ne perdit de vue ce livre publié par Tiraqueau.

Or en 1522, peu après l'arrivée de Rabelais (11), Tiraqueau en préparait une seconde édition qui, dans sa pensée, devait être une réfutation de l'ouvrage présenté par Amaury Bouchard, président du siège royal de Saintes sous le titre "ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΔΥΣΧΡΕΙΑΣ ΨΥΧΙΑΣ adversus Tiraquellum (12). Tout le groupe des amis de Tiraqueau et Rabelais par conséquent fut directement intéressé et même associé à la préparation de cette seconde édition. Chacun avait été blessé de l'attaque violente de Bouchard et il ne s'agissait là que d'ajouter des textes nouveaux aux textes cités dans l'édition de 1513. On comprend donc que les membres du cénacle fontenaisien aient pu aider Tiraqueau dans ce travail.

6. C'est ainsi que Rabelais, dès sa jeunesse, entendit Tiraqueau développer ses idées dans des conversations quotidiennes. Il se mêla peu à peu aux discussions et il vit ensuite, jour après jour, se former la deuxième édition du *De legibus*. Elle parut en 1524 et elle témoigne des rapports qui unissent à cette époque Tiraqueau et Rabelais. Elle s'ouvre en effet sur une poésie grecque de Rabelais à la louange de l'auteur (13) et celui-ci vante la science du jeune moine (14). Du reste cette nouvelle édition connut elle aussi un succès éclatant. Plagiée (15), combattue (16), admirée tour à tour, elle valut à son auteur une proposition d'entrée au parlement de Bordeaux qu'il refusa d'ailleurs parce qu'il ne voulait pas quitter Fontenay. En 1541 il fut nommé conseiller de la grande chambre du parlement de Paris sans passer par la chambre des enquêtes. En 1532 Rabelais rappellera l'influence que Tiraqueau exerça sur la direction de ses études en lui dédiant son édition des *Lettres de Manardi* où, du reste, il reprend et développe les idées exposées par Tiraqueau huit ans auparavant dans la préface du *De legibus*. On a pu soutenir qu'entre 1532 et 1552 les relations entre les deux hommes se fussent altérées (17). Tiraqueau supprime toute allusion à son ami dans l'édition du *De legibus* de 1546. De plus, lorsqu'il publie sous le titre de *De nobilitate* un ouvrage consacré à la médecine et à la magistrature il passe également sous silence le nom de Rabelais qui lui avait pourtant dédié les *Lettres médicales* du médecin ferrarais Manardi et qui avait ensuite dédié à Geoffroy d'Estissac une édition des *Aphorismes d'Hippocrate*. Enfin lorsque le 1er mars 1551 "à la requête du procureur du roi, attendu la censure faite par la faculté de théologie", le conseil du parlement défend "de vendre et d'exposer dedans quinzaine le quatrième livre de Pantagruel" Tiraqueau fait partie des douze juges de ce conseil (18).

7. Pour rester à la période d'initiation de Rabelais il faut évoquer une autre influence qui l'encouragea à l'étude du droit, celle de Guillaume Budé. De fait, le premier écrit de Rabelais que nous connaissons est précisément une lettre à Guillaume Budé datée de 1521 dans laquelle il s'amuse à faire parade de quelque connaissance de droit romain (19). Comme Budé tardait à lui envoyer une lettre promise de sa part à Pierre Lamy, Rabelais menace son ami de lui intenter une action de dolo malo et sur le même ton de plaisanterie Budé lui répond qu'il devait d'abord recourir à l'action ex stipulatu (20).

Ainsi c'est à l'époque de son séjour à Fontenay-le-Comte dès 1520 qu'il faut rapporter l'initiation de Rabelais au droit. Il a lié commerce assidu avec les juristes les plus renommés, il a adopté les idées des légistes groupés autour de Tiraqueau et nous verrons comment il a utilisé ses connaissances et comment ces influences se manifestent dans son oeuvre.

8. Du reste, au cours de ses pérégrinations ultérieures, Rabelais se trouvera en relation avec d'autres magistrats éminents. Vers 1525 il adresse une lettre familière à Jehan Bouchet, procureur du roi à Poitiers. Il entre en relation avec Briand Vallée, conseiller au parlement de Bordeaux, avec Jean Boissonnet, professeur à la faculté de lois de Toulouse. En 1532 il adresse une dédicace (21) à Amaury Bouchard ancien président de Saintes récemment promu aux fonctions de maître de requêtes ordinaires de François Ier. Ses amis vantent d'ailleurs sa culture de légiste, il passe pour "expert en toute clergie" selon l'expression de Jehan Bouchet, et Voulté écrira en 1537 dans une épigramme à Maurice Scève "civilis de jure quid sentio, Scaeva : Hoc verum noster quod Rabelaesus ait".

Plus tard, auprès de Jean et Guillaume Du Bellay, ses fonctions auprès de l'ambassadeur à Rome le mirent encore en rapport avec des hommes formés par les études juridiques. Il connut ainsi chez Guillaume Du Bellay, Errault, président de la cour du parlement de Turin et futur garde des sceaux, Hullot, avocat d'Orléans, si bien qu'il ne cessa jamais de maintenir avec de tels amis le contact avec les sciences juridiques. C'est pourquoi, malgré les voyages, les autres études, Rabelais manifesta, notamment dans le Tiers Livre, une compétence juridique extrême.

9. Ces influences postérieures au séjour à Fontenay ont permis sans doute à Rabelais d'entretenir sa science du droit et son intérêt pour la matière. Il reste cependant que c'est dans l'atmosphère du cénacle, parmi les grandes idées rénova-

trices du droit qui y étaient remuées, dans l'humanisme de Guillaume Budé conçu comme fondement du droit que se trouvent les prémices de la pensée juridique de Rabelais.

Les moeurs palatines, les lenteurs et les complications de la procédure dont il fait une caricature truculente sont déjà dénoncées par Tiraqueau dans la préface de ses commentaires de la loi *Si Unquam* de 1534 : "Indidem tot provocaciones, appellaciones, refutationes et id genus cetera, quibus tanquam filo texuntur in longum judiciorum litiumque telae"(22). Mais plus forte est la pensée des membres du cénacle et de Guillaume Budé sur les sources du droit, leur nature, leur valeur, leur interprétation. Rabelais exprimera sous une forme satirique la nécessité d'un renouveau des études juridiques. Il utilisera la puissance du comique en faisant sienne l'opinion de Tiraqueau exprimée dans la préface du *De legibus* sur les juristes bornés et dédaigneux d'autres livres que ceux de droit. Tiraqueau illustre son argumentation à propos de la querelle des femmes par un ensemble de témoignages tirés du droit sans doute, mais aussi de l'histoire, de la philosophie et de la poésie. Il faut briser les barrières qui font du droit un domaine réservé aux techniciens, aux spécialistes. La science juridique est liée aux humanités (23). C'est là aussi l'apport de Guillaume Budé dans ses annotations aux pandectes qui s'insurge contre l'ignorance des glossateurs. Il les excuse en partie mais il condamne ses contemporains. Rabelais d'une plume moins indulgente flétrira à nos yeux ces esprits aveugles bornés à l'étude du droit, adversaires de toute rénovation par les humanités.

L'essentiel de la pensée de Rabelais, critique de l'organisation judiciaire, caricature des auxiliaires de justice et de la procédure, d'une part, description comique et pitoyable des sources du droit et de l'ignorance de leurs interprètes d'autre part, est né de ces années d'apprentissage.

10. L'ensemble de son oeuvre est très riche de matière juridique dont la satire est diverse d'un livre à l'autre. Dans Pantagruel le procès Baisecul-Humevesne permet à l'humaniste de développer sa pensée sur l'enseignement et les sources du droit. Dans le Tiers Livre, le plus riche sans doute de contenu juridique, l'épisode du juge Bridoye montre avec brio la culture et la science du juriste en mettant en cause la valeur même d'une justice administrée par des techniciens. Le Quart Livre avec les mésaventures des chicanous, le Cinquième Livre et les intrigues des chatz-fourrez ne sont pas moins remplis des préoccupations de juriste. La satire y est cependant si violente qu'elle prive un peu de sa force l'argumentation.

Que la critique soit directe ou simplement allusive elle permet à Rabelais d'utiliser la réalité juridique de deux manières. Ou bien elle est l'objet même de ses développements ou bien elle représente le décor de considérations parallèles. Parfois cette réalité touche directement les grands problèmes de fond qui sont l'objet même d'un chapitre, sources du droit, organisation judiciaire, procédure, etc. (1ère partie) parfois il s'agit d'une réalité plus immédiate et des questions d'actualité font la trame d'épisodes qui ont un intérêt plus ponctuel (2ème partie).

- * - * - * -

PREMIERE PARTIE : La réalité juridique et les grands problèmes de fond.

11. L'apport essentiel de Rabelais est d'avoir traduit en langue vulgaire les préoccupations de ses maîtres quant au fond même du droit.

Il nous montre comment la science juridique doit connaître un renouveau grâce à la purification du langage, à une étude humaniste des grands textes, à une unification des sources du droit. Il utilise aussi une satire facile des moeurs palatines très courante parmi les juristes de son temps pour expliquer la valeur relative des jugements consécutive à l'effet du hasard. Il fait enfin le procès des institutions judiciaires en décrivant de manière très minutieuse et caricaturale le déroulement d'un procès civil. Qu'il s'agisse du fameux procès Baisecul-Humevesne, du jugement par les dés de Bridoye, de l'épisode particulièrement virulent des chatz-fourrez, rien n'est anecdotique. Le récit comique est mis constamment au service des conceptions juridiques de fond des humanistes et des membres du cénacle de Fontenay.

I - Les sources du droit.

12. **A)** : Rabelais met ainsi dans la bouche du jeune Pantagruel ses opinions sur les sources du droit de son temps. Il le fait à l'occasion du procès "des deux gros seigneurs" Baisecul et Humevesne. "Après quarante six semaines de délibérations les parlements, le grand conseil et tous les principaux régents des Universités, non seulement de France mais aussi d'Angleterre et d'Italie" "avaient renoncé à mettre en droit en façon quelconque".

Pantagruel balayera tout le fatras de procédure et de dossier et rendra une sentence inénarrable (24).

Il est vrai qu'en bon légiste, Pantagruel avait essayé une première fois d'étudier "en loix" à Montpellier mais il en était parti "voyant que là n'étaient que trois teigneux et un pelé de légiste" (25). Cependant grâce à l'enseignement qu'il avait reçu à Bourges, il était devenu "savant dessus la capacité du temps de maintenant". Il avait ainsi suivi les conseils de son père Gargantua qui voulait que "du droit civil... (il) sache par coeur les beaulx textes et (les lui) confère avecques philosophie" (26). Du reste, pour faire l'essai de son savoir, il "mit en conclusions par tous les carrefours" et il remplit de confusion tous les assistants parmi lesquels figuraient toutes les catégories de légistes, "maistres de requêtes, présidents, conseillers, gens de comptes, secrétaires, avocats et autres, ensemble les échevins de ladite ville". Ces grandes "disputations" tenues contre tous publiquement lui valaient la réputation d'être savant plus que les autres et c'est à lui que pense naturellement Du Douhet pour résoudre ce procès Baisecul-Humevesne.

13. L'enseignement du droit à Bourges où Pantagruel a acquis son savoir était dominé de 1529 à 1533 par la personnalité d'Alciat. L'oeuvre de celui-ci et celle de Cujas sont particulièrement importantes. Depuis longtemps l'incertitude et l'insuffisance du droit coutumier avaient fait l'objet de vives critiques. Charles VII se fait l'écho de ces appréciations en décrétant la rédaction et la publication de toutes les coutumes de France (27). Il est certain aussi que la pression du droit romain sur ces coutumes joua un grand rôle en faisant perdre à notre droit un peu de ce qu'il tenait de la tradition germanique (28). Le droit romain avait la faveur des rois dont il garantissait le pouvoir, mais bien souvent il était moins compris qu'admiré. Les accursiens attardés dans leurs gloses, les bartolistes égarés dans le fatras de leurs citations s'opposaient vivement à l'enseignement d'Alciat. C'est l'opinion de celui-ci que Rabelais prête à Pantagruel à propos des pandectes : "car, disait-il, au monde n'y a livres tant beaux, tant aornés, tant élégans comme sont les pandectes ; mais la bordure d'iceux, c'est assavoir la glose de Accurse est tant sale, tant infâme et punaise que ce n'est qu'ordure et villenie" (29).

14. Là se trouve le fond même de la pensée juridique de Rabelais. De ce point de vue sa verve caustique attaquera surtout ces gloses barbares que Tiraqueau flétrissait en ces termes : "exoleta illa barbarorum glossemata" (30). Cette critique de Rabelais davantage que la plus connue relative

aux lenteurs et aux particularités de la procédure (31), est celle qui le rattache aux humanistes et aux légistes. Certes Pantagruel commence par flétrir la lenteur et le formalisme de la justice. Apprenant que les parties sont encore vivantes, il laisse de côté "toutes les fatrasseries de papiers et copies (32)," se fait livrer "les sacs et pantarques" pensant que le mieux est "d'ouïr par leur vive voix leur débat que lire ces babouineries qui ne sont que tromperies, cautelles diaboliques de Cepola (33) et subversions de droit". Ainsi l'indignation de Pantagruel et la protestation de son bon sens s'attaquent d'abord à la complication et à la lenteur de la procédure. C'était un lieu commun de la satire qui était encore d'actualité en 1533. Tiraqueau dans la préface de ses commentaires de la loi "si unquam" (1534) se plaint de toutes ces fatrasseries qui pourraient prolonger les procès jusqu'au jour du jugement dernier.

Pourtant Rabelais néglige ce thème satirique. Il se contente de flétrir de quelques mots ces "subversions de droit". Plus loin (34), comme certains contredisaient la volonté de Pantagruel puisqu'en toute compagnie "il y a plus de fols que de sages", le juge Du Douhet soutient son opinion et s'exprime presque dans les mêmes termes que lui, affirmant "que ces registres, enquêtes, répliques (35), reproches (36), salvations (37) et autres telles diableries n'étaient que subversions de droit et allongement des procès" et que "le diable les emporterait tous s'ils ne procédaient autrement, selon équité évangélique et philosophique". Rabelais s'en tient à cette brève critique des lenteurs de la procédure et des cautelles juridiques. Sans s'attarder à la satire des formes de la justice qui n'eut pas manqué de lui fournir des effets d'un comique populaire, il passe à une critique dont la valeur ne pouvait guère être appréciée que par des humanistes et des légistes. Car, dit Pantagruel, (38) "je suis sûr que vous et tous ceux par les mains desquels a passé le procès y avez machiné ce que avez pu pro et contra, et, au cas que leur controverse était patente et facile à juger, vous l'avez obscurcie par sottises et déraisonnables raisons et ineptes opinions de Accurse, Balde, Bartole, De Castro, De Imola, Panorme, Bertachin, Alexandre, Curtius (39) et autres vieux mâtins" ... "qui jamais n'entendirent la moindre loi des pandectes et n'estoient que grox veaulx de dîmes, ignorans de tout ce qui est nécessaire à l'intelligence des lois".

15. Cette longue énumération concerne des noms très fameux dans le monde des légistes, dans les "facultés de Droit et de Décret" : ce sont les "monarchae", princes de la

jurisprudence, les commentateurs qui depuis le XIII^{ème} siècle avaient successivement "grabelé" le texte des recueils de droit civil et de droit canonique. Ce sont ces interprètes de la loi que Rabelais rend responsables de l'incertitude du droit et, partant, de la longueur des procès. Cette critique n'est pas nouvelle : dès la fin du XV^{ème} siècle, Laurent Valla (40) ridiculise le latin de cuisine et l'ignorance d'Accurse, de Bartole et de tous les commentateurs du digeste, "goths et vandales" qu'il nomme les légulei. Guillaume Budé dans ses annotations aux pandectes s'était fait l'écho en France des invectives de Laurent Valla contre le langage informe de ces commentateurs. Il l'excusait pour le temps passé mais le flétrissait sans réserve chez les contemporains encore fidèles aux gloses d'Accurse.

Tiraqueau également faisait campagne pour une purification du langage des légistes et une analyse plus authentique des textes. Dans la préface de son *De legibus connubialibus* de 1524 il déplore que la rénovation des études juridiques illustrée par Budé, Valla, Tunstall ou Alciat se heurte encore aux derniers restes des Goths (*gothorum reliquiae*). Dans cet esprit d'humanisme, il mêle aux textes de droit de ses commentaires de nombreux extraits des historiens, des poètes et des grammairiens.

Alciat à Bourges où Pantagruel "étudia bien longtemps et profita beaucoup en la faculté des loix" avait engagé la même cause. Certes il attribue dans la préface de son *De verborum significatione* (41) quelque mérite à Accurse et Bartole mais déplore la lacune de leur esprit due à leur ignorance des bonnes lettres. En 1533 cette controverse est toujours d'actualité. Bartole et Accurse que Bonaventure Despériers devait appeler non les commentateurs mais les "tormentatores juris" (42) ne sont pas entièrement discrédités : ainsi Bartole est-il encore édité en 1555. Quant à Rabelais, dès 1532 dans la préface des *Epistulae Medicales* de Manardi adressées à Tiraqueau, il constate qu'il est des jurisconsultes étrangers ou hostiles à la renaissance des études juridiques qui ne peuvent renoncer aux gloses barbares et désuètes (43). L'invective de Pantagruel dans le procès Baisecul est donc un épisode de ce combat qui jusqu'alors n'avait pu intéresser que les légistes, les humanistes ou les clercs. Le comique de Rabelais et la langue vulgaire qu'il emploie pour exprimer des critiques rédigées d'ordinaire dans de savants ouvrages en latin donnent à celles-ci plus de portée.

16. Ainsi fait Pantagruel lorsqu'il parle de ces légistes "qui ne virent jamais bon livre de langue latine, comme manifestement appert à leur style, qui est style de ramoneur de cheminée ou de cuisinier et marmiteux, non de jurisconsultes". Pantagruel use à cet égard du même vocabulaire que Guillaume Budé dans son dialogue de la philologie (44) à propos de la saleté de la prose juridique : "Minervam... judicialem, squalidam et horridam". Les jurisconsultes usaient d'un langage de boutique, de barbier ou de savetier (45). Ils auraient perdu tout crédit, croyaient-ils, s'ils avaient renoncé, pour imiter le style des anciens, à cette infection barbare (46), à ces termes empruntés davantage au marché aux herbes, aux boeufs et aux porcs qu'au forum romain (47).

A ces commentaires sans valeur, Rabelais oppose, comme le faisaient Valla, Budé ou Alciat, la pureté de la langue des pandectes "rédigées en latin le plus élégant et orné qui soit en toute la langue latine et n'en excepterais volontiers ni Cicéron, ni Sénèque, ni Tite Live, ni Quintilien". Rabelais dans ces textes plaisants exprime toute son admiration pour le Digeste et les études juridiques "vraies".

On retrouve également dans les propos de Pantagruel le culte des humanistes pour la langue grecque "sans laquelle c'est honte qu'une personne se die savante". Il s'en prend aux glossateurs qui ne pouvaient qu'être ineptes à l'intelligence des lois abondamment fournies de sentences grecques et qui, du reste, "sont prises premièrement des grecs". De même Pantagruel estime que ces "fols glossateurs" ne peuvent rien entendre au droit puisqu'ils ignoraient la philosophie, "les lettres d'humanité et connaissance des antiquités et histoire". Là encore ce reproche est l'écho de Budé et de Tiraqueau. Guillaume Budé se fait gloire d'avoir retrouvé par la philologie, c'est-à-dire, selon lui, par la philosophie, l'histoire et par les humanités, les sciences juridiques empêtrées encore dans l'âge gothique (48). De même Tiraqueau encourage les juristes de son temps à consolider et illustrer la science du droit par une véritable culture humaniste (49).

17. C'est en fait une nouvelle méthode de raisonnement et d'interprétation dont Rabelais se fait ici l'écho : méthode neuve, scientifique qui fait "des livres de loix... une belle robe d'or triomphante et précieuse à merveille" qui cesserait d'être "brodée de merde" par les glossateurs (50). Pour saisir réellement le sens et la valeur des textes juridiques encore faut-il être pénétré de l'esprit du temps où ces lois ont été promulguées, en connaître parfaitement les moeurs, les arts et la littérature. Il faut également être philosophe pour

juger sainement de ces choses, en concevoir les rapports, en définir l'éternité ou la relativité. Dans cette mesure, "veue que les loix sont extirpées du milieu de philosophie morale et naturelle" comment les glossateurs pouvaient-ils être considérés par Rabelais autrement que "fols qui ont par Dieu moins étudié en philosophie que ma mulle" ? "Au regard des lettres d'humanité et cognoissance des antiquités et histoires ils en estaient chargés comme un crapaud de plumes... dont toutefois les droits sont tous pleins et sans ce ne peuvent être entendus comme quelque jour je montrerai plus apertement par écrit" (51).

Dans l'invective de Pantagruel il est certain que cette critique des glossateurs reçoit le développement le plus abondant. Rabelais, assurément, ne se fait que l'écho des querelles d'école de son temps et rien d'original n'est articulé contre les glossateurs. Cependant il donne un sens et une portée très grands à ce problème des gloses en le vulgarisant. Du reste cette vulgarisation elle-même est novatrice dans la littérature de ce genre et Rabelais n'hésite pas à faire une attaque très personnelle. Dans la bouche de Pantagruel point de ces scrupules d'Alciat en faveur de certains aspects de l'oeuvre de Bartole ou d'Accurse. Rabelais est plus vibrant contre les "legulei". Son esprit de juriste et d'humaniste n'est pas détaché de ses intentions littéraires. Il est certain du reste que Rabelais devine comment ce renouvellement des études de droit fera progresser la connaissance exacte du droit romain. Cujas retrouvera le texte véritable des jurisconsultes du IIème et IIIème siècles. Ulpien et Papinien, sous les altérations et interpolations du siècle de Justinien et malgré le texte de Tribonien "homme mescréant, infidèle barbare, tant maling, tant pervers, tant avare et inique qu'il vendait les loix, les édits, les rescrits, les constitutions et les ordonnances en purs deniers à la partie plus offrante".

18. En somme il est évident pour le juriste qu'est Rabelais que les textes de lois extraits du digeste ou des douze tables, de la coutume de Vermandois ou de celle de Normandie doivent être clairs et simples. Rabelais combat vigoureusement les textes dont le sens est obscur et plonge les plaideurs dans les filets de faux juristes. Les lenteurs et les cautelles de la procédure ne profitent qu'aux juges, aux avocats et aux huissiers lorsque l'obscurité des lois rend les procès longs et hasardeux. C'est ce que Pantagruel remarque dans le procès Baisecul et Humevesne après avoir entendu les plaideurs.

Le premier commence de la sorte : "Monsieur, il est vray que une bonne femme de ma maison portoit vendre des oeufs au marché. Mais à propos, passait entre les deux tropiques, six blans vers le zénith et maille par autant que les monts Rhiphées avoyent en cette année grande stérilité de happelourdes, moyennant une rédition de Ballivernes meues entre les Barragouyns et les Accoursiens pour la rebellion des Souyces qui s'estoyent assemblés jusques au nombre de bon pies pour aller à l'aiguillanneuf le premier trou de l'an que l'on livre la soupe au beufz et la clef du charbon au fille pour donner l'avoine aux chiens". Suit un galimatia jusqu'à la conclusion : "Pour ce, Monsieur, je requiers que par votre seigneurie, soit dict et déclaré sur le cas ce que de raison avecques despens, dommaiges et intéretz" (52).

La plaidoirie de Humevesne est du même ordre : "Tunc, Messieurs, quid juris pro minoribus ? Car l'usage commune de la loi salique est telle que le premier boute feu qui escornifle la vache, qui mousche en plein chant de musique sans solfier le poincts des savetiers, doibt, en temps de godemarre sublimer la pénurie de son membre par la mousse cueillié alors qu'on se morfond à la messe de minnuich pour bailler l'estrapade à ces vins blancs d'Anjou qui font les jambettes, collet à collet, à la mode de Bretagne (53). Certes de tels discours absurdes seraient de nature à embarrasser les conseillers et docteurs assemblés pour l'espèce : "Nous l'avons véritablement ouye, mais n'y avons entendu au Diable la cause "disent-ils à Pantagruel. Celui-ci trouve ces discours moins obscurs que certains textes de lois. "Je ne trouve le cas tant difficile que vous le faictes. Votre paraphe Caton, la loy frater, la loy Gallus, la loy Quidum pedum, la loy vinum, la loy si dominus, la loy fundi, la loy emptor, la loy pretor, la loy venditor et tant d'autres sont bien plus difficiles en mon opinion" (54)

Rabelais est bien conscient que ces difficultés et ces obscurités sont dues en grande partie au manque d'unité de la législation contre laquelle Michel de l'Hospital tente de lutter par ces ordonnances. Il est certain qu'au bout de ce fatras de textes, de cette confusion de procédures, de compétences, d'attributions, le hasard reste le maître des décisions de justice et, partant, l'une des sources du droit.

19. B) : Tel est le sens du fameux épisode du juge Bridoye (55). Mais ce passage n'apparaît pas seulement pour Rabelais comme un moyen de fustiger la procédure et l'organisation judiciaire en dépeignant un juge qui tranche les litiges au hasard des dés. Ces mésaventures du juge Bridoye sont aussi

inspirées par une querelle d'école que Rabelais a certainement puisée dans le *De nobilitate* de Tiraqueau. Bridoye en effet s'en remet au jugement des dés ou, comme le dit Epistémon, "en l'aspect bénévole des cieulx et faveur des Intelligences motrices. Lesquelles (en contemplation de la simplicité et affection syncère du juge Bridoye, qui soit deffiant de son sçavoir et capacité, congnoissant les antinomies et contrariétés des loix, des édicts, des coustumes et ordonnances) entendent la fraude du calumniateur infernal, lequel souvent se transfigure en messagier de lumière par ses ministres, les pervers advocatz, conseillers, procureurs et autres tels supportz, tourne le noir en blanc, fait fantastiquement sembler à l'une et l'autre partie qu'elle a bon droict (comme vous sçaver qu'il n'est si mauvaise cause qui ne trouve son advocat, sans cela jamais ne seroit procès au monde), se recommanderoit humblement à Dieu le juste juge, invocqueroit à son ayde la grâce céleste, se déporteroit en l'esprit sacro saint du hasard et perplexité de sentence définitive et, par ce sort, exploreroit son décret et bon plaisir que nous appelons arrest, remuroient et tourneroient les déz pour tomber en chance de celluy qui, muni de juste complaincte, requéroit son bon droict estre par justice maintenu comme disent les thalmodistes en sort, n'estre mal aucun contenu, seulement par sort estre, en anxiété et doubte des humains, manifestée la volonté divine".

Pendant quarante ans le juge Bridoye a rendu ses décisions de cette manière sans que cela parût répréhensible, puis il est traduit devant le parlement de Myrelingue pour avoir donné "certaine sentence contre l'esleu Touscheronde "laquelle semble injuste" à icelle cour centumvirale". Bridoye ne donne, dans son fameux plaidoyer, d'autre excuse que son âge qui l'empêche de voir les points sur les dés de sorte qu'il doit les jeter un grand nombre de fois : la marge d'erreur résultant ainsi du hasard est plus limitée. "Quels déz entendez-vous ?" demande le grand président de la cour, Trinquamelle. "Les déz des jugements" répond Bridoye, "*alea judiciorum* desquels vous aultres, Messieurs, ordinairement usez en votre cour souveraine ; ainsi font tous aultres juges en décision de justice".

Il est évident que Rabelais utilise un jeu de mots sur le sens des *alea judiciorum*, la chance des jugements. Il s'agissait à l'époque d'une locution très courante chez les légistes et chez les clercs. On la rencontre aussi dans une préface du médecin Jean Gonthier d'Andernach, "*ut ancipitem judiciorum aleam secure experiatur*" (56). Cette locution

avait été traduite en français par la métaphore "les dés des jugements" et Rabelais l'emploie à plusieurs reprises sous cette forme dans le Tiers Livre. "L'amour que vostre grâce me porte, dit Panurge à Pantagruel, est hors les dés d'estimation" (57). Mais Bridoye prend à la lettre la métaphore qui fait l'objet d'un jeu de mots courant chez les juristes de l'époque. Il invoque pour justifier cela l'autorité du droit civil, du droit canon, de Bartole, Balde, Alexandre, Henri Ferrandat, etc. (58). Dans cette mesure précisément l'usage de la métaphore "les dés des jugements" à des fins comiques dépasse un dessein purement satirique et se rattache à une doctrine juridique que Rabelais a puisé vraisemblablement chez Tiraqueau.

20. Le premier indice de cela est que le procès du juge Bridoye se déroule en présence du "grand Praesident" de la cour de Myrelingue, Trinquamelle. Or, comme l'a établi Abel Lefranc, Trinquamelle est l'anagramme de Tiraqueau. Certes cet éminent juriste n'envisage pas le recours aux sorts dans les affaires criminelles et ne l'accepte, au civil, que dans un nombre limité de cas. En réalité, l'épisode Bridoye permet à Rabelais d'utiliser le jeu de mots et de rappeler ainsi qu'Albéric de Rosate avait écrit autrefois dans son Dictionnaire des termes de droit en renvoyant au digeste, titre de judiciis, (L. Cum Ambo CD5,I,14) qui ne prévoit rien de tel "aliquando sors projicitur per taxillos" et "admittitur... sors ad lites et discensiones dirimendae". Du Moulin avait ajouté dans ses commentaires sur la coutume de Paris : "Il ne m'a pas échappé que le mot de sort est pris vulgairement dans un autre sens, celui de jeu d'osselets ou de dés. Mais j'ai méprisé cette acception qui s'écarte de la signification propre et naturelle comme de l'usage savant et la pratique des ignorants ne fait pas sa loi au langage" (59).

Certes, pour préserver l'effet du comique, Rabelais n'a pas voulu mettre dans la bouche de Bridoye une véritable théorie générale des sorts. Cependant il charge Epistémon de ce soin. En fait Rabelais par sa bouche rappelle l'attitude des docteurs catholiques face à la question des sorts. Les "Talmudistes" dont parle Epistémon ne sont autres que les canonistes et le jugement qu'ils ont porté est celui de Saint Augustin qui a trouvé place au décret de Gratien.

21. La discussion à propos des sorts garde toute son actualité en 1548. Saint Thomas et Marianus Socinus l'avaient amorcée dans leur Tractatus de sortibus et Du Moulin l'avait reprise en 1539 dans ses commentaires sur la coutume de Paris.

Rabelais trouve cependant sa source principale chez Tiraqueau dans la question XVII du *De jure primigeniorum*. Comment faire si de deux frères, jumeaux ou non, l'on ignore que est l'ainé ? La première opinion exposée par Tiraqueau est précisément le recours au sort : "opinio prima quae sortirem committit". Le jurisconsulte y consacre 79 paragraphes. Il y met une extrême prudence puisque ce problème se rattache au domaine du *fatum* et par conséquent au libre arbitre (60). Son exposé est très historique : il rappelle l'usage des sorts à Rome et à Athènes dans le choix des magistrats de l'ordre judiciaire et sa position reste très classique. La procédure des sorts a surtout intéressé les canonistes, quoique les anciens jurisconsultes romains et les bartolistes l'aient admise (61). Ils distinguent les sorts divinatoires destinés à percer le secret de l'avenir, les sorts divisoires pour réaliser un partage et les sorts décisives pour trancher une difficulté (62).

C'est dans le décret de Gratien que se trouve la solution : les sorts sont interdits en matière divinatoire comme l'oeuvre du démon, discutables sous leur forme décisive quoique Saint Augustin ne leur soit pas hostile (63). Ils sont admis en matière divisoire sauf pour les élections ecclésiastiques. Pour l'ensemble des décrétistes, notamment Philippe Dèce, les sorts sont permis dans tous les cas où ils ne sont pas expressément interdits. Balde, Jean d'Imola, Felinus Sandaccus sont d'un avis différent et estiment qu'on ne peut user des sorts que dans les cas prévus par les canons. Tiraqueau quant à lui reste très proche de ses prédécesseurs. Il rapporte un passage du *De divinatione* de Cicéron condamnant les sorts comme superstitieux et trompeurs. Il rejette les sorts divinatoires mais admet cependant le recours à leur autorité dans les cas de nécessité ou sous l'empire d'une utilité urgente. Il y faut cependant une certaine préparation et une piété suffisante (64).

Tiraqueau ne fait que de brèves allusions à l'usage des sorts en matière criminelle dont il est question à propos de Bridoye. On ne relève que deux allusions aux mésaventures bibliques de Jonas et d'Acham et une référence formelle à Cicéron (65). "Tirer au sort la peine et remettre au jugement de la fortune le choix des hommes à condamner ne convient pas du tout à un censeur ; assurément il ne faut pas que, pour la faute d'une multitude, un petit nombre soit choisi pour l'ignominie et pour la honte" (66).

Tiraqueau consacre une grande partie de son argumentation aux sorts en matière matrimoniale (*uxores sorte duci*

solitae). Il y met plus de réserve que le glossateur des décrétales de Grégoire IX qui encourage le recours au sort quand une épouse est revendiquée par deux maris également riches et respectables ou que Martin Moritz, auteur d'un *Tractatus de sortitione* paru à Bâle en 1692 qui conseille à un jeune homme d'utiliser les sorts pour choisir entre l'amour de deux jeunes filles, Anne et Elisabeth. Tiraqueau se contente de constater que "les romains... usent des sorts même pour prendre femme quand quelque contestation vient à s'élever. Il fait référence en ce sens à la bible, à Suétone (67) aux métamorphoses d'Apulée (68), à Firmicus Maternus, au digeste. Peut-être faut-il voir dans les expressions matrimoniales "sortiri uxorem et maritum" ou "sortiri matrimonium" ou dans notre français "consorts" un reste de cette doctrine.

Du reste lorsque Panurge vient soumettre à Bridoye la question "dois-je ou non prendre femme?", ce qui provoque d'abondantes dissertations de Rabelais médecin et philosophe, la question des sorts est sous-entendue. Il est vrai que Rabelais vient de consacrer d'abondants développements sur ce thème. Du reste la question avait déjà été posée dans les chapitres X et XII lorsque Panurge s'était tourné vers Pantagruel. Celui-ci lui vantait les "sors homériques et vergilianes" en appuyant son opinion sur une série d'exemples qui, précisément, se trouvent dans le *de jure primigeniorum* de Tiraqueau (69). Pantagruel condamne l'emploi des dés mais se résigne à leur usage. Panurge glissera à trois reprises son ongle entre les feuillets d'un exemplaire de Virgile en demandant aux dés l'indication des vers sur lesquels il devra porter les yeux à chaque page. Rabelais semble néanmoins approuver cette sorte de divination alors que Tiraqueau la proscriit. Celui-ci affirme qu'il n'y a pas de place pour les sorts sur les questions de fait (70). D'autre part les affaires tranchées par eux ne peuvent faire l'objet d'aucun appel puisque la cause est définitivement réglée par la providence. On retrouve ce passage chez Rabelais lorsqu'il fait dire à Panurge au chapitre XII du Tiers Livre "appeler jamais ne se peut des jugements décidés par sort et fortune comme attestent nos antiques jurisconsultes et le dit Balde L ult. C. de leg. La raison est pour ce que Fortune ne reconnaît point de supérieur auquel d'elle et de ses sors on puisse appeler. Et ne peut en ce cas le mineur être en son entier restitué comme apertement il dit in L. aït pretor, parult. ff de minor".

Malgré son intérêt théorique, la question des sorts envisagée par Rabelais dans l'épisode du juge Bridoye n'est sans doute pas l'élément le plus significatif dans ce passage de sa culture juridique.

22. La manière la plus brillante en effet dont il procède pour dénaturer la réalité juridique à des fins comiques consiste dans l'utilisation à foison de références à des textes juridiques précis. A cet égard les chapitres relatifs au juge Bridoye sont très typiques mais cette méthode a presque toujours été considérée comme une simple charge, une caricature de l'éloquence judiciaire de l'époque qui consistait à faire le plus de références possible aux autorités juridiques. Cette satire existe évidemment mais Rabelais pousse le comique beaucoup plus loin dans le choix même des textes qu'il cite. Le hasard n'y préside pas comme on a pu le soutenir (71) mais c'est au contraire avec une extrême précision que le choix en est fait. Celui-ci repose sur l'utilisation du calembour de manière différente selon le type de comique recherché qui ne peut, du reste, s'adresser qu'à des juristes. Ainsi Rabelais utilise la référence à certaines règles qu'aucun homme de loi ne pouvait considérer comme appropriée à l'espèce mais qui présente en tout cas quelque similitude verbale avec celle-ci ou qui concerne un domaine très voisin. Le génie comique de Rabelais se manifeste aussi dans le choix qu'il fait de citations tout à fait appropriées au type de rapport juridique en cause mais sans rapport pratique avec l'espèce. Par exemple le "minimum est sequendum" est une maxime correcte fondée sur des sources juridiques exactes mais qui n'a aucun rapport avec le sujet. Le comique vient évidemment de l'absurdité relative de la citation.

Certaines références soutiennent au contraire l'argumentation de Bridoye de manière directe. Beaucoup d'autres exemples sont des paradoxa c'est-à-dire des calembours qui consistent à utiliser une citation qui ne soutient l'argumentation ni franchement ni de manière détournée mais qui contient cependant une règle juridique dont la situation dans le texte provoque un effet de surprise sur le lecteur averti et conforte de beaucoup l'allégation elle-même. Ainsi lorsque Bridoye affirme que les imperfections de la nature ne doivent pas être considérées comme des crimes, il fait référence à un texte qui concerne l'indulgence que l'on doit accorder aux vieillards et la priorité donnée aux jeunes gens quant à la torture. Le but comique recherché est ici que personne ne s'attende à voir Bridoye citer un texte sur les indulgences alors que cela sera très utile à son but ultime.

Enfin Rabelais utilise le contre sens c'est-à-dire la référence dont le texte soutient le contraire de ce qui est affirmé. En fait ces exemples ne sont pas si fréquents car la citation n'est parfois à contre sens qu'en apparence. En effet les juristes avaient souvent l'habitude d'ajouter une longue liste

d'exceptions à la référence originale de sorte qu'il suffisait de citer leur texte pour faire naître à l'esprit une nuée de règles opposées. Cependant Rabelais utilise le contre sens dans quelques exemples où il cite des textes qui contredisent absolument la thèse même de Bridoye.

23. L'utilisation des textes de droit dans un but comique est poussée par Rabelais beaucoup plus loin qu'aucun de ses contemporains. Ainsi Benedictus Curtius, l'auteur des fameux *Aresta amorum*, qui était comme Rabelais un humaniste de l'école Alciati utilise les maximes judiciaires dans des textes érotiques mais ne prend pas pour cible les sources elles-mêmes. Rabelais va plus loin que la surface apparente et ne multiplie les références ni pour l'exactitude ni pour la perfection : il ne se plie pas, comme Curtius, à la technique caractéristique du juriste contemporain mais n'utilise que les références qui servent son but particulier en rejetant celles qui auraient été rajoutées par un juriste mais qui sont, pour son dessein, sans objet.

En fait les citations données par Rabelais pour la défense de Bridoye sont tirées de la littérature juridique courante utilisée par les décrétistes et les décrétalistes. Pour n'avoir pas recherché systématiquement ces références, on a pu nier la précision du savoir de Rabelais en matière juridique d'autant que certaines n'ont pas pu être retrouvées. En fait cet échec est du vraisemblablement aux erreurs commises par Rabelais lui-même en copiant ses notes et aux fautes d'impression qui déparent non seulement l'édition de 1546 dont Rabelais n'a pas corrigé les épreuves mais même l'édition de 1552 qu'il a lui-même revue et dans laquelle il a fait des additions qui montrent son intérêt constant pour ce genre de citations. Parmi ces fautes d'impression le mot "Arg." cité à plusieurs reprises : placé immédiatement avant une citation il signifie "arguo", "argueus" ou "arguendo". Mais dans les passages où Rabelais l'utilise il semble qu'il s'agisse d'un canoniste dont le nom ou le titre commencerait par "Arg.". Il s'agissait en fait d'une faute d'impression et il y aurait lieu de corriger Arg. par Are ou Aug. ce qui laisserait supposer une citation à Angelus Aretinus ou à Iacobus de Arena.

La recherche de ces références est particulièrement intéressante aussi dans la mesure où la lecture des passages auxquels Rabelais nous renvoie montre l'auteur sous un jour différent de celui qui apparaît directement à travers les jeux de mots de la surface du texte. Il montre en effet un visage bien soucieux et sérieux dans cette satire des aspects sociaux, politiques et juridiques de l'époque sans grand espoir

dans un changement de meilleur augure. En procédant par citation Rabelais s'évite du reste tout commentaire. Il laisse au lecteur le soin de forger le sien propre à la lecture de son texte et de celui auquel il fait référence.

24. Quelques exemples seulement illustreront cette démarche. Bridoye, accusé d'avoir donné par les dés "certaine sentence contre l'esleu Toucheronde, laquelle ne semblait du tout aequitable à icelle cour centumvirale" commence son plaidoyer en invoquant son grand âge et sa mauvaise vue. Il fait à ce sujet plusieurs références : Archid., d. l XXXVJ, C. Tanta et ff de re milit. l. qui cum uno, ff. de reg. jur. l. fere ff. de edil. ed. per totum, ff. de term. mo. l. Divus Adrianus resolu. per Lud. Ro. in l. si vero, ff. solu. matri. Le premier texte visant, à travers Archidiacomus, c'est-à-dire le canoniste italien Guido Baisius de Reggio, le décret de Gratien concerne l'évêque Januarius qui, avant la messe du dimanche, avait détruit les récoltes du plaignant et après la messe avait changé de place les poteaux de bornage. Le pape Grégoire Ier dit : "Quod factum quae poena debeat in seigni omnes qui audiunt sciunt... et quidem poenae sententia in te fuerat iaculanda, sed quia simplicitatem tuam cum senectute novimus, interim tacemus." Le commentateur Baisius de Reggio espère qu'en se corrigeant pendant le temps qui lui reste à vivre la méchanceté du vieux fou sera pardonnée.

La seconde référence a trait à la loi du digeste "qui cum uno testiculo natus est, quive amisit, Dig. 49.16.4" qui affirme que les hommes qui n'ont qu'un testicule ont le droit de faire le service militaire car les généraux Sylla et Cotta, d'après les dires de certains historiens étaient ainsi constotuéés. Le commentaire du texte indique que les jurisconsultes avaient à ce sujet des informations à leur disposition. D'autre part la loi ff de (diversis) reg(ulis) jur(is), l.Fere citée dans la même optique dit "Fere in omnibus penalibus indiciis et aetati et imprudentiae succurritur (Dig. 50.17.108) et, citant Divus Hadrianus et Ludovicus Romanus comme le fait Rabelais lui-même, le commentaire montre que les vieillards sont punis plus légèrement que les jeunes gens et quand vieux et jeunes sont mis à la question, la torture commence pour les jeunes gens.

De même le texte du digeste ff de edil(itio) ed(icto) per totum concerne les vices cachés relevés chez les esclaves ou les choses vendues et l'application de la règle caveat emptor. Le vendeur doit révéler certains défauts mais ceux de l'esprit ne comptent pas comme fautes permettant à l'acheteur

d'obtenir réparation. La soigneuse énumération des maladies et vices est évidemment là aussi un élément comique. Il est à remarquer le nombre de maladies et de défauts qui ne sont pas compris dans le mot "morbosus" et ne relèvent donc pas de l'édit en question. Il est surtout question de passages relatifs aux esclaves et aux animaux. Les règles ne coïncident pas toujours puisqu'un homme châtré est "morbosus" mais qu'un mulet châtré ne l'est pas !

La référence ff de term(ino) mo(to), l Divus (H)adrianus a trait au passage du digeste (D 47.21.2) qui étudie les différentes façons de punir ceux qui changent de place les bornes de leurs voisins : il faut considérer la condition et l'âge du défendeur et l'exil doit être plus court pour les gens âgés. Rabelais fait ici une référence dans le prolongement direct de la première comme du reste en citant la resolu(tio) per Lud(ovicum) Ro(manum) in (par. de viro), l. Si vero, ff solu(to) matri (monio) Dig. 24.3.64,9. Ce paragraphe contient la phrase "in quibus igitur casibus lex defecit, non erit nec utilis actio danda". Ludovicus Romanus fait en effet remarquer que notamment les règles applicables contre un meretrix ne le sont pas à un meretrix coniugata. Le changement de qualité chez le sujet rend la loi inapplicable. Ainsi un fils qui veut toucher son héritage n'est pas tenu de demander le consentement d'un père fou ; une règle pénalisant une prostituée n'est pas applicable à une repentante etc... Ainsi Bridoye prétend ne plus être sain d'esprit et peut donc échapper au chatiment.

De même la loi l. maximum vitium, C. de lib(eris) praeter(itis vel exheredatis) qui commence par Maximum vitium antiquae subtilitatis concerne l'abolition de la distinction entre homme et femme dans la succession ab intestat : qui enim tales differentias inducunt quasi naturae accusatores existunt cur non totos masculos generarit, ut unde generentur non fiant. On ne peut accuser la nature, dit Bridoye en citant cette référence où le glossateur en effet parle de la règle "non licere accusare naturam" pour laquelle il existe deux autres citations que Rabelais nous épargne.

25. Par ailleurs Bridoye donnant comme argument pour avoir commis une erreur dans la décision contestée qu'il ne peut qu'assez mal distinguer les chiffres des dés qu'il jette pour se faire une opinion, cite de nouveau le digeste (18.1.8) ff de contrah(enda) empt(ione), l, Nec emptio. Dans le texte de cette loi apparaissent les mots "aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, velui cum quasi alea emitur. La glose du fo. 282f. indique "...sed qui vendidit in alea nullo modo tenetur "avec deux citations attribuées à Accurse. En fait il s'agit là d'une

citation paradoxale puisque le mot *alea* ne signifie pas ici les dés comme l'entend Bridoye ni l'*alea judiciorum* mais l'*alea* métaphorique, le hasard, tel qu'on le trouve fréquemment utilisé chez Tite Live ou Horace. En fait Bridoye cherche à jouer sur les mots en confondant les trois sens du mot *alea*.

Par contre la référence ff de *pecul(io)*, l. *Quod debetur et ibi Barthol.* (D. 15.1.51) contient les mots "et eventus executionis possit esse incertus...". La glose quant à elle dit : "dubius est litis eventus et qui ideo tenetur quod actionem habet eam cedendo liberatur" et se réfère à Bartole. Les termes cités (avec *qua* au lieu de *quod*) apparaissent aux Bartoli commentaria in soc. Dig. Vet. partem (Lugd. 1547). La référence à l'*alea judiciorum* soutient parfaitement bien ici l'argumentation de Bridoye. De même la référence à la décrétale commentée par H. Ferrendat, no. gl. in c. fin. de sortil. qui concerne l'élection d'un évêque pour laquelle l'usage des dés était désapprouvé : "sortis usum in electionibus perpetua prohibitione damnantes". La glose précise "videtur quod in aliis usum sortis non reprobet... praeterea in multis casibus usum sortis admittimus quod autem dicitur sors non est aliquid mali, verum est considera in se : sed ex causa prohibetur ut dixi... propter dissentiones vero et lites dirimendas sors admittitur circa judicia ut dicunt praedictae leges, in quo casu protest intelligi capitulum illud, sors. Sed in electionibus licet ibi sit discordia non licet... Abbas (c'est-à-dire le Panormitain) sic.

Par contre la référence suivante, ff. de *iudi(cio)*, l. *Sed cum ambo*, est plus paradoxale. Elle concerne la situation où, dans un litige, plusieurs parents ont des droits similaires. Le problème est de savoir qui doit intenter l'action en premier lieu. Le digeste (Dig. 5.1.14) donne une règle apparemment ambiguë : *sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet*. La glose ajoute "sorte, per taxillos" avec plusieurs citations sur l'utilisation des loteries et des dés. En fait ce n'est pas le litige lui-même qui est ainsi réglé mais le choix du premier demandeur. Cette référence est évidemment destinée à un effet de surabondance dans le plaidoyer de Bridoye.

Au contraire la référence à Balde, Bartole et Alexander Tartagno soutient parfaitement son argumentation (Bal., Bart. et Alex., c. *communia*, de l. *Si duo*-(bus vel tribus hominibus). Cette loi très importante (Cod. 6.43.3) dispose "si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta... sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei indicem fortunam esse, et sortem inter altercantes adhibendam". La glose fait de nombreux rappels sur l'utilisation des loteries et ajoute que le magistrat doit concilier les

parties ou résoudre lui-même la difficulté. Il s'agit du problème de la détermination d'un droit qui peut être exercé par plusieurs personnes. La loi distingue entre le droit et le fait, ce dernier ne pouvant être établi par les dés. Balde loue avec enthousiasme le pouvoir et l'autorité du Sort dans des cas appropriés. Bartole montre jusqu'où va exactement la règle dans le texte et Alexander Tartagno cite des références à l'utilisation des loteries dans la procédure judiciaire.

26. Interrogé par Trinquamelle sur sa méthode de jugement, Bridoye annonce qu'il répondra très brièvement "selon l'enseignement de la l. Ampliorem, par. in refutatoriis, C. de appelle (tionibus) "qu'il cite très à propos puisque le texte concerne la nécessité d'être bref dans les actes d'appel (Cod. 7.62.39,1). Le titre emprunté à Bartole est "gaudent brevitare moderni". Cette référence est très convenable et suggère que Bridoye pourrait bien faire appel en même temps qu'elle est une attaque indirecte sur les méthodes des juristes pré-Alciati. En même temps Bridoye se retranche derrière les usages du palais, de la "judicature" et cite très à propos l'une des "extravagantes" c'est-à-dire l'un des règlements ou constitutions du pape Grégoire IX, de consuet(udine), c. ex literis, et ibi Innoc. La décrétale 1.4.1. contient la phrase "...mandamus quatenus donationes eorum quae obtentu consuetudinis claustris, ecclesiis vel quibus libet locis religionis pie conferuntur, vel etiam sunt collata, faciatis irrevocabiliter observari". La glose tirée du commentaire de Giovanni Andrea ajoute : "valet consuetudo per quam ecclesia acquirit dominium et possessionem rei sine solemnitate legali". Au sujet de la coutume la glose commente "aeque puniri debet transgressor laudabilis consuetudinis, sicut transgressor legis" et ajoute que "huius mosi donatio valerit, etiamsi consuetudino super hoc non esset". En pareil cas la possession peut être transférée sans appréhension ni acceptation physique véritable. Innocentius note (Apperatus preclarissimi iuris canonici illuminatoris, 1525, fol. 14v.) "saepe enim possessor habet plurimum iuris" et d'une manière générale "ecclesia habet privilegium quod res sibi legata vel vendita vel donata competit sibi rei ven. Le point est développé par Tiraqueau de façon frappante (72).

Ces références jouent dans la défense de Bridoye un rôle particulier puisqu'elles soutiennent son argutie de façon détournée en montrant qu'une coutume même ridicule doit être suivie et surtout elles permettent à Rabelais d'attaquer les dispositions ecclésiastiques qui mettent de côté la loi générale en faveur de la coutume qui doit prévaloir pour une cause pieuse, cette dernière règle étant elle-même écartée si l'église risque d'y perdre.

27. Bridoye fait ensuite un excellent résumé de toute la procédure, des actes "et aultres telles dragées et espisseries d'une part et d'aultre, comme doit faire le bon juge, selon qu'en a no. Spe(culator) (73), de ordinario (74), par. iii." Ce paragraphe intitulé "iudicis ordinarii officium quid sit" est un résumé des devoirs du juge.

En premier lieu "debet enim cuncta diligenter inquirere et rerum ordinem plana inquisitione discutere" (lieu commun repris littéralement au Décret, I, 30, 5, rubrique Iudicantem) ce qui soutient l'argumentation de Bridoye qui a systématiquement examiné "tous les actes de procédure". Puis on trouve "dilationes prout expedire viderit, moderari", ce qui tend à couper court aux échanges d'actes, et finalement (inter alia) gratis et sine expensis ius reddere, in correctionibus et poenis misericordiam adhibere". Ce dernier point est évidemment un contre sens dans l'argumentation de Bridoye. Cependant l'accusé en profite pour souligner les devoirs d'honnêteté des magistrats et pour demander implicitement grâce.

28. Bridoye poursuit son argumentation référenciée à propos des devoirs du juge : il cite "de rescripti praesentatione), par. 1. "Le juge en effet doit examiner les rescripts avec beaucoup d'attention car ils pourraient être sans valeur en raison d'erreurs appartenant à sept catégories. Le devoir du juge, dit le décret "ipsum legat et totum tenorem, et bullam et chartam, et stylum, et filum inspiciat diligenter... quia indicantem oportet cuncta rimari, et rerum ordinem plana inquisitione discutere". Bridoye en profite pour faire ainsi une attaque contre le système judiciaire en raison des fraudes pratiquées souvent par les notaires notamment en soulignant que les documents utilisés sont des pièges destinés au non initié.

Le juge explique ensuite qu'après avoir entassé les pièces de procédure émanant du défendeur, il jette les dés à son sujet, ce que Bridoye appelle "luy livre(r) chause" ff de (div.) reg(ulis) jur(is), l. Favorabiliores. Le texte cité du Digeste (Dig. 50.17.125) montre que la loi doit toujours pencher en faveur de l'accusé lorsqu'il y a le moindre doute. La glose insiste sur trois points : in dubio absolvitur reus ; in pari causa turpitudinis absolvitur reus ; plures dantur dilationes reo : les citations sont bien exactes mais les deux dernières sont faites à titre de paradoxe. Seule la première soutient l'argumentation du juge. Elle signifie "s'il y a le moindre doute dans l'esprit de la Cour, je dois être acquitté". Montanus nous dit à ce sujet qu'un condamné qui est encore vivant après la pendaison doit être libéré d'après cette maxime surtout

s'il nie sa culpabilité. Bridoye en rajoute à titre de paradoxe par la référence suivante, (Sext. de reg(ulis) jur(is) c. Cum sunt. La règle Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori (Sext. V, de reg. iur. 11 ; SD fo. 130) signifie surtout que le bénéfice du doute est en faveur de l'accusé ; la charge de la preuve de la culpabilité pèse sur le demandeur sauf dans les cas de mariage, testament, dot, etc. Bridoye dit ainsi clairement "Si l'accusation n'est pas établie je dois être acquitté". Il demande du reste à nouveau l'indulgence de ses juges en invoquant la règle ff. de his qui sunt sui vel alien(i) jur(is), l. i. par. Videamus. Bartole à la fin de cette section déclare en effet qu'un juge doit être déplacé en cas d'excessive sévérité.

29. La plupart des autres citations fournies par l'argumentation de Bridoye dans ce chapitre vont permettre à Rabelais de montrer de manière implicite l'importance des considérations financières dans le procès civil.

Ainsi la référence ff de (diversis) reg(ulis) jur(is), l. Semper in obscuris quod minimum est sequimur (Dig. 50.17.30). concerne l'argent, le prix du contrat. Il faut rechercher de ce point de vue le sens le plus probable du contrat et à défaut de meilleure indication, dit Accurse, le défendeur doit payer le minimum. De même "la loy versale versifiée q. eod. tit. Semper in obscuris quod minimum est sequimur, canonisée in c. in obscuris, cod. tit. lib. vj. dont la glose est conforme aux textes précédents du digeste : in dubio non compelluntur solvere vota ad maximam sed ad minimam mensuram... in obscuris non statim inspicimus quod est minimum immo consuevit fieri... in quantitabus autem inspicimus quod est minimum. Il s'agit des querelles comiques cherchées par ceux qui ont fait le serment de donner de l'argent pour Dieu ou les saints et qui contestent la somme qu'ils ont promises.

De même la glose qui prior est tempore, potior est jure (ff qui po(tiores) in pign(ore vel hypotheca), l. Potior (Dig. 20.4. 11) qui donne premier rang à celui qui a prêté l'argent et constitué le gage le premier mais qui fait aussi allusion aux candidats à un bénéfice ecclésiastique qui s'empressaient de prendre date pour bénéficier de cet axiome. La référence suivante (ff. qui po(tiores), l. Creditor (Dig. 20.4.12) (creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam..." a également trait au droit de priorité en matière de sureté : elle est basée non pas sur la date du prêt mais sur celle de l'hypothèque. C'est encore là l'idée suggérée par Rabelais que les considérations monétaires ne sont pas sans influence sur les droits des plaideurs devant la cour.

La dernière référence de ce chapitre est également une subtile insinuation que la cour favorise moins ceux qui promettent des épices que ceux qui les donnent vraiment en temps opportun. La règle citée (de reg(ulis) jur(is) in vi, c. Qui prior est tempore potior est jure (Sext. 5, de reg.iur. 54) concerne les dons et les ventes. La possession donne à la seconde convention un meilleur titre.

30. Une étude sans doute plus fastidieuse encore permettrait de relever une méthode identique dans les chapitres postérieurs. Du reste, toutes les fois que Rabelais singe la pratique judiciaire, il utilise la même méthode des citations et le fait de la triple manière indiquée plus haut. Ceci montre assez que ces passages qui ont trait à la matière juridique ne sont pas destinés à un public vulgaire mais bien au contraire au petit groupe d'initiés dont Rabelais rappelle toujours de manière implicite qu'il est membre. Il reste ainsi dans la grande tradition de la satire du monde des juristes qui est née et s'est développée de l'intérieur grâce notamment aux soties de la basoche.

Il reste que ces plaisanteries se rattachent toujours à un fond sérieux de problèmes de base. C'est dans le même esprit que Rabelais développe sa critique de l'organisation judiciaire et de la procédure.

II - L'organisation judiciaire et la procédure.

32. Rabelais ne se départit jamais en effet de ses préoccupations de juriste. Il suit de très près les réformes royales relatives notamment à l'organisation judiciaire et fait de son oeuvre, sous certains aspects, un instrument de propagande. Ceci explique certaines ambiguïtés dans les critiques qu'il adresse au parlement ou aux juges seigneuriaux.

Il est certain que dans l'invective de Pantagruel (75) Rabelais s'est privé d'une satire facile des moeurs procédurales de son temps. Il préfère une critique plus profonde et plus appréciable pour les humanistes et les légistes. Cependant si ce lieu commun traditionnel de la satire qui concerne les "subversions de droit, tromperies, cautèles diaboliques de Cepola" (76) reste secondaire dans le procès Baisecul contre Humevesne, il y est exploité à des fins comiques. Pantagruel décide de laisser de côté "toutes les fatrasseries de papier et copies, les sacs et pantarques" et le juge Du Douhet soutient son opinion estimant que "ces registres, enquêtes, répliques, duplicques, reproches, salvations et autres telles diableries (sont) subversion de droit et allongement de procès". Partant

tout le fatras de "babouineries", tous "les papiers sont brûlés et les deux gentilshommes personnellement convoqués". Dès lors la caricature de la procédure tourne court puisque le procès se déroule en dehors des formes ordinaires de la justice.

Dans le procès du juge Bridoye au contraire Rabelais ironise de manière indirecte sur les cautelles et les lenteurs de la procédure dont Bridoye fait l'éloge en guise de défense.

33. Il est certain que l'esprit de chicane est au XVI^{ème} siècle d'une grande importance. La multiplicité des juridictions seigneuriales et royales, la complexité du régime de la propriété, le profit que les gens de justice tiraient du nombre et de la longueur des procès avaient développé cet esprit et l'habitude de plaider. Le gouvernement royal s'en plaint apparemment quoiqu'il ait intérêt à multiplier les offices vénaux de judicature et à maintenir les frais de justice, "droits du roi" qui alimentent assez bien le trésor. Dans les considérants de l'Edit d'érection des présidiaux de 1551, Henri II se plaint de cette maladie processive "qui a prins un si grand cours par tous les endroits du royaume que l'une (partie) refuse à tous propos faire raison à l'autre s'il n'y est contraint par justice. Et encore pour fuyr et dilayer, ne craignant d'appeler pour quelque matière que ce soit jusques en nos cours souveraines" (77).

Les oeuvres littéraires de l'époque abondent de ces termes de chicane. Il n'y avait "journal de terre en France", dit Noël du Fail, quine fut "plaidé et mis en controverse une fois l'an" (78). Dans son *Gargantua*, Rabelais nous dépeint les bonnes gens du chinonais étendus dans la saulaie de Seully et "bauffrant" les "gaudebillaux" de Grangousier en plaisantant sur les "reliefs d'appel", les "compulsoires", les "insinuatoires", les formules "de exhiber" et autres locutions du palais (79).

34. En réalité les critiques ou la caricature que fait Rabelais au sujet de la procédure, de l'organisation judiciaire ou des moeurs palatines présentent une certaine ambiguïté. Celle-ci est d'une double nature. D'une part Rabelais se gausse de la procédure mais il le fait en juriste qui la respecte. D'autre part il s'apitoie sur les petits seigneurs qui font l'objet de procédures interminables mais en même temps il manifeste sa faveur pour une amputation des pouvoirs seigneuriaux en matière judiciaire.

La première ambiguïté est facile à résoudre. Certes Rabelais estime que la procédure est souvent une manière de tourner le droit selon les conseils de Cépola et d'allonger les procès. "La misère est compagne de Procès" (80) et "gens plaidoyens misérables car plus tost ont fini leur vie que

de leur droit prétendu" (81). Il estime que les deux réformes essentielles en matière de justice ont trait à l'abrègement et à la simplification de la procédure, à la rénovation de textes embarrassés par les gloses médiévales. Mais cette critique n'a rien de pamphlétaire. Rabelais connaît à la fois les plaideurs peu dignes d'intérêt et les légistes attachés aux garanties que les formes judiciaires apportent aux parties. Son jugement est celui d'un légiste qui manie les thèses et les paradoxes. C'est dans cette mesure notamment que l'attribution à Rabelais du cinquième livre a pu être contestée. La violence pamphlétaire qui s'y trouve contre les parlements ou les auxiliaires de justice sans argumentation ou allégation juridique précise a pu sembler confirmer ce point de vue (82).

35. La seconde ambigüité se manifeste notamment dans l'épisode des chicanous. Rabelais y fustige l'esprit processif "des moines, prebstres, usuriers ou advocats" (83). Il ne fait aucune place à la noblesse tout aussi chicanière que les gens de finance ou de "pratique". Il plaint au contraire les pauvres gentilshommes harcelés par les chicanous et se fait l'écho d'une réaction aristocratique contre le privilège que la justice du roi accordait au manant en lui permettant d'importuner les "chevalereux" gentilshommes. Mais peu après Rabelais lance contre la justice de ces mêmes seigneurs une cinglante apostrophe. C'est que les convictions de juriste et de romaniste de Rabelais l'emportent sur sa prédilection pour la noblesse rurale et coïncident avec l'une des réformes essentielles de l'époque qui prive cette noblesse d'un de ses droits les plus anciens.

C'est sous ce double aspect réformiste que se manifesta l'opinion de Rabelais en ce qui concerne l'organisation judiciaire et la procédure. L'épisode des chicanous et celui des chats-fourrez lui fournissent l'occasion de prêter sa plume à certaines réformes essentielles de son époque. Le procès du juge Bridoye lui permet en outre de décrire avec une extrême précision le déroulement du procès civil et d'en faire la caricature.

36. A) : On se rappelle que le parlement, avec sa grand' chambre, ses chambres d'enquête, sa chambre des requêtes, sa chambre criminelle, sa chambre des vacations et ses commissions ou grands jours était avant tout une cour de justice souveraine. Mais ses attributions s'étendaient bien au-delà de l'ordre judiciaire. Il pénétrait dans le domaine législatif par ses arrêts de règlement et dans le domaine politique par son droit d'enregistrement. Il avait la charge et le domaine religieux de défendre contre le clergé les intérêts de l'état

et de poursuivre le blasphème, la sorcellerie et l'hérésie. Il exerçait en outre une puissance administrative mal définie mais très large et très variée, délivrant les brevets de librairie et les permis d'imprimer, surveillant la presse, condamnant les livres dangereux, exerçant ainsi un droit de censure préventive.

Rabelais fut lui-même plus d'une fois en péril. Dès la parution, Pantagruel encourut les censures de la Sorbonne (84). De plus, la publication du Tiers livre et du Quart livre fut entravée malgré les privilèges royaux. François Ier, n'y voyant rien de répréhensible maintint son privilège. Rabelais s'en vante dans le prologue du Quart livre qui n'en fut pas moins condamné (85). Mais il perdit ses protections à la mort du roi en 1547 et dut se réfugier à Metz. Il sauva sa vie et sa liberté à force de prudence mais il fut durement touché dans la personne de ses amis : Clément Marot dut finir ses jours en exil, Bonaventure Despériers se percer d'une épée, Etienne Dolet fut torturé, étranglé et brûlé pour avoir traduit un passage de l'Axiochus de Platon où Socrate dit à son interlocuteur, parlant de ce qui arrive après la mort, "Tu ne seras plus", par "Tu ne seras plus rien du tout". Ces épisodes tragiques expliquent que l'invective de Rabelais contre le parlement, acerbe mais prudente au Tiers livre, se fasse d'une violence extrême au cinquième livre.

37. Le jugement qu'il porte sur le parlement apparaît au Tiers livre dans l'épisode du juge Bridoye. On se souvient que ce dernier comparait devant le parlement de Myrelingues. Abel Lefranc a démontré (86) qu'il s'agissait du parlement de Paris et de "ceux qui de croict y respondent", c'est-à-dire ses magistrats. Lorsque Pantagruel raconte à ses compagnons comment s'est déroulée cette instance, il conclut : "Je ne voudrois penser ne dire, aussi certes ne croy-je, tant anormale estre l'iniquité et corruptèle tant évidente de ceulx qui de droict respondent en icelluy parlement Myrelinguois en Myrelingue, qui pirement ne seroit procès décidé par ject de dez, advint ce qui pourroit, qu'il est passant par leurs mains pleines de sang et de perverse affection. Attendu mesmement que tout leur directoire en judicature usuale a esté baillé par un Tribunian (87), homme mescréant, infidèle, barbare, tant maling, tant pervers, tant avare et inique, qu'il vendoit les loix, les edictz, les rescriptz, les constitutions et ordonnances en purs deniers à la partie la plus offrante. Et ainsi leur a taillé leur morseaulx par ces petits boutz et eschantillons les loix qu'ils ont en usage, le reste supprimant et abolissant, qu'il faisoit pour la loy totale, de paour que,

la loy entière restante et des livres des antiques jurisconsultes veuz sus l'exposition des douze tables et edictz des praeteurs, feust du monde apertement sa meschanceté congneue. Pourtant seroit-ce souvent meilleur (c'est-à-dire moins de mal en adviendroit) es parties controverses marcher sur chausse-trapes que de son droict soy déporter en leurs risponses et jugemens, comme soubhaitait Caton de son temps et conseilloit que la court judiciaire feust de chausse-trapes pavée" (88).

A la date où Rabelais rédige ce texte il n'a pas eu encore à subir les sentences du parlement. Il en fera une satire beaucoup plus violente au cinquième livre (89). Pour l'heure, il rappelle sans doute que les rapports de François Ier et du parlement n'ont pas toujours été cordiaux et il est surtout influencé probablement par le procès du chancelier Poyet arrêté le 2 août 1542 et condamné le 23 avril 1545 à une forte amende et à la privation de son office. Du reste sa chute fut "accueillie avec une grande joie parmi le peuple" (90) et la sentence modérée prononcée contre lui irrita le roi qui déclara que "la peine n'estoit condigne aux crimes et délits dont Poyet estoit convaincu et qu'il avoit oui dire que ung chancelier perdant son office devoit perdre la vie" (91).

Or Pantagruel reproche aux parlementaires "leurs mains pleines de sang et de perverses affections". Ce sont précisément les accusations qui pesaient contre Poyet dont la rigueur vis-à-vis des hérétiques est bien connue (92). De plus le ministère public soutenu par le roi accusait le chancelier d'avoir trafiqué des arrêts de justice, annulant par exemple pour dix mille écus un arrêt du parlement de Toulouse, d'avoir vendu des charges à son profit, substitué ses propres arrêts à ceux des juges, bref, d'avoir "vendu les loix... en purs deniers à la partie la plus offrande".

Rabelais a certainement suivi ce procès. C'est son ami François Erraut qui fut chargé de l'instruire avec François Olivier, futur chancelier, et qui eut, comme garde des sceaux, à désigner les membres de la commission extraordinaire qui, par dérogation à tous les précédents, (le chancelier devait comparaître devant les chambres du parlement assemblées) fut chargé de le juger. Il lui refusa du reste l'assistance d'un avocat en vertu de l'ordonnance de Villers-Cotterets que Poyet lui-même avait mise en oeuvre, répondant à ses protestations par cette phrase : "Patere legem quam ipse tulisti".

Rabelais avait d'autres raisons de s'intéresser au procès. Marguerite d'Angoulême à qui le Tiers livre est dédié passait

pour être particulièrement hostile à Poyet et l'on rapporte que la chute du chancelier fut précisément provoquée par les propos qu'il aurait tenus sur l'ingérence des femmes dans les affaires de l'état à l'occasion d'un différent qu'il avait avec la Duchesse d'Etampes (93). Du reste la connivence entre Rabelais et le ministre du roi se fait sentir lorsque Pantagruel déclare "Pourtant seroit-ce souvent meilleur...es parties controverses marcher sur chausse-trapes... comme souhaitait Caton de son temps...". En effet trois ans plus tard lorsqu'Henri II vint rendre visite pour la première fois au parlement de Paris, le chancelier Olivier qui avait instruit l'affaire Poyet déclarait aux magistrats : "Prenez garde que les loix et ordonnances du Roi ne soient point comme tissus d'araignée où il n'y a que les mouches qui soient prises (94)... Gardez que d'un arrest ne naissent plus de procès que auparavant et qu'au lieu d'en sortir les parties ne se retrouvent en plus grand travail et despenses que auparavant ce qui est advenu souvent et dont maintes bonnes maisons sont ruinées. Il n'y a rien qui tant fasse mésestimer la justice et les ministres : pour ceste même cause, Caton, qui fut surnommé Censorius, homme grave et de grande autorité, si comme on délibérait au Sénat de faire orner magnifiquement les cours et auditoires de Rome et construire des galeries pour tenir à couvert les parties, il fut d'opinion qu'on devoit paver de chausse-trapes toutes les cours et auditoires afin que nul n'en approchât, non plus que d'un dangereux rocher (95). Il est très probable que François Olivier, ancien chancelier de la reine de Navarre, ait connu le texte de Rabelais tout à fait parallèle et en fut imprégné à cette occasion au point de reprendre les mêmes images.

38. La critique de Rabelais contre le parlement, au Cinquième livre, est d'une violence plus singulière. C'est le fameux épisode des chatz-fourrez (96). La satire y est si virulente qu'on a pu douter qu'elle fut réellement de Rabelais et y voir la main de Henri Etienne. Les juges nous sont présentés comme "les chatz-fourrez bestes moult horribles et espouvantables : ils mangent des petits enfants et paissent sur des pierres de marbre (97)... Ils ont le poil hors de la peau non hors sortant mais au dedans caché et portent pour leur simbolle et divise tous et chacun d'eux une gibessière ouverte mais non tous en une manière, car aucuns la portent attachée au col en escharpe ; autres sus le cul, autres sus la bedaine, autres sus le côté, et le tout par raison et misères. Ont aussi les griffes tant longues, fortes et assérées, que rien ne leur eschappe depuis qu'une fois l'ont mise entre leurs serres.

Et se couvrent les testes, aucuns de bonnets à quatre gouttières ou brayettes, autres de bonnets à trefves de cul, autres de mortiers, autres de caparassons mortiffiés" (98).

Les compagnons de Pantagruel sont prévenus à l'entrée de la "tapaudière" des juges des dangers qu'ils encourent. "Premieux, dit-il, règne la sexte essence". C'est la critique déjà rencontrée dans l'épisode du juge Bridoye qui a trait aux complications et aux subtilités incompréhensibles de la procédure et du droit. Les alchimistes peuvent atteindre la quinte essence, dernier degré d'analyse, les juges, eux, vont jusqu'à la sexte. Grâce à elle, "ils griffent tout, dévorent tout et conchient tout. Ils pendent, brulent, escartellent, décapitent, meurdrirent, emprisonnent, mynent et ruynent tous sans discrétion de bien ou de mal. Car parmy eulx vice est vertu appelée ; meschanceté est boné surnommée ; trahison a nom féaulté ; larrecin est dicte libéralité ; pillerie est leur devise et, par eulx faicte, est trouvée bonne de tous humains ; et le tout font avecques souveraine et irréfragables autorité" (99).

La justice qu'ils administrent est représentée dans la grand'salle par "l'image d'une vieille femme tenant en main dextre un fourreau de faucille, en senestre une ballance, et portaint besicles au nez. Les coupes de ballance estoient deux vieilles gibessières veloutées, l'une pleine de billon et pendente, l'autre vuide et loing enlevée au-dessus du tresbuchet" (100)/.

Panurge veut fuir mais il est arrêté et la petite troupe est conduite devant Grippeminault. Les protestations d'innocence sont des raisons de plus pour les soumettre à la question. Grippeminault propose une énigme à ses victimes. C'est ce qui arrive chaque fois qu'un malheureux est interrogé sur des faits qu'il ignore. Il peut arguer de son ignorance, la torture lui fera dire ce qu'on veut. L'allégation d'innocence n'est pas "chose digne d'eschapper (aux) tortures" (101). En effet, comme l'exprime le premier président Grippeminault, "nos loix sont comme toilles d'araignes (102)... les petits mouscherons et petits papillons y sont prins, les gros taons les rompent et passent à travers... Semblablement nous ne cherchons les gros larrons et tyrans... ils sont de trop dure digestion... ils nous affolleroyent... Vous aultres gentils innocens... le grand diable... vous chantera messe" (103).

Frère Jean a beau protester en invoquant la vérité, il ne fait qu'envenimer le cas. Les juges ne sont pas "les ocieux veneurs et inquisiteurs de vérité... (Ils ont) ...autre chose à faire". Grâce à leurs méthodes "on respond ...categorictement de ce qu'on ignore... On confesse avoir faict... ce qu'on

ne fait oncques... On proteste scavoir ce que jamais on n'ap-
print" (104).

39. Il est vrai que l'Europe entière était dans ces principes. L'Angleterre seule y faisait exception et Barbaro vante en 1551 la procédure du jury "manière de rendre la justice en matière criminelle (qui) paraît loyale et pleine de garanties pour les Anglais car ils soutiennent que la torture est une mauvaise chose comme étant toute de violence et de contrainte et faisant avouer souvent au supplicié non seulement ce qu'il n'a point commis mais même ce qu'il n'a point songé à commettre... Les Anglais en effet sont de cet avis "qu'il est plus juste de libérer un malfaiteur que de condamner un innocent".

Le seul moyen de se tirer d'affaire sera pour Panurge et ses compagnons de jeter "au meillieu du parquet une grosse bourse monsieur pleine d'escuz au soleil "... Ce sont les especes", s'écrient les Chatz-fourrez !. Le procès fut bien bon, bien friand et bien espicé "... Ces drogues là sont appelées "corruption" (105) car les juges, dit frère Jean, de corruption vivent" (105).

40. Il est bien vrai d'ailleurs que dès 1483 Charles VIII dans son ordonnance sur le fait de justice fut obligé de prendre contre la vénalité des juges une série de précautions qui témoignent de l'étendue du mal. "Les procès seront distribués par les présidents. Ils ne seront pas confiés à ceux des conseillers qui auront pourchassé et prié pour les avoir ni à aucun des conseillers qui seraient suspects et ayant regard à pays dont sont les procès. Les conseillers ne doivent prendre indirectement ni directement aucune chose des parties. Les parties qui feront don aux conseillers seront punies grièvement. Les avocats, procureurs et sollicitateurs des parties jurent de ne rien bailler aux commissaires. Les conseillers allant en commission ne prendront aucun don corromptable des parties, ne se feront défrayer de leur dépense et ne prendront pour un même voyage et en même temps qu'un salaire".

Ces mesures furent impuissantes et Michel de l'Hospital en 1561 dans son ordonnance d'Orléans les renouvelle sans plus d'effet.

Cette satire de Rabelais contre le parlement, prudente au Tiers livre, particulièrement virulente dans le livre posthume, suit de très près les efforts du pouvoir royal pour réformer la justice. Cette satire est très claire et très directe. Elle correspond totalement aux idées que Rabelais exprime sur la justice sans ambiguïtés. Par contre la critique qu'il adresse aux juridictions seigneuriales peut surprendre.

41. En effet lorsqu'il consacre au Quart livre quatre chapitres au Prieur de Saint Laurent aux chicanous, son invective ne s'adresse pas seulement aux auxiliaires de justice mais, de manière indirecte, aux justices seigneuriales. Or il semblait au contraire que la sympathie de Rabelais allât précisément à ces pauvres gentilshommes offensés et opprimés par les chicanous. Pourtant Epistémon souligne "l'énorme concussion que voyons huy entre ces juges pédanées sous l'orme" (106).

Les juges pédanées sont "les juges de village qui ne relèvent point du roi et qui ne ressortissent pas aux justices royales ; selon leur vray pouvoir ils se rapportent presque entièrement aux juges pédanées du droit romain : quaedam sunt negotia (dit la loy dernière C. de pedan. jud.) in quibus superfluum est moderatorem exspectare Provinciae, ideoque pedaneos judices (hoc est qui negotia humiliora disceptant) constituendi damus Praesidibus potestatem et, pour ce que leur pouvoir estoit au commencement limité ad quinquaginta solidos, L.J. Cod. de Defens. civitat.) les anciens praticiens, n'entendans pas bien la signification du mot solidus, ont limité aussi les basses justices à soixante sols" (107)... "Aussi les juges pédanées n'estoient selon le droit ni magistrats ni officiers mais simples commissaires et juges délégués par les magistrats... et au lieu que les magistrats jugeoient pro tribunali, ceux-cy de lano seu plano pede judicabant et inde dicti sunt pedanei a Graecis "Χαίρῃ δὲ δὲ κῶ ὀχλ", idest humi judicantes, ainsi qu'en France nous les appelons juges sous l'orme" (108).

42. La critique de Rabelais en 1552 a donc trait essentiellement à la justice seigneuriale. Cela manifeste une certaine ambiguïté. De l'ensemble du récit il se dégage que le Prieur de Saint Louand agit non pas en juge mais en demandeur même si c'est devant son propre tribunal qu'il assigne Baché. L'invective contre les juges pédanées ne peut donc pas s'appliquer à lui. C'est l'officier qu'il a désigné pour cette tâche qui peut être nommé "juge sous l'orme" et accusé de concussion. Rabelais dans ce chapitre semble attaquer les huissiers dont il fustige certaines pratiques et qu'il appelle "chicanous", puis il semble les excuser en rattachant les misères de la justice à l'esprit de chicane du clergé, des gens de négoce et des praticiens. Puis il semble abandonner ces coupables pour s'en prendre aux seuls juges pédanées dont il n'a parlé à aucun moment de son récit. Cette équivoque peut cependant être résolue.

Il est certain que Rabelais appartient à ce milieu par son père, avocat estimé. Dans une certaine mesure, il se fait l'écho de cette petite noblesse retournée souvent à la culture directe de la terre, de ces petits seigneurs qui retombent au rang de manants alors que d'autres accèdent à la noblesse par l'achat de fiefs ou d'offices ou l'exercice de charges privilégiées (109). Noël du Fail, se plaignant de cela l'impute aux abus de la chicane : "... de là, dit-il, est survenue la désolation aux bonnes maisons, la ruine des anciennes races et familles, pour avoir esté contraint les pauvres plaideurs, après y avoir employé et mangé leur substance, marier leurs enfants avec telles sangsues, faisant par là une infinie confusion d'ordres, bigarrure de conditions et qualitez, marians et assemblans l'espervier avec la huppe, la colombe avec le milan et en conséquence une telle difformité en ce royaume que tout s'en irait dessus dessous qui n'y mette ordre..."

Rabelais ne cache pas ses préférences pour ces gentils-hommes campagnards qui n'ont d'autre ambition que de régir leur terre avec bonhomie... C'est à cette classe qu'appartiennent ses héros de prédilection, Grandgousier, Gargantua, Baché, plutôt qu'à ces fameux "genspillehommes" (111), les Du Bellay, les Chastillon, les Montmorency. Du Fail décrit l'effet psychologique de l'esprit de chicane chez ces petits seigneurs : "estant une fois adjourné, dit Eutrapel, vingt et quatre heures après, il fut toujours en fiebvre et eust voulu estre au ventre d'une chèvre tant il appréhendait les fumées de justice et ayeroit beaucoup mieux faire raison à celui qui lui demanderoit injustement quelque chose à beaux coups d'épée comme l'on faisait jadis presqu'en toute l'europe" (112).

Rabelais ne condamne donc pas l'attitude du seigneur de Baché qui fait rosser les chicanous. Cependant il appartient lui-même au monde judiciaire et au moment où il écrit le Quart livre ses fonctions de médecin en Piémont auprès de Guillaume de Bellay ne l'empêchent pas de se mêler à la fois de politique et de haute administration (113). Une grande coïncidence d'esprit se manifeste ainsi entre Rabelais et la politique de réforme entreprise par le Roi.

43. C'est en effet une des grandes aspirations du XVIème siècle que cette réforme de la justice entreprise par François Ier et Henri II. "La vraye et solide gloire du Roy, dit Olivier, est soumettre sa hauteur et majesté à justice. Dieu même ne promet point chose qui ne soit équitable et droiturière et ne se retiendroit plus le nom de Dieu qu'il faisoit autrement, partant ne peuvent les rois faire chose plus haute, plus royale

et plus divine, outrepassant les vertus communes, que de se conformer à Dieu le plus qu'ils peuvent au fait de ladite administration de la justice" (124).

Ainsi de 1535 à 1547 on ne compte pas moins de quatorze grandes ordonnances ou édits sur le fait de justice et notamment l'ordonnance de Villiers-Cotterets surnommé la Guillemine dont l'influence fut si profonde. Ces textes tendent à deux fins, "améliorer le personnel de la magistrature, rendre la justice plus expéditive" (115). Le préambule de l'édit d'érection des sièges présidiaux dans toute l'étendue du royaume de 1552 qui est la conclusion de cette oeuvre expose les intentions du pouvoir : "Savoir faisons à tous présens et advenir que nous, considérans le grand soin et diligence dont nos prédécesseurs, roys de très honeste mémoire, ont usé, et nous consécutivement depuis nostre advènement à la couronne, pour l'établissement, ordre et conduite de la justice, et pour la faire promptement administrer à nos sujets, ayons sur ce fait plusieurs ordonnances bonnes, utiles et nécessaires, pour l'abréviation des procez sans ce que jusques icy l'on en ait pu tirer le fruict que nosdicts prédécesseurs et nous en avons espéré. Mais au contraire par la même foy des parties, et souvent pour l'excessif gain et profit qu'en tirent les ministres et supposts de la justice, par les mains desquels il faut passer, les dites ordonnances, quelques bonnes qu'elles soient, semblent quasi avoir produit et donné moyen de plus grande longueur ausdits procez, pour les subtilitez et involutions que l'on a exquis et trouvé à prolonger l'expédition d'iceux et pervertir l'ordre et formalité de la justice : de sorte que la pluspart de nos sujets, delaissans et abandonnans leur ferme et manière de vivre avec leurs arts, industrie et tous autres vertueux et notables exercices ausquels ils sont appelez, employent le temps de leur vie à la poursuite d'un procez, sans en pouvoir voir la fin et consacrent leurs meilleurs ans, avec leurs biens et facultez et substances, en chose si serve et illibérale qu'est ceste occupation, comme chacun scait".

"Davantage, venant à noter que nos cours souveraines ont esté principalement establies pour juger de grandes matières dont y aurait appel interjecté, et qu'en autres moindres l'on acquiescoit communément aus jugemens des premiers juges, sans en provoquer ni appeler : chose qui démontre assez que l'usage du plaider n'estoit si commun ni fréquent qu'il est de présent et usoient nosdits sujets les uns avec les autres de meilleure foy ne craignans moins d'encourir le nom de plaideurs et estre tenus et estimés pour tels que d'estre accusez et atteints de crime notoire ; et tout au

contraire nosdits sujets font si grande coutume de plaider que universellement ils se détruisent, de manière que c'est une maladie qui a prins un si grand cours par tous les endroits de notre royaume que l'un refuse à tout propos faire raison à l'autre s'il n'y est contraint par justice...".

Précisément Rabelais se fait le porte parole de la politique royale en matière de justice. Lorsqu'il rédige le Tiers livre, son ami François Erraut compose l'édit d'Arques de 1544. Lorsque paraît l'édit de Moulins en 1546, Rabelais écrit le Quart livre. Lorsqu'il en compose l'épître liminaire au cardinal de Chastillon en 1552, le garde des sceaux Bertrand termine l'édit sur l'érection des sièges présidiaux. Et c'est là le sens qu'il faut sans doute donner à cette invective nouvelle et détournée à propos des juges pédanées.

44. Rabelais met ainsi son art du comique au service des grands desseins de la politique royale. Il reste qu'il perd rarement l'occasion d'utiliser des termes juridiques et notamment de procédure afin de faire rire à la fois le public commun et le lecteur averti. De la sorte il décrit parfaitement le déroulement du procès civil au XVIème siècle.

B) : Les termes de chicane sont utilisés, comme souvent, dans un but de caricature et de moquerie mais ils le sont par un juriste. Ainsi chacun des actes principaux de la procédure civile peut être relevé et expliqué d'après les cinq livres de Rabelais.

Au XVIème siècle, comme nous l'avons déjà souligné, un véritable dégoût est manifesté par certains auteurs contre les "puants vocables" du palais de justice. Agripa d'Aubigné ne peint-il pas l'engeance "babillarde" de "formalité" fuyant effarée à l'approche de Thémis triomphante (116) ?

45. L'oeuvre de Rabelais foisonne donc de plaisanteries sur les "reliefs d'appel", les "compulsoires", les "insinuations" et "autres formules de exhiber" (117). Ainsi lorsqu'au livre II (118), Pantagruel est chargé de trancher le différent des deux seigneurs, il préfère d'abord jeter au feu tous les sacs (119) et pièces de procédure. Et lorsque Bridoye démontre que sa manière de régler les litiges à l'aide des dés est conforme à "l'usage de judicature" il décrit avec une grande précision les différentes phases du procès : "ayant bien veu, reveu, leu, releu, paperassé et feulleté les complainctes, adjournements, comparitions, commissions, informations, avant-procédez, productions, allégations, interdictz, contredictz, requestes, enquestes, répliques, dupliques, tripliques, escritures, reproches, griefs, salvations, recollements, confrontations, acarations, libelles, apostoles, lettres royaulx, compulsoires, déclinatoires,

anticipatoires, évocations, envoyz, renvoyz, conclusions, fins de non procéder, apoinctements, reliefs, confessions, exploictz et autres telles dragées et espisseries... je pose sur le bout de table en mon cabinet tous les sacs du défenseur et luy livre chanse premièrement" (120).

Chacun de ces termes de procédure utilisé par Rabelais dans un but de caricature et de moquerie l'est en même temps à bon escient et nous montre les différentes phases du procès civil : l'introduction de l'instance, l'instruction et les défenses, les incidents de la cause, le jugement enfin et ses suites (121).

46. En première instance devant une juridiction le premier acte de procédure est bien la complainte du demandeur ou complainant. Ainsi au Cinquième livre (122), Rabelais nous décrit "une vieille hostesse (qui) voyant frère Jean en terre lui faisoit grande complaincte, présent un sarrargent (123), gendre d'un des chatz-fourrez et deux recors de tesmoings". La complainte est suivie ou accompagnée d'un adjournement. Il s'agit de la signification d'une citation devant telle ou telle juridiction par voie d'huissier. C'est ainsi que Janotus de Bragmardo fait adjourner les théologiens de Sorbonne qui veulent le frustrer du drap promis en récompense de sa harangue à Gargantua. De même le juge Bridoye se voit adjourné par un huissier du parlement Myrelinguois en Myrelingue "pour personnellement comparoistre" (124).

47. A cet égard l'épisode des chicanous au Quart livre décrit et ridiculise la méthode dont les huissiers "adjournoient" le défendeur (125). Il s'agit sans doute ici de l'un des épisodes les plus importants de la réalité juridique chez Rabelais sous un double aspect : miroir fidèle de la réalité judiciaire du temps et dénaturation de celle-ci.

Dans cet épisode le premier chicanou, c'est-à-dire le premier huissier adressé par le prier de Saint Louant est "reconnu à ses gros et gras ouseaulx, à sa meschante jument, à un sac de toile plein d'informations attaché à sa ceinture". Sur un prétexte (126), l'huissier est roué de coups. Le demandeur envoie alors un second huissier qui subit le même sort puis un troisième accompagné "pour sa sécurité" de "deux records", c'est-à-dire d'officiers subalternes de justice destinés à servir de témoins et à prêter main forte à l'huissier. Sur le dessert, Chiquanous se lève de table, praesens et ayans les records, cite Baché : Baché gracieusement lui demande copie de la commission. Elle estoit jà preste. Il prend acte de son exploit". La signification d'adjournement a donc bien été faite dans les règles, à personne et à domicile, l'huissier

laissant copie de son exploit. L'exploit d'ajournement est une pièce importante dans le dossier procédural et Rabelais a bien soin de nous dire que le troisième chicanou a été envoyé à Baché parce qu'au "sac et gibbessière du maigre chicanou n'avoit esté trouvé son exploit". Les violences subies par les huissiers font aussi partie de la réalité juridique du temps sur laquelle Rabelais n'exprime pas d'opinion mais qu'il utilise à des fins comiques.

48. Après avoir reçu cette citation le défenseur doit se présenter au jour fixé devant le tribunal ou se faire représenter par un procureur. C'est la comparition. Si la partie ne se présente pas ou n'est pas représentée elle est défaillante : c'est ce qui explique que Bridoye au Tiers livre (127) se met en route en toute hâte pour se rendre au parlement Myrelingois "affins de soy repraesenter au jour de l'assignation et ne tomber en deffault ou contumace".

49. Après avoir entendu les parties ou leurs procureurs la juridiction saisie peut donner commission à un rapporteur de faire les informations ou enquêtes. Il s'agit d'"avant-procedez" ordonnés par le juge pour une meilleure information du litige (128).

Les pièces produites par les parties sont désignées sous le terme général de productions. Les références ou les autorités invoquées sont les "allégations".

Le demandeur s'offre à prouver (probare intendit) un certain nombre de conclusions. C'est l'acte appelé "intendit" ou escriptures principales". Le défendeur y oppose ses "contredits". Le demandeur riposte s'il le veut par une réplique à laquelle le défendeur peut répondre à son tour par une duplique (actio quarta). La triplique est une réponse à une duplique.

Si Rabelais nous fait rire par l'énumération de ces répliques, dupliques, tripliques, il fait cependant état d'une réalité judiciaire courante. Ces additions à l'intendit et aux contredits sont appelées par Rabelais escriptures par opposition aux escriptures principales (intendit).

Les requestes et les enquestes suivaient. Elles pouvaient avoir un contenu et un objet très variable : par exemple faire confirmer une transaction intervenue entre les parties.

50. Lorsque l'une des parties récusait les témoins de la partie adverse, elle le faisait par des reproches (réprobationes) (129). Mais cette réprobation de l'autorité des témoins peut être détruite par les salvations (exornationes testium et commendationes) que fait valoir la partie adverse en faveur de ses témoins. Le juge invitait les témoins à déclarer s'ils maintenaient sans rien y ajouter ou en retrancher leur première déclai-

ration. Il les "recollait". Ces recollements étaient suivis de la confrontation avec le défendeur (testium repetitio atque cum reis compositio).

Rabelais met dans l'énumération de tous ces actes de procédure un mot qui ne se trouve ni dans les Forensia de Budé ni dans la pratique judiciaire de Jean Imbert ni chez aucun auteur du temps : "acaration". On trouve plus tard un terme voisin, "accarement" et "accariation" dans le répertoire de jurisprudence de Guyot (1784) pour désigner toute espèce de confrontation devant les juridictions du Languedoc et des provinces méridionales. Il pourrait ne s'agir cependant que de "cette espèce de confrontation qui a lieu entre un accusé et ses coaccusés et que quelques praticiens ont appelée "affrontation".

51. Les incidents de la cause sont de divers ordres et Bri-doye les énumère avec exactitude. Si l'une des parties cherche à faire déférer la cause à une autre juridiction elle demande au juge des libelles ou apostoles ou apostres. On peut obtenir des "lettres royaulx pour rabiller les fautes" d'un procès (diplomata litium instaurativa).

Le compulsoire est un acte par lequel on contraint un notaire, un greffier ou tout autre dépositaire public de titres et d'actes à les représenter ou à en donner copie pour tenir lieu des originaux. Les "lettres royaulx de compulsoire" étaient accordées par la chancellerie.

Par le déclinatoire était soulevée l'incompétence de la juridiction saisie. Par l'anticipatoire on prévenait la partie adverse : on offrait de prouver ou l'on plaidait ce que l'on pensait que la partie adverse prouverait ou plaiderait (occupare quae diversa pars dictura est aut oblature).

On peut aussi solliciter l'évocation par une autre juridiction suivie parfois d'un renvoy devant le juge dessaisi. Tous ces moyens de forme destinés à créer un incident étaient des "fins de non procédez".

52. Lorsque tous les incidents étaient réglés le juge examinait les conclusions des parties. S'il estimait qu'elles devaient plus amplement articuler certains faits, il les "appointait" à écrire et produire dans un délai qu'il fixait. C'est là le sens primitif du mot "appointement". Plus tard, dans la langue courante, dès le XV^{ème} siècle, ce terme désigne un arrangement ou une transaction. Ainsi Perrin Dandin est surnommé "l'appointeur de procès". Or Rabelais dit bien qu'il ne s'agit pas d'un juge mais d'un homme de bien, un prud'homme, pris comme arbitre par les paysans de Chauvigny, Nouaillé, Croutelles, etc. (130). De même dans le recueil de la Gente Poitevine (131) le paysan Talebot propose à son voisin

Robinea de demander à l'avocat Boyceau l'"appointation" de leur querelle. Guillaume Budé, d'ailleurs, donne au mot "apponctement" le sens de transaction (132). Cependant dans l'énumération de Rabelais ce terme garde pour Bridoye le sens procédural primitif d'appointement d'instruction qui demeure usité jusqu'à la fin du XVIIIème siècle.

53. Quant au jugement il s'agit d'une sentence issue de toute juridiction autre que les cours souveraines qui rendent seules les arrêts. Bridoye fait figurer dans son énumération le "relief" qui est l'acte initial d'un procès en appel. Le relievement de sentence ou de jugement était l'acte par lequel on en appelait à une autre juridiction. L'un des Bien Yvres utilise bien le terme à titre de plaisanterie : "Paige relieve mon appel en forme", dit-il (133). De même Pantagruel utilise le terme à bon escient lorsqu'il dit qu'en quarante ans le juge Bridoye "a donné plus de quatre mille sentences définitives. De deux mille trois cent et neuf sentences par luy données, feut appelé par les parties condamnées en la court souveraine du parlement myrelingois en myrelingue : toutes par arretz d'icelle ont été ratifiées, approuvées et confirmées : les appeaux renversés et à neant mis" (134). Cette dernière formule "mise à néant des appeaux ou appellations" caractérise les arrêts des cours souveraines. Les autres juridictions devant lesquelles on en appelait déclaraient simplement dans leurs sentences que la juridiction inférieure avait bien ou mal jugé.

Enfin les derniers actes de la procédure étaient les aveux ou confessions du défenseur et les exploits c'est-à-dire les actes de signification ou d'exécution de la sentence.

54. En conclusion il faut noter que Rabelais nous renseigne aussi sur la procédure criminelle qui était beaucoup plus compliquée que la procédure civile. Dans le cas de flagrant délit, de "présent meffait" elle pouvait se réduire à l'interrogatoire du coupable et à sa confrontation avec les témoins. Ainsi Trinquamelle, le président de la cour souveraine devant laquelle comparait Bridoye veut savoir comment l'usage des dés peut s'appliquer en matière criminelle. "Comment procédez-vous en action criminelle, la partie coupable prise flagrante crimine ?". "Comme vous aultres, messieurs, répond Bridoye, je laisse et commende au demandeur dormir bien fort pour l'entrée du procès, puy devant moi convenir, me apportant bonne et juridique attestation de son dormir.. Cestuy acte engendre quelque aultre membre, de cestuy là naist un aultre... En fin, je trouve le procès bien par information formé et parfaict".

55. Ainsi dans les épisodes les plus fameux des cinq livres, le procès Baisecul, la plaidoirie de Bridoye, l'incursion au pays des chatz-fourrez, Rabelais nous renseigne, en juriste, sur les grands problèmes de fond de l'époque. Son comique incisif reste bien dans la tradition des juristes de la basoche. Il n'est jamais gratuit cependant. Rabelais n'hésite pas, dans le procès Baisecul, à renoncer à la satire traditionnelle des formes procédurales pour exposer la question autrement importante des sources du droit. Du reste, qu'il parodie le style judiciaire dans la plaidoirie de Bridoye ou qu'il engage une attaque très violente contre le parlement, son dessein essentiel affleure toujours : extirper le droit de cette technicité factice dans laquelle il s'est enfermé et proclamer son appartenance foncière aux Humanités ainsi que sa dépendance par rapport à la philosophie, à l'histoire et à l'art.

Cependant Rabelais n'hésite pas non plus à utiliser de manière moins abstraite des litiges réels ou des questions de droit d'actualité pour en faire la trame de certains épisodes. C'est cette réalité plus immédiate que traduisent l'invective de Gargantual contre les mariages clandestins, les blasphèmes lancés contre les décrétables uranopètes et qui est à l'origine de la fameuse guerre picrocholine.

- * - * - * -

DEUXIEME PARTIE : La réalité juridique immédiate

56. Appartenant au monde des légistes et préoccupé de grands problèmes de fond, renouveau des études juridiques, unification des sources de droit, renaissance du droit romain, réforme de l'organisation judiciaire, Rabelais utilise son sens de l'anecdote et sa verve pour se faire le commentateur de questions d'une actualité plus immédiate.

De plus ce juriste théologien ne pouvait manquer d'exercer sa critique contre l'influence de l'église et le rôle joué par elle dans le domaine du droit. En ce sens l'invective de Gargantua contre les mariages clandestins et l'épisode des "uranopètes décrétales" ne prennent toute leur saveur que par référence aux questions d'actualité qui les inspirent.

C'est, par contre, une réalité plus ponctuelle qui inspire la trame de la guerre picrocholine.

I - Critique du droit canonique.

Elle apparaît de manière implicite au Tiers livre (135) qui est, dans l'oeuvre de Rabelais, le plus riche d'érudition

juridique. Lorsque Gargantua "remontre n'être licite es enfants soi marier sans le sceu et adveu de leurs pères et mères", il ne déploie aucune érudition de légiste. Mais à l'examen ce chapitre nous révèle que Rabelais se fait l'écho des préoccupations des juristes de son temps pour une question qui touche à la fois à la théologie, au droit canonique et au droit civil. Au Quart livre, dans l'épisode de Papimanie, la satire est beaucoup plus directe.

57. A) : Ce sont les projets de mariage de Panurge qui ont incité Pantagruel à songer à se marier. Il s'en remet à Gargantua et l'auteur trouve là l'occasion d'exposer son opinion : "De mon temps, dit-il, a été par le continent trouvé pays (136) auquel ne sais quels pastophores taupetiers... ont dit lois sur le fait de mariage". Les enfants, selon cette loi, peuvent se passer du consentement de leurs parents et une fille subornée est légitimement mariée à son ravisseur si quelque "myste" (137) a assisté à l'union (138).

Les termes de "taupetiers" et de "pastophores" qu'utilise Gargantua pour désigner les auteurs de ces lois étaient très clairs pour le lecteur du XVIème siècle et désignent les moines. "Taulpetier" est une épithète familière pour désigner les cénobites qui vivent, comme des taupes dans leur trou, loin du monde, dans l'obscurité des cloîtres. Les pastophores, comme le dit Rabelais lui-même, étaient des "pontifes entre les égyptiens" prêtres chargés de porter les statues des dieux dans les chapelles du temple (139).

Rabelais ne mentionne que cette loi sur les mariages clandestins mais il en est d'autres, selon lui, "toutes à l'avantage des mystes, nulle au bien et profit des mariés qui est cause suffisante pour les rendre suspectes comme iniques et frauduleuses" (140).

58. On trouve l'énumération de ces lois dans le chapitre "De l'institution de la religion chrétienne" que Calvin a consacré aux "Cinq autres cérémonies qu'on a faussement appelées sacrement" (141). "Quand une fois les théologiens catholiques ont eu établi comme un dogme que le mariage est un sacrement ils en ont tiré par devers eux la connaissance des choses matrimoniales ; d'autant que c'était chose sacrée à laquelle ne devaient toucher les juges laïcs. Davantage ils ont ordonné lois, pour confirmer leur tyrannie, mais lesquelles sont en partie méchantes contre Dieu, en partie injustes contre les hommes comme sont celles qui s'ensuivent : que les mariages faits entre jeunes personnes qui sont sous la puissance de leurs parents sans le consentement de leurs dits parents, demeurent fermes et immuables ; qu'il ne soit licite de contracter

mariage entre cousins et cousines jusqu'au septième degré (car ce qui leur est le quatrième, selon la vraie intelligence du droit est le septième) et que ceux qui auront été contractés seront cassés et rompus (derechef ils forgent les degrés à leur poste, contre les lois de toutes nations et l'ordonnance même de Moïse) ; qu'il ne soit pas licite à un homme qui aura répudié sa femme adultère d'en prendre une autre ; que les cousins spirituels ne puissent contracter mariage ensemble ; qu'on ne célèbre nulle noce depuis la septuagésime jusqu'aux octaves de Pâques, ni trois semaines devant la nativité de Saint Jean (pour lesquelles maintenant ils prennent celle de la Pentecôte et les deux précédents) ni depuis l'Avent jusqu'aux Rois ; et autres semblables infinies, lesquelles il serait long de raconter".

Comme le montre ce texte, la plus choquante parmi ces diverses lois que cite Calvin paraît être celle qui sanctionne les mariages clandestins. Elle est indiquée en tête de l'énumération qui suit une progression décroissante, les dernières règles de discipline n'ayant d'autre effet que de limiter dans l'année religieuse les époques où l'on pouvait se marier.

59. Cette validité du mariage contracté sans le consentement des parents choquait les esprits de l'époque. Père spirituel de Rabelais, Erasme avait déclaré dans son Dialogue *Virgo Misogamos* (142) qu'une telle loi n'émanait pas de Dieu mais d'un cénacle de moines et qu'elle était contraire à la nature, aux lois anciennes, à la loi de Moïse, à la doctrine évangélique et apostolique. Il avait indiqué quel était le fondement théologique de cette loi : un mariage même contracté à l'insu et contre le gré des parents était valide pourvu qu'eussent été prononcées entre les deux conjoints les paroles de *praesenti*.

Selon la théologie catholique les paroles de présent, c'est-à-dire les engagements des futurs conjoints "faisaient le mariage" (143) sans que le consentement des parents y fut requis. Comme le dit Rabelais, il suffisait dès lors à un suborneur d'enlever une fille et d'échanger avec elle les paroles d'engagement, en présence d'un prêtre ou d'un religieux ayant reçu le sacerdoce, pour le mariage fut valable. "Moyennantes les lois dont je vous parle, n'est ruffiant, forfant, scelerat, pendart, puant, punais, ladre, brigant, voleur, méchant, qui violemment ne ravisse quelque fille il voudra choisir, tant soit noble, belle, riche, honnête, pudique que sauriez dire, de la maison de son père, d'entre les bras de sa mère, maugré tous ses parents, si le ruffian se y a associé quelque myste qui quelque jour participera de la proie (144). Encore la présence

du prêtre témoin n'était elle pas considérée comme indispensable par tous les théologiens.

60. Depuis longtemps les juristes avaient invoqué l'action de rapt (*raptium in parentes*) contre de tels faits. Les parents ou les tuteurs pouvaient ainsi accuser le suborneur devant le juge royal. Cette action suspendait toutes les procédures que l'on pouvait faire devant le juge ecclésiastique, l'official, pour la validité du mariage. Cependant les sanctions obtenues étaient très faibles (145) et le vrai remède consistait dans l'annulation du mariage. C'est précisément ce que soutenait Jean Coras (146), conseiller au parlement de Toulouse dans ses "Mélanges de jurisprudence" publiés peu avant le Tiers livre. Selon lui le droit divin et le droit humain considéraient le consentement des parents comme nécessaire au mariage (147). En réalité l'argument fondé sur le droit naturel ou humain était sans grande portée. Coras reconnaissait comme un axiome incontestable que le droit canonique faisait autorité en matière matrimoniale (148). Mais précisément tout son effort tendait à montrer que les canonistes étaient dans l'erreur et qu'ils interprétaient mal la parole de l'évangile : "Quod Deus cojunxit homo non separet". Ce que Dieu unit, disait-il, c'est ce qui a été joint rituellement et honnêtement ("rite et honesto modo"). A l'appui de cette interprétation, il invoquait le commentaire d'Erasmus "seule lumière de notre siècle" sur Saint Paul.

61. La campagne des magistrats et des juristes français devait provoquer dix ans après la publication du Tiers livre une ordonnance de Henri II en février 1556 selon laquelle les fils de moins de trente ans et les filles de moins de vingt cinq ans qui auraient contracté ou contracteraient mariage clandestin" contre le gré, vouloir et consentement et au desceu de leurs pères et mères... pouvaient être exhérédés et exclus de leurs successions". Les complices devaient être recherchés et punis selon l'exigence des cas (149). Jean Coras devait saluer la promulgation de ce texte en publiant un "Petit discours sur les mariages contractés par les enfants sans les conseils et volonté des pères" (150). L'intérêt de cet opuscule est que Coras renonce au latin et use de la langue vulgaire car cette question n'intéresse pas seulement les "doctes et savants". Les arguments sont les mêmes que ceux exposés dix ans auparavant et tendent à prouver que les mariages contractés "au desceu des parents" étaient invalables, illégitimes et de nul effet, comme indiscrets, téméraires et dévoyants non seulement à la loi de Dieu et de nature mais encore de tout droit et raison humaine".

Trois ans plus tard une ordonnance rendue à Orléans confirmait l'édit de Henri II. Les sanctions ne parurent pas encore suffisantes aux légistes. Ainsi Etienne Pasquier écrit à cette occasion "à MM. Robert et Fournier, docteurs régents es droits de l'université d'Orléans". Il regrette que l'on n'eut pas déclaré "par une ordonnance faite de commun consentement de l'église gallicane tous mariages des enfants nuls esquels il n'y aurait que les simples paroles De present sans l'autorité et consentement des pères et mères". Il rappelait l'institution de l'action de rapt dont la conclusion aurait du être la mort du ravisseur "afin qu'en la dissolution de sa vie se trouvât aussi la fin et dissolution de son mariage". Plutôt que de permettre d'exhérer ces enfants "il eût été plus séant par une ordonnance conciliaire de déclarer ces mariages du tout nuls". Pasquier invoque l'autorité de Justinien, Saint Paul, Tertullien et Saint Amboise contre la théorie du droit canon et notamment cette "barbare et brute opinion que le consentement des pères et mères n'était requis aux mariages de leurs enfants que par honneur et non de nécessité".

Charles IX demanda au concile de Trente de se prononcer en faveur d'une annulation du mariage en pareil cas. Il ne put obtenir entièrement satisfaction. "Sur les remontrances d'un théologien de réputation (le P. Laisnez) qui représenta que si cela avait été décidé, on serait persuadé dans le monde que la doctrine de Calvin qui croyait ces mariages nuls de droit naturel et divin aurait prévalu, on se contenta de déclarer dans un décret que l'église ne les approuvait pas" (151).

62. Ainsi l'invective de Gargantua avait bien en 1546 un caractère d'actualité. Elle vulgarisait les idées que les juristes exposaient en langue savante à la même époque. Rabelais s'abstient, du reste, d'entrer dans une discussion technique. Il cherche essentiellement à émouvoir le lecteur devant "les dolens pères et mères qui voient hors leurs maisons enlever et tirer par un inconnu, étranger, barbare, mastin tout pourri, chancreux, cadavereux, pauvre, malheureux, leurs tant belles, délicates, riches et saines filles, lesquelles tant chèrement avaient nourries en tout exercice vertueux, avaient disciplinées en toute honnêteté ; espérant en temps opportun les colloquer par mariage avec les enfants de leurs voisins et antiques amis, nourris et institués de même soin, pour parvenir à cette félicité du mariage, que d'eux ils vissent naître lignage rapportant et héréditant non moins aux moeurs de leurs pères et mères que à leurs biens meubles et héritages" (152). Il nous montre les malheureux parents "restant en leurs maisons privés de leurs filles tant aimées, le père maudissant le

jour et heures de ses noces, la mère regrettant n'était avortée en tel tant triste et malheureux enfantement, et en pleurs et lamentations finent leur vie, laquelle était de raison finir en joie et bon traitement de icelles".

Rabelais condamne ainsi en juriste l'interprétation des théologiens. Mais sa véhémence éloquente est plus destinée à toucher à propos d'une question d'actualité qu'à faire la satire du droit canonique. Ce sera l'objet de l'épisode de Papimanie.

63. B) : Ayant jeté l'ancre au port, Pantagruel et ses compagnons voient arriver vers eux, dans une barque, quatre personnages, un moine, un fauconnier, un vigneron et un "solliciteur de procès ayant un grand sac plein d'informations, citations, chicanneries et adjournements en main (153). Ils sont idolâtres du Dieu Pape et de leur évêque Homenaz. Mais ce culte "de hyperdulie" a un autre objet, aussi vénéré que le dieu lui-même, les uranopètes décrétales. Les papimanes ne cessent de les invoquer. Ce sont leurs lois, gages de salut éternel et de bonheur ici bas. Voici la satire du droit canonique. Les décrétales sont en effet les "Epîtres et lettres des papes faites en forme de réponse aux questions qu'on leur a proposées, à la différence des constitutions qu'ils rendent de leur propre mouvement et qu'on appelle "Decreets" (154).

64. Au XIIIème siècle le droit canonique reposait sur un recueil unique de textes législatifs désigné sous le nom de Décret de Gratien, moine de Bologne qui avait établi le texte en 1150. En 1241, les Epîtres et Lettres de Grégoire IX colligées par Ramon de Pennafort furent envoyées aux universités de Bologne et de Paris. Ce sont les fameuses Décrétales. Elles comprennent cinq livres et sont suivies de leurs corollaires : le sixième livre, la Sexte, rédigé sous Boniface VIII en 1298, les Clémentines envoyées par Clément V aux universités d'Orléans et de Paris en 1313, enfin les Extravagantes publiées par Chappuis en 1500, Extravagantes de Jean XXII et Extravagantes communes (155).

Ces lettres qui avaient force de loi en droit canonique étaient en fait un instrument de la politique et des ambitions pontificales. Le Saint Siège, cherchant à étendre sa juridiction, empiétait sur les droits des évêques, collateurs ordinaires des bénéfices, ou sur ceux des électeurs. Ils légitimaient ces prétentions par des textes juridiques. Ainsi les Décrétales constituaient en réalité un "droit nouveau" par opposition au "droit ancien" du Décret de Gratien où l'on ne voit (156) ni "réserve de bénéfice, ni prévention, ni dévolution, ni exemption (157), etc..." ni aucune des subtiles inventions par lesquelles "l'or de

France était tiré à Rome". L'objet des Décrétales était donc bien net : servir d'instrument juridique aux ambitions de la papauté. Rabelais en fait un éloge ironique et rejoint par là une satire populaire à la fois ancienne et d'actualité au moment où il rédige le Quart livre.

65. En effet peu après son avènement en septembre 1547, Henri II promulgait à Fontainebleau l'Edit des petites dates pour remédier à un abus des cours romaines. Les "impétrans de cour de Rome, dit le proesme de l'édit, obtiennent en ladite cour impétration de bénéfices par résignation en vertu de procurations nulles, fausses et mal expédiées par le moyen desquelles sont lesdits bénéfices possédés par gens intrus et les vrais titulaires de leurs droits frustrés".

L'usage qui s'était instauré était le suivant : pour se ménager la collation d'un bénéfice ces intrus retenaient une date (parvam datam, petite date) en cour de Rome, de connivence avec le titulaire du bénéfice. Celui-ci signait une procuration pour résigner. Mais au lieu de l'envoyer à Rome, le signataire la gardait jusqu'à la mort du résignant. Ainsi ce dernier jouissait d'un bénéfice qui n'était pas légalement vacant puisque la procuration n'était pas exhibée à Rome et le résignataire était assuré de se voir accorder le bénéfice puisque, la vacance déclarée, il se trouvait le premier impétrant inscrit en cour de Rome (158). L'Edit de Henri II exigea que ces procurations fussent envoyées à Rome pour résigner et il interdit de les détenir jusqu'à la mort du résignant (159). Dès la promulgation de ce texte Du Moulin en fit le commentaire et l'apologie. Le titre même (160) de cet ouvrage dédié à Henri II en indique l'esprit. Du Moulin rappelle les critiques antérieures adressées aux usurpations des prélats (161) et montre que les droits nouveaux des papes datent du temps "où l'on a toléré que (les décrétales) fussent lues aux universités du royaume". Il passe en revue tous les épisodes de la résistance des rois contre les empiétements de la papauté et cite un arrêt de la Cour des comptes de 1406 (162) qu'il commente de manière à la fois juridique, sociologique et économique. Il n'est pas certain que Rabelais ait connu ce livre mais les points de rapprochements entre celui-ci et l'éloge ironique des décrétales le laisse supposer. Il est vrai que Rabelais se fait aussi l'écho du sentiment populaire qui approuvait la politique nationale des rois dans leurs rapports avec le Saint Siège.

Du reste, les plaisanteries à l'adresse du pape, cette "mirifique pantopfle" où viennent se prosterner " tous rois, empereurs, prélats et seigneurs" sur "France le Treschrétienne,

unique nourrice de la Court romaine" sont lieux communs de l'époque. Mais l'originalité de Rabelais tient précisément dans le fait qu'il fait une satire de juriste. C'est à ce titre qu'il porte un jugement sur le droit canonique, sur son influence dans le royaume et sur les décrétales qui en sont l'instrument et la source. C'est le même point de vue que Du Moulin.

66. Dans cet épisode comme dans l'affaire du juge Bridoye il montre sa parfaite connaissance du droit canonique. Au cours de cet éloge des décrétales il ne se contente pas de nommer les recueils des extravagantes, des clémentines et de leur plus fameux commentateur, le Panormitain (163). Il procède par allusions très précises qui ne peuvent être réellement comprises que par des juristes habitués au droit canonique. Ainsi il prête à Homenaz un lapsus que ces derniers seuls pouvaient goûter : "Voulez-vous choisir un preux empereur, un bon capitaine, un digne chef et conducteur d'une armée en temps de guerre, qui bien sçache tous inconvénients prévoir, tous dangers éviter, bien mener ses gens à l'assault et au combat en allégresse, rien ne hasarder, toujours vaincre sans perte de ses soudards et bien user de la victoire ?

- Prenez-moi un décrétiste ! Non, non ! Je dis un décrétaliste.

- O le gros rat, dit Epistémon (164).

Il s'agit bien en effet d'un "rat" c'est-à-dire dans la langue du XVIème siècle un lapsus qui vient d'échapper à Homenaz en lui faisant confondre un partisan du droit ancien, du décret de Gratien avec un défenseur du droit nouveau, des décrétales.

Dans cet épisode comme dans les précédents cités à propos des sources du droit, Rabelais mêle ainsi à ses caricatures, à ses facéties, maint détail qui ne pouvait être entendu que par les juristes. C'est là aussi une des originalités de Rabelais de faire d'ouvrages aussi chargés de matière proprement juridique des oeuvres destinées au grand public. Au lieu d'éliminer les notions techniques, au lieu de s'affranchir du tour d'esprit qui était le pli professionnel d'une classe particulière de la société, celle des légistes, il utilise son expérience du monde palatin pour toucher ses lecteurs en clignant de l'oeil aussi vers les spécialistes du droit.

67. Mais Rabelais ne s'est pas contenté d'emprunter des motifs de développement aux préoccupations contemporaines. Il s'adresse aussi fréquemment à une réalité plus proche, à une ambiance plus immédiate. C'est le cas de l'épisode de la guerre picrocholine dont les fantaisies et l'exagération recouvrent un litige très réel entre d'une part le seigneur

de Lerné, Gaucher de Sainte Marthe et d'autre part les habitants de la région de Saumur et Chinon avec Maître Antoine Rabelais.

II - La guerre Picrocholine.

Tandis que les bergers du pays de Seully dont dépend La Devinière, (maison familiale de Rabelais) gardent les vignes, aux environs du vingt septembre, pour empêcher les étourneaux de manger les raisins, les fouaciers de Lerné passent portant à Chinon dix ou douze charges de leur produit. Les bergers demandent d'acheter quelques fouaces au prix du marché. Les marchands refusent en les couvrant d'injures. Marquet, chef des fouaciers frappe violemment le berger Frioger qui s'était innocemment approché. A ses cris tous les autres accourent. C'est la bagarre générale et les bergers prennent des fouaces de force mais les paient. Revenus chez eux les fouaciers vont se plaindre à leur roi Picrochole qui, sans prendre le temps de la réflexion, mobilise ses troupes et lance aussitôt son armée. Le pays est ravagé et pillé, Picrochole s'empare de La Roche Clermault où il se retranche en renforçant les fortifications. Pendant ce temps, le roi des bergers, Grandgousier, informé de ces actes de guerre, envoie à Picrochole son maître des requêtes, Ulrich Gallet. La démarche se solde par un échec. Toutefois Gallet révélant la rixe entre fouaciers et bergers, Grandgousier fait expédier cinq charretées de fouaces à Picrochole par Gallet dont la deuxième mission ne décide pas davantage Picrochole à transiger. Pendant ce temps Gargantua arrive de Paris et prend la direction des affaires militaires. Après une série d'escarmouches, de nombreuses localités unies par une "ancienne confédération" (165) se mettent entièrement à la disposition de Gargantua. Finalement il donne l'assaut à La Roche Clermault. Picrochole, vaincu, s'enfuit. Après sa retraite Gargantua établit le bilan de ses pertes qui sont reconnues très faibles et, après avoir fait une harangue, il se borne à exiger qu'on lui livre "ce beau Marquet, source et cause première de cette guerre par sa vaine outrecuidance". Tel est, en résumé, l'épisode de la guerre Picrocholine. En réalité cette aventure de fantaisie est directement inspirée par un litige bien réel qui a opposé le seigneur de Lerné, Gaucher de Sainte Marthe, à Antoine Rabelais.

68. Ecuyer seigneur de Villedan, de la Rivière, de la Baste en Cursai, du Chapeau et d'Esmandes, Gaucher de Sainte Marthe avait épousé Marie, fille de Michel Marquet, receveur général de Touraine. Il avait un caractère autoritaire, violent

et processif. Toute une région lésée dans ses intérêts put s'élever contre lui sans qu'il se laisse ébranler un instant. Cependant il n'était pas dépourvu de valeur comme médecin ordinaire du roi et cette situation n'était pas négligeable.

Les premiers rapports avec Antoine Rabelais nous sont révélés par le dossier de Lerné du fonds de Fontevault aux archives de Maine et Loire. Toute une série de documents rédigés, écrits et signés par Maître Antoine Rabelais nous apprennent que pendant au moins vingt ans, de 1507 à 1527, le père de Rabelais remplit ses fonctions de sénéchal de Lerné et tint les assises de la seigneurie comme mandataire de Gaucher de Sainte Marthe. En 1527 Antoine Rabelais devient momentanément le premier personnage administratif du pays chinonais. Il est probable que sa situation croissante ait engendré une rivalité latente. D'autre part il existait entre eux un second voisinage sur les bords de la Loire. Tandis qu'Antoine Rabelais possédait sur le fleuve, à Chavigny en Vallée, paroisse de Varennes sur Loire, en face de Montsoreau, un petit manoir, des "pêcheries, pastures et certaines terres...", Sainte Marthe possédait, à quelques kilomètres en aval, sur la même rive, le pendant des biens de Rabelais : les choses duraient en cet état depuis de longues années quand des événements graves vinrent troubler l'harmonie de leurs anciens rapports et la tranquillité de la région.

69. Gaucher, qui avait pour la pêche un goût particulier, fit élever sur la Loire une série de pieux à double rangée pour y installer des pêcheries vastes et commodes. Il en résulta des inconvénients multiples pour la navigation et de sérieux dangers pour la sécurité des transports. Les pieux occupant presque toute la largeur de la rivière ne laissaient libre qu'une petite voie étroite et périlleuse le long de la maison du Chapeau, pour les bateaux montant et descendant.

On sait toute l'importance qu'avait alors, pour le commerce de la France de l'ouest, la batellerie de cette partie de la Loire. Une grande irritation s'éleva de proche en proche chez tous les négociants et bateliers non seulement du fleuve mais de toutes les rivières qui y déversaient leurs eaux et leur trafic, au premier rang desquelles figurait la Vienne du fait de l'activité de sa navigation et de sa proximité de Saumur. Or les marchands de la Vienne et ceux de la région de Chinon en particulier jouaient un rôle très important dans la puissante "Communauté des marchands fréquentans et marchands sur la rivière de Loire et autres fleuves navigables descendans en icelle depuis le commencement que lesdites rivières sont navigables jusques à la mer".

Une instance est engagée en janvier 1528. De nombreuses pièces de procédure sont échangées surtout vers 1529 et le conflit se trouve porté devant le parlement de Paris. Des enquêtes et des expertises se poursuivent. Une assignation à comparaître est portée à Fontevault à Sainte Marthe par un conseiller du parlement. A partir de 1530 le procès semble sommeiller. Vers le 7 septembre 1532 l'instance fut reprise par les marchands avec une énergie nouvelle. A partir de cette date le registre des comptes tenu par la communauté est rempli par le détail des opérations et des actes de procédure et par l'énumération des sommes relativement considérables qui furent dépensées pour faire aboutir cette revendication devant le Parlement. Il est évident qu'à ce moment là les régions intéressées se passionnèrent pour cette cause qui touchait à des intérêts si graves et si nombreux. Elles formèrent une ligue du bien public au petit pied contre Sainte Marthe. En novembre 1533 il y eut des plaidoiries durant les Grands jours de Tours. Enquêtes et arrêts se succédèrent. Cela dura de la sorte jusqu'à la fin de 1536 ou jusqu'au commencement de 1537.

Or le nom que l'on voit revenir à divers moments comme celui d'un agent actif et dévoué au service de la communauté est celui de Jehan Gallet, avocat du roi à Chinon, proche parent et collègue d'Antoine Rabelais. Il y a aussi Mathieu Gallet, de la même famille, clerc du greffe civil du parlement. Jean Gallet est envoyé vers le parlement en tant que mandataire des marchands de la Loire et de ses affluents comme Ulrich Gallet est envoyé vers Picrochole comme mandataire de son maître.

70. Partout autour de ce conflit existent des rapports étroits entre ses acteurs principaux et les Rabelais. Le lien familial de Chavigny venu de la mère d'Antoine, Andrée Pavin, comportait entre autres droits féodaux les pêcheries en question. Antoine Rabelais se trouvait donc au premier rang parmi les propriétaires lésés. Il en résulte que ce juriste avait été amené à suivre de près les instances engagées autant comme seigneur de Chavigny que comme avocat exerçant à Chinon, ville directement en cause, et enfin, comme proche voisin, par La Devinière, du seigneur de Léné. La famille de Rabelais avait donc un intérêt immédiat dans cette action et l'intervention des deux Gallet s'explique parce qu'ils défendent non seulement la cause de leurs compatriotes mais encore celle de leur famille. Enfin si, dans le roman, le grand chef des fouaciers porte le nom de Marquet c'est que ce nom évoque celui du beau-père de Sainte Marthe.

71. L'épilogue de la grande querelle entre les deux familles se rattache à l'un des incidents les plus graves de la vie de Rabelais : l'attaque la plus violente et sans doute la plus dangereuse dont il ait fait l'objet de son vivant émanant d'un religieux de Fontevrault, Gabriel de Puy Herbault dans un ouvrage célèbre (166) qui semble avoir fait de l'attaque contre Rabelais l'un des objets particuliers de son livre. Ce moine de Fontevrault appartient au groupe des ennemis les plus farouches des idées de la renaissance. Personne n'a osé aller plus loin dans le mépris et la haine du changement que la renaissance et la réforme venaient d'introduire dans le monde. A ces yeux Rabelais incarnait la première en ce qu'elle avait de plus redoutable. Or le témoignage d'approbation la plus chaleureuse qui ait été donné à ce pamphlet rétrograde est venu de Chares de Sainte Marthe, poète humaniste, deuxième fils de Gaucher, qui considérait que ce livre vengeait sa famille du ridicule immortel jeté sur Picrochole dont son père avait fourni le type.

Ainsi cet épisode offre au lecteur une réalité juridique beaucoup plus immédiate et l'invention du romancier tisse ici une critique bien détournée, implicite, du système juridique de son temps. La référence au monde des légistes y est indirecte. L'épisode présente cependant l'intérêt de montrer comment ce litige familial avait pu marquer le jeune Rabelais qui en tire une cinglante plaisanterie.

72. Il présente le mérite également de nous rappeler comment, auprès de son père, le jeune Rabelais s'est nourri de cet art du juriste, de ses difficultés et de ses travers. Il confirme comment la jeunesse de Rabelais a pu recevoir cette indélébile marque du légiste gravée en lui plus profondément encore par le Cénacle de Fontenay. Il laisse voir l'un de ces divers pinceaux qu'utilise Rabelais dans la satire, profonde et argumentée lorsqu'il envisage des questions juridiques essentielles comme les sources ou l'enseignement du droit, incisive, plaisante et rieuse lorsqu'il utilise un jargon outrancier pour fustiger la procédure, violente et furieuse contre le parlement, goguenarde et éloquente contre le droit canonique.

En nous montrant enfin qu'à la face des doctes assemblées aux torses bombés le rire reste le maître, que la vie du droit se nourrit de la satire et de la parodie, Rabelais ne nous laisse-t-il pas rêveurs sur notre propre réalité juridique ?

NOTES

- (1) Cf. P. Sanz de Alba, "Anthologie de la satire, la caricature et la parodie judiciaire dans la littérature du XI^{ème} au XVII^{ème} siècle".
- (2) J 108 sous forme d'un original, parchemin de 0,48 cm de haut sur 0,58 cm de large.
- (3) René, Batard de Savoie, grand maître de l'ordre du Saint Esprit et Jacques de Beaune, financier, grand pourvoyeur d'argent du roi pendant ses guerres en Italie, gérant du trésor royal, l'homme le plus puissant de France en 1523.
- (4) Le premier avocat est Antoine Ribot le jeune. La cour qui devait décider du retrait était présidée par le sénéchal de Beaumont, nommé par René de Bastarnay.
- (5) La tactique d'Antoine Rabelais fut de contester la valeur des pouvoirs et procurations donnés par René de Bastarnay à divers personnages. Il prétendit que les lettres de provision de leur office n'étaient pas valables à titre de procuration générale puis il exigea un pouvoir spécial pour le retrait. Bref, il obligea le sénéchal de Beaumont à prendre mille précautions dans cette affaire. Sur l'ensemble de cette affaire, cf. J. Massiet du Biest, "Antoine Rabelais, avocat à Chinon".
- (6) Cf. A. Lefranc, *Revue des études rabelaisiennes*, t. 3, p. 50. et J. Platard, "L'oeuvre de Rabelais", Champion 1910, p. 94.
- (7) Jean Vernou qui dédia à Tiraqueau ses "guespes attiques, traduites du grec d'Aristophane, insigne parnassien", 1529.
- (8) *Institutionum forensium Galliae*, Paris, Robert Etienne, 1538.
- (9) Rabelais, prologue du Quart livre, éd. 1552, La Pléiade, p. 525.
- (10) Cf. Barat, "L'influence de Tiraqueau sur Rabelais", *Revue des études rabelaisiennes*, 1905, p. 139.
- (11) C'est probablement grâce à ses relations avec le jeune Geoffroy d'Estissac que Rabelais devint familier d'Artus Cailler puis de son gendre, cf. Barat, *op. cit.* p. 138.
- (12) Bouchard était un ami de Tiraqueau et sa critique était d'autant plus cuisante : "André Tiraqueau, cet homme que l'on peut à bon droit ranger parmi les savants, en donnant pour détourner la jeunesse du commerce des femmes un livre sur "les lois matrimoniales" s'est déchaîné de telle sorte contre les femmes infidèles que l'on peut croire que c'est contre la troupe sacrée des honnêtes femmes elles-mêmes qu'il s'élançait à pleines voiles" cf. Barat, *op. cit.* p. 143.
- (13) "Voyant ce livre dans les demeures élyséennes, hommes et femmes indistinctement dirent : "les lois par lesquelles le fameux André a enseigné à ses gaulois l'union conjugale et la gloire du mariage, si Platon nous les avait apprises, y aurait-il parmi les hommes quelqu'un de plus illustre que Platon ?".
- (14) "Je ne puis m'empêcher de raconter ce que notre ami François Rabelais, franciscain, homme très instruit en l'une et l'autre langue a dit de ton livre,

aussitôt qu'il en eut achevé la lecture. "Vous serez, me dit-il, grandement haï des femmes, si quelque galant (c'est-à-dire, Amaury, quelqu'un de vos pareils), traduit ce livre en langue vulgaire, et cette opinion prendra corps parmi le peuple, que Bouchard travaille pendant de longues veilles et poursuit un but avec une ardeur infatigable ; il publie des livres, dira-t-on, pour tâcher auprès de l'assemblée des femmes d'être et de paraître le bienvenu et se parer de sa tendresse à leur égard", De legibus, ed. de 1524.

(15) En 1520, Claude Chansonnette (Claudius Cantiuncula), légiste de Metz, publie "Topica legalia" où il plagie l'oeuvre de Tiraqueau qui s'en plaint dans l'édition de 1524.

(16) Il est vrai que dans la grande "querelle des femmes", les antiféministes considérèrent Tiraqueau comme leur chef ce qui donnait à son travail l'aspect d'une violente attaque contre les femmes. De plus, les obscénités que contenait le texte de 1513 furent très critiquées. L'auteur fut contraint de les supprimer et de désavouer dans l'édition suivante les feuillets 21 à 25 de l'édition originale.

(17) Cf. J. Plattard, Tiraqueau et Rabelais, Revue des études rabelaisiennes 1906, p. 386 sq. Il semble aujourd'hui établi qu'un rapprochement eut lieu entre les deux amis.

(18) Le rapporteur était Disque. On ignore l'avis donné par Tiraqueau. Pourtant son autorité était grande au parlement. De plus, lors de cette séance siégeait à ses côtés Michel de l'Hospital qui avait pour lui beaucoup de déférence. Notons que Tiraqueau avait du reste dédié à Rabelais son traité De utroque retractu municipali et conventionali. Cf. J. Plattard, *ibid.* p. 384-389. Sur ce conflit probable entre Rabelais et Tiraqueau, cf. W.F. Smith, Tiraqueau et Rabelais, Revue des études rabelaisiennes, t. 5, p. 185 qui suppose que Tiraqueau avait été indigné des emprunts que lui avait fait son ami et de l'utilisation de l'expression "retrait lignagier" dans le Quart livre, ch. LXVII alors qu'il venait d'écrire un traité De retractu gentilitio.

(19) A. Lefranc, Les autographes de Rabelais, Revue des études rabelaisiennes, t. 3, p. 340. J. Plattard, L'oeuvre de Rabelais, préc. p. 98.

(20) "Cum possis alia actione civilius experiri, id est ex stipulatu, illam enim de dolo (ut nosti, qui juris studiosus fuisti) praetoris edictum non nisi subsidiariam promittit".

(21) Il s'agit d'une édition du testament de Cuspidius et d'un contrat de vente des premiers temps de la république romaine. C'était en réalité un faux composé au XV^{ème} siècle par Pomponius Laetus et Jovianus Pontanus. Cf. J. Plattard, Les publications savantes de Rabelais, Revue des études rabelaisiennes, 1904. J. Plattard, L'oeuvre de Rabelais, préc. p. 99.

(22) *Ibid.* p. 101.

(23) "Ut in ea incidant quae nosse maxime debuerant. Ea sunt philosophorum placita, oratorum decreta, antiquitatis historiarumque monumenta, poetarum carmina, polulorum ritus, mores gentium, quibus D. gols. Barto. et alias hujusmodi notas inferiori notae et doctrinae scriptorum, tanquam hamum esca obtexisse mihi videor, quo sensim vorato velut inviti aut imprudentes ad lectio-num humaniorum scriptorum attraherentur ; jam inde (ut ille ab unguibus

leonem) intelligentes, alios esse libros, quibus maxime niti asserique possit, et illustrari juris legumque peritis". Préface du De legibus connubialibus.

(24) Pantagruel Ch. X. "Comment Pantagruel équitablement jugea d'une controverse merveilleusement obscure et difficile si justement que son jugement fut dict fort admirable".

(25) Ibid Ch. XIII. "Comment Pantagruel donna sentence sur le différent de deux seigneurs" ed. La Pléiade, p. 225. ibid Ch. V. "Des faitz du noble Pantagruel en son jeune esage" ed. La Pléiade, p. 188.

(26) Ibid. Ch. VIII "Comment Pantagruel estant à Paris receut lettres de son père Gargantua et la copie d'icelles", ed. La Pléiade, p. 205.

(27) Travail exécuté sous Louis XII en grande partie, abandonné par lui et poursuivi sous Henri IV.

(28) Cf. Augustin Thierry, Essai sur l'histoire du Tiers Etat.

(29) Pantagruel, Ch. V, p. 189.

(30) Cf. Epistula nuncupatoria in Epistularum medicinarum Manardi, Lyon, Gryphe, 1532.

(31) Cf. infra.

(32) Pantagruel, Ch. X, p. 215.

(33) Ce sont les dossiers qui renferment les pièces de la procédure enfermées dans des sacs. Les pantarques sont des actes authentiques. Cf. Pantagruel, ibid. Cepola, fameux jurisconsulte de Vérone avait publié au XVème siècle sous le titre "Gautelae juris utilissimae" un recueil de ruses, fraudes et recettes pour éluder la loi et les sanctions, Lyon 1495.

(34) Pantagruel, ibid, p. 217.

(35) C'est la réponse du demandeur aux "contredits" du défendeur, la duplique étant la réponse opposée par le défendeur à la réplique du demandeur.

(36) Il s'agit des actes par lesquels une partie récusait, ou, plus exactement discréditait les témoins de la partie adverse.

(37) Ce sont les actes par lesquels une partie faisait valoir ses témoins attaqués par les reproches de la partie adverse.

(38) Pantagruel, ibid., p. 216.

(39) Sur ces auteurs, cf. Viollet, Histoire du droit civil français. Friedrich Von Schulte, Die Geschichte des Quellers und Literatur des Canonischen Rechts von Gratien bis auf die Gegenwart, Stuttgart, 1877.

Imola : jurisconsulte qui enseigna le droit à Bologne dans la première moitié du XVIème siècle.

Hippolytus : connu aussi sous le nom de Riminaldus, de Ferrare.

Panorme : archevêque de Palerme qui a enseigné le droit canonique à Sienne, Parme et Bologne et a représenté le roi de Castille au concile de Bâle.

Bertachin : jurisconsulte du XVème siècle né près d'Ancône, avocat du consistoire.

Curtius : élève de Jason, conseiller du marquis de Montferrat vers 1470.

(40) In "elegantiae".

(41) De verborum significatione, Gryphe, Lyon, 1530.

(42) Nouvelles récréations.

- (43) "Sunt tamen etiandum quibus exoleta illa barbarorum glossemata executi e manibus non possunt".
- (44) G. Budé, Dialogue de la philologie, Livre II, éd. complète de Bâle de 1557, p. 61.
- (45) "Latini sermonis illuvies commentitia, exquisitaeque foeditatis barbaries, e tonstrinis, e sutrinis, ex circumforaneis locis studiose conversis".
- (46) "Virus illud hircosum et alpinum".
- (47) "Verbis e foro non quidem romano ac subselliis dicato sed olitorio et boario suarioque collectis".
- (48) De philologia préc.
- (49) "Ea sunt philosophorum placita, oratorum decreta, antiquitatis historia-rumque monumenta, poetarum carmina", cf. n. 3, p. 5.
- (50) Pantagruel, ch. V, p. 189.
- (51) Ibid, ch. X, préc.
- (52) Pantagruel, ch. XI, "Comment les seigneurs de Baisecul et Humevesne plaidoient devant Pantagruel sans advocatz, p. 217 sq.
- (53) Pantagruel, ch. XII, "Comment le seigneur de Humevesne plaidoie devant Pantagruel", p. 223-224.
- (54) Pantagruel, ch. XIII, "Comment Pantagruel donna sentence sur le diffé-rent des deux seigneurs", p. 224.
- (55) Tiers Livre, ch. XXXIX, "Comment Pantagruel assiste au jugement du juge Bridoye lequel sententioit le procès au sort des dez". Ibid, ch. XL à XLIII.
- (56) Pauli Aegymetae, opus de re medica dédié à Jean du Bellay, 1532.
- (57) Tiers Livre, ch. V, "Comment Pantagruel déteste les débiteurs et emprun-teurs, p. 348. Cf. aussi *ibid.*, ch. XXIX, "Comment Pantagruel faict assemblée d'un théologien, d'un médecin, d'un légiste et d'un philosophe, pour la perple-xité de Panurge : les perfections de chacun sont hors les dez d'estimation", p. 345.
- (58) Sur le sens des citations de Bridoye, cf. *infra*.
- (59) Du Moulin, Commentaires sur la coutume de Paris. Le mépris de Du Mou-lin pour le jeu de dés ne se trouve pas chez Saint Thomas (Tract. de sort. 5) : "Si per sortes projectionem aliqui divinum requirunt iudicium non est secundum se peccatum".
- (60) Du Moulin n'a pas ignoré ce danger en traitant cette question de façon très orthodoxe et en invoquant en particulier le témoignage d'Erasmus contre la doctrine qui s'exprimera dans le *De servo arbitrio* de Luther.
- (61) *De iure primig.*, q. XVII, n° 2 et 12, I (droit romain), 7, II (droit canon), 12, 26 (commentaires), 80, 81, 86, 95, (textes juridiques contraires aux sorts). Les passagers des compilations justiniennes auxquels fait allusion Tiraqueau en tête de son opinion (1, 2) et qui prévoient le recours aux sorts se rapportent exclusivement aux matières successorales. D. 5,1,13,14,10,2,5 ; 40,24,17. Just. 2,20,23 ; C. 6,43,3 ; 10,35,2,1. Ce sont les canonistes (*de iure primig.* Q. XVII n° 12-15 et 23) puis les glossateurs et les bartolistes qui ont élargi le domaine d'application des sorts.

- (62) Division déjà admise chez Saint Thomas, Tract. de sort. c. 2, adoptée par Du Moulin. Toujours invoquée au XVIIIème siècle par Georges Steugel, "sortes, quibus ne tenere cadant, temperandis, vel, si tenere dicuntur, castigandis, divinis aequitas semper adest", Ingolstadt 1645.
- (63) "Sors non est aliquid mali sed res indubitate humana divinam indicam voluntatem". De jure prim. n° 96.
- (64) "Nisi cum magna religione, reverentia, expationibus, jejuniis mondia, precibus, votis, sacrificis, consecrationibus, caeterisque adhibitis religionis sacris mysteriis" *ibid*.
- (65) Pro cluentio, 46.
- (66) De jure prim. n° 82.
- (67) Tibère, ch. 35.
- (68) Livre IX.
- (69) Question XVIII.
- (70) *Ibid*, n°86-87, 91-92.
- (71) Notamment J. Plattard, *op. cit*.
- (72) Andrea Tiraquelli in curia Pariniensi Senatoris De Privilegiis Piae causae Tractatus, Lugd. 1560, p. 142.
- (73) Surnom du canoniste Guillaume Durand, auteur du *Speculum judiciale*, Lyon 1531 avec une glose de Henri Ferrandat.
- (74) En fait, de officio ordinarii.
- (75) Cf. *supra*.
- (76) Comme il a déjà été indiqué ce jurisconsulte avait publié un ouvrage destiné à prévoir les moyens de tourner la loi : *Dissertissimi juris utriusque monarche domini Bartholomaei Veronensis Cepolle nuncupati cautele juris utilissime : quibus et advocati et procuratores sui clientulis in omni strepitu judiciorum facile subvenire possunt*, Lyon 1495.
- (77) Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIII, p. 248 sq.
- (78) *Contes et discours d'Eutrapel*, 1585, t. 1, p. 231.
- (79) *Gargantua*, ch. IV.
- (80) *Pantagruel*, ch. X.
- (81) *Gargantua*, ch. XX.
- (82) Cf. Plattard, *op. cit*.
- (83) Quart livre, ch. XII.
- (84) Ceci résulte d'une lettre de Calvin d'Octobre 1533 dans laquelle il raconte que la faculté cherchant à s'excuser d'avoir fait saisir "le miroir de l'âme pêcheresse" de Marguerite de Valois, avait déclaré par la bouche de Leclerc, curé de Saint André des Arts, que ce livre avait été simplement mis à part pour être examiné et qu'on n'avait tenu pour décidément condamnables que "la forêt d'amour", *Pantagruel* et d'autres romans obscènes.
- (85) "Sur la remontrance et requête faite cejourd'hui par le Procureur du Roi, à ce que, pour le bien de la foi et de la religion, et attendu la censure faite par la faculté de théologie contre certain livre naguère exposé en vente sous le titre de Quatrième livre de *Pantagruel* avec Privilège du Roi ; la matière mise en délibération, et après avoir vu ladite censure, ladite Cour a ordonné que le libraire, ayant mis en impression ledit livre, sera promptement mandé

en icelle, et lui seront faites défenses de vendre et exposer ledit livre dedans quinzaine pendant lequel temps ordonne la Cour au dit Procureur Général du Roi d'avertir ledit seigneur Roi de la censure faite sur ledit livre par ladite faculté de théologie et lui en envoyer un double, pour suivre son bon plaisir, entendu être ordonné que de raison. Et ledit libraire mandé, lui ont été faites lesdites défenses sous la peine de punition corporelle" (Extrait des registres du Parlement du mardi 1er mars 1551). Cf. le premier prologue du Quart livre de 1548, ed. La Pléiade, p. 730 sq.

(86) Abel Lefranc, ed. Critique, Introduction au Tiers livre, p. XCII.

(87) Tiers livre, ch. XLIX, Comment Pantagruel raconte une estrange histoire des perplexitez du jugement humain, ed. La Pleiade, p. 486. Tribunian, compilateur des pandectes passait au XVIème siècle pour avoir été corrompu et vil.

(88) En 1546, Marino Cavalli disait du même parlement de Paris : "Le parlement et la chambre des comptes contribuent à la grandeur de Paris : présidents, conseillers, avocats, notaires, procureurs et plaideurs, tout compté, cela fait une ville de quarante mille hommes. La procédure ne finit jamais, en sorte qu'il n'y a que les riches qui puissent plaider, et ceux-là même s'en tirent fort mal. Une cause de mille écus en exige deux mille de frais ; elle dure dix ans. Cette oppression, qui partout ailleurs paraîtrait intolérable, a fait naître une assez bonne institution ; c'est que, le gouvernement payant les juges pour un nombre fixe d'heures d'audience par jour, si chaque partie leur donne un écu en plus, ils restent une heure de plus à entendre les débats. De la sorte ils vident beaucoup d'affaires au grand contentement des parties... Le Roi donnait autrefois les charges de judicature ; maintenant on les vend à vie au prix de trois mille à trente mille francs chacune. Puisque le marché est ouvert, il n'y a rien de honteux à les vendre aussi cher que possible. Il y en a qui poussent si loin l'envie d'exploiter leur position qu'ils se font prendre tout bonnement à Montfaucon ; ce qui arrive lorsqu'ils ne savent pas se conduire avec un peu de prudence ; car jusqu'à un certain point, tout est toléré, principalement si les parties ne s'en plaignent pas".

(89) Cf. infra.

(90) Ch. Porée, Un parlementaire sous François 1er, Guillaume Poyet, Angers 1898, p. 120. R. Marichal, Rabelais et la réforme de la justice, Bibliothèque de l'humanisme et de la renaissance 1952, p. 176 à 192.

(91) Ibid.

(92) Ibid.

(93) Porée, op. cit. p. 105.

(94) Cf. la même image dans l'épisode des chatz-fourrez.

(95) Marichal, op. cit. p. 186.

(96) Cinquième livre, ch. XI, Comment nous passâmes le guichet habité par Grippeminault, archiduc des chatz-fourrez. Ch. XII, Comment par Grippeminault fut proposé une enygme. Ch. XIII, Comment Panurge expose l'enygme de Grippeminault. Ch. XIV, Comment les chatz-fourrez vivent de corruption. Ch. XV, Comment Frère Jehan délibère mettre à sac les chatz-fourrez, ed. La Pléiade, p. 775 à 788.

(97) Cinquième livre, ch. XI, p. 775. La table de marbre qui tenait toute la largeur de la grande salle du palais servait aux festins solennels. Le soir de son entrée à Paris le 16 juin 1549, Henri II y donna un souper. Il y avait en outre, dans la cour, près du grand escalier, une table de marbre désignée sous le nom de pierre de marbre. Ces deux tables servaient pour des proclamations publiques et pour la citation des parties. Dans les registres du parlement se trouve un acte où il est dit que le Roi avait tenu en juin 1525 un lit de justice pour prononcer l'arrêt par contumace du Comte de Flandre, Charles V, empereur, et que le premier huissier l'avait cité à la fenêtre, près de la porte de la barre du parlement, et, après cela, sur la table de marbre de la grande salle et sur la pierre de marbre qui était dans la cour du palais. La grande table fut détruite lors de l'incendie qui éclata en 1618 dans le palais.

(98) Rabelais ridiculise dès l'ouverture du chapitre l'apparence vestimentaire des magistrats. L'habillement de cérémonie du chancelier consistait en effet en une épitoge de taffetas rouge, doublée de satin et en un mortier cerclé d'or et brodé de perles. Le costume du premier président était celui des anciens barons et chevaliers. Il portait une robe écarlate doublée d'hermine et un bonnet à mortier de taffetas noir orné de deux galons d'or. En hiver il avait par dessus sa robe un manteau écarlate doublé d'hermine où ses armes étaient appliquées. Elles étaient posées au côté gauche et fixées à l'épaule avec trois létiques d'or. Outre le premier président le parlement comptait neuf présidents à mortier dont la toque n'était entourée que d'un seul galon d'or. Cf. Desmazes, *Le parlement de Paris*, ch. XVIII. Cf. Cinquième livre, ch. XI, p. 778, Grippeminault "tout couvert de mortiers entrelassez de pillons" (ponpons).

(99) Cinquième livre, ch. XI, p. 776.

(100) Ibid, p. 779. Cette image est bien contraire à "l'institution des antiques thébains qui érigeoient les statues de leurs dicastes et juges après leur mort en or, en argent, en marbre, selon leurs mérites, toutes sans mains" (ibid).

(101) Cinquième livre, ch. XII, p. 780.

(102) C'est l'expression même qu'emploie le Chancelier Olivier le 2 juillet 1549 devant le parlement en présence du Roi, cf. supra.

(103) Cinquième livre, ch. XII, p. 780.

(104) Ibid.

(105) Ibid, ch. XIV, p. 783.

(106) Quart livre, ch. XVI, Comment par Frère Jean est fait essay du naturel des chiquanous, p. 584.

(107) Cf. Loyseau, *De l'abus des justices de village*, cité par Marichal, op. cit. p. 177.

(108) Ibid.

(109) Cf. L'édit d'Aumale du 4 avril 1540 contre les nobles qui "prennent à ferme... plusieurs fermes et censes... esquels ils font et exercent le fait d'agriculture et labourage et tous autres actes mécaniques et roturiers", Isambert, op. cit., XII, p. 671.

- (110) Noël du Fail, Eutrapel, I, ed. Courbet, p. 79.
- (111) Quart livre, Prologue, p. 535.
- (112) Noël du Fail, *ibid*, p. 87.
- (113) Rabelais ne devait pas exercer exclusivement des fonctions de médecin puisqu'un autre médecin figure dans la suite du seigneur de Langey à l'heure de sa mort.
- (114) Isambert, *op. cit.*, XIII, p. 98.
- (115) Cf. Porée, *op. cit.*, p. 81.
- (116) Les Tragiques, La chambre dorée, ed. Réaume et Caussade, t. IV, p. 144. Cf. notre anthologie précitée.
- (117) Gargantua, ch. IV, ed. Abel Lefranc, p. 49 sq. et ch. V, même édition et les notes 22, 29, 42, 55, 69 et 70.
- (118) Ch. X.
- (119) Ces sacs contenant les pièces de procédure étaient pendus à un croc. D'où l'expression "procès pendu au croc", "avoir sac au croc", etc. Tiers livre, prologue.
- (120) Tiers livre, ch. XXXIX.
- (121) Cf. M.P. Guilhiermoz, *Enquêtes et procès*, 1892. Dupont Ferrier, *Officiers royaux des baillages et sénéchaussées et les institutions monarchiques locales en France à la fin du Moyen-âge*, 1902. Jean Imbert, *Pratique judiciaire*, 1579. Guillaume Budé, *Forensia*, 1548.
- (122) Ch. XXXVI.
- (123) Sergent.
- (124) Ch. XXXVI.
- (125) Quart livre, ch. XII à XIV.
- (126) Sous le prétexte d'échanger des tapes et bourrages entre gens de noce selon une coutume traditionnelle à l'occasion de fiançailles, le seigneur de Baché invite les chiquanous à prendre part à une fausse cérémonie et les fait rouer de coups par ses valets.
- (127) Tiers livre, ch. XXXVI.
- (128) Cf. Guillaume Budé in *Forensia* (1548) : "Ung avant que procéder, causae iudicium in tempus rejectum et interlocutione ampliaturum".
- (129) Dans le style de palais, on disait "récuser" un juge et "reprocher" un témoin, c'est-à-dire le décréditer. Mathurin Regnier emploie très proprement ce mot en l'appliquant au témoignage de ses yeux et de ses oreilles, "Moy-mesme qui ne crois de léger aux merveilles, Qui reproche souvent mes yeux et mes oreilles" Sat. XIII, v. 37. Cf. M. Guilhiermoz, *op. cit.*, p. 80. De même au chapitre XLI, Bridoye emploie le mot de "reprocher" dans le même sens de décréditer : "En quoy faisoit Tenot contre le droict, par lequel est es enfans défendu reprocher leurs propres pères per gl. etc.". Cf. Racine, *Les plaideurs* : acte II, sc. 3. "Les temoins sont fort chers et n'en a pas qui veut - Nous en avons pourtant et qui sont sans reproche. - Je les récuise.
- (130) Tiers livre, ch. XLI.
- (131) La Gente Pointevinnie avecque le procès de Jorget et de son vesin et chansons jeauses, *componi in bea poictevin*. Réimpression de l'éd. de 1572 par Morel-Fatio 1877.

- (132) *Conventa inter litigantes transacta.*
- (133) Pantagruel, ch. V.
- (134) Cf. Tiers livre, ch. XXXVI.
- (135) Tiers livre, ch. XLVIII.
- (136) Ce pays n'est autre que la France. Le droit canonique a posé en principe que le mariage est fondé essentiellement sur le consentement des conjoints devant un prêtre qui fait seulement office de témoin. Contre cette opinion protestèrent au XVI^{ème} siècle Erasme et Calvin. Cf. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, ch. I.
- (137) C'est-à-dire initié aux mystères. Il s'agit donc des prêtres.
- (138) Cf. in *Revue du XVI^{ème} siècle*, II, 144, le récit de deux mariages clandestins perpétrés avec la complicité de deux prêtres en juin 1545 et dont le parlement de Chambéry dut reconnaître la validité.
- (139) Guillaume Budé s'est déjà servi de ce terme dans son *De Asse*. Cf. Plattard, *op. cit.*
- (140) Tiers livre, ch. XLVIII.
- (141) Ed. de 1541, ch. XIII p. 706 de l'éd. Abel Lefranc, Chatelain et Pannier.
- (142) *Colloquia, Virgo misogamos, sub finem.*
- (143) Cf. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 121-133.
- (144) Tiers livre, ch. XLVIII.
- (145) En 1545 dans une affaire de ce genre où deux filles, l'une de treize, l'autre de onze ans, avaient été enlevées à leur mère à Chatillon de Michaille en Bugey et mariées clandestinement à domicile par leurs oncles, le parlement de Chambéry saisi d'une plainte de la mère n'avait pu retenir l'affaire qui, renvoyée à la cour ecclésiastique, avait abouti à des condamnations à 20 livres, 100 livres et 10 livres d'amendes pour les oncles reconnus coupables, les maris étant acquittés. Cf. Gabriel Pérouse, *La vie en Bugey au XVI^{ème} siècle, crimes, délits et faits divers*, Belley 1914. Cf. J. Plattard, *op. cit.*
- (146) *Joannis Corasii Tolosatis jurisconsultae Miscellanorum juris civilis libri sex* (Lyon, Guill. Rouille, 1549). La date de publication est 1549. Mais dans la dédicace il est parlé d'une édition des trois premiers livres publiée antérieurement. L'existence de cette édition est confirmée par une phrase du Discours publié par Coras en 1557 sur "les mariages clandestinement contractés" : "Il y a dix ans et davantage que j'avais écrit (au ch. XVII de mon premier livre des Miscellanées) et longtemps auparavant enseigné..." Ainsi Rabelais écrivant le Tiers livre avait pu connaître cette première édition des Miscellanées.
- (147) Livre I, ch. XVII : *Probatum et divino et humano jure in contrahendo matrimonio parentum consensum necessarium.*
- (148) "In matrimonio, jus pontificium spectamus".
- (149) Isambert, *Recueil des ordonnances*, t. XIII, p. 469.
- (150) Toulouse 1557.
- (151) Dom Chardon, *Histoire des sacrements*, ch. XII, col. 1107 du t. XX du *Theologiae cursus completus* de Migne.
- (152) Tiers livre, ch. XLVIII.

(153) Quart livre, ch. XLVIII, Comment Pantagruel descendit en l'isle des Papimanes. Ch. XLIX, Comment Homenaz, evesque des Papimanes nous monstre les Uranopètes décrétales. Ch. L. Comment par Homenaz nous feut monstré l'archétype d'un pape. Ch. LI, menuz devis durant le dîner à la louange des décrétales. Ch. LII, continuation des miracles advenuz par les décrétales. Ch. LIII, Comment par la vertu des décrétales est l'or subtilement tiré de France en Rome, p. 670 à 687.

(154) Durand de Maillane, Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale, Lyon 1770, t. II, p. 234.

(155) Extravagantes parce qu'elles étaient en dehors (extra) du recueil officiel.

(156) Durand de Maillane, op. cit. Sur l'ensemble de la question, cf. Plattard, op. cit.

(157) Sur cette extension des droits de la papauté sur les bénéfiques au XIIIème et au XVIème siècles, cf. Esmein, Histoire du droit français, p. 603 sq.

(158) Cf. Plattard, op. cit.

(159) Il établissait également un contrôle sur les notaires apostoliques et les banquiers en correspondance avec la cour de Rome.

(160) *Commentarius ad Edictum Henrici Secundi regis Galliarum contra parvas datas et abusus Curiae Romanae et in antiqua edicta et sénatusconsulta Franciae contra Annatarum et id genus abusus multas novas decisiones juris et praxis continens*".

(161) Pierre de Coignières, légiste de Philippe de Valois, avait fait à ce sujet un "louable mémoire" que rappelle Du Moulin. Il s'était particulièrement distingué dans la "dispute de Vincennes" contre Pierre Bertrand, évêque d'Autun. Celui-ci a laissé un procès verbal de cette controverse dans son "libellus domini Bertrandi adversus Petrum de Cunneriis".

(162) "Senatusconsulta curiae Franciae... adversus abusus annatarum et aliarum usurpatorum papae".

(163) Nicolas Tedeschi, surnommé Abbas Siculus ou Panormitanus, archevêque de Palerme, mort en 1445, auteur de commentaires sur les décrétales, la Sixte et les Clémentines.

(164) Quart livre, ch. LIII, Comment la vertu des décrétales est l'or subtilement tiré de France en Rome, p. 685.

(165) Gargantua, ch. XLVII "Ceux de Bissé, du Marché vieux, du Bourg Saint Jacques, du Trainneau, de Parillé, de Rivière, des Roches Saint Paul, de Vau-breton, de Paupille, du Brehemont du Pont de Clam, de Gravant, de Grandmond, des Bourdes, de la Ville au Mère, de Huymes, de Sergé, de Hussé, de Saint Louant, de Panzoust, de Coldreaux, de Verron, de Coulaines, de Chosé, de Varennes, de Bourguil, de l'Isle Boucard, du Croulay, de Narsy de Cande, de Montsoreau... envoyèrent devers Grandgousier ambassades et pour leur ancienne confédération ils lui offraient tout leur pouvoir tant de gens que d'argent et autres munitions de guerre". Tous ces noms représentent des hameaux des faubourgs de Chinon ou de Saumur.

(166) "Theotimus sive de tollendis et expurgendis malis libris iis praecipue, quos vix incolumi fide ac pietate plerique legere queant, libri tres".

R. R. J. 1987
Pages 103 à 390

E T U D E S

**LE CONSTITUTIONNALISME,
EXPRESSION DE LA POLITIQUE LIBERALE**

Par

Michel GUENAIRE

*Assistant à la Faculté de Droit et des
Sciences Politiques de Strasbourg*

- I - Une manifestation de la méthode de la politique libérale
 - A - Les fins du rationalisme libéral
 - B - Une marque du positivisme juridique
 - C - Une transaction entre opinions contraires

- II - Une formalisation des thèses de la politique libérale
 - A - L'autonomie de la société civile
 - B - L'harmonie de l'agencement institutionnel
 - C - Une médiatisation des principes révolutionnaires

1. L'attachement voué à la notion de Constitution par les publicistes du début du XIXe siècle est connu. Il incarne leur opposition à la nature juridique de l'ordre constitutionnel de l'Ancien Régime, qui reposait selon eux sur une acception lâche de coutume constitutionnelle permettant le libre arbitre du roi (1). Non pas que la société d'Ancien Régime fût jugée indigne, mais il lui manquait des lois pour la soustraire de tout gouvernement arbitraire ; elle offrait sans doute des dispositions pour les libertés, or il lui manquait une Constitution pour les garantir (2). Il s'agissait donc d'affirmer la prévalence d'une Constitution formelle sur les pouvoirs, et c'est ce que fit le large mouvement d'idées que l'on nomma par la suite et de manière systématique, le constitutionnalisme.

C'est sur cette manière systématique, qui présume la formation d'une école, qu'il convient de s'interroger à présent. Elle prête en effet à confusion. Y-a-t-il eu une école, creuset de conceptions convergentes et homogènes ? Et s'il y a eu école, quelle en a été la signification précise ? Le constitutionnalisme a-t-il été une simple traduction du légalisme dominant, ou a-t-il postulé un certain parti-pris de conception constitutionnelle, depuis particulièrement la Constitution de 1791 qui organisa le régime du gouvernement représentatif ? N'a-t-il exprimé qu'une méthode de législation, ou a-t-il voulu dégager l'essence d'une politique bien déterminée ? La question mérite d'être posée ; son enjeu est l'identification d'une notion qui est toujours mal connue, autrement que sous la forme d'un néologisme qui déplaît encore, malgré le temps qui a passé depuis son invention (3).

2. A priori, on peut hésiter sur la réponse à donner, tant les schémas de constitution qui ont été imaginés depuis 1791 ont divergé. Des partis-pris procédant d'un même fétichisme de l'ordre juridique écrit, ont pu être exprimés par les classes politiques les plus opposées. La gauche et la droite ont dit, par exemple, la même chose sur le sujet.

Que l'on imagine, au commencement, un Robespierre défendant la Constitution mi-monarchique, mi-représentative de 1791 - tout ce qu'il abhorait, et qu'il allait d'ailleurs rejeter quand devait s'imposer l'état révolutionnaire jugé par lui inconciliable avec l'état constitutionnel - parce qu'il "faut aux bons citoyens un point d'appui et un signal de ralliement" et qu'il "n'en (connaissait) point d'autre que la Constitution" (4) ; que l'on se représente par ailleurs un Chateaubriand acclamant la restauration du pouvoir de l'ancienne race des rois mais lui assignant des bornes par une charte, et se donnant

comme objectif politique et littéraire de "fixer l'éducation constitutionnelle des Français", et se prenant, selon ses propres mots, d'"accès de constitution" (5) :

Dès, bien avant eux, dès les débuts de la Constituante, qui fut sans doute la seule assemblée révolutionnaire permettant le pluralisme des idées, l'on vit des alternatives se dessiner : le débat sur le bicaméralisme et le droit de veto du roi, où aux "monarchiens", partisans d'une monarchie à l'anglaise, s'opposa le clan des "avancés" emmenés par Barnave et Sieyès, l'atteste (6). Il y a eu d'ailleurs historiquement sur les questions majeures : origine du pouvoir, contrôle du pouvoir, - une alternance, sur la première question entre démocratie et monarchie, sur la seconde entre démocratie et oligarchie. Les projets constitutionnels ont été aussi variés qu'était régulièrement et unanimement ressenti le besoin de l'élaboration de constitutions écrites. Y-a-t-il pu y avoir, dans ce contexte, un constitutionnalisme unique ?

3. Si l'on se reporte aux origines du mouvement d'idées, une très réelle unité de conception, voire de solutions, constitutionnelles, apparaît.

Cette conception se retrouve au moins déjà au cœur des arguments avancés pour légitimer le modèle de constitution écrite. S'il s'agissait généralement de fixer le nouveau principe de souveraineté dans la Nation (7) et d'agencer les institutions publiques dans l'Etat (8), il s'agissait surtout ou principalement de limiter le pouvoir. B. Constant proclamait ainsi que par la constitution il fallait que "la souveraineté (fût) limitée, et qu'il n'y (eût) des volontés que ni le peuple, ni ses délégués, n'(eussent) le droit d'avoir" (9). Un siècle plus tard, F.A. Hayek affirmera que le constitutionnalisme "consiste en la limitation de tout pouvoir par des principes permanents de gouvernement" (10). Le constitutionnalisme apparaît ainsi, à travers cette constance historique, comme une réaction éternelle à l'arbitraire de toutes les volontés souveraines.

Il semble lié en outre, dès les premières ébauches techniques de constitution, à la formule du régime représentatif, ne serait-ce que parce que les inspirateurs de ces premières constitutions en seront les fervents défenseurs : Mounier, Sieyès et Constant étaient partisans, chacun dans son propre milieu et son contexte historique, de la théorie de la représentation nationale. Il est vrai aussi que la formule du gouvernement représentatif commencera l'ère des constitutions écrites (1791-1792), apparaîtra enfin comme une synthèse ou un regroupement des expériences constitutionnelles alternatives esquissées

(après le gouvernement révolutionnaire : 1795-1799 ; après le gouvernement autoritaire : 1814-1848).

La naissance du constitutionnalisme semble donc attachée irréductiblement aux principes d'un gouvernement, qui sont ceux du gouvernement libéral. Limiter le pouvoir, représenter la souveraineté sont les premiers axiomes de la politique libérale. Certains, reconnaissant pourtant ces origines, leur ont contesté toute durée et ont cru pouvoir affirmer que bien vite le constitutionnalisme originel allait être déformé par son évolution ultérieure. Nous ne le croyons pas.

4. Si l'entreprise de constitutionnalisation de l'ordre politique est apparue dépassée ou vaine, dans certaines étapes de l'histoire de la France et de nombreuses autres nations, elle n'en a pas moins gardé certains caractères qui l'ont toujours rétablie dans la filiation historique du libéralisme.

Elle s'est transformée, et elle qui cherchait à garantir les droits individuels, n'a pas pu empêcher le pouvoir arbitraire : il y a même eu un prétexte de constitution au moment où celle-ci servit à légitimer l'arbitraire césarien (1799 - 1814, 1852-1870). Elle a été de surcroît reçue, dans les expériences postérieures à 1875, plutôt comme une norme incomplète et n'indiquant qu'une référence lointaine pour le jeu politique, que comme un cadre exhaustif et contraignant.

Les interrogations posées aujourd'hui mettent à mal, dans ce sens, la conception classique et juridique du constitutionnalisme, à côté de la conception moderne, plus réaliste ou mécaniste, et soulignent à dessein les incertitudes de la notion même de Constitution en tant que norme suprême incontestable et homogène (11). En outre, la suprématie de la Constitution paraît plus effective dès lors qu'elle est sanctionnée par des juges de la constitutionnalité ; à son origine, le modèle constitutionnel devait s'appliquer sans avoir pourtant une puissance renforcée (12).

Cette crise du constitutionnalisme, qui a d'autres aspects encore, n'efface pourtant pas les postulats sur lesquels le mouvement d'idées n'a cessé de reposer, et la notion positiviste moderne, surgi du fait de Cours constitutionnelles imposant le respect d'une norme juridicisée par leur interprétation, en se souciant d'organiser un équilibre des droits et des obligations de tous les auteurs politiques dans le cadre constitutionnel, est restée dominée, identifiée et déterminée par la conception originelle. Le constitutionnalisme, ancien ou idéaliste, moderne

ou mécaniste, a continué de servir une même inspiration politique, et c'est à retrouver celle-ci que nous voudrions fixer la présente étude (13).

La crise a autrement dit saisi et meurtri l'ancienne dimension, mais les fondements situés dans les prémisses de la politique libérale sont demeurées : dépouillant la notion de ses archaïsmes, elle a peut-être aussi mis à nu ses traits essentiels. L'effet est salubre, le constitutionnalisme peut apparaître aujourd'hui raisonnablement recentré autour de ses origines historiques, et redéfini ainsi comme une manifestation de la méthode de la politique du libéralisme (I), doublée d'une formalisation des thèses de cette politique (II).

I - Une manifestation de la méthode de la politique libérale

5. Le constitutionnalisme a de fait conservé du contexte historique dans lequel il est né deux traits majeurs, qui tiennent à la méthode scientifique et juridique qui l'a établi initialement : il est demeuré un cadre organique répondant aux fins du rationalisme libéral, et consacrant la foi de celui-ci en une certaine suprématie du droit positif dans la matière constitutionnelle. De plus, la forme proprement dite de la Constitution a continué de résulter, comme la liberté dont parlait F. Guizot, d'un "état de lutte" entre les éléments de la société (14), d'une transaction, voire d'un compromis entre les pouvoirs en place (15). Le constitutionnalisme a ainsi représenté une formalisation rationaliste, positiviste et transactionnelle du pouvoir public : par là, il a été et est encore, de nos jours, une manifestation de la méthode en laquelle croient les libéraux.

A - Les fins du rationalisme libéral

6. Le constitutionnalisme est au moins et tout d'abord libéral parce qu'il est une expression vivante et fidèle du rationalisme des libéraux du début du XIX^e siècle. Il ne devait pas être en effet une oeuvre spontanée, en tant que passionnelle et improvisée, mais une création éthique et scientifique : l'oeuvre constitutionnelle ne peut être comprise que par ce souci d'appliquer pour la première fois le rationalisme à la politique.

Ce qui frappe d'ailleurs aujourd'hui, c'est la vision faussée qu'ont les modernes de la pensée libérale telle qu'elle est apparue au siècle dernier. Dans cette pensée, la part de raison scientifique, et presque de scientisme, n'est pas vue (16) : on croit que le libéralisme ne fut qu'un combat

pour les libertés, le combat de quelques uns pour les libertés de tous. Il fut moins que cela. Apparaissant à un moment crucial où une nouvelle élite se substituait à l'ancienne, il représenta avant tout le discours organisé de cette élite ascendante, qui réfléchissait sur le sens de ses responsabilités dans les temps qui la voyaient venir aux affaires de l'Etat, sur les mécanismes qui pouvaient régir et diriger le progrès, plutôt que sur le devenir collectif de la liberté politique. Le rationalisme fut son mot d'ordre scientifique qui devait en toutes choses, et d'abord dans le domaine constitutionnel parce que la réflexion politique était urgente, offrir des solutions pour régler sa situation historique.

7. Par son rationalisme, la politique libérale est dès l'origine à l'opposé du "laisser aller, laisser faire" appliqué à l'économie libérale. C'est au contraire à une certaine frénésie organiciste que se livrent les politiques libéraux. Loin des équilibres naturels, ce qu'ils recherchent ce sont des équilibres voulus, forcés, disciplinés : la vie politique des sociétés ne pouvait pas être régulée selon un ordre naturel, mais devait être construite, comme le plan d'aménagement des cités (17), dans une organisation générale lisse, qui impose aux esprits et aux pouvoirs leurs uniques références.

Il s'agissait donc, pour les libéraux apparaissant à l'aube du XIX^{ème} siècle (18), de maîtriser la complexe nature du politique par la science constitutionnelle. Dans le droit fil de cet idéal, le politique devait cesser d'être un phénomène irrationnel ou magique. Il fallait tout faire, comme le rappelle P. Rosenvallon, exégète de Guizot, afin de "sortir la politique du domaine des passions pour la faire entrer dans l'âge de la raison" (19). F. Guizot n'est d'ailleurs pas le seul à proclamer cet acte de foi. En France comme à l'étranger, et particulièrement dans les régimes constitutionnels gouvernés par les libéraux, une même classe met ses certitudes dans le discours scientifique qui doit écarter les erreurs et les écarts des politiques vivantes (20).

Le postulat métaphysique de cette culture libérale est, on le sait, la croyance en la Raison. C'est elle qui, invoquée dans des formes variées mais inspirant une confiance aveugle, devait guider la méthode des constitutionnalistes libéraux. Reçue pour un "ordre universel des fins" (21), constituant une "somme des idées justes" (22), elle est la seule souveraineté que puissent connaître les hommes : il pourra même être dit, qu'entre la souveraineté du roi divin et la souveraineté du peuple, c'est à une souveraineté de la Raison

que croient les libéraux (23). L'effort qu'en tout cas ceux-ci doivent mener est de maintenir en toute circonstance et en tout lieu la pression de cette règle suprême sur la vie politique, que cette vie, qui a atteint l'âge de la barbarie au temps des révolutionnaires, doit puiser dans des maximes rationnelles les principes de son organisation.

Cette étrange confiance dans ce qui ne peut plus apparaître de nos jours qu'un symbole ou une abstraction, est pourtant la première valeur qui caractérise la démarche constitutionnaliste. On comprendra peut-être mieux le culte de ces hommes nouveaux dans le siècle en rappelant que, l'aristocratie de l'Ancien Régime ayant démissionné au sens fort, les bourgeois libéraux devaient reconstruire tout un monde, donner à cette reconstruction qu'ils estimaient de surcroît providentielle et comme plaquée à une marche inexorable du progrès, car le culte du rationalisme tel qu'il apparaît est aussi inséparable d'un certain historicisme (24), un principe à partir duquel toute l'expérience politique devait être fondée. La politique libérale doit être finalement, à ses origines, un cérémonial organisé qui permet de diriger les hommes et les pouvoirs dans le droit chemin de la soumission à la Raison (25).

8. Nul doute que dans cette perspective le libéralisme n'est que la sublimation d'un ordre réservé à une élite. La preuve en est apportée par la volonté clairement exprimée des libéraux de se prémunir de l'irruption des masses dans la vie politique. Ils ne recherchent pas d'ailleurs la participation des hommes du peuple, mais seulement leur assimilation à l'ordre préétabli, quand encore ils auront possédé la connaissance qui donne droit de se mêler à la politique (26).

On percevra mieux dans ce sens pourquoi une réelle insistance est faite pour que la constitution se limite à être la "garantie de la liberté d'un peuple" (27). L'aspiration libérale est une aspiration à la liberté privée et non publique. B. Constant a décrit cette aspiration, beaucoup l'en louèrent comme étant celui qui avait ouvert la voie à une dimension moderne de la liberté (28), mais c'est aussi à un puissant conservatisme social que conduit la démarche. L'ordre du jour n'étant plus à la liberté des Anciens, ou à la participation politique du citoyen, tout espoir en une émancipation politique du peuple se trouve anéanti.

Le code libéral, qui influencera le code constitutionnaliste, contraint les énergies et ne les libère pas. L'homme de l'élite a lui-même des devoirs, de ces obligations qui limitent l'autonomie de sa volonté, comme le démontrera F. Guizot

(29). L'homme public est peint par lui comme un croyant, un homme à idées générales, qui sait "respecter la vérité et la nécessité, se préserver de l'aveugle orgueil des fanatiques et du dédain non moins aveugle des libertins" (30). Son droit repose sur le sentiment du devoir, liberté rime encore et toujours avec raison.

Cette liberté si essentielle, qui est le point de ralliement de l'action des constitutionnalistes libéraux, n'est pas réduite à sa dimension de nature, mais elle est un état de culture personnelle, c'est-à-dire un effort renouvelé sans cesse pour atteindre finalement une certaine civilisation politique. Les libéraux, avant de croire à l'ordre politique, croient en la perfectibilité de l'homme. Celle-ci se substitue aux "dogmes extérieurs" de la foi en un Dieu ou du combat en l'idéal démocratique, elle définit une disposition de l'homme à agir par lui-même, sûr du seul appui de sa morale rationaliste.

9. Comment resurgit l'oeuvre constitutionnaliste, imprégnée des fins du rationalisme libéral ? Comment peut être définie la notion de Constitution sur ces prémisses scientifiques ?

Deux éléments paraissent dominants. La constitution est une sorte de glacis qui raccorde l'organisation du pouvoir politique à la valeur supérieure de la Raison ; elle est la victime d'un état de civilisation générale qui repose par sa foi philosophique sur la modération politique.

Glacis qui raccorde le pouvoir terrestre à la Raison, elle doit s'appliquer à organiser une harmonie politique sur terre. L'héritage qui sera laissé par cette première vocation se retrouvera dans les constructions minutieuses de nombreuses constitutionnalistes. Leur grand rêve éveillé sera de rédiger des textes imparables et indépassables, au-dessus de toute action sociale perturbatrice ; il sera de bâtir pour leur temps et pour la postérité des modèles de Constitution aussi mécanisés que des horloges, sans oublier une pièce, sans négliger une pièce. Sieyès et Cormenin furent de ceux-là, qui voulurent imposer leur système de constitution : Sieyès, comme disait Napoléon Ier, "croit posséder seul la vérité ; quand on lui fait une objection, il répond comme un prétendu inspiré et tout est dit" (31) ; Cormenin dans la commission de Constitution de 1848 "espéra faire admettre (à ses collègues) son système peu à peu, et, pour ainsi dire, à (leur) insu, en (leur présentant) tous les jours un petit morceau" car il "avait composé et publié une Constitution de sa façon et prétendait bien (qu'elle fût adoptée intégralement)" (32).

Les constituants de 1958 bâtirent aussi par endroit des dispositions très mécaniques : les articles concernant la procédure législative et la mise en cause de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, particulièrement les art. 45 et 49, en sont une illustration frappante. N'a-t-on pas a posteriori pensé que le défaut d'autres constitutions était venu du manque de dispositions aussi précises que l'art. 49 par exemple en leur sein (33) ? Toute organisation constitutionnelle procède nécessairement d'un souci de cohérence qui n'est finalement que la traduction de l'idéal rationaliste.

Vitrine d'un état de civilisation générale, la constitution est aussi un acte de réaction délibérée à la barbarie. Bien sûr les conceptions élitistes des premiers libéraux, qui se traduiront par la confiscation du régime parlementaire aux mains des bourgeois, seuls capables de payer le cens, disparaîtront, mais le gouvernement constitutionnel restera marqué par leur postulat : la connaissance permet le pouvoir, la raison doit l'emporter dans le comportement. Un premier exemple de ce gouvernement est donné par les assemblées représentatives, où la classe des successeurs de Guizot prime encore incontestablement ; un autre exemple l'est par les écoles spécialisées de fonctionnaires, moule obligé des élites nouvelles, qui se compose de rationalisme scientifique dans la plus pure tradition du XIX^e siècle.

Le meilleur exemple vient du rôle joué par les juges de la constitutionnalité des lois dans la plupart des régimes politiques occidentaux, et, particulièrement en France, par le Conseil Constitutionnel. Nul doute que les neuf hommes, nommés et non élus, qui n'exercent donc aucune représentation de la volonté générale, mais qui, en vertu de l'interprétation qu'ils donnent de la règle constitutionnelle, c'est-à-dire de la seule foi de leur connaissance au sens fort de la Constitution, peuvent donner raison ou tort au pouvoir majoritaire et de ce fait mettre en échec directement la volonté générale, ne sont l'incarnation la plus vivante de nos jours de ce pouvoir normatif réservé aux seuls hommes éclairés par les Lumières auquel croyaient les premiers constitutionnalistes. Sans rallier le point de vue de ceux qui jugent ces neuf sages "nouvelle formule", comme une institution imposteur (34), il est certain que par leur prépondérance ceux-ci démontrent la croyance originelle des constitutionnalistes en la supériorité des hommes éclairés sur les masses, c'est-à-dire en une prévalence du principe libéral sur le principe démocratique (35).

Mais ce qui est sans doute le plus frappant c'est que la technique constitutionnelle est élevée elle-même au rang de l'état de civilisation politique. La codification des règles d'organisation et de fonctionnement du pouvoir est un progrès politique. Faire une constitution, c'est donc rationaliser la machine politique pour faire avancer la société politique : l'espace politique est mis en scène avec une méthode qui ne l'abandonnera plus. Le constitutionnalisme est d'abord une expression de cette méthode.

B - Une marque du positivisme juridique.

10. Comme ils avaient désiré soumettre la liberté à l'ordre, les libéraux cherchèrent à soumettre la force au droit. Malgré leur réticence évidente à l'égard de ce principe, ils durent nolens volens adopter le positivisme juridique, c'est-à-dire concevoir le droit comme une norme émanant de l'expression d'une volonté spécialement habilitée à le faire (36). Ne dit-on pas d'ailleurs que l'âge d'or du constitutionnalisme a correspondu à l'âge d'or du positivisme ? (37).

Le positivisme des libéraux constitutionnalistes n'est pas entier, ou, en tant que méthode de création du droit, il ne va pas jusqu'au bout de sa logique. La loi constitutionnelle positive, toujours soumise à un fait moral supérieur, ne se distingue des lois ordinaires que par la consécration d'un pouvoir constituant originaire ; elle n'épuise pas en outre tout le champ de l'action politique, en étant loin d'établir un ordre juridique exhaustif. Mais les libéraux n'en ont cure : ce qui compte pour eux, c'est de poser une règle minimum de contrainte du pouvoir. Longtemps, l'oeuvre constitutionnelle a procédé d'une telle présomption.

11. Une invention du génie français fut la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, proclama Sieyès, qui la faisait remonter à 1788 (38). Sans doute ce critérium premier qui permet de définir la notion de Constitution avait déjà fondé la théorie dite des lois fondamentales pour les juriconsultes des XVII^e et XVIII^e siècle (39). Il devient, dans la période révolutionnaire, mieux exprimé et plus protégé. Les constitutionnalistes y souscriront entièrement.

Pour que la Constitution eût une force juridique, il fallait en effet que le législateur ordinaire n'eût pas le pouvoir de la toucher, de faire ou de défaire la loi constitutionnelle. Ce raisonnement a subi de nombreuses entorses, essentiellement et c'est ce qui apparaîtra tout d'abord paradoxal, dans le régime politique vanté par les premiers constitutionnalistes, le régime représentatif.

R. Carré de Malberg démontra ce paradoxe dans son analyse célèbre de La loi, expression de la volonté générale (40). Constatant à son époque que la Constitution représentative (de 1875) n'avait justement pas établi de séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, c'est-à-dire avait confondu la volonté représentative et la volonté générale dans l'élaboration de la norme constitutionnelle, le maître strasbourgeois remonta jusqu'à la contradiction que nourrissait la théorie révolutionnaire, car celle-ci n'envisageait le pouvoir constituant qu'exercé par représentation (41), pour dénoncer comme une implication objective du régime représentatif la "mainmise du Parlement sur le pouvoir constituant" (42). Il chercha à imaginer une limite à cette mainmise par la rupture de l'identification de la loi avec la volonté générale, essentiellement par la reconnaissance d'une autorité ayant seule la qualité d'autorité constituante ; selon lui, cette autorité devait être le peuple (43). Est-ce à dire que le constitutionnalisme devait concevoir nécessairement le moyen de l'appel au peuple comme pouvoir constituant autonome ? Ce n'est pas ce que pensera F.A. Hayek un demi-siècle plus tard.

12. Il est vrai que la logique du régime représentatif a toujours tendu à opérer une confusion entre les deux pouvoirs constituant et législatif, ou à en organiser une distinction factice. L'analyse du mode de révision constitutionnelle dans chaque Constitution tend à le démontrer. Quand le principe de la distinction a été adopté, dans la plupart des cas il a été déformé car il n'a consisté qu'en un dédoublement fonctionnel du Parlement, "en séparant en lui deux espèces de volontés ou de puissances, l'une qui s'exerce sur la législation ordinaire, l'autre qui est capable de toucher aux lois constitutionnelles" (44). Ainsi des constitutions où l'initiative de révision est revenue à une simple législature (1795, 1848, 1946) ou à trois législatures (1791), voire aux deux chambres séparées (une option en 1875, une option en 1958), tandis que l'assemblée de révision était une législature ordinaire (1791 (45), une option en 1946), les deux chambres réunies (1875) ou séparées (une option en 1946, 1958), ou très exceptionnellement une assemblée ad hoc (1795, 1848).

Le pouvoir parlementaire pouvait être contraint par la règle de majorités qualifiées, afin de démarquer sa fonction constituante de sa fonction législative, ou résider dans un mélange des élus, ce qui pouvait aboutir à la formation de majorités inédites, distinctes des majorités émanées de chacune des deux chambres (46), c'était bien à lui qu'était attachée la procédure de révision constitutionnelle. Quelques-unes

de ces Constitutions ont pu organiser une ratification ad referendum du vote parlementaire constituant (1795, une option en 1946, une option en 1958), le pouvoir parlementaire n'a pas été dessaisi puisqu'au contraire à chaque fois le recours au referendum a été soumis à une autorisation préalable objective des parlementaires (47). L'élaboration des Constitutions était confiée à des Assemblées constituantes souveraines, celle de 1789 qui allait commencer le cycle des essais constitutionnels révolutionnaires, celles de 1871, d'octobre 1945 et de juin 1946 fondant trois Constitutions républicaines. Les représentants du souverain se sont toujours attribués les pouvoirs du souverain, ils ont légiféré au plan constitutionnel à sa place comme ils légiféraient ordinairement : "l'assemblée dite de révision n'était pas d'une autre essence que les Législatures ordinaires" (48).

Les seules Constitutions à avoir prévu un pouvoir constituant entièrement indépendant sont la Constitution montagnarde de 1793, où l'initiative de révision appartient au peuple et la ratification de la révision de même, à la suite du vote du projet constitutionnel par une Convention spéciale, et les Constitutions napoléoniennes dominées par le principe de l'appel au peuple (49). Ce sont donc celles qui confient au peuple tout entier le soin de vouloir et de faire l'oeuvre constitutionnelle. Curieux paradoxe au total que de constater que le constitutionnalisme ne doit supposer théoriquement qu'une révision constitutionnelle par la voie démocratique pour refouler le pouvoir parlementaire prédominant, alors qu'il a toujours été synonyme dans les esprits de construction constituante par la voie représentative (50). Mais c'est ainsi, et il pourrait bien y avoir une révision opérée par des règles contraignantes spéciales au coeur de la procédure parlementaire, tant que la ratification échapperait au peuple il n'y aurait pas d'authentique consécration d'un pouvoir constituant autonome du Parlement et partant de tout pouvoir représentatif (Exécutif dans certains cas). C'est la conclusion à laquelle aboutit R. Carré de Malberg (51).

13. Conclusion contestée par les libéraux, qui croient toujours en la vertu de la spécialisation fonctionnelle des institutions représentatives. On verra quelle est la démonstration faite par les libéraux de la nécessité de cette spécialisation (52), ce qui est certain c'est qu'ils ne peuvent raisonnablement passer outre la contradiction et le blocage identifiés par R. Carré de Malberg, qu'ils reconnaissent d'ailleurs (53), que par cette foi en la spécialité fonctionnelle. F.A. Hayek abondera dans ce sens.

Pour lui, l'élaboration et la révision de la Constitution doivent être confiées à un organe représentatif spécifique. Cette spécificité serait en elle-même la garantie de la distinction de la tâche du constituant par rapport à la tâche du législateur : législation constituante et législation non-constituante (54) seraient confiées à un "système à (étages distincts) d'organismes représentatifs" (55).

Cette vision théorique est-elle plus conforme à l'expérience constitutionnelle que la vision finale retenue par R. Carré de Malberg ? Certainement oui. Le constitutionnalisme, se pense en effet d'abord comme la conception d'un pouvoir constituant spécialement affecté à un organe représentatif. La démonstration libérale peut être utopique, car la spécialité fonctionnelle du législateur constituant peut s'avérer vaine en étant confondue à la généralité du législateur ordinaire, comme R. Carré de Malberg l'a justement montré, elle demeure la base fondamentale de la croyance des constitutionnalistes en une protection de la norme constitutionnelle. Elle sera complétée ultérieurement par l'institution d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, lequel d'ailleurs, en ayant pour objectif de sanctionner tout manquement à la puissance de la législation constituante par la législation ordinaire, procédera de l'acte de foi en la spécialité fonctionnelle de celles-ci.

14. Attaché à cette démonstration du libéralisme, le constitutionnalisme a pu paraître aussi en être victime. Il a correspondu à une formalisation très avancée des conditions d'exercice du pouvoir, mais celle-ci a été bien vite dépassée, et les constitutions modernes n'ont pas toujours abouti particulièrement à fixer toute la réalité du pouvoir politique. Il n'est que de lire la littérature juridique contemporaine pour mesurer les doutes et les questions qu'a pu soulever à cet égard la méthode constitutionnaliste. G. Burdeau notait en 1956 : "On peut se demander si le concept de Constitution n'est pas à ce point solidaire de la philosophie rationaliste qui l'a conduit à sa perfection, qu'il n'a plus cours à une époque où les seules valeurs dotées d'un prestige social sont celles qui magnifient la vie dans ses forces élémentaires et spontanées" (56).

La Constitution formelle n'exprimerait pas toute la vie politique, ou du moins elle ne l'exprimerait plus aussi efficacement qu'à l'âge d'or. Il y a une explication primaire et une explication fondamentale de cela.

15. L'explication primaire est de relever que d'une part de nombreuses règles matériellement constitutionnelles lui

échapperaient (c'est-à-dire des règles constitutionnelles par leur objet). Par exemple, le mode de scrutin pour les élections législatives n'aurait régulièrement jamais été édicté par l'autorité constituante mais par le législateur ordinaire. On sait en effet qu'en France on a joué des lois électorales en dehors de la Constitution - sauf de la loi électorale pour le Sénat de 1875 à 1884 (57) - pour des raisons d'opportunité, et qu'au cours d'une Constitution plusieurs modes de scrutin ont été retenus par un vote parlementaire ordinaire, non nécessairement contraint de surcroît par le cadre de la loi organique (58). La loi électorale concerne pourtant manifestement les dispositions constitutionnelles d'un Etat. On a sacralisé l'attachement à des modèles idéaux de Constitution, sans que jamais un de ceux-ci ne définisse des garanties dans la procédure d'élaboration des systèmes électoraux (59).

D'autre part, la Constitution formelle aurait renfermé des règles non matériellement constitutionnelles. Les deux exemples cités le plus souvent sont celui de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII relatif aux poursuites contre les fonctionnaires, et celui de la loi du 10 août 1926 attribuant un caractère constitutionnel à l'autonomie de la caisse de gestion des bons du Trésor et d'amortissement de la dette publique ; le premier serait plutôt une règle de droit administratif, et d'ailleurs un simple décret-loi du 19 septembre 1870 l'a abrogé, tandis que le second regarderait l'organisation financière de l'Etat : aucun n'est en tout cas susceptible d'être rattaché à la question de l'organisation constitutionnelle de l'Etat. Pourquoi alors les avoir constitutionnalisés ? Uniquement pour les protéger, les mettre à l'abri de la législation ordinaire dou du pouvoir réglementaire, auxquels pourtant matériellement ils appartiennent.

En bref, la notion formelle de Constitution ne correspondrait pas à sa notion matérielle. Et parce que la notion formelle ne tiendrait pas compte de la notion matérielle, ne l'incluerait pas entièrement ou la dépasserait certaines fois, celle-ci devrait être certainement la seule à prendre en considération (c'est ce que fut amené à penser Ad Esmein (60)) ou en tout cas les deux notions s'exclueraient logiquement selon le droit positif (c'est ce qu'avait affirmé dans sa critique des analyses d'Ad Esmein, M. Waline (61)). Voici les conclusions de la doctrine, que l'on pourrait autrement résumer : la conception formelle se serait durablement discréditée en ne recouvrant pas in extenso le domaine constitutionnel ratione materiae.

16. Il y a une explication fondamentale à ce phénomène. La vie constitutionnelle d'un pays se serait élargie à de multiples facteurs, tandis que sa loi constitutionnelle serait restée assignée à décrire les mêmes institutions, les mêmes fonctions. La vie n'aurait plus ainsi recoupé la loi ; la vie, ce serait : tous les acteurs, les partis, les hommes, et des contraintes para-constitutionnelles liées à la conduite de ces acteurs et au fonctionnement des institutions, et non forcément, ou non directement, aux dispositions initiales édictées par le constituant. La loi ne serait plus qu'un statut protecteur minimum du pouvoir et des règles que celui-ci a voulu en un temps déterminé immobiliser. Une discipline scientifique aurait particulièrement contribué à le démontrer : la science politique, ou, si l'on préfère, la sociologie appliquée à la vie politique et juridique de l'Etat (62).

Mais les approches sociologiques de la vie constitutionnelle de l'Etat se situent au-delà de l'étude du statut du pouvoir ; or, c'était cette étude seule, à la fois restrictive et authentique, que permettait la notion formelle de Constitution. Elles envisagent, à l'opposé de l'approche classique, non pas les procédures constitutionnelles, mais la pression institutionnelle que produisent ces procédures, et en même temps elles s'autorisent à affirmer que certaines des contraintes systémiques engendrées par ces procédures comptent plus qu'elles. Il n'est que de voir l'analyse présentement faite de la Constitution de la Vème République : le jeu constitutionnel se résoud à des "combinatoires institutionnels", c'est-à-dire à des combinaisons multiples de contraintes naissant d'institutions objectives tels le mode de scrutin législatif, l'élection présidentielle au suffrage direct, la dissolution discrétionnaire de la chambre basse, le referendum, la motion de censure, etc. (63). L'approche sociologique, reposant sur des évolutions factuelles qu'elle s'efforce de regrouper, se veut être systémique, mais le système constitutionnel final n'a pas grand chose à voir avec la norme constitutionnelle initiale : celle-ci est donc facilement, trop facilement déclassée. Le système politique peut-il pour autant détrôner la Constitution nominale ?

17. Ces deux critiques faites au caractère restrictif de la construction constitutionnaliste mésestiment quelle fut l'intention réelle de ses premiers adeptes. Il n'y avait chez eux nulle prétention de se saisir de toute la vie politique dans le corps d'un texte ; il s'agissait bien plutôt de n'établir qu'une référence minimum. Mais à cette référence il fallait que tous les pouvoirs se tiennent, car elle seule exprimait

l'essentiel de ce à quoi il fallait tenir. La faiblesse que l'on a reproché aux Constitutions rationalistes françaises était déterminée en fait par la modestie du projet qu'avaient voulu poursuivre leurs rédacteurs ; de B. Constant à F.A. Hayek, la limite sage de l'empire des Constitutions est réaffirmée comme un principe de modération politique, voire de limite du politique lui-même (64).

L'approche sociologique s'établit ainsi sur des critiques peu pertinentes. On a de surcroît l'impression que par cette approche la notion de Constitution devient une somme de tendances purement factuelles, qu'elle se fait par l'interprétation exclusive des effets produits par les normes positives. Ces effets ne consistent pas seulement dans les résultats offerts par la pratique de la Constitution mais dans la perception que l'on peut avoir desdites normes. Mais les causes demeurent, les dispositions telles qu'elles sont énoncées dans la loi constitutionnelle, et c'est ce qui suffisait aux premiers constitutionnalistes. Elles peuvent d'ailleurs produire des effets différents selon les contextes, déjouant presque à chaque fois les données du système politique élaborées par la pensée déductive des sociologues ; on notera à cet égard combien le contexte de cohabitation entre deux majorités opposées dans les institutions de la Vème République a entraîné un autre système que celui déduit du contexte du fait majoritaire double (65).

Les normes positives comptent seules, puisque c'est à partir d'elles que toute situation politique donnée naît, se développe et meurt. Le dépassement du texte par ses effets ne peut pas être retourné contre lui : les seules dispositions authentiquement normatives sont celles émanées de lui, les lois objectives de fonctionnement des institutions et de comportement des individus qui en sont déduites ne le sont nullement. Elles sont peut-être, à l'appui du texte immobile, comme les propositions découlant du courant d'idées coutumier du constitutionnalisme, et selon la terminologie duguiste, des règles constructives des règles impératives, elles ne sont pas impératives (66).

On doit penser ainsi que l'ordre juridique tracé par la notion formelle de Constitution est en lui-même exhaustif. Il faut simplement savoir ce qu'il faut en attendre, et ce que cet ordre juridique positif ne peut que dire. Tout ce que l'on peut traduire par ces deux constats : d'une part, ce que dit la Constitution n'est que ce qui est essentiel à la Constitution d'un Etat (elle définit le statut des institu-

tions politiques et le rôle respectif de chacune dans l'exercice des fonctions étatiques, mais qu'elle oublie de mentionner certaines questions constitutionnelles par leur objet, ou qu'elle mentionne certaines qui ne le sont point, n'a d'autre signification que de refuser ou d'affirmer la protection qui résulte de la constitutionnalisation); d'autre part, toute Constitution a un effet de système propre, qui varie selon l'application qui est faite de ses dispositions dans certaines circonstances, mais cet effet, s'il est plus riche pour embrasser, comprendre voir condenser toute la réalité constitutionnelle matérielle, est hors la Constitution et non dans elle (que cet effet de système soit parfois intimement lié au corps de la Constitution ne peut pas permettre de présumer une identité de force juridique, ni un renversement des priorités).

C'est du moins ce que postule le constitutionnalisme. L'effet sociologique lato sensu, comme la pratique, l'esprit et la coutume, ne sont que subsidiaires à la norme originelle. Celle-ci a d'ailleurs souvent des richesses qu'une exégèse stricte suffirait à découvrir : le commentaire d'une Constitution peut, sans recourir aux figures synoptiques et synthétiques de la politologie moderne, exprimer justement les aspects stratégiques de dispositions fixes. M. Georges Vedel a, en marge des analyses scientistes de la vie politique, parlé à l'endroit des pouvoirs du Président de la Vème République d'attributions distinctes des prérogatives (67) ; M. Michel Troper a présenté la conception mécaniste qui devait permettre d'envisager la Constitution de 1958 comme un système de règles déterminant le "fonctionnement global du régime" à partir de la "somme des stratégies des acteurs" (68) ; avant eux encore, B. Constant avait su analyser avec une grande dynamique les ressources de l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, - sans qu'il lui fût besoin à eux tous de se poster dans la construction systémique d'un David Easton (69).

Le texte constitutionnel définit une norme qui renferme en elle-même l'essentiel des questions stratégiques que les faiseurs de système politique lui disputent. Sa matière est suffisante pour savoir ce qu'il est essentiel de savoir des options des constituants ; les interprétations des politistes viennent de surcroît. Il est en tout cas évident que ceux-ci ne peuvent ni dépasser ni remplacer ceux-là, car l'oeuvre constitutionnelle est absolue sitôt est-elle formalisée, même si elle n'est pas définitive. C'est du moins la conception des constitutionnalistes libéraux, dont procèdent toujours les Constitutions positives modernes.

C - Une transaction entre opinions contraires.

18. Un nouveau postulat des libéraux va influencer l'oeuvre constitutionnelle : leur croyance en ce que l'état général de liberté a été produit par une lutte entre les différents éléments de la société (70). Autrement dit, l'élaboration de l'assise constitutionnelle de la liberté politique s'est faite par une lutte, une transaction entre des intérêts et des opinions contraires.

Le constitutionnalisme reconnaît et intègre cette transaction. Il est faux de présenter la genèse d'une Constitution à travers une querelle d'écoles sur les vertus de tel ou tel mécanisme constitutionnel ; si cette querelle a bien eu lieu, dans la plupart des cas elle n'a fait qu'exprimer le rapport de forces d'opinion qui lui était sous-jacent. En soi, elle n'a pas eu de grande signification. Ce caractère transactionnel fonde l'entreprise de constitutionnalisation à l'origine, et durant l'évolution de chaque Constitution il sera renouvelé ou espéré toujours par la recherche du consensus.

A l'origine, l'établissement d'une Constitution consiste dans l'action d'un pouvoir contre un pouvoir. Si cette action contradictoire est surmontée par un compromis entre les pouvoirs, la Constitution fait figure plus que de statut d'un Etat, de charte d'une Nation. Elle repose sur un accord entre les forces de la Nation, qui la met à l'abri de toute contestation immédiate après son application. Hors la loi de ce compromis, il n'est point de salut pour le constitutionnalisme. Il s'avère en effet, pour confirmer ce pari philosophique et cette conviction politique des libéraux, que seules les Constitutions transactionnelles ont duré ; celles dont l'élaboration s'est faite à partir d'un faussement de caractère transactionnel n'ont pas duré.

19. Deux Constitutions de la France seulement ont été, dans leur principe et leur contenu, transactionnelles : il s'agit des Constitutions de 1875 et de 1958. Auparavant, seule peut-être la Constitution de 1791 a pu être transactionnelle : l'on perçoit, dans les travaux de la Constituante, une ligne médiane au sein des conceptions du groupe majoritaire : laisser l'institution royale, mais la limiter ; accepter le principe monarchique mais le constitutionnaliser (71). Dans le corps de la Constitution, apparaissent deux organes représentatifs : le corps législatif et le roi, indépendants l'un de l'autre, quoique judicieusement inégaux (72). Le caractère et les menées du roi, ainsi que la crispation très rapide

des représentants du Tiers-Etat à l'Assemblée nationale législative, ont déséquilibré et ruiné l'édifice précaire réalisé le 3 septembre 1791 (73).

Plus avant, les lois fondamentales du Royaume ont pu être présentées également comme résultant d'un compromis entre deux forces du pays en présence : la noblesse et le monarque. Maurice Hauriou pensait que "(c'était) le contrepoids de la noblesse qui (avait obligé) le monarque à accepter les lois fondamentales" (74). Version sans doute idéaliste de l'histoire, qui pourtant était déjà avancée par Montesquieu (75), mais il est évident que les lois fondamentales intéressaient tout le royaume et étaient faites pour tout le royaume à l'encontre de l'arbitraire du prince (76). Elles ont en outre duré tant que les quelques limites à cet arbitraire qu'elles instimaient furent jugées suffisantes.

Depuis 1791, seules les Constitutions de 1875 et de 1958 ont en tout cas revêtu un caractère authentiquement transactionnel. La première et la meilleure preuve pourrait être apportée par l'infirmité structurelle de ces textes, qui n'ont de surcroît pas une grande logique d'ensemble, à l'opposé des textes constitutionnels non-transactionnels qui sont, comme nous le verrons, habités par une logique incontestable, étant le produit d'idées formées dans un milieu fermé. 1875 est née entre deux spectres, le spectre du gouvernement révolutionnaire et le spectre du pouvoir fort, qu'elle a tous deux expiés (77), et seule sa pratique donna ses lois au gouvernement républicain (78). 1958 est née sans doute de la volonté d'un homme, mais elle a laissé coexister en son sein deux principes concurrents, voire alternatifs, qui n'ont été et ne seront prédominants successivement que selon la pratique qui sera faite du texte (79).

Le caractère transactionnel des trois lois de 1875 apparaît conjoncturellement comme on le sait dans le compromis entre les monarchistes impuissants et les républicains ressaisis par le défi de l'élection partielle du 24 mai 1874, qui scelle une victoire - épouvantail du bonapartiste Bourgoing dans la Nièvre (80) ; il apparaît surtout, structurellement, dans la combinaison qui est réalisée pour la première fois entre la République et le parlementarisme (81). Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, intervenant après une greffe durable des institutions parlementaires sur le régime constitutionnel de la France, elle ne peut pas les ignorer ; elle a correspondu à un dessein très circonscrit de restauration de l'autorité de l'Etat par l'exaltation du chef de l'Etat,

mais elle a dû composer avec les institutions parlementaires (82). Au total, et on le verra mieux encore en analysant l'alternative des éléments de régime parlementaire et de régime présidentieliste au coeur des dispositions du texte (83), il y a eu transaction.

20. Entre l'ébauche de Constitutions transactionnelles avant 1789 et en 1791, et les deux Constitutions de 1875 et de 1958, le constitutionnalisme sombrera longtemps dans un unanimité de conception constitutionnelle, qui sera fatal à tous les régimes "essayés". L'établissement d'une Constitution ne consistera plus dans l'action d'un pouvoir contre un pouvoir : le pouvoir ne voudra plus limiter le pouvoir, mais être unique. Six expériences constitutionnelles vont avoir lieu sans aucun caractère transactionnel.

Ces Constitutions échoueront toutes parce qu'elles seront le fait de sociétés politiques ou d'acteurs institutionnels fermés ; aussi seront-elles souvent de beaux modèles de logique constitutionnelle, sans grand souci de la pratique ; elles n'auront par là aucun caractère durable, ne résultant que des desseins temporels, le plus souvent réactifs, de quelques hommes ou d'un homme cherchant à légaliser son pouvoir pour ne pas le partager, ni le perdre.

C'est d'abord le cas des deux Constitutions votées par la Convention (84). La Convention n'a jamais cessé d'être composée de révolutionnaires exclusivement, jusqu'à pénétrer pour les 2/3 les deux assemblées électives de 1795 : 1793 n'aura pas compté, 1795 aura institué, minutieusement et dans un souci d'organisation très poussé, une mauvaise Constitution, soi-disant compromis, mais compromis en réalité de peurs partagées par les mêmes hommes, et non de principes alternatifs.

C'est ensuite le cas des Constitutions napoléoniennes, de la Constitution de l'an VIII qui en est le centre et la référence, les autres n'étant que des actes additionnels à cette Constitution, dont l'acte du 22 avril 1815 (85). Quand on demandait, à propos de la Constitution de l'an VIII : "qu'y-a-t-il dedans ?", on répondait : "un homme, Bonaparte" (86). Lui seul a imposé ses vues contre le droit à une vie politique authentique revendiqué par les concepteurs du régime représentatif, sans transiger et en l'usurpant : il a étouffé son temps pour, en suspens, vivre sur une Constitution dont il n'avait ni besoin ni grand souci. Il n'a pas négocié avec l'esprit de son temps, au delà du moment initial : le 18 brumaire, et en deça de sa fin : les Cent jours.

C'est encore le cas des monarchies constitutionnelles qui tenteront derechef de nier les progrès et les aspirations du temps : la charte constitutionnelle du 4 juin 1814 se coupe de toute représentation nationale en restaurant la légitimité monarchique et en affaiblissant l'institution parlementaire (87) ; la charte du 14 août 1830, quoique reposant sur un pacte signé par le roi et la nation, c'est-à-dire acceptant, à l'inverse de la charte octroyée par Louis XVIII, le principe de la souveraineté nationale, se privera de tout accord avec le pays réel, en gageant l'ouverture à la souveraineté nationale par la fermeture du suffrage censitaire, et en étouffant la revendication réformiste relative au Parlement et à la loi électorale (88). La monarchie constitutionnelle a été déchirée entre l'opinion de son temps (le gouvernement représentatif) et les principes d'un autre temps (non pas tant le règne d'un roi que le principe d'un pouvoir réparti entre des influences où l'Ancien Régime avait droit de cité : pairie, etc.) : entre le droit de la nation et le droit héréditaire, entre le parlementarisme et un certain despotisme (89). L'opinion l'a renversée pour n'avoir pas su lui faire une meilleure part.

C'est le cas de la Constitution du 4 novembre 1848, qui fut le produit utopique et déséquilibré d'une Assemblée constituante, et, en son sein, d'une commission de Constitution, mélangées sans grand dynamisme, plutôt unanimement apeurées par la pression extérieure et vides de toute alternative réelle dans le débat juste esquissé, comme la Constitution de 1795 (90). Elle a échoué par les manoeuvres imaginées contre elle pour déjouer la séparation des pouvoirs qu'elle avait elle-même organisée : des manoeuvres extérieures à la Constitution, par le moyen du suffrage plébiscitaire. Et c'est le cas des Constitutions du 14 janvier 1852 et du 21 mai 1870 qui toutes deux, bien qu'à des degrés différents, ne cachent pas d'être des textes pour un prince : si à partir de 1860, et surtout du sénatus-consulte de 1870, il s'opère une authentique transaction dans les principes, la tentation plébiscitaire et le principe héréditaire subsistent qui faussent cette transaction (91).

C'est enfin le cas de la Constitution du 27 octobre 1946 - et l'on pourrait dire davantage du projet de constitution du 19 avril 1946 -, compromis issu du milieu clos de la représentation parlementaire, et non transaction entre ce milieu et le Général de Gaulle : dans la commission de Constitution, entre le MRP assez favorable au discours de Bayeux mais ne représentant pas par lui-même d'école de pensée constitu-

tionnelle assez ferme face aux deux autres composantes du tripartisme, et le PC qui s'en tient au projet d'avril, la SFIO réalise une synthèse précaire, qui annihile surtout les propositions médiatrices du MRP. Contraire au voeu exprimé par les Français (92), cette Constitution instaure un régime qui, même s'il reposera en partie sur des pratiques extra-constitutionnelles (93), est dans la lettre condamné par son déséquilibre interne ; le parlementarisme est un régime politique a-transactionnel (94).

21. Le plus grand nombre des Constitutions de la France n'a donc pas reproduit, traduit et neutralisé, de l'intérieur, l'antagonisme des forces d'opinion en présence. Par là, elles ont échoué ; la discontinuité du droit constitutionnel français est issue directement de ce phénomène (95).

L'antagonisme de ces forces était bien pourtant la donnée politique française qui ne pouvait être négligée. C'est elle qui explique la nécessité du caractère transactionnel. De 1789 à 1944, voire 1945, elle a été exprimée par deux tendances bien marquées, se positionnant essentiellement par rapport aux principes de la volonté générale et de la souveraineté nationale (96). Juste après la seconde guerre mondiale, on a pu penser à un moment à une redistribution des courants d'opinion, avec l'isolement du PC, le progrès de la démocratie chrétienne, les ambiguïtés des choix partisans et surtout de la représentation parlementaire du gaullisme, et encore la situation inédite du radicalisme, le tout exacerbé par la proportionnelle (97). De 1958 à nos jours, le scrutin majoritaire a forcé à revenir à l'expression bipolaire antérieure, que l'introduction provisoire de la représentation proportionnelle n'a pas pu même anéantir.

Le constitutionnalisme se fixe définitivement sur cet enjeu transactionnel. Il n'est de Constitution viable et juste, que transactionnelle. Cet enjeu permet en outre de remonter aux sources de la fondation de l'Etat révolutionnaire, le contrat social, dont le constitutionnalisme n'est qu'une "métaphore" (98). Le constitutionnalisme est, sur la base de cet enjeu, une construction contractuelle.

L'analyse dominante le présente comme tel : une Constitution exprime un rapport de forces, si celui-ci est équilibré la Constitution rencontre une unanimité : Karl Marx expliquait ainsi l'attitude des conservateurs et des républicains qui en 1870 voulurent "se prévaloir à bon droit de la Constitution (de 1848)", parce que "chaque paragraphe (contenait) sa propre

antithèse, sa Chambre haute et sa Chambre basse : dans le texte la liberté, dans la marge la suppression de cette liberté" (99). Cette qualité transactionnelle peut être délibérée, comme le montre particulièrement à l'étranger la Constitution des Etats-Unis (100), ou non, c'est-à-dire naître d'un accomplissement historique, comme en Grande-Bretagne ; il faut qu'elle soit. Elle prime même indiscutablement sur l'exigence d'harmonie constitutionnelle, et ce n'est là sans doute pas le moindre des paradoxes des constitutionnalistes.

On sait qu'ils travaillent en principe pour un ordre rationnel, mais ils admettent qu'historiquement l'important est la résolution du conflit d'opinions. Or cette résolution, qui passe par une négociation, ne peut que produire des textes imparfaits, voire incomplets. Cette contradiction du constitutionnalisme se retrouve dans l'expérience constitutionnelle française ; les libéraux l'ont faite, bien qu'ils aient pensé que la lutte pouvait déboucher sur un accord rationaliste, comme la synthèse survient après le choc de la thèse et de l'antithèse. Ils jugeaient surtout qu'une Constitution qui s'aliène une partie de l'opinion perd un de ses membres, et par ce point de vue, qui a et est toujours partie prenante de leur discours, ils souhaitaient maintenir l'ordre constitutionnel en phase avec l'opinion de leur temps.

22. Ainsi l'on constatera que le constitutionnalisme, création rationaliste d'un ordre positif, exclusivement entre les mains d'une élite sûre de ses responsabilités historiques, s'est progressivement et par nécessité ouvert à la dimension d'une oeuvre transactionnelle et compromissaire. Que l'on ne voit pas là une preuve de sa décadence ou de sa rupture avec l'idéal des premiers libéraux ; l'idéal a été maintenu, mais l'élite a cessé d'être coupée de la société, a été assimilée par elle et a en même temps civilisé le peuple.

Marqué par l'institution monarchique au début du XIXe siècle, le courant d'idées constitutionnaliste en a été délivré peu à peu. Il est resté ce dépôt de libéralisme au fond de ses constructions juridiques, qui témoigne des intentions fondamentales et du pari contingent qui lui sont liées ; toute constitution positive qui veut s'organiser rationnellement et être acceptée par toutes les tendances de l'opinion reprend nécessairement à son compte cet enjeu libéral.

II - Une formalisation des thèses de la politique libérale

23. Quelle est la matière du constitutionnalisme ? Après avoir étudié les éléments de la méthode qui l'a érigé, il

convient d'analyser à présent quel est le contenu et quel est, par ce contenu, le sens du constitutionnalisme ?

Ce contenu est déterminé par deux objectifs : constituer un espace de la société civile qui soit autonome par rapport au politique, agencer les institutions de façon à réaliser un ordre équilibré du politique. Et c'est bien là le caractère le plus inédit, à la fois le moins fortuit et le plus nécessaire, du constitutionnalisme, car c'est par la seule loi de ce contenu, par son économie seulement qu'il comptera en grande partie donner initialement une valeur suprême effective à la Constitution.

Les principes nés de la Révolution française seront naturellement à la base de son oeuvre, ils seront réaffirmés à chaque étape du régime constitutionnel, mais aussi transformés, modelés par le constitutionnalisme. Celui-ci opérera finalement une médiatisation de ces principes originaires du nouvel ordre politique, car progressivement il cessera de n'exprimer qu'une technologie neutre de limitation du pouvoir pour avoir une substance propre.

A - L'autonomie de la société civile

24. La société civile doit être autonome du pouvoir public. Tel est le premier axiome du constitutionnalisme, inhérent à la réflexion des libéraux sur les limites du pouvoir face aux droits des individus. Cette réflexion portera d'abord sur la notion de souveraineté.

Les acteurs de la Révolution française héritèrent de la conception de Jean-Jacques Rousseau de la souveraineté ; tout ce qu'incarne celle-ci sera odieuse aux constitutionnalistes libéraux, et d'une manière générale au constitutionnalisme. Mais ce sont les libéraux qui montreront le chemin de la négation et du dépassement de la souveraineté populaire.

Pour eux, l'existence même d'une souveraineté sur terre est inconcevable. Aucune autorité ne peut en effet se réclamer d'une légitimité qui soit inaliénable, car ce genre de légitimité, fut-elle puisée dans le temps ou dans le nombre, n'appartient qu'à l'infailibilité ; or, l'infailibilité n'est pas de ce monde (101). De ce postulat, proclamé à l'envie tant par F. Guizot (102) que par F.A. Hayek (103), il résulte deux conséquences : d'une part, aucun gouvernement ne peut se confondre avec le souverain, d'autre part la souveraineté se fait, qui peut exister tout de même quand la force prime le droit, doit être divisée.

La souveraineté est indépendante de tout gouvernement. Aucun principe de gouvernement ne peut ainsi se l'arroger. Dans les sociétés primitives, l'indépendance a bien sûr été de nombreuses fois ruinée par l'état naturel de prééminence des forts sur les faibles (104) ; mais justement l'ère constitutionnaliste ne peut pas tolérer cette sorte de domination, car de toute façon la force n'est pas un gouvernement (105), et par la force il n'y a pas de gouvernement (106). Le gouvernement constitutionnel est autrement dit fixé sur des principes et des valeurs qui n'ont aucun rapport avec le présupposé droit de conquête et de commandement des forts ; obéissance est due à la loi et non à l'épée.

Quand bien même il existerait une puissance de fait sur terre, celle-ci devrait être limitée par un morcellement de ses attributs : la souveraineté de fait sera nécessairement divisée. Il faudra alors nécessairement organiser, comme le dit F. Guizot, "une subordination réciproque de pouvoirs égaux et réciproques" (107). Les libéraux développeront sur ce chapitre la thèse fameuse de la séparation des pouvoirs (108).

Ce qui importe en fin de compte est de dénier tout droit de cité à la souveraineté terrestre, afin que le pouvoir public ne soit pas tenté de la rechercher, et, en la rencontrant, de gouverner par l'arbitraire. Le pouvoir souverain est en effet un pouvoir qui ne s'estime lié que par sa volonté : ce qu'édicte sa volonté est la seule loi ; il n'est donc plus d'autre loi dans la société que sa volonté ; il n'est plus de loi immuable en somme. A quoi peut être reliée l'organisation sociale ? Question essentielle, qui donne la réponse du néant. La souveraineté terrestre d'un pouvoir est un éternel recommencement des bases de la société, elle est une destruction de tout ordre social (109). La société civile n'existe plus à part du principe souverain, elle subit les immixtions du pouvoir qui gouverne selon ce principe ; elle est proprement niée en tant que telle.

Voilà ce que refusent précisément les libéraux, et ce refus s'inscrit dans le droit fil de leur pensée constitutionnaliste car toute puissance souveraine illimitée est d'abord une négation de l'ordre constitutionnel, qui est ensuite une négation de l'ordre social. La Constitution, étant, en tant que valeur essentielle en laquelle se reconnaissent tous les pouvoirs, un facteur de stabilité de l'ordre social, la nier, c'est nier cet ordre. Reconnaître au contraire la valeur de la Constitution c'est spontanément créer de l'ordre dans la société.

L'existence propre de la société civile passe donc par le besoin de Constitution qui seul peut préserver des abus du pouvoir public. Tel est de l'extérieur le mérite que l'on doit attribuer à la Constitution, pensent les libéraux : incompatible avec l'idée de souveraineté, elle permet de croire en une autonomie de la société par rapport au pouvoir ; le constitutionnalisme est lié intrinsèquement à leur espoir.

25. Mais de l'intérieur la Constitution doit aussi protéger la société civile. Comment ? Par la proclamation d'un patrimoine de libertés publiques commun à tous les individus, au coeur de déclarations de droit introduisant le texte constitutionnel ou contenu en lui sous la forme de garanties de droit.

De ce mécanisme double devait émaner le principe selon lequel les libertés ne peuvent s'exercer que dans les conditions fixées par la Constitution. La plupart des Constitutions françaises ne continrent pourtant que très peu de dispositions relatives aux droits des individus, à la différence de la Constitution américaine ou encore de nombreuses Constitutions occidentales récentes (110). Mais elles furent toutes ou presque précédées de préambules déclaratifs des droits valant ou compensant ces dispositions.

C'est le cas des Constitutions révolutionnaires de 1791 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) et de 1795 (introduite par une Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen) (111) : elles inaugurent un ordre de déclarations de principes que reprendront, dans la forme toujours de préambules, les textes constitutionnels attachés à la forme républicaine du régime (1848, 1946, 1958). La référence à cet ordre a-normatif sera si forte qu'elle parviendra à s'inscrire dans le coeur des Constitutions, pourtant non attachées à la forme républicaine du régime : la charte constitutionnelle de 1814 comprend un titre premier énonçant le "droit public des Français", garantissant le principal des libertés mentionnées dans les déclarations révolutionnaires, la charte de 1830 conserve le droit public des Français, sauf deux modifications (112) ; les Constitutions napoléoniennes prolongent elles aussi le droit public de la Révolution, la Constitution de 1799 par son titre premier "De l'exercice des droits de cité", la Constitution de 1852 par son article premier, expéditif et incontestable. Un fonds commun de libertés et de droits publics sera proclamé dans toutes les Constitutions se suivant, après la date essentielle de 1789.

Ce fonds patrimonial de libertés des Français n'aura certes pas reçu la même valeur juridique dans chaque Constitution. Celle-ci aura en effet varié selon la consécration plus ou moins franche qu'aura voulu en faire chaque constituant, mais surtout selon que ce nouveau patrimoine de libertés aura été affiché dans des préambules ou dans le corps des Constitutions, en la forme de garanties des droits.

Les constituants qui eurent à organiser l'ordre constitutionnel de l'après-Révolution eurent des convictions libérales ou non, ce qui est incontestable c'est qu'ils ne purent contester les déclarations de droits que la Révolution avait produites, et qui allaient être synonymes du nouvel esprit des lois. Le paradoxe est que les Constitutions non républicaines ont parfois assuré une meilleure protection à ces droits issus du nouvel âge de l'esprit public que certaines Constitutions républicaines, en les intégrant systématiquement dans le corps de leurs dispositions divisées en articles. Il pouvait, et il peut être toujours dit qu'elles malmenèrent les libertés, celles-ci étant formellement exposées en garanties des droits eurent au moins une valeur juridique constitutionnelle. La Constitution de 1875 n'a comporté ni de déclarations de droits ni de garantie des droits (113). Ainsi, l'oeuvre révolutionnaire déclarative de libertés inviolables fut admise par tous, mais protégée différemment par chacun.

Pour mesurer cette différence, le critérium généralement adopté par la doctrine est de dissocier d'abord la valeur juridique propre aux déclarations des droits (listes solennelles de droits figurant en tête des développements constitutionnels, mais non incluses dans la Constitution proprement dite) et celle propre aux garanties des droits (listes plus ou moins solennelles, parfois simples indications de la compétence législative relativement à la définition du régime juridique des libertés publiques) ; elle est ensuite, parmi les différents préambules de déclaration de droits qui ont existé, de distinguer entre les préambules avant 1958 et celui de la Constitution de la Vème République. L'idée est que les droits révolutionnaires n'ont été protégés juridiquement que quand ils ont figuré en garanties des droits, sauf depuis 1958, ou plus exactement depuis 1970, voire 1971, où le préambule les énonçant a été confondu dans le bloc du droit positif constitutionnel (114).

Cette analyse est sans doute juste du point de vue du droit positif, elle ne l'est pas du point de vue du constitutionnalisme. L'intention des auteurs des premières déclarations,

et surtout de la Déclaration de 1789, était que celles-ci eussent une force contraignante évidente. Si les préambules étaient détachés du corps contingent des Constitutions, ce n'était qu'afin de les sauvegarder d'un état de droit de circonstance ; si les déclarations étaient hors les constitutions, ce n'était que parce qu'elles étaient au-dessus des Constitutions. Et elles pouvaient d'ailleurs être représentées matériellement dans les dispositions divisées en articles, c'est-à-dire comme des garanties des droits ; l'essentiel était qu'elles fussent en dehors parce qu'au-dessus, et supérieures parce qu'intangibles (115).

Cette force contraignante évidente était-elle une force juridique effective ? La doctrine qui engagea le débat le plus vif sur cette question, celle du début du siècle (116), fut partagée. Ad. Eismein et R. Carré de Malberg, en représentants indéfectibles du positivisme formaliste, nièrent qu'elles pussent avoir une quelconque valeur de droit : le premier jugeait que seules, justement, les garanties des droits, en étant intégrées dans la loi formelle de Constitution, étaient constitutionnelles (117) ; le second jugeait de même, parce que les garanties des droits "déterminent avec précision l'étendue et les conditions d'exercice du droit individuel", en excluant de l'emprise du droit positif les déclarations, dont aucune ne lui semblait avoir une quelconque priorité, ni surtout dont aucune n'avait pu subsister à l'abrogation des constitutions révolutionnaires qui les portèrent (118). L. Duguit et M. Hauriou, pour cette fois d'accord, proposèrent au contraire de reconnaître aux déclarations elles-mêmes une force juridique : la force d'une "loi supérieure à toutes les lois, même aux lois constitutionnelles" (119), une valeur de "légitimité constitutionnelle (...) qui est au-dessus de la superlégalité elle-même" (120).

Duguit et Hauriou ont simplement respecté l'intention des auteurs des deux premières, et de la première surtout des déclarations. Esmein et Carré de Malberg ont, quant à eux, relevé le défaut de formalisation juridique à la base des ou de la Déclaration révolutionnaire. Chaque école a raison, parce qu'elle argumente selon son propre critérium. Si l'on se réfère à présent, au critérium du constitutionnalisme il n'est nul doute qu'il s'agisse de celui de Duguit et Hauriou.

Le positivisme, tel qu'il est abordé par les constitutionnalistes, avons-nous déjà dit, n'est pas absolu. Ils n'ont en effet aucune foi dans l'opinion communément admise qu'il n'y a de règles coercitives que de règles positives ; ils n'ont

jamais voulu de ce fait lier la valeur juridique des textes suprêmes à une quelconque sanction externe qui pût les rendre effectifs.

Selon eux, doit-il être rappelé une nouvelle fois, une Constitution devait en bloc avoir un effet de droit. Leur pensée va toutefois évoluer, et, conscients plus tard de la nécessité de la sanction du texte, ils se rallieront à l'hypothèse positiviste (121). Il n'en demeure pas moins qu'à leurs yeux la force de ces déclarations de droit était leur solennité principielle, car ce qui comptait au début du XIX^e siècle était de s'affranchir de l'ordre ancien par la proclamation péremptoire de principes d'un nouveau droit naturel. Si ces principes ont gagné une force effective depuis l'intervention de Cours constitutionnelles et du Conseil Constitutionnel en France, ils ont cependant gardé leur valeur référentielle pure, ce qui était l'essentiel pour eux. En tout cas, avant l'intervention d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, ces principes n'étaient pas ineffectifs, puisqu'ils ont irrigué et canalisé les pouvoirs publics et les responsables politiques : leur puissance dans l'opinion n'a cessé de frapper les constituants, comme elle influencera à terme les juges appelés à les servir (122).

26. Protégée de l'extérieur contre l'illimination d'un pouvoir souverain, étayée de l'intérieur par la proclamation d'un patrimoine de libertés publiques, la société civile trouve son meilleur appui dans la Constitution. Elle gagne une certaine autonomie, ce qui est le premier objectif visé par les libéraux.

De cette autonomie, ce sont les individus qui vont profiter, en gagnant une indépendance personnelle par rapport au pouvoir. Ils jouissent de cette fameuse liberté des modernes, inventée par le libéral B. Constant et d'ailleurs exprimée par d'autres en son temps (123), qui se compose "de la jouissance paisible de l'indépendance privée" (124). Toute politique constitutionnaliste a tendu inexorablement à protéger cette liberté des individus ; le Conseil constitutionnel, en ayant élargi le bloc de constitutionnalité à toutes les sources comprises ou alléguées dans le préambule de la Constitution actuelle, même à celles qui sont imprécises, comme le préambule de la Constitution de 1946 (125) et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (126), et en ayant encore recouru à la création de principes purement jurisprudentiels, c'est-à-dire non rattachés à un texte (127), a consacré cette protection de la manière la plus efficace ; en ayant tendu à affirmer, à l'intérieur de ce nouveau bloc

de constitutionnalité supérieur afférant aux libertés des personnes privées, une primauté du texte le plus solennel, la Déclaration de 1789, il a encore accentué cet idéal de protection de la liberté privée dans l'Etat (128).

La pensée libérale contemporaine, en cherchant à mettre de nouveau à la mode le concept de société civile (129), ne fait ni plus ni moins que corroborer cette quête de l'autonomie de la société par rapport au pouvoir. Le constitutionnalisme, qui représente à ses yeux comme aux yeux de l'opinion essentiellement l'oeuvre de constitutionnalisation des libertés par le Conseil Constitutionnel, est d'ailleurs naturellement loué par elle ; le libéralisme, aidé du constitutionnalisme, est cette pensée politique qui définit l'homme dans la société et non dans l'Etat.

B - L'harmonie de l'agencement institutionnel

27. Deuxième objectif : organiser, agencer les institutions politiques afin qu'elles réalisent ensemble un ordre équilibré. Cette exigence d'harmonie est inhérente à toute réflexion sur la Constitution de l'Etat. Dès que l'on a réfléchi à cette Constitution, au commencement de la Révolution française, on a cherché normalement les clefs de l'agencement le plus harmonieux. Ce qui frappe toutefois chez les constitutionnalistes libéraux, c'est que la dimension de cette harmonie est double : elle est tant sociologique que, pourrait-on dire à propos de la technique constitutionnelle, technologique. Deux moyens sont en effet nécessaires et solidaires pour l'accomplissement de l'organisation harmonieuse : l'homogénéité de la classe des gouvernants, la complémentarité d'autorités fonctionnellement spécialisées.

28. Par l'homogénéité des gouvernants, les libéraux entendent depuis toujours confier la gestion de l'Etat constitutionnel à une minorité éclairée. La sélection de celle-ci passe, on le sait, par l'assimilation des connaissances et d'une foi en l'homme rationnel (130) ; constitutionnellement, elle est possible par l'usage du régime représentatif.

L'association du constitutionnalisme et de la théorie de la représentation est classique. Tous les libéraux y ont contribué, mais c'est encore F. Guizot qui en définit le mieux le dogme. Le régime représentatif, dont il a cherché naturellement les racines historiques (131), a selon lui pour objet de "concentrer toute la raison qui existe éparse dans la société" : "c'est un procédé naturel pour extraire du sein de la société la raison publique, qui seule a droit de la gouverner"

(132). Il consiste dans le gouvernement de ceux qui sont capables de posséder cette Raison, et, forts de ces maximes, sont capables de diriger le pays avec profit. Cette capacité est donc très sélective, mais elle n'est pas définitive, car quiconque la gagne s'ouvre le droit de gouverner (133).

Le régime de la représentation nationale, dira-t-on par extension et assimilation de la souveraineté abstraite de Nation (134), circonscrit donc les limites d'un pouvoir public réservé à une élite. Le suffrage restreint bien sûr, mais aussi le suffrage universel indirect seront vantés par les constitutionnalistes libéraux (135). Et c'est en outre cette réserve, ce monopole obligé de l'action publique qui explique le caractère conservateur socialement de la liberté des modernes (136). B. Constant dit ainsi que si les hommes ne doivent plus s'occuper que de leurs intérêts privés dans la société civile libérale, ils doivent confier la charge de leurs intérêts publics à quelques uns d'entre eux qui les représenteront : la jouissance de leur indépendance civile par les individus de la société moderne implique l'investissement de la minorité éclairée du régime représentatif.

Ce dernier s'impose par deux ordres de motifs : la société politique a besoin d'être emmenée par un gouvernement capable, la société civile a besoin que soient assumées ses questions publiques par un certain nombre d'hommes mandatés par elle. Est-ce à dire que le peuple devienne passif ? Et est-ce que la garantie apportée par cette représentation capacitaire est suffisante à organiser l'ordre au sommet de l'Etat ? Deux questions que posent les démocrates et les contre-révolutionnaires, qui se rangent parmi les premiers sceptiques de la démonstration libérale.

Le rôle du peuple d'abord. Pour les premiers libéraux d'après 1789, nul doute que celui-ci doit être et rester nul. Par la suite, pourtant, certains libéraux s'ouvriront nolens volens à une participation effective du peuple dans la vie publique. F.A. Hayek estime ainsi que le peuple peut intervenir pour approuver les principes que suivra le gouvernement parce que "cela (est) indispensable pour préserver la paix et la liberté" (137), mais encore le vote populaire ne doit pas être l'expression d'une volonté arbitraire, déliée des règles générales posées par le constituant (138). Son raisonnement est toutefois assez ambigü, car on ne sait pas sur quoi doit porter ce vote populaire, sauf que bien sûr il ne saurait être d'ordre constitutionnel (139). Jamais F.A. Hayek n'a aussi cherché à organiser une combinaison du referendum

et du régime représentatif comme R. Carré de Malberg (140). Les libéraux contemporains oscillent d'ailleurs tous entre une acceptation pure et simple du referendum et la recherche d'une nouvelle dimension du procédé dans les institutions dominantes (141).

Le facteur d'ordre apporté par le régime représentatif d'autre part : il est moqué et avait été dénoncé bien avant que son histoire vienne démontrer les éléments de trouble apportés par lui au contraire. Il n'est que de citer la vigoureuse critique par Bonald de ce "gouvernement appelé représentatif, on ne sait trop pourquoi", qui "plaît aux beaux-esprits (...), au commerce et à l'industrie, dont il favorise le développement (...), à l'ambition, qui trouve, dans ses fréquentes révolutions d'administration, des chances inespérées de succès" : le principe de gouvernement représentatif est "une lutte permanente et continuelle entre deux ennemis irréconciliables : la monarchie et la démocratie, la nature et l'art" (142). Il offre le pouvoir à quelques uns issus du peuple, envers et contre le droit naturel à gouverner du souverain roi, mais le peuple lui-même est le laissé pour compte de l'affaire. Il dresse un monopole illégitime, fondé sur l'idée de démocratisation de l'ancien pouvoir, mais s'arrêtant à mi-chemin de la démocratie, ce monopole est de surcroît usurpateur. Il n'est et ne peut être que condamné. La critique est pessimiste, elle laisse toutefois un avertissement que n'a pu que confirmer le parlementarisme depuis.

29. Indifférents à ces dénonciations, les libéraux poursuivent dans leurs intentions. Après avoir campé le principe initial de représentation qui fournit l'homogénéité sociologique du gouvernement constitutionnel, ils réfléchissent à sa meilleure organisation interne.

Un principe fait le consensus parmi eux : la séparation des pouvoirs. Il avait déjà été présenté comme nécessaire dès 1789 (143), la Déclaration de la même année le proclamait catégoriquement (144). Les premières Constitutions furent organisées strictement à partir de lui : soit par un isolement propre de chaque pouvoir (1791, 1848) (145), soit par une division de chaque pouvoir afin qu'il ne prédomine pas par son unité, en plus de son isolement organique (1795) (146). On sait comment cette théorie, abusivement tirée de l'oeuvre de Montesquieu, aboutit à discréditer la République, régime impuissant par sa désarticulation fonctionnelle ; on sait aussi comment, depuis, on revint à la lettre de la doctrine de Montesquieu, sans le vouloir au reste, de relations organi-

sées entre les pouvoirs avec une suffisante spécialisation de chacun d'eux (147).

La définition par les libéraux de la séparation des pouvoirs est passée progressivement de l'isolement organique à la collaboration fonctionnelle avec une identité organique minimum. Quel était l'effet recherché par eux ? Outre de fournir les mécanismes de contrôle et de frein du pouvoir par le pouvoir (148), c'était qu'aucune action ne fût directe, qu'aucun pouvoir n'eut de supériorité injustifiée sur un autre pouvoir ni ne soit confondu à lui (149). Il fallait ainsi que le gouvernement reposât sur une représentation différenciée des intérêts de la Nation, et fût arbitré par des sages neutres.

30. La représentation différenciée de la "souveraineté nationale" est le premier axe du gouvernement constitutionnel. Les organes qui exercent le pouvoir doivent être représentatifs, mais la base de cette représentation doit être différente : chaque organe doit être désigné par un mode d'élection spécifique, doit reposer sur une constante de temps distincte et recouvrir une légitimation particulière par des attributions spécialisées.

La meilleure illustration est donnée par la doctrine du bicaméralisme. Le Parlement ne peut pas être en effet pour les libéraux confié à une chambre unique ; le souvenir de la Convention est gravé à jamais dans leur mémoire, il a discrédité durablement et dans ses fondements propres l'idéal révolutionnaire dans une expression homogène de la volonté populaire (150). Les solutions imaginées pour la spécialité fonctionnelle des chambres seront les plus variées, allant par exemple du dualisme représentation de l'opinion immédiate - représentation de l'opinion différée (151), à celui fondé simplement sur la durée du mandat (152), voire à une dualité des chambres commandée par leurs tâches propres (153). L'essentiel est que le pouvoir législatif édicte des volontés différentes et complémentaires, s'enchaînant mutuellement, afin que la société ne soit pas gouvernée par des lois unidimensionnelles et absolues.

Le principe de représentation différencié sera même appliqué au pouvoir exécutif. Celui-ci doit pouvoir à son tour connaître une expression dualiste, essentiellement afin d'agir dans quatre dimensions inhérentes à la charge gouvernementale : le court et le long termes, l'intérieur et l'extérieur (154).

31. Mais si une partie de l'Exécutif doit être distinguée

c'est surtout pour une attribution originale, a-gouvernementale : la représentation supérieure des intérêts de la Nation, qui opère une neutralisation de toutes les parties constitutionnelles.

B. Constant nomma ainsi dans sa théorie un pouvoir neutre, un pouvoir qui pût être arbitre entre tous les pouvoirs et gardien des garanties constitutionnelles : une autorité qui ne prît pas partie, et tendît à faire que la Constitution fût respectée. Ce personnage a été, dans la monarchie constitutionnelle, le roi, et dans les régimes ultérieurs, le chef de l'Etat.

Le Roi convenait parfaitement à cette fonction de mainteneur objectif de l'action politique dans les limites constitutionnelles. Il était effectivement neutre, séparé du pouvoir exécutif dont était exclusivement investie l'institution ministérielle (155) ; il était irresponsable et inviolable, acteur arbitre autonome et reconnu comme tel par les autres autorités. B. Constant le définissait ainsi, en le présentant comme une force qui ne pût être capable que d'une seule action : remettre à leur place les trois pouvoirs (156). Il affirmait : "Le vice de presque toutes les Constitutions a été de ne pas avoir créé un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme totale d'autorité dont il doit être investi dans l'un des pouvoirs actifs" (157). Il ne fût peut-être pas entendu après 1815, surtout après 1828 où le Roi voulut gouverner et non régner (158) ; le constitutionnalisme devait trouver dans le pouvoir royal une image du garant supérieur du statut constitutionnel, et d'ailleurs la Constitution de 1791 ne disposait-elle pas que le roi pouvait au nom de la loi exiger l'obéissance (159).

Le pouvoir royal, "j'entends celui du chef de l'Etat, quelque titre qu'il porte" disait B. Constant (160). De fait, les Constitutions a-monarchiques cherchèrent à fonder un digne successeur à la personne du roi. Par delà les Constitutions napoléoniennes, où le Premier Consul puis l'Empereur ont l'autorité suprême d'arbitrage par une somme de prérogatives prédominantes (mais sans aucune neutralité), les Constitutions de 1848, 1875, 1946 et 1958 font du Président de la République une force magistrale au faite des institutions (161). Deux ambiguïtés seulement apparaissent : le Président n'est plus qu'irresponsable, il cesse d'être inviolable (162) ; la séparation du pouvoir présidentiel et du pouvoir exécutif est dans la plupart des cas factice, voire frontalement détournée. Le Président fait plus que coopérer au pouvoir actif ministériel, par ses deux compétences élémentaires et répé-

tées : la présidence du Conseil des ministres et l'exécution des lois. Il est parfois le leader politique d'une majorité et absorbe à ce titre les prérogatives gouvernementales comme ça a été le cas sous la Vème République. Il n'en demeure pas moins que les Constitutions républicaines ont comme les précédentes cherché à garantir l'équilibre de l'organisation politique par un pouvoir suprême, un "point fixe, inattaquable, dont les passions ne puissent s'approcher" (163). Le Président de la IIIème République a joué un rôle modérateur essentiel dans son choix des Présidents du Conseil, sans jamais rivaliser avec aucun ; le Président de la IVème République de même, et il n'est que juste qu'à un Président de la Vème République, déstabilisé et coupé de l'arsenal de ses pouvoirs réels par la rupture du fait majoritaire, qui pourrait exercer la même fonction (que l'essentiel de ses pouvoirs nominaux lui confère au reste).

Cette institution arbitrale et centrale devait contribuer à rendre objectif le fonctionnement du pouvoir d'Etat. Une autre institution tendra à produire le même effet : la Cour Constitutionnelle, instance suprême consacrant par sa lecture et sa connaissance réservée du texte constitutionnel une jurisprudence des sages l'emportant sur le principe démocratique (164).

L'objet de ces institutions sera bien finalement l'objet même de chaque Constitution : régler le pouvoir, objectiver ce règlement. Ces autorités supérieures doivent simplement empêcher que ce règlement ne soit perverti par l'ascendant arbitraire d'un des sujets de l'Etat, et par là on revient à l'origine de la pensée constitutionnaliste.

32. La réflexion libérale du pouvoir politique débouche sur un faisceau de fonctions spécialement affectées à des organes indépendants, et étant neutralisées par quelques institutions arbitrales. Elle préserve ainsi le gouvernement d'une utopique et inharmonieuse séparation rigide des pouvoirs, et le soumet à la pression de règles objectives maintenues toujours comme telles. Une volonté du peuple qui s'exprimerait spontanément et massivement pour un jour n'aura donc pas la possibilité de renverser l'édifice fait par le temps ; nulle majorité forte, dont on sait qu'elle engendre "l'idée dangereuse que tout est facile ou, comme l'on dit familièrement que c'est arrivé" (165), ne triomphera contre la raison structurée dans le bâtiment constitutionnel. Le constitutionnalisme est encore lié à la démarche libérale par ces traits.

C - Une médiatisation des principes révolutionnaires

33. Les règles et les mécanismes qu'a portés le constitutionnalisme dans son histoire apparaissent au total respecter les principes originaires de la fondation de l'ère révolutionnaire, dont la Déclaration de 1789 avait proclamé la force dogmatique en son art. 16. Ces éléments en somme homogènes ont donc été prorogés à chaque renouvellement constitutionnel de l'Etat.

Le constitutionnalisme n'a pas pour autant consisté en une reprise brute et un rappel incident de ces principes. Il en a proposé au contraire une interprétation très engagée, à la fois progressivement dominante voire unitaire, et toujours latente dans les nombreuses expériences constitutionnelles qui se sont succédées. Le constitutionnalisme, concluons-nous, a formulé une médiatisation unificatrice et coutumière des principes nés après la mort de l'Ancien Régime.

34. Médiatisation unificatrice, la raison tendrait a priori à nous en faire douter. Il n'est manifestement pas possible de regrouper tous les essais constitutionnels sous l'égide d'un corps de concepts homogènes, ni dans une seule forme politique. L'histoire des régimes politiques le démontre ; Maurice Hauriou pensait qu'elle avait connu plusieurs périodes auxquelles ont correspondu différents types de schémas constitutionnels : au régime d'assemblée (1789 - 1795 ; mai 1848 - mai 1849), avait succédé le régime de dictature exécutive (1795 - 1814 ; mai 1849 - 1870), suivi du régime parlementaire (1814 - 1848 ; 1870 - (1940)) (166). La période post-IIIème République, qu'il n'avait pas traitée, aurait même pu reprendre ces trois types de régimes, mais dans le désordre : régime de dictature exécutive (1940 - 1944), régime d'assemblée (1946, voire 1946 - 1958 (167)), régime parlementaire (la lettre de la Constitution de la Vème République).

L'on peut remarquer surtout la réunion, au travers des expériences de 1793 et de la Commune de Paris, d'éléments esquissant une théorie constitutionnelle du gouvernement révolutionnaire. On sait le paradoxe qu'il y a à parler de constitutionnalisme à propos du gouvernement de la révolution, parce que l'ordre constitutionnel s'oppose à l'ordre révolutionnaire : "le but du gouvernement constitutionnel est de conserver la République, celui du gouvernement révolutionnaire est de la fonder" (168). Il y a pourtant, dans ses expériences et leur théorie, une somme de règles juridiques et de données politiques qui traduit une approche originale du mouvement constitutionnaliste, subordonné à la seule fin révolutionnaire.

Ce "constitutionnalisme révolutionnaire" pourrait s'exprimer tout d'abord par un rejet des valeurs bourgeoises du gouvernement représentatif : le parlementarisme, qui constitue pour les jacobins de 1793 et les communalistes de 1871 un détournement de la souveraineté populaire (169), le libéralisme et son postulat de séparation des pouvoirs, tandis que dans le gouvernement révolutionnaire la limite du pouvoir doit se trouver moins par un équilibre et un frein des autorités constituées que par la conformité de l'oeuvre de chacune au but de la révolution, dont rend parfaitement compte le système de la hiérarchie des fonctions (170). Ce constitutionnalisme s'exprimerait ensuite par des principes positifs : mandat impératif, initiative et ratification populaires des lois, création de comités exécutifs avant-gardistes du mouvement révolutionnaire, etc. (171).

D'autre part, on peut noter l'apparition d'une pratique gouvernementale autoritaire dans la chronologie des régimes politiques français. Et autant que des théories constitutionnelles du gouvernement révolutionnaire et du gouvernement représentatif, il pourrait y avoir une théorie du pouvoir fort ou césarien. Les Constitutions de 1799 et de 1852, voire sous certains aspects la Constitution de 1958, ainsi que le régime de 1940 (172), en seraient les meilleures représentations.

Napoléon Ier l'avait fondée. Napoléon III par la proclamation du 14 janvier 1852, le général de Gaulle par le discours de Bayeux, en restaurèrent les maximes (173). Il faut que l'action d'un seul soit prédominante, dans ses relations avec les pouvoirs constitués (174) et par le recours au suffrage universel (175) ; il faut que la délibération de plusieurs soit subordonnée, c'est-à-dire que les différentes autorités ou corps collégiaux, institution ministérielle, administrations consultatives, chambres parlementaires, soient soumis à l'homme qui fait tout et gouverne "au moyen" d'eux et non "avec leur concours" (176). Dans ce gouvernement, on retrouverait comme lignes de force de l'organisation constitutionnelle : la volonté d'abaisser le Parlement, le désir de confondre le pouvoir suprême et le pouvoir exécutif, l'usage du referendum à fin plébiscitaire, etc.

Y-aurait-il donc un "constitutionnalisme révolutionnaire" et un "constitutionnalisme autoritaire", alternatifs au constitutionnalisme représentatif ? On a rappelé en citant M. Hauriou la diversité des solutions constitutionnelles qui, dans certaines périodes historiques, s'était traduit en une alternative du

gouvernement révolutionnaire au gouvernement représentatif, ou en une alternative du gouvernement autoritaire à ce dernier ; il est vrai que, constamment, aux principes d'organisation du régime représentatif, et surtout à son mode de fonctionnement, le principe d'autres régimes a été avancé comme une solution alternative. Il pourrait y avoir plusieurs constitutionnalismes si l'on désirait reconnaître à ces régimes une cohérence théorique ; cette cohérence peut être d'ailleurs aisément reconnue. La force entraînant du constitutionnalisme représentatif leur dénie toute vocation à représenter des constitutionnalismes à part entière.

35. Des éléments des théories révolutionnaires et césariennes ont en fait subsisté à l'état dispersés après les expériences qui les avaient consacrées un moment. Ils n'ont pu constituer de construction alternative d'ensemble au gouvernement fondé sur la théorie de la représentation nationale. Ils se sont finalement, pour certains, greffés sur les principes d'organisation du gouvernement représentatif. Celui-ci s'en est trouvé plus ou moins éclaté dans son économie, mais non moins préservé dans ses règles d'origine.

La greffe d'éléments des autres "constitutionnalismes" esquissés est évidente : publicité des débats parlementaires (177), consultation de la voix populaire par referendum (178), tendance du fonctionnement du régime parlementaire en régime d'assemblée omnipotente (179), ont été apportées par le gouvernement révolutionnaire au gouvernement représentatif ; les mécanismes réglant les lignes de force du gouvernement autoritaire - le conditionnement de l'expression des institutions parlementaire et ministérielle par la volonté du chef de l'Etat, le referendum-plébiscite, la marginalisation des partis politiques - y ont été intégrés parfois aussi (180). La force d'entraînement du régime représentatif a été telle que celui-ci a regroupé, recouvert des éléments a priori inconciliables avec les règles strictes induites de la représentation, sans perdre de son identité. Le constitutionnalisme dont on doit traiter aujourd'hui, est bien toujours en son essence représentatif. L'exemple de la Constitution de la Vème République doit être cité particulièrement dans ce sens.

Malgré son inspiration qui est attenante à la théorie du césarisme démocratique, nul ne peut affirmer aujourd'hui que la Constitution de la France réfute la théorie du gouvernement représentatif. Elle en est nourrie, mais celle-ci n'y est plus pure. La plupart des effets que l'on déduisait de cette théorie, au vu du fonctionnement des Républiques

précédentes, sont atteints, voire infléchis : la volonté générale ne s'exprime pas que par la représentation nationale, mais par referendum ; l'expression de la volonté générale par la représentation n'entraîne plus une prédominance de l'institution parlementaire, mais une concurrence de celle-ci avec l'institution présidentielle, etc.

Le général de Gaulle a pris une incontestable marge de liberté par rapport aux modèles constitutionnels antérieurs en élaborant avec ses proches la Constitution de 1958, parce que, cherchant le principe d'un texte qui permette à la République, dans les circonstances connues, de lever l'hypothèque du parlementarisme dans lequel elle était embourbée, il a fait fi de toute théorie, - il a voulu des institutions solides sur l'essentiel. Mais le reste a été concédé. Le reste, c'est-à-dire finalement le corps du régime représentatif : la Constitution de 1958 a ainsi établi, en réaction au régime moniste antérieur (caractérisé par le parlementarisme), un régime dualiste, le Président de la République recouvrant une souveraineté populaire (à partir de 1962) et l'Assemblée Nationale détenant toujours un mandat de représentation : ce régime est représentatif, mais il est mixte et la preuve peut en être apportée par le fait qu'il renferme autant des éléments présidentialisés (181) que des éléments parlementaristes (182). "Notre Constitution est à la fois parlementaire et présidentielle" s'exclamait le général de Gaulle le 11 avril 1961 ; cette Constitution combine des éléments différents, qui la font être un "miroir des constitutionnalismes alternatifs" (183).

36. Pour solde de tout compte, la forme du gouvernement représentatif se trouve recentrée et élargie. Recentrée, car c'est bien sur elle que viennent se greffer les mécanismes disparus de la démocratie directe et du gouvernement autoritaire ; c'est elle qui incarne la référence dominante du constitutionnalisme, entre la souveraineté illimitée du peuple et la dictature exécutive. Élargie, elle n'est plus associée à la seule forme du parlementarisme, et admet des sections plus renouvelées du gouvernement représentatif : elle s'ouvre au suffrage universel en 1848, après avoir été longtemps synonyme de régime censitaire ; elle adopte le contrôle juridictionnel de la loi en 1958, après avoir initialement engendré la souveraineté de la loi, etc.

Le constitutionnalisme est un mouvement d'idées au singulier. Il définit une forme élémentaire de régime politique, dont le principe est la conciliation des grands axes des diffé-

rentes expériences constitutionnelles menées depuis 1791, sur la base de la théorie représentative. Son enjeu n'est plus d'ailleurs, dans cette perspective, que d'adapter l'état objectif de cette théorie, éprouvée par deux siècles mouvementés mais non contradictoires, à l'état subjectif du temps. L'esprit de chaque temps ne laissera de voir se disputer la prédominance du courant autoritaire, ou la résistance du courant parlementaire : une seule référence unira ces desseins.

37. Cette référence s'est constituée en outre en un fonds coutumier à l'appui des textes retenus. Ce fonds coutumier n'a eu bien sûr aucune valeur normative, mais seulement une portée dogmatique qui a toutefois nourri, influencé et prédéterminé toutes les expériences constitutionnelles, en dessinant un système de principes cohérents autour de la règle formée le plus souvent de manière insuffisante.

Il est évident, qu'en se plaçant du point de vue du droit positif, et comme nous l'avons indiqué, la Constitution est la seule règle formelle qui compte au sommet. Mais toujours en s'en tenant aux prises de position de l'école du droit positif, il faut analyser, et les constitutionnalistes libéraux dans leur acception relativement lâche du positivisme ont corroboré cette analyse, la Constitution telle qu'elle est, puis s'efforcer, sans esprit de système, d'"aller de la règle au système" (184). Replacer la règle dans un certain ordre normatif complet ou systématique. Pour cet exercice, il faut puiser dans une matière portant, éclairant et complétant la Constitution formelle.

Cette matière, on la trouvera dans le mouvement d'idées dont a procédé cette Constitution même, le constitutionnalisme, qui n'est pas que le pari de la suprématie d'une norme sur toutes les autres, mais est également la somme des concepts propres à être inscrits dans le corps de toute Constitution écrite. Une part de ces concepts peut y être inscrite, la part restante garde une valeur de référence sous-jacente à celle-ci : l'esprit d'une Constitution donnée peut résulter du mouvement d'idées qui a présidé à sa naissance (185), sa pratique peut être conditionnée autant par l'ordre objectif de ses dispositions que par les moeurs héritées des expériences constitutionnelles antérieures (186).

A l'appui d'un texte constitutionnel, l'idéologie constitutionnaliste peut faire des propositions interprétatives intéressant le domaine de la Constitution. Il n'est que de rappeler le rôle de l'interprétation juridique dans l'évolution de certai-

nes Constitutions écrites, et qui plus est rigides (187) : rôle dont certains auteurs ont déduit que l'interprétation pouvait ajouter une nouvelle règle à la Constitution (188). Ce qui est certain en tout cas c'est que, par le fait de l'abrogation des Constitutions antérieures et de la promulgation des Constitutions nouvelles, une suite de principes a disparu ou a subsisté, s'est formé et s'est imposé autant par le fait de l'édiction que par le fait de l'interprétation. Elle forme un corps de propositions subsidiaires à l'application des dispositions écrites.

38. Ces propositions n'ont bien sûr aucune valeur impérative, puisqu'elles peuvent être écartées par des contre-propositions ponctuelles. Il s'agit seulement de rappeler qu'il existe deux catégories de règles de droit, selon la définition qu'en avait donnée Léon Duguit : les règles de droit normatives et les règles de droit constructives (189) ; les propositions constitutionnalistes sont constructives des règles normatives formelles. Elles ne valent que parce que les acteurs d'une Constitution se placent eux-mêmes dans une continuité de principes constitutionnels qui ont été consacrés dans le droit écrit originel, et savent que ces principes constituent le soubassement de la Constitution qu'ils appliquent ; ainsi du pouvoir constituant populaire, qui est un élément du constitutionnalisme, comme nous l'avons montré, et qui s'impose ainsi à toutes les expériences abrogatives et révisionnistes de Constitutions, du moins depuis 1791, date du renversement des fondements du droit public de la France sur les bases de la souveraineté nationale.

Est-ce à dire que le constitutionnalisme implique la coutume constitutionnelle ? Non, encore une fois ; mais, tout en réalisant la suprématie intangible de la norme formelle, il ne peut négliger la suite cohérente de précédents qu'a édifiée le temps des Constitutions, par le jeu des abrogations et des promulgations, et des abrogations ne s'étendant qu'aux dispositions incompatibles avec la Constitution nouvelle promulguée (190), et qui conditionne les règles normatives en application. Chaque Constitution formelle nie les coutumes constitutionnelles en tant que normes de droit, mais s'articule sur un mouvement d'idées qui est un fonds conceptuel coutumier à l'appui des textes élaborés.

Cette vision que nous donnons est enfin parfaitement conforme à la doctrine du droit positif. Celle-ci ne veut pas seulement que l'on s'en tienne à la règle telle qu'elle est, elle invite à aller de la règle au système, mais sans esprit de système (qui ne saurait qu'être une cause de déforma-

tion (191)) ; elle-même qui juge impossible que la Constitution forme le système réel du droit supérieur de l'Etat, la définit comme un corps de règles obligatoires au coeur du système. Pour une précision et parfois une authentification de ces règles, et partant de leurs rapports avec le système, on peut utilement selon cette doctrine se référer aux antécédents, que regroupent le juge et la pratique dans le courant constitutionnaliste. C'est sur ce dernier paradoxe que nous concluerons, mais il est inhérent à la démarche d'ensemble de ce mouvement de pensées à mi-chemin de l'oeuvre créatrice des hommes et de l'oeuvre fondatrice du temps, et est ce sens très symbolique : la Constitution, règle de droit écrite, peut être précisée par des règles, un esprit et une pratique déduits de principes durables antécédents et qui ne peuvent être qu'à l'état de coutumes. Elle est, depuis 1791, date de commencement de l'ère du droit public écrit, dans un système objectif de propositions interprétatives, où elle puise ses propres règles et d'où sont également tirées toutes les règles complémentaires constructives de celles-ci.

* - * - * -

39. Le constitutionnalisme a deux siècles, et ces deux siècles l'ont fait. L'objet de cette étude aura été, en le rapportant à ses origines puis en interrogeant les résultats du travail de chaque époque sur l'acquis progressif du constitutionnalisme représentatif, de souligner sa dimension libérale. Il peut être défini ainsi comme une expression de la politique libérale.

A ce titre, il s'attache enfin à une conviction intellectuelle. L'oeuvre du constituant ne saurait en effet s'arrêter à poser le droit pour limiter le pouvoir. Il sert à éclairer les gens pour comprendre le pouvoir. Une Constitution est libérale par cela seul qu'elle reste un "excellent moyen d'éducation politique" (192) ou est "pédagogique" (193) : les gouvernants peuvent tourner son système, elle apprend aux gouvernés leur loi. Et ce n'est pas une moindre dimension pour une norme effectivement fondamentale, que d'"achever", comme l'espérait B. Constant, "l'éducation morale des citoyens" (194). Etre constitutionnaliste aujourd'hui, et depuis deux siècles, c'est croire qu'un texte peut indiquer le point d'orgue dans les institutions, et donner un point de repère aux masses.

NOTES

(1) L'Ancien Régime avait-il eu, oui ou non, une Constitution ? La réponse ne peut être donnée que selon que l'on pense que la Constitution est "existence et nature" (V. Vic. De Bonald, Théorie du pouvoir politique et religieux, Oeuvres, Paris, le Clère, t. 1, p. 210 ; v. Jean Barbey, Frédéric Bluche et Stéphane Rials, Lois fondamentales et succession de France, Cahiers D.U.C. n° 3, 1984, 2ème éd., p. 5) ou est une oeuvre rationnelle et écrite (comme l'envisagèrent les députés de l'Assemblée nationale solennellement au cours de la séance du Serment du Jeu de Paume, le 20 juin 1789) : dans le premier cas, oui l'Ancien Régime a eu une Constitution ; dans le second cas certainement non, et c'est de ce point de vue que se placent les publicistes du début du XIXè s. (v. Paul Bastid, L'idée de Constitution, cours de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1962-1963, Paris, rééd. Economica, 1984, pp. 59 et s., 145 et s.).

(2) V. Alexis de Tocqueville, L'Ancien Régime et la Révolution, Paris, Gallimard, coll. idées, pp. 194, 198 et 201 : trois exemples de liberté offerts par la noblesse, le clergé et la bourgeoisie.

(3) Le constitutionnalisme remonte en effet à la veille de la Révolution : le mot de Constitution ne figure pas dans le Dictionnaire philosophique de Voltaire et figure dans un développement très limité dans l'Encyclopédie (v. P. Bastid, op. cit., p. 69) ; la première expression avérée du mot constitutionnalisme remonte quant à elle à 1828 (v. Doctrine de Saint-Simon, Paris, Rivière, 1924 Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIXè s. et du XXè s., CNRS, t. 6, 1978, p. 11).

(4) M. de Robespierre, Exposition de mes principes, art. paru dans le Défenseur de la Constitution, mai 1792 ; Textes choisis, Paris, Ed. soc., t. 1er, 1974, p. 160.

(5) F.R. de Chateaubriand, Mémoires d'Outre-Tombe, Paris, Flammarion, 1982, t. 3, pp. 26 et 30.

(6) V. Jean-Jacques Chevallier, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, Paris, Dalloz, 6è éd., 1981, p. 41 et s.

(7) Pour les révolutionnaires, il s'agit en effet de proclamer une unité française qui existe par le symbole naissant de la Nation et non plus par la personne, la famille et les victoires du roi ; ce symbole fut d'ailleurs matériellement consacré le jour de la Fête de la Fédération, le 14 juillet 1790, où le peuple assemblé au Champ-de-Mars prit pleinement conscience, de son existence réelle ou charnelle : il proclama une unité française fondée sur la volonté de ses habitants et sur l'idée de Nation (dans son pamphlet, Qu'est-ce que le Tiers Etat ?, Sieyès avait proclamé que celui-ci - 24 millions

sur 25 millions d'habitants - formait une "nation complète" ; cf. Paris, rééd. P.U.F., coll. Quadrige, 1985, p. 30 et s.), et non plus sur le "code de la conquête" des Rois (sur lequel reposait le droit public de la monarchie et qui produisit le régime féodal : v. Germaine de Staël, Considérations sur la Révolution française, Paris, Eug. Fasquelle, 1818, t. 1, p. 7 et s.).

(8) Le second aspect de la forme constitutionnelle était incontestablement la Constitution- agencement ; c'est un aspect technique, à travers lequel elle est censée renfermer toutes les dispositions qui organisent l'ordre des attributions des pouvoirs et la nature de leurs relations ; v. plus abondamment, infra, n° 27 et s.

(9) B.C., Principes de politique, 1815 ; Oeuvres, Paris, Gallimard, Bibl. de la Pléiade, 1957, p. 1074.

(10) F.A.H., Droit, législation et liberté, t. 3 : l'ordre politique d'un peuple libre, Paris, P.U.F., coll. Libre Echange, 1983, p. 3.

(11) V. à ce sujet les études de Michel Troper, La Constitution et ses représentations sous la Vème République (Pouvoirs, n° 4, 1982, p. 61), et de Stéphane Rials, Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République (R.D.P. 1984, 587).

(12) V. Louis Favoreu, Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Mélanges Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

(13) Celle-ci ne consistera donc pas en une simple recherche arrêtée historiquement de la conception originelle, mais en une identification des marques actuelles du maintien de cette conception dans la Constitution moderne ; la confrontation entre la thèse classique - le constitutionnalisme, expression de l'idéalisme juridique - et la thèse moderne - le constitutionnalisme, expression de la politique jurisprudentielle - n'a pas lieu d'être, elle est dépassée par une expression plus ancienne et toujours présente, celle qui a pour référence la politique libérale ; on avertit le lecteur, qu'ainsi située, cette étude ne comportera pas d'analyse de la pratique positiviste moderne du constitutionnalisme, mais seulement de ce qui est libéral en lui, et depuis bientôt deux siècles en toute oeuvre constitutionnelle.

(14) F.G., Histoire de la civilisation en Europe, leçons prof. au Collège de France, 1828-1829, rééd. Paris, 1985, Hachette, coll. Pluriel, p. 78.

(15) Cf. la démonstration de cette transaction dans le développement de la civilisation européenne, à travers la lutte entre la "monarchie pure" et le "libre examen", dans les XVIIIè et XVIIIè s., par F. Guizot ; ibidem, p. 289.

(16) Consubstantiel à la pensée libérale, le rationalisme scientifique s'est développé, et en a influencé incontestablement le discours ; v. sur ce lien : Paul Bénichou, Le temps des prophètes, doctrines de l'âge romantique, Paris, Gallimard, Bibl. des idées, 1977, pp. 43 et s., 53 et s.

(17) On a une très pertinente illustration de cette application du rationalisme des libéraux à l'urbanisme, plus que dans le Paris du baron Haussmann, dans la Vienne des années 1860-1870, où les gouvernements qui se succèdent, tous d'obédience libérale, commandèrent aux architectes Otto Wagner et Camillo Sitte le fabuleux aménagement de la Ringstrasse ; v. Carl E. Schorske, Vienne fin d'un siècle, politique et culture, Paris, Seuil, 1983, p. 39 et s.

(18) Ce qui suit vaut pour une période déterminée, mais le défi libéral restera marqué par une empreinte qui ne s'atténuera pas : au XX^e s., le même souci de maîtriser très rationnellement la vie politique et de dédramatiser les questions tragiques sera dans la politique de M. Valéry Giscard d'Estaing ; v. Démocratie française, Paris, Fayard, 1976, p. 154 et s.

(19) P.R., présentation de Philosophie politique : de la souveraineté de F. Guizot, in Histoire de la civilisation en Europe, préc., p. 307.

(20) Cf. l'expérience politique des austro-libéraux de la fin du siècle dernier, par C.E. Schorske, op. cit., pp. 22 et s., 123 et s.

(21) P. Bénichou, à propos de Théodore Jouffroy et de son Cours de droit naturel, op. cit., p. 31.

(22) F. Guizot en appelle à une "certaine loi appelée raison, sagesse, morale ou vérité" en vertu de laquelle "tous admettent qu'il y a des actes raisonnables ou déraisonnables, justes ou injustes" ; Ph. po., préc., p. 367 ; F.A. Hayek parlera d'un "système de règles de juste conduite" préalable à la constitution politique, Droit, Législation et Liberté, t. 3, préc., p. 46.

(23) Cf. le marquage de la démonstration de F. Guizot entre les présupposés de "Hobbes comme Rousseau" et ceux de "M. de Bonald comme Thomas Payne", ibidem, p. 379 : v. infra, n° 24.

(24) Cf. pour les libéraux français : P. Bénichou, qui montre que ceux-ci "font sonner la force irrésistible d'un devenir objectif", op. cit., p. 22 ; pour les austro-libéraux : C. E. Schorske, qui montre l'anéantissement de l'historicisme par les travaux de Freud sur l'inconscient (op. cit., p. 198 et s.) et la peinture de Klimt (ibidem, pp. 203 et s., 261 et s.).

(25) A la décadence de ce mouvement, on ne s'étonnera pas que les modernes réclament en politique le retour du "sujet psychologique" et son ascendant sur l'"homme rationnel" : en France, Baudelaire portera cette réclamation (v. Spleen et idéal, in Les fleurs du mal, 1857, rééd. Paris, Le livre de poche, 1972, p. 9 et s.), comme en Autriche-Hongrie Hugo Von Hoffmannsthal dira : "la politique est magie, celui qui saura utiliser les forces des profondeurs, celui-là on le suivra" (cit. par C.E. Schorske, op. cit., p. 139).

(26) Le catéchisme des libéraux n'est en effet accessible qu'à ceux qui ont assimilé la connaissance ; l'état de civilisation est indissociable pour F. Guizot d'un "développement de l'homme lui-même, de ses facultés, de

ses sentiments, de ses idées" (Histoire de la civilisation en Europe, préc., p. 64) ; quant aux austro-libéraux, leur devise est : "wissen macht frei" ("la connaissance rend libre") (cit. par C.E. Schorske, ibidem, p. 191).

(27) B. Constant, Principes de politique, préc., p. 1065.

(28) B.C., De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, in Cours de politique constitutionnelle, Paris, Guillaumin, 1872, 2^e éd., t. 2, p. 539 et s. ; v. infra, n° 26.

(29) A l'opposé de B. Constant, F. Guizot soutiendra qu'"il n'est pas vrai que l'homme soit maître absolu de lui-même, que sa volonté soit son souverain légitime, qu'en aucun moment, à aucun titre, nul n'ait droit sur lui s'il n'y consent", car il a des obligations que lui impose la Raison (Hist. de la civ. en Eur., ibid., pp. 366-367 ; cpr. avec la démonstration de B. Constant dans l'art. préc., De la liberté des Anciens..., et surtout avec ce passage de Philosophie politique où l'auteur affirme qu'"au point où commencent l'indépendance et l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de (toute) souveraineté", préc. p. 1071).

(30) F.G., Hist. de la civ.... ibid., p. 113.

(31) Cit. par J.-J. Chevallier, op. cit., p. 106.

(32) Al. de Tocqueville, Souvenirs, rééd. Paris, Gallimard, coll. Folio, 1978, pp. 260-261.

(33) C'est ce que l'on a pensé notamment de la Constitution de la IV^{ème} République : v. M.-H. Fabre, Un échec constitutionnel : l'investiture du Président du Conseil des ministres, R.D.P. 1951, 210 et s.

(34) V.R. de Lacharrière, Opinion dissidente, Pouvoirs, n° 13, 1980, p. 134 et s.

(35) Le Conseil Constitutionnel peut être analysé comme une institution libérale parce qu'il se fonde sur la connaissance juridique d'une élite autorisée, qui l'emporte sur le principe démocratique, que l'on sait caractérisé par la loi majoritaire : saisi d'une requête formée par des représentants minoritaires, elle peut leur donner raison contre les représentants majoritaires au nom de son interprétation de la Constitution.

(36) La signification du positivisme n'est pas tant en effet la supériorité du droit écrit sur le droit coutumier que la conception de la norme de droit, expression d'une volonté ; v. pour une présentation essentielle de l'attitude du positivisme étatique (Christian Atias, Epistémologie juridique, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1985, pp. 33 et s., 45 et s.) ; c'est cette conception qui ne pouvait qu'effaroucher les libéraux, ennemis de tout pouvoir exprimant une souveraineté populaire et terrestre : v. infra, n° 24.

(37) Jean-Louis Seurin, présentation du Constitutionnalisme aujourd'hui (textes réunis et présentés par J.-L. S.), Paris, Economica, 1984.

(38) Dans un discours à la Convention, le 2 thermidor de l'an III, il s'exprimait ainsi : "Une idée saine et utile fut établie en 1788 ; c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Elle comptera parmi les découvertes qui firent faire un pas à la science ; elle est due aux Français", Réimpression de l'ancien moniteur, t. XXV, p. 293.

(39) Cf. la théorie "De la constitution de l'Etat, des devoirs et des droits de la nation à cet égard" par Vattel, Le droit des gens ou principe de la loi naturelle, Paris, Guillaumin et Cie Libraires, 1863, t. 1, chap. III, p. 153 et s. ; v. Paul Bastid, L'idée de Constitution, Cours préc., qui montre que "dès avant l'époque de la Révolution, tous les éléments d'une théorie de l'autorité originaire de la nation, seule susceptible de rendre les institutions légitimes, se trouvèrent plus ou moins dégagés (...). Une distinction s'était ébauchée entre les diverses manifestations de sa puissance, les unes étant plus importantes, plus solennelles que les autres", p. 136.

(40) R.C. de M., La loi, expression de la volonté générale 1931, rééd. Paris, Economica, 1985. (41)

(41) Ibidem, p. 103 et s.

(42) Ibid., p. 129 ; résultat qui est similaire au milieu de la constitution coutumière de la Grande Bretagne où il n'y a également aucune différence de nature entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles, et où donc le Parlement peut légiférer "sur les points les plus essentiels de la Constitution (...) aussi librement et dans la même forme que tout autre objet" (Adhémar Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, Sirey, 5ème éd., 1909, p. 514).

(43) La conclusion de R.C. de M. consiste, on le sait, dans l'introduction d'institutions démocratiques dans la formule du gouvernement représentatif ; ibid., pp. 212 et 213 ; Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme, R.D.P. 1931, 225.

(44) Ibid., p. 138.

(45) L'assemblée de révision est en réalité une simple législature, mais "augmentée de deux cent quarante-neuf membres élus en chaque département" (art. 5, titre VII).

(46) Donnée soulignée par Marcel Waline, en réponse à la thèse de R. Carré de Malberg : "A raison de la différence numérique des députés et des sénateurs, une révision constitutionnelle, une fois le principe adopté par la majorité de chacune des deux Assemblées, est opérée par une nouvelle majorité toute différente, qui peut être constituée par la majorité de la chambre et la minorité du Sénat coalisés contre la majorité sénatoriale", Quelques réflexions sur la notion de Constitution en droit positif français, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, extr., Paris, Sirey, 1933, p. 118.

(47) Cf. le mécanisme de l'art. 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; v. notre étude, Le défi référendaire d'un président minoritaire, R.D.P. 1986, 1065.

(48) La loi, expression de la volonté générale, *ibid.*, p. 112.

(49) Les Constitutions napoléoniennes ayant été approuvées par le vote populaire, on peut présumer que le pouvoir de révision constitutionnelle était remis au peuple (présumer seulement, car la Constitution de l'an VIII est muette sur ce sujet) ; or, un simple sénatus-consulte supprima le Tribunal et réorganisa le Corps législatif en 1807 ; v. Ad. Esmein, *op. cit.*, p. 512.

(50) Ce qui est toutefois conforme aux origines de la Révolution française, car dès sa première séance la Convention vota à l'unanimité cette résolution : "La Constitution nationale déclare qu'il ne peut y avoir de Constitution que lorsqu'elle est acceptée par le peuple", Réimpression de l'ancien moniteur, t. XIV, p. 7.

(51) Le peuple est selon lui cet organe ayant seul qualité pour intervenir en dernier ressort dans l'organisation des institutions ; *op. cit.*, pp. 202-203.

(52) V. *infra*, n° 29 et s.

(53) V. F.A. Hayek, *op. cit.*, p. 117 et s.

(54) Il y a en fait deux législations non-constituantes pour lui ; v. *infra*, note 156.

(55) *Ibidem*, p. 46 ; par là il renouvelle l'association classique chez les libéraux du constitutionnalisme et du régime représentatif ; v. *infra*, n° 28.

(56) G.B., Une survivance : la notion de Constitution, L'évolution du droit public, Mélanges A. Mestre, Paris, Sirey, 1956, p. 62 ; conclusion de l'article, cité tant par P. Bastid, L'idée de Constitution, *op. cit.*, p. 190, que par J.-L. Seurin, *op. cit.*, p. 35.

(57) Cf. art. 5 de la loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, qui a été déconstitutionnalisée par l'art. 3 de la loi du 14 août 1884.

(58) Du moins le cadre spécifique de vote de la loi organique qu'indique l'art. 46 de la Constitution de 1958, qui s'applique aux régimes électoraux de l'Assemblée Nationale et du Sénat ; auparavant, la loi organique se définissait exclusivement par le critère matériel (elle était la loi se rapportant à l'organisation des pouvoirs publics, matière dans laquelle rentraient les régimes électoraux des chambres) et non par le critère formel (car sa procédure de votation était celle-là même de la loi ordinaire).

(59) L'intérêt ayant toujours été porté en priorité au degré de suffrage, surtout au commencement de l'histoire constitutionnelle moderne de la France, parce qu'il était significatif de l'option des gouvernements pour ou contre la démocratie.

(60) Pour lequel une disposition n'est essentiellement constitutionnelle que par son objet, et non pas tant par la forme, qui est factice et provisoire ; op. cit., 8ème éd. par Henry Nézard, t. 1, p. 620.

(61) M.W., art. cit., p. 113 et s.

(62) La sociologie a pénétré la science du droit, pour y développer la méthode d'analyse empirique, faisant un plus grand usage des faits que des règles : elle a, ce faisant, ébranlé les grands principes juridiques et notre croyance envers eux, parmi lesquels le principe ou la conception formelle de Constitution ; ce phénomène, dans sa généralité, a été étudié par M. Michel Villey dans son Cours d'Histoire de la philosophie du droit à l'Université de Paris II, auquel nous avons eu l'honneur d'assister (1980-1981) : v. aussi du même : Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1982, t. 1er, n° 101-107, 124.

(63) V. J.-L. Parodi, Imprévisible ou inéluctable, l'évolution de la Vème République ? Eléments constitutifs et combinatoires institutionnels : analyse des institutions actuelles de la France au travers des interactions de toutes les potentialités, stratégies et armes des acteurs, permettant de souligner un système de contraintes allant dans trois directions : la majoritarisation, la présidentialisation et la constitutionnalisation de la vie politique (La Constitution de la Vème République, Paris, F.N.S.P., 1985, p. 24 et s.).

(64) B.C., réf. cit., v. supra, note 27 ; F.A.H. pour lequel "une constitution est essentiellement une superstructure érigée pour contribuer à la sanction permanente de conceptions admises de justice, mais non pour formuler ces dernières", op. cit., p. 46 ; - au total, une constitution ne doit toucher ni au domaine de l'existence individuelle, ni à la valeur supérieure de la Raison.

(65) On pourrait notamment relever, comme conséquence profonde du contexte de cohabitation, une modification de tous les combinatoires institutionnels imaginés par J.-L. Parodi ; v. supra, note 63.

(66) V. infra, n° 38.

(67) G. V., Institutions politiques du monde contemporain, I.E.P., Paris, cours photocopié de droit, 1972-1973, p. 136.

(68) M. T., La Constitution et ses représentants sous la Vème République, art. cit., p. 70.

(69) B.C., Principes de politique, préc. ; cpr. D. Easton, A systems analysis of political life, 1965, (v. pour une présentation : Roger-Gérard Schwartzberg, Sociologie politique, Paris, Montchrestien 2ème éd., 1974, p. 117 et s.).

(70) V. F. Guizot, réf. cit. note 14.

(71) Les "patriotes avancés" l'emportant sur les "patriotes modérés", rangés du côté des aristocrates, sur la question du droit de veto, en septembre

1789, permettent incontestablement de faire primer une construction constitutionnelle à mi-chemin du principe monarchique et du principe libéral.

(72) Le corps législatif et le roi sont peut-être en effet tous deux des organes à qui sont délégués par le peuple leurs pouvoirs, le premier est le pouvoir majoritaire qui vote la loi, le second est l'organe minoritaire, subordonné à la loi et de ce fait à la souveraineté nationale : il y a une inégalité entre leurs puissances juridiques.

(73) Dans la lettre, la Constitution organisait un régime représentatif pur, avec monisme caractérisé (en cela elle était conforme au modèle américain puisqu'elle épousait l'idéal de la séparation rigide des pouvoirs) ; quand la crise de confiance survint entre les deux bords, le régime constitutionnel ne put par sa rigidité offrir aucune solution médiatrice viable : l'édifice sombra même par la méfiance accentuée par la séparation des pouvoirs (v. J.-J. Chevallier, op. cit., qui parle de "confrontation chaotique et cahotée de deux méfiances", p. 56 et s.).

(74) M. H., Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1929, 2ème éd., p. 245.

(75) Pour lequel la monarchie devait comprendre une noblesse : celle-ci "entre en quelque façon dans l'essence de la monarchie, dont la maxime fondamentale est : point de monarque, point de noblesse ; point de noblesse, point de monarque", De l'Esprit des Lois, Livre II, chap. 4, Paris, Gallimard, Bibl. de la Pléiade, 1951, t. 2, p. 247.

(76) Les lois fondamentales, en précisant pour l'essentiel les règles de la succession au trône (les rois étaient en effet appelés au trône, non pas en qualité d'héritiers et ni en vertu de convenances ou de traités particuliers, mais selon ces lois qui établissaient le principe d'aînesse et disposaient une succession immédiate), apparaissaient comme des réglemens supérieurs de la conduite des rois et particulièrement de leur légitimité : elles ont défini un "ordre supérieur superposé à la toute-puissance du roi", "on les opposera, comme lois du royaume, aux lois du roi", note P. Bastid, op. cit., p. 60.

(77) Dans sa période d'établissement, la IIIème République va expier les deux spectres qui avaient fait échouer depuis 1789 toute tentative républicaine : le gouvernement révolutionnaire (4 septembre 1870, les républicains révolutionnaires sont mis à l'écart ; au cours de l'été 1871, la Commune est écrasée par Thiers), le pouvoir fort (24 mai 1873, la majorité monarchiste au sein de l'Assemblée constituante vainc Thiers ; au cours du premier semestre 1875, la République est organisée, après l'amendement Wallon qui opte pour le septennat impersonnel, et les trois lois constitutionnelles dont la première consiste en une loi spéciale sur l'organisation du Sénat, deuxième chambre espérée pour, comme on le constatera au cours de la IIIème République, corriger les intempérances de la chambre basse).

(78) Constitution écrite très peu substantielle, la première pratique qui en sera faite sera déterminante : elle marquera par exemple l'option pour

le monisme à la tête de l'Exécutif réel (cf. la démission de Mac Mahon en 1879 selon la volonté du Parlement) et le refus du gouvernement d'opinion à l'anglaise (découlant de la conception de Grévy qui, par l'exercice de son droit de nomination du Président du Conseil, consacre une dissociation des deux fonctions de leader parlementaire et de chef de gouvernement : Ferry et Gambetta, chefs des forces politiques, ne furent pas ainsi immédiatement consacrés chefs de gouvernement).

(79) V. les virtualités de régime parlementaire et celles de présidentialisme, qui ne peuvent l'emporter alternativement que selon la configuration simple ou double du fait majoritaire : infra, n° 35.

(80) Cette élection est passée pour avoir alerté les républicains de la menace de la restauration bonapartiste, et avoir inquiété jusqu'à exciter leur ralliement à la République, les orléanistes et les légitimistes modérés ; v. Jean-Pierre Azéma et Michel Winock, La troisième République, Paris, Le livre de poche, coll. Pluriel, 1978, p. 104 et s. ; Frédéric Bluche, Le légitimisme, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1981, p. 108.

(81) "(La IIIème République) a uni le régime républicain et le régime parlementaire, ce qui passait pour inconciliable et impossible, à preuve la Constitution américaine dont les auteurs ont pensé, avec toute l'école, qu'il fallait choisir entre l'un et l'autre" (Jacques Bainville, La Troisième République, 1870-1935, Paris, Fayard, 1935, p. 11).

(82) Parfois même le Général de Gaulle a dû composer avec les tenants de ces institutions, qui s'exprimèrent vivement : cf. les rôles joués par Paul Reynaud au sein du Comité Consultatif Constitutionnel et Guy Mollet au sein du gouvernement (qui particulièrement réussit à obtenir que la présidence du Congrès revienne au Président de l'Assemblée Nationale) ; Michel Debré n'a pu nier lui-même que le texte organisait un régime parlementaire, purgé des défauts du régime d'assemblée (Discours devant le Conseil d'Etat, Constitution française du 4 octobre 1958, n° 1.04, Documents d'études, Paris, La Documentation française, 1970, p. 18).

(83) V. infra, n° 35.

(84) La Convention, réunie du 21 septembre 1792 au 26 octobre 1795, aura en fait élaboré trois Constitutions, correspondant peu ou prou à ses trois grandes périodes : la Constitution girondine rédigée par Condorcet au début de 1793 (du 21 septembre 1792 à juin-juillet 1793 : assemblée pluraliste, dominée par un gouvernement de fait), la Constitution montagnarde de juin 1793 (à compter de cette période jusqu'à juillet 1794 : assemblée plus réduite, emportée par le gouvernement révolutionnaire) et la Constitution d'août 1795 - à la fois contre-Constitution de 1793 et fausse réplique de 1791 (du 9 juillet 1794 au 26 octobre 1795 : assemblée de la Plaine, avec gouvernement constitutionnel).

(85) L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, bien qu'ayant été présenté comme un compromis avec l'idéologie du gouvernement représentatif (qu'incarnait son rédacteur, Benjamin Constant), parce qu'il accordait notamment plus de liberté que la Charte de 1814 (ex : publicité des séances de la Chambre des pairs, titre VI énonçant les "droits des citoyens" ; v. Paul Bastid, Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française, Paris, 1954, p. 78 et s.), étant additionnel à des Constitutions non transactionnelles, était par lui-même un acte non transactionnel dès le principe (d'ailleurs il se coupe du suffrage universel en rétablissant le principe des collèges électoraux) ; il a été une incontestable et belle théorie du régime représentatif (responsabilité politique du ministère, chambre basse élective, droit de dissolution, restauration de la vie parlementaire) gagée par un placage incongru sur l'armature constitutionnelle impériale a - représentative (ne laissant pas de maintenir l'appel au peuple au profit du Prince pour détourner les institutions parlementaires).

(86) J.-J. Chevallier, op. cit., p. 107.

(87) Le roi repoussera en effet la Constitution sénatoriale du 6 avril 1814 parce qu'elle repose sur les principes de la souveraineté nationale ; dans la déclaration de Saint-Ouen du 2 mai 1814 il affirmera vouloir une authentique restauration monarchique et annoncera la rédaction d'une Constitution qui lui sera conforme, et qu'il "communiquera" simplement au Sénat et au corps législatif (système de l'octroi) ; dans la lettre, la charte organise un régime parlementaire très déséquilibré, avec prédominance du roi sous affirmation péremptoire de dualisme (ex. : le roi propose la loi (art. 16), a le droit d'amendement (art. 46) et le droit de promulgation et de sanction qui lui permet de détenir un droit de veto absolu (art. 22), tandis que les chambres n'ont qu'un droit de délibération pur et simple).

(88) Si le roi ira signer un pacte avec la Nation, recevant le "baiser républicain" de La Fayette sur le balcon de l'Hôtel de Ville de Paris, se disant "roi des Français" et jurant d'observer la charte constitutionnelle, il conservera un suffrage formidablement censitaire, acceptant par là de se couper de la réalité vivante du pays ; quant à la lettre, la charte de 1830 n'est d'ailleurs qu'une révision de la charte de 1814, et elle accentue sans doute le régime représentatif, mais ne lui donne pas sa pleine légitimité : dans la dernière période de la Monarchie de juillet, les institutions ne seront même plus en accord avec le pays réel, en refusant d'intégrer et de satisfaire les slogans de la Réforme (la réforme parlementaire : la volonté d'incompatibilité entre député et fonctionnaire ; la réforme électorale : l'abaissement du cens pour doubler le corps électoral).

(89) Le principe de son gouvernement fut en effet déchiré par une contradiction : entre les institutions parlementaires (ex. : la pratique adoptée d'emblée selon laquelle les ministres doivent se conformer à la volonté de la majorité parlementaire, et à travers eux, le roi qui les nomme) et un autoritarisme rejetant le régime éclairé de la représentation nationale ; d'ailleurs

les deux révolutions par lesquelles les deux monarchies ont sombré sont nées d'atteintes aux libertés publiques (à la liberté de la presse : ordonnances de 1830 ; à la liberté de réunion : interdiction des banquets réunis à partir de juillet 1847, et particulièrement de celui de février 1848).

(90) Cf. le climat des élections de l'Assemblée Constituante, entièrement dominées par la volonté provinciale de refouler la démagogie parisienne, et qui donnèrent un résultat contraire aux idées révolutionnaires ; d'ailleurs, le Comité de Constitution fut bien composé de membres, tous nommés avant les événements de juin, ce qui traduit un caractère modéré général : il y avait les monarchistes modérés et des républicains sans connaissance des qualités que devait réunir un ordonnancement constitutionnel républicain ; v. la relation faite de ces élections et du fonctionnement de la commission par Al. de Tocqueville, Souvenirs, op. cit. pp. 145 et s., 254 et s.

(91) La Constitution de 1870, comme l'ensemble des réformes qui interviendront à partir du sénatus-consulte de 1860, et qu'elle reprendra pour l'essentiel, a une note libérale authentique, ou plutôt une configuration parlementaire incontestable : mais elle se greffe sur l'Empire, et surtout n'efface pas la faculté toujours accordée à l'Empereur de faire appel au peuple pour dépasser les institutions parlementaires, - comme l'acte de 1815 s'était greffé sur la Constitution de 1799 ; E. Ollivier, qui en a été le concepteur, l'a gagée par la menace du dépassement plébiscitaire, comme B. Constant en son temps le fit pour "sa" Constitution.

(92) L'oeuvre des deux Constituantes a d'ailleurs été dans son ensemble contraire au voeu exprimé par les Français : ceux-ci avaient dit oui massivement à une nouvelle République (21 octobre 1945 : 96 % de oui, 20 % d'abstentions) ; ils boudèrent les projets montés par le milieu parlementaire qui voulait maintenir sa prédominance (5 mai 1946 : 53 % de non au projet de constitution, 19 % d'abstentions ; 13 octobre 1946 : 53 % de oui au second projet, 31 % d'abstentions).

(93) Parmi les causes du mauvais fonctionnement de la Constitution de 1946, il faut noter la non-application de celle-ci, son dépassement par la pratique du régime d'assemblée : autant le renversement des gouvernements en dehors des règles constitutionnelles (ex. : de 1946 à 1951, sur les onze gouvernements que compta la législature, un seul fut renversé dans la norme), que la pratique inaugurée par Félix Gouin selon laquelle il revient aux partis de désigner leurs représentants dans le ministère, l'attestent ; v. Jacques Julliard, La quatrième République, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1981, p. 49 et s.

(94) La fin du parlementarisme, qu'a pu incarner la IVème République, a représenté, selon J. Julliard, un développement organique de la démocratie moderne (ibidem, p. 17 et s.) ; il n'est plus, ou ne peut plus être, un régime de synthèse.

(95) V. G. Vedel, L'inexpérience constitutionnelle de la France, la nef, avril-juin 1961, p. 5 ; Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif, le rôle du juge, Mélanges M. Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 777.

(96) Cf. la définition de la droite, et a contrario celle de la gauche, par Stéphane Rials, La droite ou l'horreur de la volonté, revue Débats, n° 33, 1985, p. 34.

(97) Le dualisme de l'opinion française a été en effet éclaté au cours de cette période, après avoir été stable durant un siècle et demi ; cet éclatement est dû d'abord à l'effervescence du débat politique, issu des courants de pensée ayant dominé dans les divers groupes de résistants, mais il a été institutionnalisé par la logique proportionnaliste, qui tend au multipartisme ; v. Jean-Luc Parodi, La proportionnalisation du système institutionnel, ou les effets pervers d'un système sans contrainte, Pouvoirs, n° 32, 1985, p. 43.

(98) J.-L. Seurin, Des fonctions politiques des Constitutions. Pour une théorie politique des Constitutions, op. cit., p. 42.

(99) K. Marx, Le 18 brumaire de Louis Bonaparte, 1852 ; cit. in J.-L. Seurin, art. cit., p. 43.

(100) Autant le régime présidentiel, "sorti d'une discussion serrée (entre les centralisateurs) favorables non seulement à une nette unification des Etats préexistants mais encore à un puissant exécutif (et les "républicains-démocrates" hostiles à) la création d'un exécutif envahissant", que le fédéralisme, sont en effet "le fruit d'un compromis (d'une série de compromis de détail)" entre les Pères fondateurs ; St Rials, Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, Pouvoirs, n° 29, 1984, p. 36.

(101) Argument imparable invoqué par F. Guizot, selon lequel "la souveraineté de droit ne peut appartenir qu'à l'infailibilité" ; Philosophie politique : de la souveraineté, préc., p. 326.

(102) L'argumentation de Guizot repose sur une distinction de la souveraineté de droit, qui est la Raison (v. supra, n° 7), par rapport à la souveraineté de fait, qui n'est qu'une force humaine prépondérante ; op. cit., p. 319 et s.

(103) Op. cit., p. 146 ; pour les libéraux, d'une manière générale, il y aura toutefois une acceptation du transfert de la souveraineté du monarque à l'idée abstraite de Nation, c'est-à-dire la reconnaissance d'une certaine souveraineté incarnée dans le principe collectif de Nation ; v. P. Bénichou, Le temps des prophètes, doctrines de l'âge romantique, préc., p. 35 s.

(104) Analyse historique développée par F. Guizot dans Phil. po. : de la souv., préc., p. 328.

(105) Ibidem, p. 333.

(106) Ibid., p. 332.

(107) Ibid., p. 345 ; v. infra, n° 29 et note 148.

(108) V. infra, n° 29 et s.

(109) Cf. la nouvelle démonstration de F. Guizot contre le principe de la souveraineté populaire, op. cit., p. 372 et s.

(110) V. les Constitutions de la R.F.A. (première section de la loi fondamentale du 8 mai 1949 ; v. Alfred Grosser et Henri Menudier, La vie politique en Allemagne fédérale, Paris, Armand Colin, coll. U prisme, 1978, p. 52 et s.), de l'Espagne (titre premier de la Constitution du 29 décembre 1978 ; v. Débat : l'avènement de la démocratie espagnole, Pouvoirs, 1979, n° 8, p. 65 et s., 76 et s.) et de l'Italie (Principes fondamentaux et première partie, Droits et devoirs des citoyens, de la Constitution du 27 décembre 1947 ; v. Alberto Predieri, Bilan de trente-trois années de Constitution républicaine, Pouvoirs, 1981, n° 18, pp. 27-28, 31 et s., 47 et s.).

(111) Les Constitutions girondine et montagnarde de 1793 invoquaient également l'acquis du droit public révolutionnaire (cf. projet de Déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes du plan de Constitution présentée à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, in M. Duverger, Constitutions et documents politiques, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1978, p. 35 et s. ; cf. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution du 24 juin 1793, ibidem, p. 70 et s.).

(112) La religion catholique cesse d'être religion d'Etat pour devenir celle de la majorité des Français (art. 5), la censure ne pourra jamais être rétablie (art. 7 : garantie de la liberté de la presse).

(113) Par contre, les Constitutions de 1848, 1946 et 1958 ont à la fois comporté des déclarations de droits et des garanties des droits : elles ont donc voulu ensemble affirmer leur filiation par rapport à l'âge des libertés révolutionnaires et protéger spécifiquement certaines d'entre elles ; la Constitution de 1875 eut pu être précédée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à la suite de la proposition de résolution de Jules Roche à la Chambre des députés, mais celle-ci fut repoussée (28.02.1903, J.O., Chambre, Doc. parl., sess. ord. 1903, p. 97).

(114) C'est par sa décision n° 70-39 du 19 juin 1970 que le Conseil Constitutionnel a pour la première fois statué en se référant au préambule, sans le dire dans ses motifs mais en l'appliquant au travers de la mention faite au principe de la souveraineté nationale ; v. Louis Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Paris, Sirey, 1984, pp. 231-232 ; Claude Frank, Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit constitutionnel, Paris, P.U.F., 1978, p. 239.

(115) Les déclarations, et plus particulièrement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, avaient une vocation universelle : "La Déclaration des droits est la Constitution de tous les peuples ; les autres lois sont muables par leur nature et subordonnées à celle-là", disait Robespierre (à la Convention, séance du 10 mai 1793 ; Réimpression de l'ancien moniteur, t. XVI, p. 464 ; cit. in Ad. Esmein, op. cit., p. 535) ; les garanties des droits n'étaient qu'une traduction contingente historiquement et formellement des déclarations universelles.

(116) Elle intervenait sous l'empire des trois lois de 1875 réglant la Constitution de la III^{ème} République, qui, par leur nudité principielle ne pouvaient que provoquer la réflexion sur la valeur référentielle des Déclarations révolutionnaires.

(117) Ad. Esmein, op. cit., pp. 492 et s., 497 et s.

(118) R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1922, t. 2, p. 579 et s.

(119) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Paris, De Boccard, 1928, t. 2, p. 184.

(120) M. Hauriou, op. cit., p. 269.

(121) Cf. F. A. Hayek et les fonctions dévolues à une Cour Constitutionnelle, op. cit., p. 143 et s. (malgré toutes les réserves de l'auteur à l'encontre d'un tel procédé : une "procédure de redressement définie par la Constitution" pourrait rectifier la doctrine de la Cour (pp. 143- 144)).

(122) Cf. la fameuse décision n° 71-44 du 16 juillet 1971 du Conseil Constitutionnel, par laquelle a été reconnue explicitement la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 comprise dans le préambule, et partant la valeur juridique de ce préambule : comme l'affirme René Chapus, "le préambule a force de loi constitutionnelle dans la totalité de ses dispositions" (Droit administratif général, Paris, Ed. Montchrestien, 1985, p. 39) ; v. note J. Rivero, A.J.D.A. 1971, 537 ; note J. Robert, R.D.P. 1971, 1171 ; L. Favoreu et L. Philip, op. cit., p. 232 et s. ; C. Frank, op. cit., p. 20.

(123) Réf. cit. in note 28 ; v. également F. Guizot qui, dans son cours professé en 1828-1829, affirmait que les Barbares germains ont introduit au commencement du deuxième millénaire dans la civilisation européenne le goût de la liberté personnelle, par opposition aux civilisations antiques qui n'avaient prôné que la liberté politique : Hist. de la civ. en Eur., préc., p. 91.

(124) B. Constant, De la liberté des Anciens...., préc., p. 547.

(125) La valeur constitutionnelle de ce texte poserait en effet quelques problèmes : non seulement le Conseil constitutionnel aurait considéré que certaines dispositions n'auraient pas cette valeur en raison de leur imprécision

(cf. CC n° 74-54 du 15 janvier 1975 ; v. L. Favoreu et L. Philip, ibidem, p. 299 et s.), mais en outre certains auteurs ont été amenés à penser que le Conseil, quand il s'y référait, invoquait le préambule de 1958 qui y renvoie, et ne s'y référait pas directement comme c'est le cas pour la Déclaration de 1789 (v. St. Rials, Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République, art. cit., pp. 595-596) ; peut-on alors appliquer la formule de M. Chapus, selon laquelle tout le préambule de 1958 aurait une valeur constitutionnelle, ou devrait-on ne reconnaître cette valeur qu'à ses dispositions les plus claires d'application ? C'est une vieille querelle que de dénier à un texte, quel qu'il soit, une valeur juridique, parce qu'il ne serait pas clair ou ne le pourrait être que précisé par une norme législative ; avouons toutefois que la question reste posée, de par la position du Conseil Constitutionnel à la suite de sa décision de 1975.

(126) La valeur constitutionnelle de ces principes devrait poser plus de problèmes encore : ils forment une ligne dans le préambule de 1946, que le Conseil Constitutionnel peut invoquer pour y ranger, et ainsi élever au rang de normes constitutionnelles, des lois de portée dogmatique essentielle ; cf. CC n° 71-44 préc. ; n° 76-75 du 12 janvier 1977 relative au principe de liberté individuelle ; n° 77-87 du 23 novembre 1977 relative au principe de liberté d'enseignement ; n° 76-70 du 2 décembre 1976 et n° 80-127 des 19-20 janvier 1981 relatives au principe du respect des droits de la défense en matière pénale ; n° 80-119 du 22 juillet 1980 relative au principe de l'indépendance de la juridiction administrative, ou encore n° 83-165 du 20 janvier 1984 relative au principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur ; v. pour une pleine affirmation de la valeur formelle de ces principes, dès après la décision de 1971 : J. Rivero, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?, D. 1972, chron. p. 265 et s. ; cpr. L. Philip, La valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Paris, Mélanges Kayser, 1979, p. 317.

(127) Cf. CC n° 79-105 du 25 juillet 1979 relative à la continuité du service public de la radio-télévision ; v. R. Chapus, op. cit., p. 44 ; note Favoreu, R.D.P. 1979 - 1705.

(128) Cf. la démonstration de St. Rials, art. cit., p. 594 et s.

(129) V. par exemple Yves Cannac, Le juste pouvoir, essai sur les deux chemins de la démocratie, Paris, J.C. Lattès, 1983, pp. 14, 19 et s., 223 et s.

(130) V. supra, n° 8.

(131) A travers un rescrit de Honorius et de Théodose le Jeune en 418 ap. J.-C. (Hist. de la civ. en Eur., préc. p. 81), voire, mais en filigrane, à travers l'expérience des Etats Généraux de la France de l'Ancien Régime et des assemblées équivalentes en Europe occidentale (ibidem, pp. 233-236).

- (132) Cit. par P. Rosenvallon in préface à Hist. de la civ. en Eur., pp. 13-14.
- (133) Ph. po. : de la souv., préc. pp. 385-388.
- (134) V. supra, note 103.
- (135) V. dans ce sens la contradiction d'Alexis de Tocqueville, à la fois favorable à une redistribution du pouvoir public et peu enclin à accepter le suffrage universel direct ; cf. J.-P. Mayer, introd. à De la démocratie en Amérique, Paris, Gallimard, 1961, p. XV ; avant lui F. Guizot avait développé de pareilles réticences : Ph. po. : de la souv., préc., p. 378 et s. ; cpr. la conviction de B. Constant pour qui : "l'élection directe peut seule investir la représentation nationale d'une force véritable, et lui donner dans l'opinion des racines profondes" (Principes de politique, préc., p. 1099), mais qui transigera finalement "par déférence pour l'opinion dominante" en faveur d'un suffrage universel indirect (ibidem, p. 1101).
- (136) V. supra, n° 8.
- (137) Op. cit., p. 47.
- (138) Ibidem, pp. 47-48.
- (139) Approuver les principes du gouvernement, ce ne peut être en effet adopter ou toucher au cadre exécutoire du système de règles de juste conduite que constitue le texte fondamental (op. cit., p. 46 ; cpr. avec les attributions du gouvernement : p. 29).
- (140) V. supra, n° 11 et note 43.
- (141) Une dimension de referendum de société et non plus de referendum de légitimité ; v. notre étude, Le défi référendaire d'un président minoritaire, préc., p. 1092.
- (142) Vic de Bonald, Démonstration philosophique du principe constitutif de la société, Oeuvres, op. cit., t. XII, pp. 164, 167 et 172.
- (143) En 1789, l'oeuvre constitutionnelle n'est déclarée possible que si quatre conditions sont remplies : il faut qu'elle soit écrite, qu'elle émane du souverain et, comme l'indique l'art. 16 de la Déclaration de 1789, qu'elle assure la garantie des droits et la séparation des pouvoirs ; autrement dit, il ne lui suffit pas d'être une oeuvre écrite et d'émaner d'un pouvoir constituant distinct du pouvoir représentatif, comme il fut fait selon les canons du droit positif, ou encore qu'elle garantisse les droits comme il a été dit, mais il faut qu'elle proclame bien haut et fort le principe de la séparation des pouvoirs.
- (144) Cf. l'art. 16 déjà cité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme que "la société dans laquelle (...) la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée n'a point de constitution".

(145) Ces deux Constitutions organisent un corps législatif unique, siégeant en permanence et indissoluble, et un Exécutif n'ayant comme seul pouvoir négatif à l'encontre du pouvoir législatif qu'un droit de veto suspensif intégré dans la compétence de promulgation de la loi (art. 2, sect. 3, chap. III, titre III, Const. 1791) ou que le droit de demander une nouvelle délibération de la loi (art. 58, Const. 1848).

(146) Cette Constitution organise un Exécutif collégial, renouvelé partiellement par l'élection d'un nouveau membre chaque année (art. 142) et présidé par chaque membre à son tour chaque mois (art. 141), et un pouvoir législatif à deux chambres, élues selon les mêmes procédures mais à des conditions d'âge différentes (art. 74 et 83), renouvelées chacune tous les ans par tiers (art. 53) et intervenant à des degrés successifs dans la votation des lois (la première chambre, le Conseil des Cinq-Cents, propose les lois : art. 76 ; la deuxième, le Conseil des Anciens, les approuve ou les rejette sans pouvoir les amender : art. 86 et 95).

(147) V. Charles Eisenmann, La pensée constitutionnelle de Montesquieu, Paris, Rec. Sirey du bi-centenaire de l'Esprit des lois, 1952, p. 154 et s.

(148) On se reportera sur cette question à toutes les études consacrées au "Constitutionnalisme et (à) la séparation des pouvoirs" dans l'ouvrage collectif Le constitutionnalisme aujourd'hui, préc. (pp. 59-130) : elles représentent un tiers de cet ouvrage, ce qui traduit bien la place centrale du principe de séparation dans le corps de pensée du Constitutionnalisme.

(149) Cf. l'analyse de la Constitution américaine par Woodrow Wilson, dans sa thèse de Doctorat sur le gouvernement congressionnel, cit. par Martin Landau, La théorie constitutionnelle et l'organisation des pouvoirs aux Etats-Unis, Le constitutionnalisme aujourd'hui, op. cit., p. 75.

(150) Après l'expérience conventionnelle, il est certain que l'un des maux les plus accablants du gouvernement démocratique apparaîtra dans l'institution de la chambre unique (institution inhérente au gouvernement révolutionnaire : v. infra, n° 34).

(151) Cf. la définition du bicaméralisme par B. Constant : les deux chambres doivent exercer respectivement le "pouvoir représentatif de l'opinion" et le "pouvoir représentatif de la durée" ; Principes de politique, préc., pp. 1080, 1095 et s., 1098 et s.

(152) Le bicaméralisme consiste souvent aussi en des chambres dont l'originalité propre est de reposer sur des mandats de durée différente ; par là, il définit un pouvoir représentatif relativement indépendant du verdict populaire et un autre qui en est dépendant ; la Constitution américaine avait adopté au début ce postulat puisqu'elle ne distinguait que très peu le Sénat et la Chambre des représentants au plan de leurs fonctions, mais seulement par la durée du mandat ; v. A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, préc., t. 1, pp. 84-85.

(153) Cf. l'axe central qui doit permettre de distinguer l'"assemblée gouvernementale" de l'"assemblée législative" selon F.A. Hayek, op. cit., pp. 29, 133 et s.

(154) Cf. la proposition de V. Giscard d'Estaing d'instaurer un "double exécutif" : par delà la fonction supérieure délimitée du premier, la fonction générale essentielle du second, "le président de la République s'affirmerait l'homme de la durée et de l'unité ; il agirait en temps différé ; le premier ministre serait l'homme du quotidien et du foisonnement pluraliste de la société ; il agirait en temps réel" ; 2 Français sur 3, Paris, Flammarion, 1984, pp. 137-138.

(155) Le pouvoir suprême doit être neutre, autrement dit il faut "séparer le pouvoir exécutif du pouvoir suprême" ; B.C., op. cit., p. 1086.

(156) "Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général : mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entre-choquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place" ; ibidem, p. 1079.

(157) Ibid., pp. 1080-1081.

(158) Cf. après les élections de fin 1827, la volonté de Charles X de se comporter en authentique chef de parti et de faire passer au Parlement les "lois systématiques" (lois restituant les corps de l'Ancien Régime dans leurs privilèges) ; ces lois précèdent de deux années seulement les ordonnances prises en application de l'art. 14 de la charte, qui provoqueront la chute de la monarchie légitime : v. supra, note 89.

(159) Titre III, chap. II, sect. 1, art. 3.

(160) Ibid., p. 1079.

(161) Soit cette force magistrale a été rendue par l'énoncé des prérogatives régaliennes traditionnelles (promulgation de la loi, chef des armées, pouvoir international, droit de grâce, entre autres : art. 56, 50, 53 et 55 Const. 1848 ; art. 3 loi 25 février et art. 8 loi 16 juillet 1875 ; art. 36 al. 1, 33, 31 al. 1er et 35 Const. 1946), soit elle a été soulignée par l'attribution d'une mission spécifique et supérieure de gardien des institutions et de garant de l'Etat (art. 5 Constit. 1958, qui reprend en outre les prérogatives régaliennes précitées, et, dans une moindre mesure, car indirectement, art. 48 Const. 1848 et art. 95 Const. 1946).

(162) Il cesse de jouir d'une immunité civile et pénale pour les actes commis en dehors de ses fonctions : il continue d'être irresponsable politiquement (sauf à moins de commettre un délit d'ordre politique qualifié de haute trahison : art. 68 Const. 1958), mais devient responsable pénalement.

(163) B.C., ibidem, p. 1085.

(164) Ibid., p. 1080.

(165) André Fontaine, à propos des élections de juin 1968 et de mai 1981 : Dans le même bateau, Le Monde, 15 mars 1986.

(166) M.H., op. cit., p. 204.

(167) René Capitant qualifiait ainsi le régime politique de la IV^{ème} République ; v. Le conflit de la souveraineté populaire et de la souveraineté parlementaire en France depuis la Libération, in Ecrits constitutionnels, Paris, C.N.R.S., 1982, p. 285 et s. (régime d'assemblée résultant d'une "liquidation" au sein du régime parlementaire "du bicamérisme et du parlementarisme dualiste").

(168) M. de Robespierre, Sur les principes du gouvernement révolutionnaire, op. cit., t. 3, p. 99.

(169) Le gouvernement révolutionnaire s'est d'abord exprimé par un abaissement de l'institution parlementaire : déjà la Constitution de 1793, comme d'ailleurs celle de 1791, avait rejeté le bicaméralisme (pratiqué en Angleterre, l'ennemi juré de la France) : en outre, des restrictions devaient être apportées à l'inviolabilité et à l'irresponsabilité des représentants, qui emportent une soustraction de la fonction à tout contrôle ; or, le peuple doit contrôler ses représentants : le peuple, qui est le mandant de la souveraineté populaire, veut que ses mandataires répondent de leurs actes (Robespierre résumera parfaitement cette idée : "celui qui est indépendant des hommes se rend bientôt indépendant de ses devoirs", Sur le gouvernement représentatif, op. cit., t. 2, p. 150.

(170) Dans le gouvernement révolutionnaire, le pouvoir est un et a deux centres : le Corps législatif et l'Exécutif ; ces deux centres sont hiérarchisés : l'Assemblée est le commis du peuple, le gouvernement est le commis de l'Assemblée ; ce qui compte, ce n'est pas le souci d'aménager des balances de pouvoirs, mais une finalisation étroite des centres du pouvoir par la volonté populaire (car, comme le notera Robespierre, les pouvoirs constitués dans un équilibre général comme le prévoit le gouvernement représentatif, "aiment beaucoup mieux s'accorder (entre eux) que d'appeler le souverain pour (les départager)", ibidem, p. 146).

(171) On se reportera, pour une analyse captivante et synthétique des deux expériences du gouvernement révolutionnaire, 1793 et 1871, à : Albert Mathiez, La Constitution de la France de 1793, Paris, Annales historiques de la Révolution française, 1928, pp. 497-520 ; St. Rials, De Trochu à Thiers, in Nouvelle histoire de Paris, Paris, Hachette, 1985, pp. 311 et s., 511 et s.

(172) Le régime de la Révolution nationale, qui, quoique ne reposant pas à proprement parler sur une Constitution, mais plutôt sur des pleins pouvoirs constituants laissés en suspens (loi du 10 juillet 1940, dans le cadre duquel ont été pris les nombreux actes constitutionnels), avait donc une base consti-

tutionnelle inédite mais en même temps une filiation politique ordinaire : ce fut un gouvernement césarien, qui fut seulement, par rapport au bonapartisme, coupé du suffrage (aucun des actes constitutionnels ne fut ratifié, alors que l'article unique de la loi du 10 juillet 1940 prévoyait que la Constitution à venir serait ratifiée par la Nation).

(173) La similitude des termes de la proclamation du 14 janvier 1848 (qui se présente comme une explication de la Constitution émanée du plébiscite de décembre 1851) et du discours prononcé par le Général de Gaulle le 16 juin 1946 (qui a toujours été présenté comme une explication de la perspective constitutionnaliste gaullienne) est extrêmement frappante : on y retrouve la même traduction de la prédominance du chef d'Etat, étayée par une responsabilité politique directe devant le pays (traduction qui mériterait d'être à elle seule analysée) ; elle atteste une expression assez achevée et systématique du gouvernement constitutionnel césarien.

(174) Notamment par l'exercice du pouvoir exécutif par rapport au rôle des ministres (le Chef de l'Etat est libre et indépendant, donne l'impulsion à la conduite des affaires de l'Etat et nomme les ministres : cf. art. 39, 41 et 42 de la Constitution de l'an VIII, art. 5, 6, 13 et 14 de la Constitution de 1852, art. 5, 8 et 19 de la Constitution de 1958) et par la maîtrise du pouvoir législatif par rapport au rôle des assemblées (le Chef d'Etat a l'initiative des lois dans les Constitutions de l'an VIII (art. 44) et de 1852 (art. 8), et par sa compétence de promulgation il possède un droit de veto définitif (Constitution de l'an VIII, art. 25 ; Constitution de 1852, art. 10) ou suspensif (cf. le mécanisme de la demande de nouvelle délibération prévue par l'art. 10, al. 2 de la Constitution de 1958 : v. note Léo Hamon sur CC n° 85-196 du 8 août 1985 et n° 85-197 du 23 août 1985, A.J.D.A., 1985, 609-611).

(175) Ce recours est capital dans l'organisation constitutionnelle césarienne de 1799, 1852 et 1958, il asseoit l'accord de confiance indispensable qui fonde la légitimité du pouvoir présidentiel, et dans les trois Constitutions il présente la même caractéristique : la responsabilité politique du chef de l'Etat ne s'exerce qu'à sens unique (c'est lui qui a l'initiative référendaire, non le peuple, et encore la manière de solliciter l'opinion, de la rendre captive par une question directive, annihile toute l'efficacité du procédé, quand en outre cette responsabilité n'est censé être mise en cause ordinairement que dans des intervalles très espacés vu la longueur du mandat présidentiel : dix ans en 1799 et 1852, sept ans en 1958).

(176) Référence à l'art. 3 de la Constitution de 1852, dont la rédaction sera corrigée par l'art. 10 du sénatus-consulte du 21 avril 1870.

(177) Qui est due en effet à la volonté des révolutionnaires d'autoriser à la fois la présence du public aux séances du Parlement et la publication des débats par la voie de la presse (cf. la réclamation de cette publicité dès une députation envoyée au Roi le 24 juin 1789, et bien évidemment

l'art. 1, sect. 2, chap. 3, titre III de la Constitution de 1791 qui énonce : "les délibérations du Corps législatif seront publiques et les procès-verbaux de ses séances seront imprimés") ; par cette publicité, et plus particulièrement la présence du public aux séances des Assemblées, les révolutionnaires envisageaient un contrôle effectif du peuple sur ses mandataires ; l'art. 5 de la loi du 16 juillet 1875, l'art. 10 de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'art. 33 de la Constitution de 1958 reproduiront cette "règle révolutionnaire".

(178) Il serait intéressant de juger si la procédure de referendum se rattache à un principe de gouvernement césarien ou à un principe de gouvernement révolutionnaire ; ce qui est évident, c'est que la Constitution de 1958, en entendant offrir une voie de recours au vote populaire dans le domaine législatif ordinaire, a incontestablement voulu assumer la tradition révolutionnaire du referendum.

(179) Cf. les analyses préc. de R. Capitant (supra, note 167) et du J. Julliard (supra, notes 93 et 94).

(180) Intégration qui ne vaut naturellement que pour la Constitution de 1958, la seule qui des trois - voire des quatre si l'on inclut l'expérience de 1940 - expériences du gouvernement césarien est fondée authentiquement sur la théorie représentative.

(181) Cf. le statut du Chef d'Etat (art. 6, 8 al. 1 et 68) la responsabilité objective du gouvernement devant le Président, ainsi que, dans la mesure où il détrône l'institution parlementaire dans sa fonction régulatrice de l'organisation des pouvoirs, le rôle du Conseil Constitutionnel ; on ajoutera à cela le gouvernement réel de la France, en cas de fait majoritaire double, qui est entre les mains présidentielles.

(182) Cf. le statut de Chef d'Etat parlementaire du Président de la République (art. 10, 12 et 18), les fonctions de premier ministre (art. 21, art. 49 al. 1) et la possibilité offerte au Parlement de voter la motion de censure (art. 49 al. 2) ; v. à titre d'illustration frappante du "parlementarisme" contenu dans le texte de 1958 : M. Debré, discours devant l'Assemblée du C.E.

(183) Ce contenu dualiste de la Constitution de 1958 est aussi et d'abord la manifestation de sa nature transactionnelle, une Constitution transactionnelle étant par essence complexe : v. supra, n° 19.

(184) Un procédé de l'école de l'exégèse est d'"aller de la règle au système : la règle n'étant que la solution législative d'un cas d'une généralité variable, l'interprète a le devoir de l'établir à sa place dans un ordonnancement cohérent de décisions qui forment un système de droit", Philippe Rémy, Eloge de l'exégèse, cette revue, 1982-2, n° VII-13, cit. par Ch. Atias, op. cit., p. 21.

(185) V. l'exemple des sources de la Constitution du 4 octobre 1958, qui remontent incontestablement aux Constitutions de 1799 et de 1852 dans la volonté nettement exprimée du Général de Gaulle de se défier des institutions parlementaires et de se fier à la volonté populaire, sur la base du postulat césarien : "il existe en fonction de chaque légitimité une notion des habilités permises et des habilités interdites" ; Georges Berlia, Essai sur la Cinquième République, R.D.P. 1961, 1169 ; v. également Georges Vedel, Les sources idéologiques de la Constitution de 1958, Etudes juridiques, 1958, p. 5.

(186) V. l'exemple de la pratique de la dissolution en France qui est loin de correspondre à la pratique anglaise : celle-ci constitue outre-Manche une arme entre les mains de la majorité contre l'opposition, et plus précisément entre les mains du chef de la majorité pour qu'il puisse choisir le moment de la nouvelle élection ; en France, elle est bien plutôt une arme de l'Exécutif contre le Législatif, sujette à une acceptation par le milieu : "l'exemple de la Troisième République montre assez que les Constitutions sont impuissantes à contrecarrer une tendance profonde des moeurs : bien qu'inscrit dans la Constitution, le droit de dissolution n'y est pas entré dans la pratique, parce qu'à cette époque les élites souhaitaient effectivement un pouvoir gouvernemental faible" ; J. Julliard, La Quatrième République, préc., p. 52.

(187) Cf. Patrick Julliard, Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux Etats-Unis : une analyse de l'évolution de la Constitution par le jeu de l'interprétation jurisprudentielle (Pouvoirs n° 29, 1984, p. 12 et s.).

(188) "Quelque complète que soit une Constitution écrite, elle laisse toujours, même quant aux points qu'elle régleme, un certain nombre de questions sans solution, qui n'ont pas été tranchées parce qu'elles n'ont pas été prévues. Lorsque les faits viennent à poser l'une de ces questions (et c'est ainsi qu'elles se révèlent pour la première fois), il faut bien la résoudre sous peine d'arrêter le fonctionnement du mécanisme entier. L'interprétation qui est alors donnée et appliquée constitue un précédent et rajoute une nouvelle règle à la Constitution" ; Ad. Esmein, op. cit., p. 518.

(189) Les règles de droit normatives sont les dispositions impératives, les règles de droit constructives constituent les procédés - dont les procédés coutumiers - employés pour assurer la réalisation technique du commandement ; L.D., op. cit., pp. 105 et s.

(190) Cf. la définition de l'abrogation qui résulte de l'incompatibilité avec la nouvelle règle adoptée, distincte de l'abrogation expresse, et qui joue plus souvent qu'elle, par M. Waline, art. cit., p. 115.

(191) "L'exégète est un faiseur de systèmes, (mais...) cette quête de systèmes se fait sans esprit de système (...); les principes ont toujours des exceptions ou des tempéraments ; les principes eux-mêmes sont toujours

matière à opinion ; en vérité, le système est fait plus pour convaincre que pour décider", Ph. Rémy, op. cit., p. 21.

(192) Ad. Esmein, op. cit., p. 504.

(193) A propos de la Constitution de la Vème République : Charles Debbasch, Jacques Bourdon, Jean-Marie Pontier et Jean-Claude Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Economica, 1983, p. 435 et s.

(194) B.C., De la liberté des Anciens..., art. cit., p. 560.

UNE INNOVATION DU CODE DE DROIT CANONIQUE :

Les Prélatures personnelles

Par

Claude PETIT

*Docteur en droit canonique
Officialité d'Aix-en-Provence*

La parution d'un Code est un événement suffisamment rare pour qu'il retienne l'attention de tous les juristes. Le Code de Droit canonique promulgué par le pape Jean-Paul II le 25 janvier 1983 et entré en vigueur le 27 novembre suivant ne devrait pas échapper à cette règle. D'une part, ce n'est que le second Code de l'Eglise latine. D'autre part, il fait une plus grande place que son prédécesseur de 1917 à la technique juridique civile, aspect que la doctrine ne manquera pas de mettre en valeur.

Notre propos sera plus modeste. Il ne porte que sur quatre des 1.752 canons du Code. Mais il s'agit de canons d'une portée considérable car ils institutionnalisent une nouveauté sensible de l'organisation pastorale de l'Eglise. La Curie romaine n'opère de changements en profondeur ou n'innove qu'avec une lenteur faite de prudence et de sagesse. Quand elle le fait, cela n'en a que plus d'intérêt.

Les canons 294 à 297 du Code légifèrent sur les Prélatures personnelles, structure juridictionnelle qui n'existait pas dans le Codex précédent. Il convient d'étudier d'abord le dispositif juridique, en partant des textes qui ont donné naissance à la figure des Prélatures personnelles et en étudiant les caractéristiques qui les typifient selon le Code. La seconde partie sera consacrée à la nature de structure hiérarchique qui revient aux Prélatures personnelles dans l'organisation de l'Eglise catholique ; ce qu'illustrera l'exemple de l'unique Prélature personnelle existant pour le moment, la Prélature de la Sainte Croix et Opus Dei.

I - L'EXISTENCE JURIDIQUE DES PRELATURES PERSONNELLES.

1. La genèse des Prélatures personnelles.

Il faut remonter au concile Vatican II pour trouver, parmi les souhaits exprimés par les évêques du monde entier, celui de la création, "là ou les conditions de l'apostolat le réclameront", d'institutions neuves - dont la Prélature personnelle - pour favoriser "des activités pastorales particulières pour les différents milieux sociaux à l'échelle d'une région, d'une nation ou du monde entier" (1).

En tant que législateur suprême, Paul VI devait appliquer le décret conciliaire par le "motu proprio" Ecclesiae Sanctae du 6 août 1966 qui, au n. 4 de la 1ère Partie (2) définit une loi-cadre des Prélatures personnelles, en référence explicite au n° 10 du décret cité. Dans ce "motu proprio" Paul VI détermine la finalité des Prélatures personnelles ; leur érection par le Saint-Siège ; le caractère séculier et la formation spécialisée de leur clergé ; leur gouvernement par un prélat propre ; l'attribution de statuts particuliers par le Saint-Siège ; la mission, les droits et les devoirs du prélat quant aux prêtres incardinés dans la Prélature ; la possibilité que des laïcs se mettent au service des activités de la Prélature ; les rapports de ces Prélatures avec la hiérarchie locale (conférence des évêques et ordinaires des lieux).

Ce sont ces dispositions que le Code reprend presque in extenso aux canons 294-297 du titre IV de la 1ère Partie (De Christifidelibus) du livre II (De Populo Dei).

Le 15 août 1967, Paul VI prenait une nouvelle disposition législative concernant les Prélatures personnelles. La constitution apostolique Regimini Ecclesiae Universae, portant réforme de la Curie romaine, établit en son n° 49 § 1 (3) que les Prélatures personnelles dépendent de la Sacrée Congrégation pour les évêques, dicastère compétent pour les organismes hiérarchiques et pastoraux de l'Eglise latine.

2. Le droit des Prélatures personnelles.

La législation antérieure est recueillie dans le Code. Il est tenu particulièrement compte d'un des "principes directeurs" présentés le 30 septembre 1967 par la commission pontificale pour la révision du Code de Droit canonique au premier Synode des évêques, qui les a approuvés à une large majorité le 4 octobre suivant (4) : le "principe de territorialité", tempéré en fonction des "nouvelles circonstances sociales et des besoins pastoraux du peuple de Dieu".

Le législateur est conscient de ce que l'élément territorial n'est pas essentiel pour la délimitation du domaine des structures pastorales ecclésiastiques, qu'elles soient ou non des églises particulières, suivant ainsi la doctrine du concile qui a défini l'Eglise comme peuple de Dieu et les diocèses comme "portio populi Dei" (5). Il crée de nouvelles structures de l'organisation ecclésiastique - les Prélatures personnelles - qui ne répondent pas au "principe de territorialité", d'où leur nom de personnelles.

Les normes du Code régissant les Prélatures personnelles sont réduites : le législateur s'est limité à établir les traits communs des caractéristiques institutionnelles de ces Prélatures. Il renvoie au droit particulier, contenu dans les statuts propres donnés à chacune par le Saint-Siège, pour la concrétisation de normes plus précises et adaptées aux circonstances particulières de chaque cas d'espèce.

Les Prélatures personnelles sont des structures juridictionnelles de l'Eglise, de nature séculière. Autrement dit, il s'agit d'une des structures pastorales grâce auxquelles l'Eglise organise sa mission hiérarchique et pourvoit aux besoins spirituels des fidèles - la salus animarum -. En tant que structure pastorale à caractère séculier, les Prélatures personnelles, tout en étant différentes des églises particulières, s'insèrent dans la même ligne que les autres structures traditionnelles de l'Eglise, telles que les diocèses, les Prélatures territoriales, les vicariats apostoliques, etc. En même temps le champ spécifique d'action pastorale des Prélatures personnelles laisse intacte l'ordinaire cura animarum - caractéristique des églises particulières - et ne soustrait donc rien à la compétence de celles-ci. En effet, bien qu'il soit aussi possible que - dans l'amplitude de leur loi-cadre - une Prélature personnelle soit constituée pour l'ordinaire cura animarum d'un groupe déterminé de fidèles (tel est le cas concret des Vicariats aux Armées), dans ce cas les juridictions de la Prélature personnelle et de l'église particulière respective seraient cumulatives.

Le Code établit concrètement que les Prélatures personnelles sont gouvernées par "un prélat, en tant qu'ordinaire propre" (c.295 § 1). Elles sont nécessairement composées de clercs du clergé séculier (c.294). Il revient au prélat "d'ériger un séminaire national ou international ainsi que d'incardiner les élèves et de les promouvoir aux ordres au titre du service de la Prélature" (c.295 § 1). Du fait de ce titre d'incardination (cf. c.266 § 1) le prélat "doit prendre soin de la formation spirituelle de ceux qui sont ordonnés avec ce titre et à leur honnête subsistance" (c. 295 § 2).

Outre les éléments nécessaires dans toute Prélature, qui viennent d'être décrits, il peut arriver aussi que les fidèles laïcs non seulement bénéficient de l'activité pastorale de la Prélature mais en plus, "moyennant des accords passés avec la Prélature (ils) peuvent s'adonner aux oeuvres apostoliques de la Prélature. Le mode de cette coopération organique et les principaux devoirs et droits attachés seront déterminés de façon adéquate dans les statuts" (c.296). L'accord qui unit le laïc à la Prélature est dans ce cas un lien contractuel, qui n'est pas constitutif de la Prélature mais créateur de droits et d'obligations réciproques en conformité avec les statuts (qui détermineront la portée et l'intensité de l'engagement, s'il est temporaire ou perpétuel, etc.).

L'adjectif organique souligne que ces laïcs appartiennent au corps social de la Prélature, à la mesure de leur participation à la tâche apostolique de celle-ci, tout en continuant à être des fidèles des églises particulières auxquelles ils appartiennent en raison de leur domicile ou de leur quasi-domicile (cf. c.107 § 1). De par leur condition de fidèles courants, ils relèveront donc de l'ordinaire diocésain respectif dans la même mesure que n'importe quel autre fidèle (cf. c.381 § 1) en accord avec les statuts de la Prélature.

Les Prélatures personnelles ne naissent pas pour supplanter les églises particulières. Un principe essentiel posé par le décret Presbyterorum ordinis, n° 10 est "le respect des droits des ordinaires des lieux". Le Code précise les modalités pratiques de cette sauvegarde des droits des évêques diocésains. Les statuts - qui doivent être donnés par le Saint-Siège (c.295 § 1) - "déterminent les rapports de la Prélature personnelle avec les ordinaires des lieux" (c.297). Le Siège apostolique procède à l'érection d'une Prélature personnelle après avoir entendu les évêques intéressés (c.294). Le consentement préalable de l'évêque diocésain est exigé pour qu'une Prélature puisse exercer ses activités dans le cadre d'une église particulière (c.297) ; les statuts peuvent aller au-delà de cette exigence minimale (c'est ce qui s'est produit dans le cas précis de la Prélature Opus Dei) et prévoir, par exemple, le consentement de l'ordinaire diocésain pour l'érection de chaque centre de la Prélature, un droit de visite ad normam iuris, etc.

La finalité des Prélatures personnelles est souple et s'oriente dans deux directions : "assurer une distribution adéquate des prêtres" (6) d'une part et, de l'autre, "réaliser des activités particulières d'ordre pastoral ou missionnaire en faveur de régions variées ou de divers groupes sociaux" (c.294).

Il s'ensuit que les Prélatures personnelles peuvent être très différentes les unes des autres, tout en répondant évidemment aux traits institutionnels établis dans la loi-cadre. Elles peuvent se différencier par leur finalité, leurs membres, l'étendue du pouvoir du prélat, les rapports avec les ordinaires des lieux, l'érection ou la non érection par le prélat d'un séminaire pour la formation du clergé de la Prélature, un champ d'activité national ou international, etc. Toutes ces caractéristiques particulières sont précisées dans les statuts propres à chaque Prélature.

II - LA PLACE DES PRELATURES PERSONNELLES DANS L'ORGANISATION HIERARCHIQUE DE L'EGLISE.

1. La Prélature personnelle est une entité juridictionnelle appartenant à l'organisation hiérarchique de l'Eglise.

Le schéma novissimus sur lequel la commission pontificale pour la révision du Code a travaillé en 1982 considérait sous le titre De Ecclesiis particularibus les diocèses (c.369 du schéma), les structures qui y sont assimilées (Prélatures territoriales, etc. : cf. c.368) et par aequiparatio in iure avec clauses restrictives ("nisi ex rei natura vel iuris praescripta aliud appareat") les Prélatures personnelles (7). Toutes ces institutions, placées sous la même rubrique, ont pour dénominateur commun leur caractère d'entités juridictionnelles qui constituent l'organisation hiérarchique de l'Eglise.

Au dernier moment toutefois, il a semblé préférable au législateur de ne garder sous la rubrique "églises particulières" que les diocèses et les autres entités hiérarchiques assimilées. L'option retenue est donc de n'y faire figurer que les structures qui sont : a) délimitées par un territoire (8), b) pour assumer pleinement et en exclusivité le soin pastoral ordinaire des fidèles qui y ont leur domicile ou leur quasi-domicile.

Cette option systématique met en relief le fait que les Prélatures personnelles a) ne sont pas des églises particulières, bien qu'elles soient également des structures hiérarchiques et aient des éléments communs avec les églises particulières (prélat nommé par le Souverain Pontife, clergé séculier incardiné, etc.) ; b) qu'elles n'appartiennent pas davantage aux manifestations du phénomène associatif qui existent dans l'Eglise et qui naissent de la base. Il s'agit d'entités constituées - érigées - par l'autorité suprême, dans le cadre des structures grâce auxquelles l'Eglise s'organise elle-même pour le meilleur exercice de son action pastorale. En effet le Code souligne clairement la distinction d'avec les "associations

de fidèles" qui font l'objet d'un titre à part, dont le premier canon donne une énumération : associations de fidèles, instituts de vie consacrée et sociétés de vie apostolique (c.298 § 1).

Du point de vue positif, la rédaction des canons 294-297 met nettement en relief le caractère des Prélatures personnelles de structures juridictionnelles appartenant à l'organisation hiérarchique de l'Eglise. Plus précisément :

a) le Saint-Siège érige une Prélature personnelle après avoir entendu les conférences des évêques intéressées (c.294) ; cette condition est prescrite pour d'autres entités hiérarchiques (cf. c.372 § 2 et note 8 ci-dessus) mais non pour les associations, même quand elles sont internationales ou universelles (9), ni pour les instituts de vie consacrée.

b) La Prélature personnelle est régie par des statuts donnés (conditis) par le Saint-Siège (c.295 § 1), ce qui la différencie grandement des formes associatives (y compris des instituts de vie consacrée) qui se donnent elles-mêmes leurs lois propres, avec l'approbation de l'autorité compétente (cf. c.314, 587, etc.).

c) Pour ce qui a trait au droit du prélat d'incardiner au titre de la Prélature (c.295 § 1), le c.265 formule le principe d'après lequel tout clerc doit être incardiné. Il s'articule en deux parties introduites par aut...aut : "ou bien dans une église particulière ou une Prélature personnelle (qui sont des structures hiérarchiques) ou bien dans un institut de vie consacrée ou dans une société qui possède cette faculté (institutions de caractère associatif cette fois)". Le même schéma se retrouve au canon suivant qui traite au § 1 de l'incardination dans les structures hiérarchiques et mentionne "une église particulière ou une Prélature personnelle" et aux § 2 et 3 de l'incardination dans des entités de nature associative : instituts religieux ou société cléricale de vie apostolique et institut séculier (c.266).

L'étude des sources permet d'aboutir à la même conclusion :

a) le décret Presbyterorum ordinis, n° 10 pose la question de l'opportunité de structures hiérarchiques plus souples que celles alors en vigueur et cite "des diocèses particuliers ou des Prélatures personnelles", situant ces deux réalités sur le même plan, le plan non des diocèses - puisque les Prélatures personnelles n'en sont pas - mais des institutions appartenant à l'organisation hiérarchique et pastorale de l'Eglise.

b) Le "motu proprio" Ecclesiae Sanctae détaille dans sa 1ère partie des institutions pastorales et hiérarchiques voulues par le concile Vatican II : conférence des évêques, etc. et, au n° 4, Prélatures personnelles.

c) Le n° 49 § 1 de la constitution apostolique Regimini Ecclesiae Universae renvoie expressément en note aux textes précédents et établit que les Prélatures personnelles et la nomination de leurs prélats respectifs dépendent du dicatère du Saint-Siège compétent pour les organismes hiérarchiques et pastoraux de l'Eglise latine, à savoir la Congrégation pour les évêques, à laquelle il revient de nommer "les évêques, les administrateurs apostoliques, les évêques coadjuteurs et auxiliaires, les vicaires aux Armées et les autres vicaires ou prélats qui possèdent une juridiction personnelle" (10).

2. Un cas concret : la Prélature personnelle de la Sainte Croix et Opus Dei.

Une première application de la législation sur les Prélatures personnelles a été faite par Jean Paul II avec l'érection de l'Opus Dei en Prélature personnelle par la constitution apostolique Ut sit du 28 novembre 1982 (11) accompagnée d'une Declaratio de la Congrégation pour les évêques, qui résume "les normes suivant lesquelles le Saint-Siège règle les structures de la Prélature et son activité, dans le respect des droits légitimes des évêques diocésains" (12). Il convient d'ajouter à ces documents un article du cardinal Baggio et un commentaire de Mgr Costalunga, respectivement Préfet et sous-secrétaire de la Congrégation.

L'on déduit de ces textes que la Prélature personnelle répond parfaitement au caractère de structure appartenant à la hiérarchie de l'Eglise. En effet, il a été procédé à l'érection par la voie d'une constitution apostolique, c'est-à-dire de l'instrument juridique habituel pour l'érection d'entités juridictionnelles autonomes et à caractère hiérarchique.

D'autre part, dans l'introduction de cette constitution il est question de la transformation de l'Opus Dei : l'amorce "de l'étude d'une transformation de l'Opus Dei suivant sa nature et les normes du concile Vatican II" sous la direction du Fondateur, Mgr Escriva de Balaguer ; et la reconnaissance, au terme des travaux, "du caractère opportun et de l'utilité de la transformation désirée de l'Opus Dei". Ce qui était né comme un phénomène pastoral et en application du droit d'association est "transformé" par le Saint-Siège en structure hiérarchique de l'Eglise ; c'est pourquoi il est dit, toujours

dans l'introduction, que le Saint-Père a chargé la S. Congrégation pour les évêques "à la compétence de laquelle l'affaire revenait de par de sa nature", de réaliser l'étude opportune.

En troisième lieu l'Opus Dei est érigé en Prélature personnelle et, par la même occasion, est érigée une association de clercs - la Société sacerdotale de la Sainte Croix - "intrinsèquement unie à la Prélature" (art. I), mais distincte d'elle puisque d'ordre purement associatif et destinée à réunir les membres du clergé séculier qui souhaitent se sanctifier dans l'exercice de leur ministère selon la spiritualité de l'Opus Dei (13).

En outre la provision de l'office du prélat (art. IV) revient au Saint-Siège, l'élu devant être confirmé par le pape (cf. C.146 sv), c'est-à-dire suivant le système prévu avec un caractère général pour la provision de l'office de prélat d'une structure autonome de nature hiérarchique (cf. c.377 § 1), distinct de celui qui est en vigueur pour les supérieurs des entités de nature associative, même quand elles sont cléricales et de droit pontifical.

La Prélature dépend de la Congrégation pour les évêques et doit présenter régulièrement un rapport quinquennal sur "sa situation et le développement de son travail apostolique" (art. V et VI).

Enfin la constitution érige aussi l'église du prélat (art. VIII), qui est l'oratoire de Sainte Marie de la Paix, situé au siège central de la Prélature, 75 viale Bruno Buozzi, à Rome.

* - * - *

Toutes ces données ne sont qu'une conséquence d'un fait essentiel, à savoir qu'une Prélature personnelle n'est pas une manifestation du phénomène associatif, mais une entité juridictionnelle qui appartient à l'organisation hiérarchique et pastorale de l'Eglise (14).

NOTES

- (1) Décret Presbyterorum ordinis, n° 10.
- (2) A.A.S. 58 (1966), p. 760-761.
- (3) A.A.S. 59 (1967), p. 901.
- (4) Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant, n° 8, dans "Communicationes" I (1969), p. 84.
- (5) Décret Christus Dominus, n° 11 ; cf. les Relations explicatives dans "Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani II", vol. III, pars IV, p. 156 et 163 ; cf. Communicationes XIV (1982), p. 202.
- (6) Cette première finalité pose des problèmes aux canonistes, car on ne la trouve ni dans les travaux de rédaction du décret "Presbyterorum ordinis", ni dans les textes d'application, ni dans les travaux de révision du Code. La distribution du clergé s'opère habituellement sans qu'il soit utile d'ériger une structure hiérarchique nouvelle à cet effet. De plus elle a été réorganisée en 1980 par un texte qui ne fait aucune référence aux Prélatures personnelles. Cf. D. Le Tourneau, Les Prélatures personnelles vues par la doctrine, dans "Revue des Sciences Religieuses" 60 (1986).
- (7) Cf. schéma du Code de 1982, c.335 § 2, dans "Communicationes" XIV (1982) p. 203.
- (8) Cf. c.372 qui prévoit en son § 2 des critères plus larges, mais toujours "in eodem territorio, en raison du rite des fidèles ou d'une raison semblable".
- (9) Le c.312 § 1, 1° dit seulement que le Saint-Siège est l'autorité compétente pour ériger les associations universelles et internationales ; au 2° il est précisé que les conférences des évêques sont compétentes pour ériger des associations nationales, dans le cadre de leur territoire.
- (10) Cf. E. Caparros, Une structure juridictionnelle issue de la préoccupation pastorale de Vatican II : les Prélatures personnelles, dans "Studia Canonica" 17 (1983), p. 487-531 ; D. Le Tourneau, Les Prélatures personnelles dans la pastorale de Vatican II, dans "L'Année Canonique" 28 (1984) ; G. Lo Castro, Le prelature personali per lo svolgimento di specifiche funzioni pastorali, dans "Il Diritto Ecclesiastico" 1983, p. 85-146 ; J.M. Gonzalez del Valle, Zur neue Rechtsfigur der Personalprälaten, dans "Osterreichisches Archi für katholischen Kirchenrecht" 34 (1983/84), p. 131-140.
- (11) A.A.S. 75 (1983), p. 423-425 ; traduction française dans La Documentation Catholique, n° 1863, 4.XII.1982.
- (12) A.A.S. 75 (1983), p. 464-468 ; traduction française dans La Documentation Catholique, n° 1943, 2.I.1983.
- (13) Cf. D. Le Tourneau, L'Opus Dei, col. "Que sais-je ?" n° 2207, 2ème éd., Paris, 1985 ; J.-L. Gutierrez, La Costituzione apostolica "Ut sit" e la figura giuridica della Prelatura personale, dans "Apollinaris" 57 (1984), p. 335-340 ; J. Fornes, El perfil juridico de las Prelaturas personales. Un comentario a la Constitucion Apostolica "Ut sit" (28 nov. 1982), dans "Monitor Ecclesiasticus" 108 (1983), p. 436-472 ; A. de Fuenmayor, La errecion del Opus Dei en Prelatura Personal, dans "Ius Canonicum" 23 (1983), p. 9-55.
- (14) Cf. l'étude remarquable et unique de P. Rodriguez, Iglesias particulares y Prelaturas personales, Pampelune, 1985.

**Leçon inaugurale prononcée
par le Professeur André ROUX
à l'occasion de la distribution des prix
de l'Institut d'Etudes Politiques
d'Aix-en-Provence le 28 mars 1986.**

- * - * - * -

**Un exemple de résistance au changement politique :
Les écoutes téléphoniques.**

- * - * - * -

"Avec un gouvernement de droite, nous risquons de revoir les écoutes téléphoniques".

Ce propos de M. Jospin, tenu au lendemain des élections législatives du 16 mars, ne peut manquer de laisser perplexe.

En effet, faut-il en déduire que les écoutes téléphoniques seraient l'apanage d'une droite peu scrupuleuse, s'opposant sur ce point à une gauche vertueuse ? Voilà au moins un critère de distinction droite-gauche qui avait échappé à tous les politologues !

En réalité, à l'alternance des majorités politiques correspond la permanence des écoutes téléphoniques. Aucun gouvernement n'a renoncé à ce procédé, héritier de la tradition du "cabinet noir" de l'Ancien Régime, ce lieu où l'on décachetait les lettres suspectes, en violation d'un Edit de 1742 qui punissait de mort la violation des correspondances. Mais, si le "ramollissement des cachets", selon l'expression de Beaumarchais, a cédé la place à des techniques plus sophistiquées, le but avoué reste le même : protéger l'Etat contre ses ennemis et la société contre les criminels.

La vraie question, en fait, n'est pas l'existence des écoutes - nul ne la conteste - mais bien plutôt de savoir si leur usage est abusif ou pas. Or, périodiquement, des hommes politiques, des syndicalistes, des journalistes prétendent subir ce type d'espionnage. Et, régulièrement, à leurs accusations indignées succèdent les dénégations outragées du gouvernement en fonction.

Ainsi, M. Marcellin, qui fût ministre de l'intérieur a toujours juré et jure encore être étranger à l'affaire des micros du "Canard enchaîné". M. Poniatowski, qui écrivait en 1972 que des journalistes, des parlementaires et même des ministres étaient sur table d'écoute, niait trois ans plus tard leur existence. Il est vrai qu'entre temps il était devenu ministre de l'intérieur de M. Giscard d'Estaing. Ce dernier, d'ailleurs, à peine élu Président de la République en 1974 avait annoncé la suppression des écoutes "si elles existent". Ce doute ne résista pas à la visite que le Premier ministre, alors M. Chirac, accompagné de M. Poniatowski, firent sur le champ au Groupement interministériel de contrôle (le G.I.C.), qui centralise les écoutes, puisqu'on apprit que 247 écoutes à caractère politique furent supprimées à cette occasion. Pourtant, en 1978, M. Bonnet, nouveau ministre de l'intérieur, fut obligé de démentir formellement les accusations d'un hebdomadaire qui donnait une liste détaillée de personnalités écoutées, parmi lesquelles M. Chirac (qui n'était plus Premier ministre).

En 1981, autre temps, autres moeurs ? La première décision de M. Defferre, tout juste installé au ministère de l'intérieur, fut d'interdire à ses services l'écoute des conversations privées, politiques, journalistiques ou autres. Dans un article au titre catégorique, à la une du "Monde" : "En finir pour toujours avec les écoutes", il écrivait notamment qu'"il est inadmissible, sous prétexte que l'on dispose de l'appareil d'Etat, de s'arroger le droit de faire intrusion dans la vie privée de ses compatriotes et de se livrer à leurs dépens à un véritable espionnage domestique". Cette affirmation fait écho à celle, plus lapidaire, du Président Pompidou, qui confiait à Jacques Chirac : "on ne gouverne pas un Etat en écoutant aux portes". Et pourtant, en 1983, M. Guillaume, alors syndicaliste agricole, se plaignait dans la presse d'être "écouté en permanence", ce qui fut aussitôt démenti. A défaut d'être entendu par le ministre de l'agriculture, M. Guillaume pouvait donc se targuer d'avoir "l'oreille du gouvernement"...

Mais le feuilleton, même résumé, des écoutes téléphoniques est-il terminé ? Il convient d'en douter et on peut se demander si M. Pasqua, nouveau ministre de l'intérieur, ne sera pas bientôt contraint de démentir d'hypothétiques écoutes pratiquées sur la ligne téléphonique de l'Elysée, cohabitation oblige...

Cette situation prêterait à sourire si ces pratiques ne constituaient pas une atteinte aux libertés individuelles et, plus précisément, à la liberté de la vie privée et au secret

des correspondances. En ce sens, elles concernent chaque citoyen qui risque d'être suspecté et compromis dès lors qu'il peut être espionné dans toutes ses conversations, les plus banales comme les plus intimes. Or, dans un Etat de droit, les limitations apportées aux libertés publiques doivent être strictement définies et réglementées par le législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

Ce qui est donc choquant, c'est que les écoutes, même non abusives, se situent encore aujourd'hui dans une zone de non-droit, une zone d'ombre juridique de nature à entretenir des soupçons invérifiables. Aucun des textes promulgués par les différents gouvernements n'a vu le jour mais il est vrai que la situation est complexe car les écoutes téléphoniques recouvrent des réalités diverses insusceptibles de se couler dans un moule législatif uniforme.

Mentionnons d'abord, pour les écarter de notre exposé, les écoutes pratiquées par de simples particuliers à l'égard d'autres particuliers. Leur situation est claire puisque la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée les punit de sanctions pénales (article 368 du Code pénal). Encore faut-il que les paroles captées ou enregistrées à l'aide d'un appareil quelconque aient été prononcées dans un "lieu privé" (notion parfois difficile à cerner) et que les propos tenus soient relatifs à "l'intimité de la vie privée" (autre notion aux contours imprécis). Les tribunaux ont ainsi sanctionné de multiples agissements fautifs, au nombre desquels on peut relever, au hasard de la jurisprudence, l'installation par un chef d'entreprise de micros dans la cantine de son usine, l'enregistrement par une employée des conversations de son patron, ou les écoutes, par un directeur de foyer de jeunes, des conversations téléphoniques de ses pensionnaires...

Pour s'en tenir aux écoutes pratiquées par les autorités publiques, il convient d'en distinguer deux catégories : les écoutes dites "administratives" (ou "ministérielles"), effectuées à la demande des ministères de l'intérieur et de la défense et autorisées par le Premier ministre (en pratique par son directeur de cabinet) ; les écoutes judiciaires, ordonnées par le juge d'instruction (ou le Procureur de la République) afin de rechercher la preuve d'infractions. Mais, dans les deux cas, nul texte législatif ne les autorise expressément. Et si la Cour de cassation a récemment admis la validité des écoutes "judiciaires", cette "législation" peut sembler à certains égards critiquable. Quant aux écoutes "administratives" leur illégalité manifeste n'est pas sanctionnée dans la pratique.

La situation actuelle est donc insatisfaisante à un double point de vue puisqu'elle se caractérise d'une part, par la légalité contestable des "écoutes judiciaires" et, d'autre part, par l'illégalité inopérante des "écoutes administratives".

I - LA LEGALITE CONTESTABLE DES "ECOUTES JUDICIAIRES"

Leur légalité, qui peut sembler fragile, n'a été admise qu'après maintes hésitations.

Certes, des juridictions inférieures avaient à plusieurs reprises admis la licéité de l'interception de conversations téléphoniques ordonnées par commission rogatoire du juge d'instruction. La preuve résultant de l'enregistrement de ces conversations avait été admise par exemple dans une affaire de corruption de fonctionnaire, ou encore dans une affaire de paris clandestins sur des courses hippiques où le délit se commettait uniquement au moyen du téléphone. Ne pas admettre ce mode de preuve aurait assuré une immunité de fait aux parieurs clandestins (Trib. correct. Seine, 30 octobre 1964, D. 1965, J., p. 423).

La Cour de cassation quant à elle s'est pendant longtemps montré réticente, estimant que le juge d'instruction doit agir à visage découvert, qu'il ne doit pas compromettre la dignité de sa fonction et qu'il ne doit pas utiliser la ruse afin de ne pas violer les droits de la défense. Ainsi, dans un arrêt du 31 janvier 1888, la Cour de cassation, réunie en Conseil supérieur de la magistrature, sanctionna le magistrat qui instruisait la célèbre affaire Wilson (gendre du Président de la République, impliqué dans un trafic de décoration, il fut la cause de la démission de Jules Grévy). Elle estima qu'en engageant, sous une fausse identité, une conversation téléphonique avec un témoin, ce magistrat avait employé "un procédé s'écartant des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire". La chambre criminelle usa de la même rigueur par la suite, dans une affaire où l'officier de police judiciaire avait provoqué et intercepté les aveux d'une personne soupçonnée de corruption de fonctionnaire (Crim. 12 juin 1952, J.C.P. 1952, II, 7241, note Brouchet). De manière plus critiquable, la chambre civile avait même condamné l'utilisation d'une table d'écoute installée pour découvrir l'auteur d'appels téléphoniques injurieux et répétés. L'auteur de ces appels, qui avait été ainsi identifié, eût l'audace de demander des dommages-intérêts, estimant qu'on avait usé à son encontre d'un procédé déloyal. Et la Cour de cassation

lui donna raison en affirmant que l'opération, bien qu'exécutée par la police sur demande du juge d'instruction (et avec l'accord du destinataire des appels injurieux), était contraire aux règles essentielles de la procédure pénale et aux droits de la défense... (Cass. civ. 18 mars 1955, D. 1955, J., p. 573, note R. Savatier).

Finalement, ce n'est qu'en 1980 que la Cour de cassation a reconnu, de manière non équivoque, la licéité des écoutes judiciaires (Cass. crim. 9 octobre 1980, J.C.P. 1981, II, 19578, note G. di Marino). Il s'agissait en l'espèce d'écoutes pratiquées à l'encontre d'un M. Tournet, inculpé de faux en écritures publiques et authentiques pour avoir camouflé la donation d'un terrain au ministre Robert Boulin (pour qui cette affaire eût des conséquences tragiques). En résumé, la Cour de cassation, pour admettre la légalité des écoutes, se fonde sur l'article 81 du code de procédure pénale qui autorise, de manière générale, le juge d'instruction à procéder à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité. Dans la mesure où cet article lui donne le droit de procéder notamment à l'interception et à l'ouverture de lettres en cours d'acheminement, il semble en effet logique que lui soit également reconnu, par analogie, le droit d'intercepter cette forme particulière de correspondance que sont les communications téléphoniques (V. aussi : Cass. crim. 23 avril 1981, Bull. n° 117, p. 32 ; Cass. crim. 23 juillet 1985, D.S. 1986, J., p. 61, note P. Chambon).

Cependant, en l'état actuel des textes, la reconnaissance des "écoutes judiciaires" soulève certaines objections.

Tout d'abord elles se concilient difficilement avec certains principes. Quelques auteurs, parmi lesquels d'éminents magistrats, considèrent que le juge se "deshonore" en recourant aux écoutes, procédé "contraire à la loyauté et à la droiture inhérents à la justice". Mais la même réprobation n'entoure pas la saisie et l'ouverture des lettres, procédé dont la "loyauté" n'est guère plus apparente. La Cour de cassation, en tout cas, subordonne la licéité de l'écoute à l'absence d'artifice ou de stratagème. Autrement dit, le policier commis rogatoirement ne doit pas converser lui-même, qu'il donne ou non sa véritable identité, mais doit se contenter d'enregistrer passivement les propos tenus.

Le respect des droits de la défense, principe à valeur constitutionnelle, est également en cause, puisque l'écoute clandestine peut aboutir à intercepter les conversations d'un inculpé et de son avocat. Ce risque s'est vérifié dans l'affaire

des "grâces médicales" où était impliqué le docteur Colombani, médecin-chef de la prison des Baumettes à Marseille, et la chambre d'accusation d'Aix-en-Provence, le 2 février 1983, a annulé les écoutes pratiquées à l'encontre de ce médecin, en affirmant que les conversations qu'il avait eu avec son avocat devaient rester secrètes. Pour éviter l'annulation de la procédure, le magistrat va donc devoir trier les diverses conversations enregistrées et écarter celles entre l'inculpé et son avocat. Il n'empêche qu'il en aura quand même eu connaissance, même si elles ne peuvent figurer au procès-verbal et servir de preuve.

Par ailleurs, la légalité des "écoutes judiciaires" semble douteuse au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme. Celle-ci, à laquelle la France a tardivement adhéré, en 1973, proclame dans son article 8 que "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Cet article ajoute que si une autorité publique peut porter atteinte à l'exercice de ce droit, c'est à condition que cette atteinte soit prévue par la loi et qu'elle soit nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique... à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales... Et la Cour européenne des droits de l'Homme, saisie d'une plainte d'un antiquaire britannique, M. Malone, poursuivi pour recel puis acquitté, a condamné, par un arrêt du 2 août 1984, la pratique britannique des écoutes téléphoniques, en qualifiant "d'assez obscur" le droit anglais et gallois en la matière. Elle insiste sur le fait qu'il est difficile à un citoyen britannique de démêler, dans la pratique, ce qui relève du droit pur et du pouvoir d'appréciation de la police. "Dans cette mesure, déclare la Cour, fait défaut le degré minimal de protection juridique voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique". A la suite de cette condamnation le gouvernement de Mme Thatcher décida de mettre en place une législation claire et complète.

Il semble donc évident que la France subirait la même condamnation de la Cour, hypothèse d'autant plus plausible que depuis 1981 les requêtes individuelles ont été admises par le gouvernement français. Notre droit ne comporte, en effet, aucune des conditions et des garanties exigées par la Cour européenne. L'article 81 du code de procédure pénale qui, par la Cour de cassation, sert de base légale aux écoutes, ne les mentionne pas expressément et aucun contrôle n'est prévu pour garantir les citoyens contre d'éventuels abus. La position de la Cour de cassation, qui considère que les écoutes pratiquées par le juge d'instruction répondent aux exigences de

l'article 8 de la Convention européenne (Cass. crim. 23 juillet 1985 précit.) nous semble peu conforme à l'interprétation de ce même article par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Si les écoutes judiciaires semblent ainsi contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme, il en va de même, a fortiori, des "écoutes administratives", dont l'illégalité, pour certaine qu'elle soit, reste actuellement inopérante.

II - L'ILLEGALITE INOPERANTE DES "ECOUTES ADMINISTRATIVES.

Autorisées par le Premier ministre, elles sont destinées à de nombreux utilisateurs : police judiciaire, renseignements généraux, direction de la surveillance du territoire, direction générale de la sécurité extérieure..., et leur nombre serait d'un millier en permanence, 2.500 personnes étant ainsi écoutées chaque année.

A en croire les différents gouvernements on n'y aurait recours que dans deux hypothèses : atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat et grand banditisme. Mais ces notions sont relativement floues. Ainsi sous le gouvernement Mauroy un préfet reconnaissait que certains militants antinucléaires bénéficiaient d'écoutes. Et, si les renseignements généraux n'admettent écouter que les extrémistes politiques, où passe la frontière entre un militant et un extrémiste ?

Quoi qu'il en soit, ce type d'écoute est non seulement contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, mais également au droit interne. Notamment à l'article L. 41 du code des PTT qui punit tout fonctionnaire public qui viole le secret de la correspondance confiée aux P.T.T. Et également à l'article 368 du code pénal (créé par la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée), qui punit "quiconque" procède à l'aide d'un appareil, à l'écoute, à l'enregistrement ou à la transmission de paroles prononcées dans un lieu privé, sans le consentement de l'intéressé. Les fonctionnaires, comme les simples particuliers, sont passibles des sanctions prévues, dans la mesure où les autorités administratives, à la différence des autorités judiciaires, ne peuvent se prévaloir d'un fait justificatif qui leur permettrait d'y échapper. Devant l'Assemblée Nationale, lors des débats relatifs à la loi du 17 juillet 1970, le Garde des Sceaux, pour justifier sa demande de rejet d'un amendement, présenté notamment par M. Mitterrand, et qui étendait expressément aux agents

publics les peines prévues par l'article 368 du code pénal, affirmait que "la loi s'applique à tout le monde". Il ajoutait qu'un fonctionnaire ne peut légalement procéder à une écoute que s'il est couvert par une commission rogatoire du juge d'instruction ou par une instruction ministérielle (J.O. déb. A.N. 28 mai 1970, p. 2075). Or, il est certain qu'une instruction ministérielle ne peut justifier un délit, et que les textes réglementaires pris par le gouvernement pour organiser les écoutes (textes jamais publiés au J.O.) ne sauraient faire échapper les fonctionnaires aux sanctions pénales. Tout au plus peut-on estimer que les policiers ayant effectué une telle opération pourraient se prévaloir de l'excuse absolutoire que constitue l'obéissance hiérarchique ce qui permettrait d'engager la responsabilité pénale du supérieur ayant donné l'ordre d'y procéder.

L'hypothèse d'une sanction pénale reste cependant quelque peu théorique étant donné la difficulté, voire l'impossibilité, de prouver l'existence des "écoutes administratives". L'inefficacité des appareils de détection rend pratiquement indécélables les tables d'écoute.

Aussi, le Conseil d'Etat (C.E. Ass., 17 décembre 1976, Férignac et Benassi, J.C.P. 1978, II, 18979, note F. Hamon) et la Cour de cassation (Cass. civ. 13 juin 1978, Bull. I, p. 181, n° 228), ont été amenés à rejeter les requêtes d'élus communistes qui demandaient au juge de faire constater par voie d'expertise l'existence de tables d'écoute sur leur ligne téléphonique. Or l'expertise ne peut être ordonnée que s'il existe au moins un commencement de preuve, lequel n'aurait pu résulter que de l'expertise ! Ces diverses requêtes furent donc rejetées et l'on voit mal comment, dans la pratique, la preuve (ou le commencement de preuve) de l'existence d'écoutes pourrait être apporté.

Il y a donc aujourd'hui une contradiction flagrante entre le droit et le fait. Les citoyens doivent se contenter, selon les termes d'un ministre s'adressant au Sénat en 1973, "de faire sur ce point confiance au gouvernement" (J.O. déb. Sénat, séance du 19 juin 1973, p. 762).

Certes, la suppression pure et simple des écoutes n'est guère envisageable, et aucun pays démocratique n'y a renoncé. Mais plutôt que de tolérer leur pratique illégale en lui laissant le champ libre, il serait souhaitable de consacrer leur légalité en les subordonnant à des conditions précises, en les entourant de garanties, et en les plaçant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Les modèles

et les projets ne manquent pas qui pourraient inspirer le législateur, notamment, à l'étranger, la loi du 13 août 1968 de la République fédérale allemande, loi qui a été reconnue compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme par un arrêt de la Cour européenne du 6 septembre 1978 (aff. Klass et autres, obs. Cohen-Jonathan, Cahiers de droit européen 1979, p. 478). Quant à l'avant projet de loi élaboré par la commission Schmelk créée en 1981 par le gouvernement Mauroy, il est, semble-t-il, resté dans les tiroirs du ministre de la Justice. Il est frappant, à cet égard, que le Garde des Sceaux Robert Badinter, dont nul ne peut douter de l'attachement aux libertés individuelles, n'ait pu faire aboutir la réforme que le Professeur Badinter appelait de ses vœux quelques années auparavant (voir : R. Badinter, La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine, J.C.P. 1971, I, 2435). Là encore, le réalisme inhérent à l'exercice du pouvoir l'a emporté sur les intentions généreuses et réformatrices.

Il faut, cependant, être lucide. Aucune législation, si parfaite soit elle, ne réussira à maîtriser complètement la pratique des écoutes, qui ne sont pas toutes téléphoniques, et qui relèvent moins du droit que de la technologie de pointe : dans le magazine ou M. Guillaume se plaignait d'être écouté figurait une publicité vantant les mérites d'un émetteur-espion miniature que chacun peut acheter pour la modique somme de 1.800 F. Grand comme une boîte d'allumette, il permet d'espionner ses voisins et ses proches en branchant à distance un simple poste de radio à modulation de fréquence. Inutile de dire que ce genre de procédé, qui n'est plus téléphonique, est incontrôlable et ce n'est pas là la moindre difficulté qui attend le gouvernement qui se décidera à légaliser les écoutes.

Il semble en tout cas qu'un gouvernement qui comprend un secrétaire d'Etat aux droits de l'Homme serait bien inspiré de s'atteler à la tâche. L'action en faveur des droits de l'Homme vis-à-vis de l'extérieur perdrait peut-être en crédibilité si la France était un jour condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour non respect de la Convention. Il est donc urgent de ne plus attendre !...

N.B. : Sur la question des écoutes téléphoniques voir notamment :

- Commission de contrôle des services administratifs procédant aux écoutes téléphoniques, Rapport, Sénat, Doc. n° 30, Annexe au Procès verbal de la séance du 25 octobre 1973.

- P. Kayser, L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises, Etudes offertes à J. Vincent, Toulouse, 1982, pp. 169-191 ; La protection de la vie privée (protection du secret de la vie privée), Economica-P.U.A.M., 1984, pp. 262-276.
- A. Roux, La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, Economica, 1983, pp. 102-105 et pp. 119-139.

**LA LOI DU 6 JANVIER 1978,
INFORMATIQUE, FICHIERS ET LIBERTES.**

Présentation pédagogique et synthétique.

Par

Jean FRAYSSINET

*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille
Chargé de cours de droit de l'informatique à la
Faculté de Droit de Montpellier*

AVERTISSEMENT

La présente publication est le résultat d'une démarche pédagogique et pratique.

Elle n'a pas pour objet de fournir une étude détaillée de la loi du 6 janvier 1978. (Pour cela voir P. Kayser et J. Frayssinet : Informatique et libertés. Jurisclasseur, Pénal, Annexes, Commentaires 8-1981, 40 p. et la bibliographie finale).

Le but poursuivi est de donner une vision claire, simple, synthétique des dispositions législatives essentielles.

L'exercice a été inspiré par trois constatations :

1) La loi reste mal connue dans le cadre universitaire ou professionnel alors qu'elle est d'application fréquente, qu'elle entretient des rapports étroits avec toutes les disciplines et de nombreux actes juridiques. Potentiellement, ce texte peut être la source de multiples contentieux dans les domaines les plus variés ; l'étude de ses relations avec les autres normes peut être le sujet de travaux dirigés et de recherches.

2) La portée de la loi de 1978 est mal comprise, le lien qu'elle entretient avec l'informatique étant surestimé. L'erreur d'appréciation découle du titre, de la rédaction, de la structure même du texte, paraissant limiter son application aux seuls fichiers informatisés. Cette loi est, en quelque sorte, victime du déroulement de la procédure parlementaire qui a fait perdre de vue l'importance du chapitre 7 (dispositions diverses) étendant considérablement le champ d'application du projet de loi initial, transformant l'esprit de la législation. En réalité, le dispositif de protection des droits de l'individu s'applique, pour ses aspects les plus importants, à toutes les informations nominatives, y compris celles traitées manuellement dans des fichiers-papier traditionnels. La loi de 1978 n'est pas seulement une "loi informatique" ; elle s'inscrit en fait dans une évolution tendant à la reconnaissance d'un droit individuel à l'information et à la communication. En conséquence, nous avons procédé à une restructuration du texte législatif pour lui donner une cohérence, permettant de faire coïncider la lettre, le fond et l'esprit.

3) La connaissance des seules dispositions de la loi de 1978 n'est plus suffisante. Il convient de l'inscrire dans un cadre en évolution permanente. L'aspect international est

apparu avec la ratification par la France de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 (Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel). Le juge national a eu à régler plusieurs contentieux. Surtout, la loi doit s'interpréter en fonction des délibérations d'une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). A travers les actes réglementaires, les avis, les recommandations, de cet organisme original, dont la méthode de travail et de raisonnement rappelle fortement celle de certaines institutions administratives nord américaines ou du juge de la Common law, apparaît une véritable jurisprudence non juridictionnelle, souple, préventive, variable pour s'appliquer à des cas d'espèces. Le suivi de ces véritables directives ("guide lines"), découlant parfois plus de la pratique de la commission que de la lettre de la loi, est indispensable pour l'appliquer concrètement. Lorsque cela était nécessaire, nous avons inclu dans la présentation de la loi certaines de ces données, figurant généralement dans le rapport annuel d'activité de la commission.

INTRODUCTION

En adoptant la loi du 6 janvier 1978 "Informatique, Fichiers et Libertés" (JO du 7 janvier 1978 et rectificatif au JO du 25 janvier 1978), le Parlement français a répondu à l'inquiétude de l'opinion publique, relayée par les milieux politiques, syndicaux, les organes de la presse écrite et audiovisuelle. Les capacités de stockage et de traitement de l'ordinateur sont perçues dès les années 70 comme une menace réelle ou potentielle pour les libertés individuelles, pour la vie privée et la protection de son intimité. A partir de quelques affaires retentissantes, d'articles de presse inquiétants mettant l'accent sur le fichage systématique et la connexion des fichiers, l'image négative du développement de l'informatique s'est surajoutée, de manière irrationnelle et souvent infondée, à celle de ses apports bénéfiques. Les informaticiens eux-mêmes, soucieux de disposer de règles du jeu claires, ont souhaité disposer d'une législation.

A - Historique et méthodologie

L'approche française du problème qui a son originalité, s'inscrit dans un contexte international ; dès 1970 (Land de Hesse en Allemagne fédérale) et 1973 (Suède), des états se dotent de législations spécifiques qui serviront de sources d'inspiration. En juin 1975, une commission de douze personnalités, constituée par le Gouvernement (Commission Informatique et Libertés, dite Commission Tricot, du nom de son rapporteur général, conseiller d'Etat) remettait au président de la République un rapport accompagné d'annexes abondantes et d'un projet d'avant-projet de loi. Ce travail, de qualité remarquable, devait par la suite servir de référence au ministère de la Justice. De manière relativement imprévue, le gouvernement de M. Chirac, en août 1976, déposait un projet de loi relatif à l'informatique et libertés, de portée limitée. Le projet a donné lieu à des débats exceptionnels. Les assemblées, spécialement le Sénat, entrèrent en conflit avec le garde des Sceaux avant d'imposer de très importants ajouts ou modifications au texte gouvernemental, en particulier sur la nature de l'institution à créer pour appliquer la loi et l'extension du dispositif de protection de l'individu aux données contenues dans des fichiers et documents non automatisés. La loi finale est autant l'oeuvre du Parlement que du Gouvernement ; mais cette mutation législative est à l'origine de certaines malfaçons rédactionnelles (l'article 45 par exemple), de certaines incohérences logiques qui ne facilitent par l'inter-

prétation et l'application du texte. La loi du 6 janvier 1978, accompagnée d'un important décret d'application (décret n° 78-774) du 17 juillet 1978, JO du 23 juillet 1978) est entrée progressivement en vigueur ; ses dispositions sont toutes applicables depuis le 1er janvier 1980. Par la suite, de nombreux textes réglementaires ou non réglementaires sont intervenus. Il est très conseillé de commander à la Direction des Journaux officiels (26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15 - Tél. 45.78.61.39) la brochure n° 1473, périodiquement rééditée, intitulée Informatique et Libertés. Ce document de 240 pages, au coût modique, contient l'ensemble des textes parus et permet de prendre conscience du nombre et de la complexité des dispositions à respecter. Pour des informations plus détaillées sur la loi et les textes connexes, on peut consulter la publication de P. Kayser et J. Frayssinet, "Informatique et Libertés" au Jurisclasseur de Droit pénal (Annexes Commentaires, 1981, 40 pages). Si la loi de 1978 réclame une attention particulière, elle ne constitue qu'une pièce essentielle d'un dispositif juridique beaucoup plus large. Le juriste devra considérer de nombreux autres textes législatifs ou réglementaires, se référer à une jurisprudence portant sur des domaines variés, pour les combiner avec la loi Informatique, Fichiers et Libertés. Dans la pratique, il sera difficile de trouver un juriste capable de procéder à une approche globale des problèmes juridiques tout en connaissant les contraintes des techniques informatiques et les évolutions concrètes de la loi de 1978, dérivant de la jurisprudence de la CNIL. Compte tenu des enjeux financiers, commerciaux, psychologiques, politiques, techniques dont l'importance est généralement méconnue ou sous-estimée, il est conseillé de faire appel à un spécialiste reconnu. Sur le plan méthodologique, le dialogue entre le juriste-conseil, l'informaticien et le responsable du traitement, doit être constant dès la phase préalable d'étude. La loi attire l'attention du gestionnaire de données sur le fait que l'informatique et le fichage ont des conséquences sociales et juridiques mettant en jeu des responsabilités sanctionnées. Dans le cadre d'une démarche préventive et pragmatique, plus que répressive et dogmatique, les contraintes juridiques sont à intégrer à celles qui dérivent de la technique si on ne veut pas voir apparaître un consensus défavorable au développement de l'informatique.

B - Les aspects internationaux

Si les propos qui vont suivre mettent forcément l'accent sur la législation française, il importe de signaler cependant

qu'elle doit maintenant tenir compte des règles internationales. En effet, le Conseil de l'Europe a adopté le 28 janvier 1981 une "Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel", signée et ratifiée par la France (loi n° 82-890 du 19 octobre 1982). Cette Convention internationale est entrée en vigueur le 1er octobre 1985 ; elle engage la France, l'Allemagne fédérale, la Norvège, la Suède et l'Espagne ; d'autres états vont prochainement s'y joindre. Cette norme internationale qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à la loi française, se concilie facilement avec celle-ci même si sur certains points elle vient la compléter. La Convention comporte l'engagement d'assistance mutuelle pour la mise en oeuvre (Art. 13) et créé un comité consultatif (chapitre 5). En outre, sur les plans du droit international privé ou public, il faut constater la tendance de nombreux états à se doter de législations nationales de portée très variable, générales ou sectorielles. Actuellement, une quinzaine d'états disposent de législations dont la comparaison fait apparaître un certain fond commun. Le développement des réseaux, la multiplication des flux transfrontières imposent de considérer le droit applicable sous un angle international ; les problèmes juridiques soulevés sont d'une redoutable complexité et les solutions empreintes d'incertitudes.

C - La portée de la loi de 1978

L'objet de la loi du 6 janvier 1978 est de protéger l'individu, personne physique, pour qu'il puisse exercer les libertés reconnues par les lois et protéger sa vie privée, notion définie de manière jurisprudentielle. La loi est peu adaptée à la défense des groupes ou des libertés collectives, à la prise en considération de l'utilité sociale des informations concernant les personnes. C'est pourquoi la loi de 1978 ne s'applique qu'aux données nominatives utilisée en dehors du cadre strict de la vie privée (par exemple, la loi n'est pas applicable aux informations nominatives d'un carnet d'adresses personnel). L'article 4 de la loi considère comme informations nominatives *"les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale"*. Pour simplifier, on peut dire que dès qu'une information peut être rapportée par un moyen quelconque, avec une probabilité suffisante, à un individu, elle devient nominative ; la loi s'applique alors. La Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a une

conception extensive de la notion : elle considère, par exemple, que des informations à l'apparence anonyme, peuvent devenir nominatives si un traitement informatique ou un tri manuel permet de les attribuer à des individus (cas d'informations anonymes fournies par un petit groupe d'individus). En outre, dans une délibération n° 84-28 du 3 juillet 1984 (mairie d'Arcueil et autres), la commission, indirectement, a étendu la notion d'informations nominatives à des personnes morales ; elle avait déjà utilisé la notion de fichiers mixtes contenant, à la fois des données relatives à des personnes physiques et morales. A l'origine de la loi, on trouve l'idée qu'un traitement automatisé de données nominatives peut s'avérer dangereux pour les libertés individuelles. L'article 1er de la loi pose un principe général : *"L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques"*. A partir de cas concrets, la CNIL a eu l'occasion de préciser la notion floue d'identité humaine. Pour rendre opérationnels les principes généraux, la loi met en place un dispositif qui sera décrit à grands traits.

- En premier lieu, le législateur a créé une institution spéciale et originale, chargée de faire respecter la législation : la commission nationale de l'Informatique et des Libertés (I).

- En second lieu, pour limiter le caractère dangereux des traitements automatisés d'informations nominatives, la loi impose des formalités préalables à leur mise en oeuvre. Le mécanisme choisi est celui de la déclaration préalable du traitement à la CNIL, pour assurer une certaine transparence du contenu, de la finalité, de l'usage du traitement (II).

- En troisième lieu, le législateur a pris conscience que le danger pour les droits individuels dérivait plus de l'information que de l'usage de méthodes nouvelles ou anciennes de traitement des données nominatives. Une législation subordonnée à l'utilisation de moyens informatiques pouvait être facilement tournée en gérant les données dangereuses avec des moyens traditionnels comme des dossiers ou des fichiers manuels ou mécanographiques.

Dépassant le débat informatique et libertés, le législateur a inscrit son intervention autour du thème informations nominatives et libertés. La portée de la loi du 6 janvier

1978 dans ses dispositions les plus intéressantes et protectrices augmente considérablement puisque le texte concerne alors toutes les personnes physiques ou morales manipulant des données nominatives, sans considération des moyens utilisés. De nombreuses personnes sont induites en erreur par le titre de la loi, la croyant réservée aux seuls utilisateurs de l'informatique. La loi de 1978, dans ce contexte nouveau, tente de protéger l'individu en instaurant des obligations pour le "ficheur" et en prévoyant des droits pour le "fiché" (III).

CHAPITRE I :

La commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

(Chapitre II de la loi)

Si l'individu est le mieux placé pour assurer la défense de ses droits et libertés en adaptant son comportement individuel, en agissant de manière collective par le biais des associations, des syndicats, etc., directement auprès des organismes détenteurs des informations, ou en engageant, si nécessaire une action contentieuse devant le juge compétent, le législateur français a souhaité la création d'un organe spécial pour assurer l'application de certaines dispositions de la loi et venir à l'aide de l'individu. Il s'est inspiré des suggestions du "Rapport Tricot" et de l'institution en place en Suède ; le Sénat, s'opposant au Gouvernement, est intervenu avec vigueur pour donner à la CNIL des caractéristiques permettant d'en faire une institution crédible et un véritable défenseur des libertés individuelles.

SECTION I - UNE INSTITUTION ORIGINALE

L'article 8 de la loi qualifie la CNIL d'autorité administrative indépendante, notion qui retient aujourd'hui fortement l'attention des juristes. La commission est une véritable autorité puisque la loi la dote du pouvoir de prendre des actes administratifs de portée réglementaire ou individuelle, dont la légalité peut être contestée devant le Conseil d'Etat jugeant en premier et dernier ressort. Elle n'est pas une juridiction.

A - Composition

La CNIL est composée de 17 membres nommés pour 5 ans ou pour la durée de leur mandat ; ils représentent des catégories variées, gage d'indépendance :

- deux députés, deux sénateurs, deux membres du Conseil économique et social élus par les assemblées respectives ;
- deux membres (ou anciens membres) du Conseil d'Etat, deux membres de la cour de cassation, deux membres de la Cour des Comptes, élus par l'Assemblée générale des juridictions respectives ;
- deux personnes qualifiées pour leur connaissance des applications de l'informatique, nommés par décret sur proposition respectivement du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat ;
- trois personnalités désignées en raison de leur autorité et de leur compétence par décret en Conseil des Ministres.

L'indépendance statutaire des membres de la CNIL est garantie : des dispositions instaurent une inamovibilité (art. 8) et un régime d'incompatibilité (art. 8). La Commission établit librement son règlement intérieur et élit librement, en son sein, un président et deux vice-présidents dont un vice-président délégué. Le président actuel de la CNIL est M. Jacques Fauvet. La Commission ne peut valablement délibérer que si la majorité de ses membres en exercice participe à la séance. Ses délibérations sont prises à la majorité d'au moins neuf voix. Le gouvernement est représenté par un commissaire du gouvernement, assisté d'un adjoint, désigné par le Premier Ministre. Recevant un exemplaire des dossiers de déclaration, il assiste aux réunions de la commission, peut provoquer une seconde délibération. Le commissaire du gouvernement n'est pas le porte-parole ou le défenseur des intérêts du gouvernement. Il joue le rôle de médiateur entre les administrations et la CNIL, développe auprès des services une action d'information pédagogique en s'appuyant sur un réseau de correspondants officiels de la CNIL implanté dans les ministères (circulaire du Premier Ministre du 30 juillet 1983).

B - Les moyens

La Commission dispose de services dirigés par le président, ou le vice-président délégué, placés sous son autorité (Art. 10). Les agents, une quarantaine, sont recrutés par la commission de manière autonome et nommés par le président. Les membres et agents de la commission sont astreints au secret professionnel. Des chargés de mission et attachés constituent le personnel d'encadrement ; généralement les dossiers sont répartis par secteurs professionnels ou administratifs. Dans les cas complexes, il est possible de contacter l'agent procédant à l'instruction du dossier pour éviter des

difficultés. Autour d'un secrétaire général, la commission est structurée en quatre services : réglementation, informatique, droit d'accès et contrôle, administration et finances. Le service informatique dispose d'un ordinateur pour gérer les déclarations des traitements automatisés. Un service d'information permet, par contact téléphonique, de donner des renseignements utiles (Tél. 45.44.40.65) ; le service de documentation permet de consulter une bibliographie générale et de disposer des textes des délibérations accessibles au public. La CNIL est installée dans un bâtiment sis 21 rue Saint-Guillaume (75007 Paris) ; toute correspondance doit y être adressée. Les crédits nécessaires au fonctionnement de la CNIL sont inscrits au budget du ministère de la Justice ; ils se montent à environ 14 millions de francs ; la commission dispose d'une certaine autonomie financière. A ces ressources budgétaires, la loi (Art. 7) donne la possibilité, non encore utilisée, à la commission d'ajouter les recettes provenant de redevances perçues à l'occasion de certains frais entraînés par l'accomplissement de certaines formalités relatives à la déclaration des traitements automatisés. On doit regretter que la CNIL demeure une institution trop parisienne, souvent imparfaitement informée des réalités du terrain, mal perçue parce que trop discrète ; ceci nuit à sa crédibilité. Des délégations régionales étaient prévues dans le projet gouvernemental ; mais le Sénat s'est montré opposé. A l'heure de la décentralisation, il serait utile que la CNIL dispose de relais (régionaux, légers mais efficaces) capables d'informer, d'apporter une aide aux individus et aux déclarants des traitements, de promouvoir la publicité de la loi. Certes, l'article 11 de la loi ouvre la possibilité à la commission de demander aux premiers présidents de cour d'appel ou aux présidents de tribunaux administratifs de déléguer un magistrat de leur ressort, éventuellement assisté d'experts, pour des missions d'investigation et de contrôle effectuées sous sa direction ; les cas d'application sont rares pour des raisons théoriques et pratiques, tenant notamment à la surcharge de travail des magistrats.

SECTION II - DES COMPETENCES ET DES POUVOIRS ETENDUS

L'article 6 charge la commission de veiller au respect des dispositions de la loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives.

A partir de cette base, la CNIL a développé une conception extensive de ses compétences et de ses pouvoirs comme l'atteste l'article 1er du décret n° 78-774 du 17 juillet 1978. En outre, l'expérience aidant, la CNIL élabore une véritable jurisprudence pour l'interprétation et l'application des textes normatifs.

A - Les pouvoirs de décision

La CNIL est dotée d'un véritable pouvoir réglementaire dans trois cas : -

- Pour arrêter son règlement intérieur ; mais la CNIL n'a pas encore adopté de texte pour rester libre.
- Pour définir les normes simplifiées prévues par l'article 17 de la loi. -
- Pour établir des règlements-type en vue d'assurer la sécurité des systèmes informatiques. Il n'en existe pas à ce jour.

On peut s'interroger sur le point de savoir si le juge administratif ne considérerait pas certaines recommandations, dont le contenu en principe n'est pas d'application obligatoire, comme des règlements. Ce problème juridique n'a pas été tranché à ce jour faute de contentieux jugé. Lui assurant un pouvoir d'influence, la CNIL peut, en vertu de certaines dispositions de la loi, participer au pouvoir décisionnel gouvernemental soit en formulant une proposition soit en donnant un avis préalable (Art. 45 al. 4 ; Art. 18 ; Art. 24 ; Art. 31).

B - Les pouvoirs de contrôle et de saisine du parquet

La CNIL est avant tout une autorité de contrôle agissant obligatoirement en application de certaines dispositions législatives, de sa propre initiative, sur saisine d'un individu ou d'un groupe :

- par le truchement des déclarations des traitements automatisés de données nominatives, elle contrôle si ils respectent la loi. Le contrôle sera préventif par le biais d'un avis motivé pour certains traitements du secteur public (Art. 6 et Chap. 3).
- Au surplus, en application de l'article 21, elle peut : charger, par décision particulière, un ou plusieurs de ses membres ou de ses agents, assistés le cas échéant d'experts, de procéder, à l'égard de tout traitement, à des vérifications sur place et de se faire communiquer tous renseignements et documents utiles à sa mission.

Tout au long de l'année, des agents et parfois des membres de la commission procèdent à des enquêtes sur place. Elles se déroulent suivant un plan préétabli (détection de secteurs ne déclarant pas les traitements) sans prévenir toujours l'organisme concerné. La loi précise (Art. 21 dernier alinéa) que *"les ministres, autorités publiques, dirigeants d'entreprises publiques ou privées, responsables de groupements divers et plus généralement les détenteurs ou utilisateurs de fichiers nominatifs ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres pour quelques motifs que ce soit et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche"*. Aucun secret ne peut lui être opposé, ce qui est tout à fait exceptionnel : ni le secret des affaires, ni le secret médical, ni même le secret de la défense. Pour faciliter le recueil des témoignages, la loi a accordé aux informaticiens une protection analogue à celle bénéficiant aux délégués du personnel : l'article 13, 2e alinéa délie les informaticiens en tant que de besoin, de leur obligation de discrétion. Toute entrave à l'action de la CNIL, tout refus ou dissimulation d'informations sont sanctionnés par une contravention de 5e classe (Art. 1er du décret n° 81-1142 du 23 décembre 1981).

- La commission peut être saisie, sans formalisme, de réclamations, de pétitions, de plaintes. Si elle l'estime nécessaire, elle prend le relais des plaignants en utilisant ses pouvoirs propres.

- La CNIL a un pouvoir d'auto-saisine à partir des éléments fournis, par exemple par un article de presse.

Si au cours de ses investigations la CNIL observe des manquements à la loi, elle peut adresser aux intéressés des avertissements. Ceci s'est produit à plusieurs reprises. Il s'agit d'une sorte d'avertissement solennel sans frais. Si la commission a connaissance d'infractions, elle a le pouvoir de les dénoncer au parquet, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, qui décidera alors l'engagement de poursuites pénales. Une polémique existe sur le point de savoir si la dénonciation d'une infraction au parquet est obligatoire ou facultative pour la CNIL. Depuis sa création, la CNIL a refusé d'apparaître comme un organe de répression. Elle n'a saisi le parquet qu'à trois reprises pour des motifs variés (collecte de données interdites, portées sur un simple calepin - affaire SKF) ; collecte de données interdites, non déclaration de traitement (affaire de la Caisse régionale d'Allocations familiales de Lyon) et obstruction au pouvoir d'investigation. Le contentieux pénal relatif à la loi de 1978

ne dépend pas seulement de la CNIL. Si un individu est en mesure de prouver une infraction commise à son encontre, il peut saisir directement la juridiction pénale ; il n'a aucune obligation de saisir préalablement la commission. On constate un nombre croissant d'invocation des dispositions de la loi et des règlements d'application dans des procès non seulement pénaux mais aussi civils et administratifs.

C - Les pouvoirs d'information et de conseil

La CNIL intervient dans un contexte extrêmement mouvant. Les évolutions de la technique, des comportements et mentalités, des aspects politiques, économiques, sociaux, sont rapides et mal contrôlés. Il est essentiel pour l'institution d'une part d'être informée, d'autre part d'informer les individus et les acteurs sociaux. A la fois, la CNIL est informée et s'informe. Les formalités préalables à la mise en oeuvre des traitements automatisés, les enquêtes sur place, les plaintes et réclamations, les questions écrites et orales des parlementaires, les articles de la presse générale et spécialisée contribuent à alimenter l'institution en renseignements. Pour suivre l'évolution dans certains domaines sensibles, la commission a constitué quatre sous-commissions (Technologie et Sécurité ; Informatique et Liberté du travail ; Informatique et Recherche ; Informatique, Collectivités locales et Décentralisation) entretenant des rapports étroits avec les milieux concernés. D'ailleurs, l'article 21 (7e) fait obligation pour la commission de *"se tenir informée des activités industrielles et de services qui concourent à la mise en oeuvre de l'informatique"*. La CNIL informe le public en tenant à sa disposition la liste des traitements déclarés, les avis ou recommandations (Art. 22). En application de l'article 23, la commission présente chaque année au président de la République et au Parlement un rapport rendant compte de l'exécution de sa mission. Ce rapport est publié par la Documentation Française qui en assure la diffusion ; on dénombre actuellement la parution de cinq rapports d'environ 300 pages chacun. Le rapport annuel est un document important pour connaître le fonctionnement de la commission, la teneur des avis et décisions les plus importants, la nature des traitements principaux déclarés. Le document fait apparaître les cas les plus intéressants et surtout précise les pratiques, les interprétations, la "jurisprudence" de la commission. A cet égard, les rapports sont des documents essentiels, compléments directs de la loi et des règlements d'application. Pour informer le grand public, la CNIL a édité deux plaquettes insistant sur l'exercice du droit d'accès ; elle tente d'utiliser le relais de certains

organes d'opinion et n'hésite pas, dans certains cas exemplaires, à assurer la publicité de son action grâce à des conférences de presse. En application de l'article 1er du décret du 17 juillet 1978, la CNIL est dotée d'une capacité de conseil vis-à-vis *"des personnes et organismes qui ont recours en traitement automatisé d'informations nominatives ou procèdent à des essais ou expériences de nature à aboutir à de tels traitements ; elle répond aux demandes d'avis des pouvoirs publics et le cas échéant, des juridictions"* ; Elle peut même *"proposer au gouvernement toutes mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés à l'évolution des procédés et techniques informatiques"*. En cas de rencontre de difficultés sérieuses pour appliquer la disposition de la loi, il est recommandé de contacter la CNIL pour obtenir des conseils dès le stade de la conception du système. Dans le cadre de son pouvoir de conseil et d'information (Art. 6), la CNIL édicte des recommandations. Celles-ci, de plus en plus nombreuses, concernent des activités déterminées mettant en oeuvre un traitement automatisé. Les recommandations, dont certaines contiennent des dispositions très précises, ont pour finalité d'informer toutes les personnes (ficheurs et fichés) de leurs droits et obligations, de créer une sorte de déontologie pour, préventivement, éviter toute atteinte à la loi de 1978. En principe, le contenu des recommandations n'a pas de valeur obligatoire, faute de constituer des actes réglementaires. Mais on peut se demander si le Conseil d'Etat ne serait pas amené à avoir une analyse différente. Il est cependant certain qu'en cas de contentieux, le juge tiendrait compte du non-respect d'une recommandation.

SECTION III - UN STYLE EVOLUTIF

A - Peu connue de l'opinion publique, la CNIL est mal perçue par les milieux de l'informatique. Pour les individus, la commission doit être une sorte de policier des fichiers développant une action répressive. La commission n'a jamais eu cette prétention et elle ne dispose pas des moyens nécessaires. C'est à l'individu d'être le premier défenseur de ses droits et libertés ; la commission ne doit pas être un organe de substitution systématique. Pour les informaticiens, dont beaucoup ne connaissent pas la loi, la CNIL est un organisme inutile ou inefficace, venant compliquer la tâche du technicien de manière injustifiée. Ils oublient que l'utilisation de l'informatique n'est jamais neutre pour les libertés, modifie les rapports de force sociaux, économiques, politiques, culturels.

B - Dans un contexte peu favorable à son action, la CNIL oeuvre pourtant de manière très utile, souvent efficace mais discrète. C'est à la lecture de ses rapports annuels qu'on réalise la portée de l'oeuvre déjà accomplie. La commission ne cherche pas à limiter le développement de l'informatique et du fichage ; elle n'est pas une institution rétrograde. Elle tente de concilier la technique avec le respect de règles protectrices de l'individu. C'est pourquoi elle raisonne en fonction de la finalité des traitements et fichiers. De plus en plus, à côté des intérêts des individus, elle prend en considération ceux des groupes. L'information a de la valeur pour l'individu et pour le groupe ; mais les intérêts en jeu peuvent diverger. Au thème restreint "Informatique et Libertés" qui est celui de la loi de 1978 sensible à la protection du seul individu, la CNIL ajoute le thème "Informatique et Société" dans le cadre d'une démarche globale, prenant en considération le lien entre toutes les libertés et les intérêts en jeu. Au total, la CNIL est une institution ouverte, souple ; il convient de la convaincre avec des arguments précis que l'action envisagée peut être entreprise dans le respect des libertés et de la loi. Si c'est nécessaire, la CNIL acceptera de négocier des aménagements à l'application de la loi ; ce qui importe pour elle, c'est plus l'esprit que la lettre, à la condition de sauvegarder les garanties essentielles.

C - Comme toute institution, la CNIL a aussi des défauts dont certains lui sont imputables : elle est trop parisienne et éloignée de la base. Si elle est connue et respectée, comme la loi, par les grandes entreprises et les grandes administrations, beaucoup reste à faire vis-à-vis des petites et moyennes entreprises, des professions libérales, des collectivités locales, etc. La loi reste encore trop ignorée par les informaticiens, les personnels administratifs travaillant à partir de fichiers manuels ou procédant à des traitements automatisés. Les individus ignorent en grande partie leurs droits, hésitent à les utiliser par peur de représailles ou de désagréments ; l'action des groupes intermédiaires (associations, syndicats) est parfois insuffisante ou partielle. Cependant, la CNIL estime que la période de rôdage de la loi est terminée ; depuis quelques mois, elle affirme sa volonté d'être plus répressive en cas de nécessité ; il est vrai que certains attermoissements passés nuisaient à son image de marque (cas des fichiers électoraux). La loi de 1978 n'est qu'une première tentative qu'il faudra reconsidérer forcément dans un avenir peut-être proche. Conçue à l'époque de la grande informatique centralisée, réservée aux grandes entreprises et administra-

tions, la loi supporte mal le choc de la micro-informatique, de la télématique, de la banalisation de l'usage de l'outil informatique. Conçue pour augmenter le cloisonnement des fichiers, la loi devra tenir compte des réseaux locaux et généraux, nationaux et internationaux, de la carte à mémoire. Il est exact que la rapidité et l'imprévisibilité de l'évolution technologique se concilient difficilement avec la stabilité nécessaire du droit. L'action pédagogique, équilibrée, globale, de la CNIL sera d'autant plus importante qu'elle saura intégrer ces contraintes nouvelles. Les faits jouent en faveur de la loi. Plus que la peur du gendarme ou du juge, le responsable d'une violation de la législation doit craindre les "dérapages incontrôlés", l'occasion offerte à des groupes sociaux, des concurrents économiques, politiques, de porter atteinte à l'image de marque, à des intérêts et rapports de force précis. L'exploitation d'une "affaire" ou d'un procès devant l'opinion publique peut produire des dégâts considérables, difficilement réparables.

CHAPITRE II :

La déclaration préalable des traitements automatisés d'informations nominatives (Chapitre III de la loi)

La CNIL doit veiller à ce que les traitements automatisés publics ou privés, d'informations nominatives, soient effectués conformément aux dispositions de la loi de 1978 (Art. 14). A l'exemple de pays étrangers - la Suède en particulier - la loi française estime que les droits des individus seront mieux protégés si on connaît l'existence et le contenu des traitements. Tel est l'objet du chapitre III de la loi intitulée "Formalités préalables à la mise en oeuvre des traitements automatisés". Le principe posé par la loi est que tout traitement automatisé d'informations nominatives doit être, préalablement à sa mise en oeuvre, déclaré à la CNIL à l'aide d'un bordereau type. Le traitement non déclaré est illégal ; l'article 41 sanctionne l'absence de déclaration par des peines pénales lourdes (Art. 41 ; emprisonnement de six mois à trois ans et amende de 2.000 à 200.000 F et éventuellement insertion du jugement de condamnation dans la presse).

SECTION I - QU'EST-CE QU'UN TRAITEMENT AUTOMATISE D'INFORMATIONS NOMINATIVES ?

A - L'article 5 de la loi le définit ainsi : il s'agit *"de tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques,*

relatif à la collecte, à l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives, ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultation ou communication d'informations nominatives".

B - En vertu de la loi française, ce sont les traitements et non les fichiers qui sont à déclarer ; un fichier donnera lieu à autant de déclarations qu'il subira de traitements ayant une finalité distincte ; un traitement peut avoir une existence relativement indépendante de la création préalable d'un fichier. Seuls les traitements à usage privé (annuaire électronique d'un particulier par exemple) ne sont pas à déclarer.

C - La loi n'établit aucune distinction selon l'importance quantitative ou qualitative du traitement ou du fichier, ou suivant le type de matériel de traitement automatique des données. Le traitement de données nominatives effectué avec un micro-ordinateur bas de gamme ou une machine de traitement de texte doit être déclaré. L'usage d'un auto-commutateur téléphonique sur les lieux de travail constitue un traitement automatisé (Délibération n° 84-31 du 18 septembre 1984, portant recommandation, JO du 11 janvier 1985).

D - Depuis 1980, la CNIL a recensé, à partir des déclarations, environ 150.000 traitements. Grâce au traitement informatique des déclarations, la CNIL est en mesure de détecter de mieux en mieux les secteurs d'activités ne respectant pas l'obligation de déclaration ; ceci permet d'affiner et d'orienter son pouvoir d'enquête sur place et d'information. La procédure de formalité préalable déclaratoire, ayant été conçue à l'époque de l'informatique lourde, se révèle aujourd'hui partiellement inadaptée au développement de la micro-informatique, de la bureautique, de la télématique. Dans l'avenir, on peut imaginer une modification de la loi dans le sens d'une plus grande souplesse des déclarations des traitements usuels d'informations nominatives qui, cependant, n'échapperont pas au pouvoir de contrôle de la CNIL. A partir des prescriptions de la loi (Art. 19), la CNIL a établi un modèle de formulaire de déclaration, à utiliser obligatoirement. Ce bordereau, composé de quatre pages dont deux pages de rubriques à remplir avec précision, est accompagné d'une notice explicative sur la manière d'établir la déclaration. Les documents sont disponibles dans les chambres de Commerce et d'Industrie, dans les chambres des Métiers et de l'Agriculture,

dans les préfectures ; on peut se les procurer sur demande adressée à la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés. Le formulaire doit être envoyé en trois exemplaires ; dans certains cas, il sera complété par d'autres documents produits par le déclarant, décrivant le détail de la structure et de la finalité du traitement. Pour prouver la réalité de l'envoi, il est préférable de l'expédier à la commission en utilisant le procédé de l'envoi recommandé avec accusé de réception. Sur le plan méthodologique, lorsque ceci est possible, il est conseillé de faire remplir le bordereau par l'organe de direction de l'organisme déclarant, assisté par l'informaticien responsable du traitement et un juriste connaissant les obligations découlant de la loi du 6 janvier 1978. Ceci pose le problème de l'information et de la formation préalables des intéressés. Un dossier de déclaration incomplet s'expose à un rejet de la part de la CNIL, source de retard et de complications pour la mise en oeuvre du traitement. En outre, la déclaration de traitements importants portant sur des données sensibles ne doit pas être conçue comme une simple formalité terminale à accomplir lorsque le matériel est choisi, après analyse préalable du besoin et écriture des programmes. Il est en effet possible que la CNIL exige un ensemble de mesures ayant des répercussions directes sur la nature du matériel, le contenu du logiciel et l'organisation générale de l'organisme déclarant. Il importe, en conséquence, d'intégrer les contraintes juridiques dès le stade des études préalables et de constituer un tandem informaticien-juriste. Une telle démarche est susceptible d'éliminer bien des risques et d'éviter des déboires coûteux en temps et en argent. Enfin, dans les cas où la déclaration soulève des problèmes de fond délicats, le déclarant a tout intérêt à contacter la CNIL pour obtenir des renseignements pratiques sur sa doctrine. L'activité de conseil, s'exerçant informellement par simple lettre ou communication téléphonique, permet aussi, de manière préventive, de sensibiliser les agents de la commission aux difficultés rencontrées sur le terrain. En application de la loi, il existe trois procédures différentes de déclaration : il convient que le déclarant sache avec précision laquelle utiliser avant de remplir le bordereau conçu pour répondre aux trois cas de figure.

SECTION II - CAS DE FIGURE N° 1 : VOTRE TRAITEMENT EST CONFORME AU CONTENU D'UNE NORME SIMPLIFIEE EDICTEE PAR LA CNIL.

A - Conformément à l'article 17 de la loi "pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés", la CNIL a reçu un pouvoir réglementaire pour établir et publier des normes simplifiées. Si le traitement répond au contenu d'une ou plusieurs (pas plus de trois) des normes simplifiées existantes, seule une déclaration simplifiée de conformité aux normes applicables est déposée auprès de la CNIL. Sauf décision particulière de celle-ci, un récépissé de déclaration est délivré sans délai. Dès réception du récépissé, le demandeur peut mettre en oeuvre le traitement sans être exonéré d'aucune de ses responsabilités. La déclaration de conformité à une norme simplifiée a le grand mérite de la simplicité et de la rapidité tant pour le secteur privé que public ; en pratique, elle concerne près de 90 % des déclarations déposées auprès de la CNIL. En conséquence, il est conseillé au déclarant de concevoir la structure, les finalités du traitement et de sélectionner les données nominatives à traiter de manière à entrer dans le cadre d'une norme simplifiée.

B - Les 28 normes simplifiées publiées par la CNIL portent sur des traitements fréquents concernant un grand nombre de personnes : gestion du personnel des personnes morales, publiques et privées, fichiers clients et fournisseurs, gestion du patrimoine, fichiers de presse et listes d'adresses, facturation de prestations, fichier électoral, etc. Elaborées en concertation avec les représentants des secteurs socio-professionnels concernés pour tenir compte des pratiques habituelles, les normes simplifiées permettent de satisfaire la majorité des besoins des déclarants. Chaque norme simplifiée contient des dispositions précises sur les finalités du traitement, les catégories d'informations traitées, la durée de conservation, les destinataires des informations, les enregistrements et traitements complémentaires. Le contenu d'une norme simplifiée est d'interprétation stricte par le déclarant ; il ne peut que faiblement s'en écarter à la condition de le faire apparaître dans la déclaration. Pour cette même raison, le Conseil d'Etat exerce un contrôle normal, par le biais du recours par excès de pouvoir, sur le caractère courant du traitement et sur les risques d'atteintes aux droits de l'individu ; la Haute Juridiction a eu l'occasion d'annuler la norme simplifiée

n° 7 relative à la gestion du personnel des personnes de droit privé, rétablie pour l'essentiel par la norme simplifiée n° 28 (Conseil d'Etat, 12 mars 1982, CGT/CNIL). Le déclarant a toujours la possibilité de sortir du cadre rigoureux de la norme à la condition de se reporter sur les autres types de déclarations.

C - Pour faciliter les démarches, la CNIL a élaboré une procédure voisine dite des modèles nationaux, seulement applicables normalement aux traitements du secteur public. Il devient fréquent qu'une administration centrale, par exemple, définisse un projet type de traitement qui sera implanté de manière uniforme dans les services extérieurs. Le modèle type sera soumis à la CNIL qui en délibérera suivant les règles applicables aux déclarations du secteur public ; les services s'alignant sur le modèle homologué national n'auront qu'à opérer une simple déclaration de conformité au système national en indiquant le numéro de la déclaration du modèle type de référence.

SECTION III - CAS DE FIGURE N° 2 : LA DECLARATION DES TRAITEMENTS AUTOMATISES RELEVANT DU SECTEUR PUBLIC (ART. 15).

A - Si vous relevez du secteur public et qu'il n'existe pas de norme simplifiée applicable, la procédure de déclaration est prévue par l'article 15 de la loi. Par secteur public, il faut entendre : l'Etat, les établissements publics (sans distinguer les établissements publics administratifs, industriels et commerciaux), les collectivités territoriales (régions, départements, communes), les personnes morales de droit privé gérant un service public de toute nature.

B - Lorsque le traitement porte sur un domaine relevant de la compétence du législateur (article 34 de la Constitution), il ne peut être autorisé que par une loi ; préalablement, il faut communiquer à la CNIL, pour avis, le texte du projet de loi ; par contre, la saisine du Parlement par une proposition de loi permet de court-circuiter la commission. Le Conseil constitutionnel peut être saisi. Hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements sont décidés par un acte réglementaire (décret ou arrêté) pris après avis motivé de la CNIL. Il convient de faire parvenir à la commission le formulaire et le dossier de déclaration, signée, selon les cas, par le ministre compétent, la personne ayant qualité pour représenter l'établissement public, la collectivité territoriale ou la personne morale de droit privé gérant un service public, accompagnée, en annexe, du projet d'acte réglementaire por-

tant création du traitement ; ceci est obligatoire. Après réception du dossier, la CNIL dispose, en principe, d'un délai de deux mois, renouvelable une seule fois sur décision du président pour se prononcer. Si au terme d'un délai de deux mois l'avis de la commission n'est pas notifié, il est réputé favorable (acceptation implicite) ; l'avis peut être aussi notifié de manière explicite. Dans les cas complexes, le délai d'instruction du dossier peut être beaucoup plus long et l'avis sera retardé d'autant. Lorsque la CNIL est en présence de déclarations nombreuses de traitements connexes, facilement connectables, constituant les pièces d'un projet d'ensemble, elle exige d'avoir une vue d'ensemble pour apprécier les liens entre les traitements et leurs finalités, leurs contenus. C'est ainsi que la CNIL a exigé de connaître le schéma-directeur de l'informatisation, de la Direction générale des Impôts avant d'autoriser, cas par cas, certains traitements.

C - L'avis motivé de la CNIL peut être positif ou négatif ; il est parfois conditionnel (oui si...; non, sauf si...).

- Si l'avis est favorable, le déclarant doit ensuite publier l'acte réglementaire avant de mettre en oeuvre le traitement ; l'acte réglementaire comporte des rubriques obligatoires, en vertu de l'article 20 de la loi.

Des décrets en Conseil d'Etat peuvent disposer que les actes réglementaires relatifs à certains traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique ne seront pas publiés.

- Si l'avis est défavorable, l'article 15, alinéa 2, dispose qu'il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat ou s'agissant d'une collectivité territoriale, en vertu d'une décision de son organe délibérant approuvée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.

En pratique, cette disposition n'a encore jamais joué : toutes les administrations se sont inclinées devant les avis négatifs de la CNIL, en abandonnant ou en transformant les traitements déclarés. L'avis négatif de la CNIL fonctionne actuellement comme un véritable veto ; il est difficile pour des responsables politiques et administratifs, placés devant l'opinion publique, d'apparaître comme les responsables de la poursuite d'un projet qui, aux yeux de la CNIL, présente des dangers pour les libertés.

D - Au sein de la commission, pour chaque dossier important, un commissaire-rapporteur est désigné, assisté par des agents

des services. Le commissaire du gouvernement peut faire des observations ; les avis sont votés à la majorité d'au moins neuf voix. Si, le plus souvent, l'avis intervient de manière implicite en l'absence de difficulté, celui portant sur un traitement public important, contenant des finalités et des données sensibles, est précédé d'une instruction longue, détaillée au cours de laquelle la CNIL peut demander de nombreux éléments complémentaires. La coordination des services intéressés par un même traitement peut déboucher sur une procédure complexe et lourde. Dans ce cas, il est conseillé de contacter le plus en amont possible de la procédure la commission du gouvernement ou les "correspondants CNIL" des ministères qui apporteront une aide précieuse (cf. la circulaire du 30 juillet 1982 relative aux liaisons entre la CNIL et les administrations, JO du 3 août 1982, p. 7279). La procédure de l'article 15 de la loi dénote une grande méfiance du législateur, cédant à l'opinion publique, à l'égard des traitements automatisés de données nominatives du secteur public. Les contraintes législatives apparaissent souvent disproportionnées avec les nécessités de l'action publique et le caractère non dangereux de la plupart des traitements déclarés. Certains préconisent un assouplissement de l'article 15 en faisant ressortir le caractère laxiste de la procédure applicable au secteur privé.

SECTION IV - CAS DE FIGURE N° 3 : LA DECLARATION DE TRAITEMENTS AUTOMATISES RELEVANT DU SECTEUR PRIVE (ART. 16).

A - Si vous relevez du secteur privé (tout ce qui n'est pas compris dans la définition du secteur public au sens de l'article 15), comme personne physique ou morale, et que votre traitement n'entre pas dans le cadre d'une norme simplifiée existante, vous devez déclarer le traitement à la CNIL en application de la procédure très simple, prévue par l'article 16 de la loi. Il suffit, avant la mise en oeuvre, de déclarer le traitement à l'aide du bordereau expédié à la CNIL. La déclaration comporte l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi. Dès qu'il a reçu le récépissé de dépôt, délivré sans délai par la commission, le demandeur peut mettre en oeuvre le traitement ; il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités.

B - Ce régime, seulement déclaratif puisque la CNIL n'a pas à donner d'avis préalable motivé, est favorable ; simple, rapide, peu contraignant, il avantage nettement le secteur privé par rapport au secteur public. C'est par le biais de son

pouvoir d'investigation que la CNIL pourra tenter de mieux contrôler les fichiers illégaux et de détecter les infractions à dénoncer au parquet. De surcroît, des lois particulières peuvent ajouter des obligations tendant à accroître la connaissance de l'existence et du contenu de certains fichiers et traitements du secteur privé.

SECTION V - RESPONSABILITE, PUBLICITE ET SANCTION

A - Pour les trois cas de figure, le même bordereau doit être utilisé pour déclarer toutes les modifications de la déclaration initiale ou toute suppression de traitement. Par delà la description des finalités et des données traitées (rubriques 7, 12, 14), le formulaire permet de délimiter les responsabilités. Ainsi "l'organisme déclarant" (rubrique 4) est le propriétaire des données, le "maître du fichier", le bénéficiaire du traitement ; il se distingue éventuellement du "service chargé de la mise en oeuvre du traitement" (rubrique 5) qui peut être le centre informatique du déclarant ou un sous-traitant à la personnalité juridique propre (travail à façon, SSII, etc) ; le "service auprès duquel s'exerce le droit d'accès" peut être une entité différente (rubrique 8) ; enfin, la rubrique 14 fera apparaître en catégorie de destinataires des résultats du traitement. Dans bien des cas, des annexes devront compléter, préciser, le contenu des rubriques.

B - En application de l'article 22 de la loi, la CNIL met à la disposition du public la liste des traitements déclarés précisant pour chacun d'eux la date de déclaration, la loi ou l'acte réglementaire publié, le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès, les catégories d'informations nominatives traitées ainsi que les destinataires habilités à recevoir communication des informations.

C - Cette sorte de "fichier des fichiers" - plus précisément de fichier des déclarations - étant en accès libre à la CNIL (en attendant son éventuelle consultation par terminaux locaux ou par Minitel), consulté par des syndicats, des partis politiques, des associations de défense, des organes de presse, des citoyens curieux sert de base à une forme de contrôle social. Par exemple, une association de défense des consommateurs ou un syndicat peuvent ensuite vérifier sur place, en contactant des sympathisants, si la déclaration est complète et loyale. En cas de réponse négative, ceci peut déboucher sur une plainte adressée à la CNIL ou un recours devant le juge pénal ; en vertu de l'article 44, le détournement de finalité est, par exemple, punissable d'un emprisonnement d'un

an à cinq ans et d'une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs ! Le manquement à l'obligation de déclarer peut aussi servir de fondement à une campagne tournée vers le grand public pour faire la contre-publicité du service ou de l'entreprise, nuire à l'image de marque ; il existe plusieurs exemples récents tant pour le secteur public que privé.

SECTION VI : LES CAS PARTICULIERS

A - L'article 20, alinéa 2, dispose que des décrets en Conseil d'Etat peuvent prévoir que *"les actes relatifs à certains traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique ne seront pas publiés"* et que les demandes d'avis peuvent ne pas comporter certaines rubriques exigées par l'article 19 (cf. décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979, JO du 31 décembre 1979). Les fichiers et traitements restent en grande partie inconnus ou opaques pour les citoyens.

B - L'article 24 précise que sur proposition ou avis de la commission, *"la transmission entre le territoire français et l'étranger, sous quelque forme que ce soit, d'informations nominatives faisant l'objet de traitements automatisés"* régis par la déclaration applicable au secteur privé (Art. 16) peut être soumise à autorisation préalable ou réglementée selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, en vue d'assurer la protection des droits et libertés individuels. Ceci concerne par exemple la transmission de fiches-papier à traiter dans un centre informatique situé sur un territoire étranger. En la matière, il faudra aussi tenir compte des dispositions de la Convention internationale pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe, ratifiée par la France (Art. 12 de la convention).

C - L'article 23 de la loi prévoit que les dispositions de l'article 24 ne s'appliquent pas aux *"informations nominatives traitées par les organismes de presse écrite et audiovisuelle"* dans le cas où elles limiteraient l'exercice de la liberté d'expression.

D - *L'utilisation dans les fichiers et traitements du numéro dit de "Sécurité Sociale" et l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP) soulèvent des difficultés particulières*. Aux termes de l'article 18 de la loi, l'utilisation du RNIPP en vue d'effectuer des traitements nominatifs est autorisée par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL. Celle-ci estime :

- d'une part que la consultation du RNIPP, pour lever les homonymies par exemple, même si la consultation est faite par l'INSEE qui gère officiellement le répertoire (décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif au RNIPP) et transmet seulement les résultats, est assimilable à une utilisation du répertoire ;
- d'autre part que l'utilisation du numéro de Sécurité sociale, même s'il est fourni par les intéressés, est considérée comme une utilisation du répertoire au même titre que l'usage du numéro d'inscription au répertoire (NIR).

L'interprétation extensive de l'article 18 s'explique par le souci de la CNIL d'empêcher que le NIR - numéro de Sécurité sociale, - devienne une identification nationale unique des individus, facilitant les interconnexions de fichiers. S'agissant de données sensibles, la commission surveille de près l'utilisation de ces matricules. Ceci n'est pas sans inconvénient pour les multiples déclarants qui trouvent une grande aisance dans l'usage des identifiants normalisés. Dans de nombreuses délibérations sectorielles et dans une recommandation n° 83-58 du 29 novembre 1983 concernant la consultation du RNIPP et l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire (NIR), la CNIL a forgé une jurisprudence :

- l'emploi du numéro comme identifiant des personnes dans les fichiers, ne doit être ni systématique ni généralisé. Les déclarants doivent se doter d'identifiants diversifiés et adaptés à leurs besoins propres. Par exemple, la CNIL impose l'attribution d'identification suivant un tirage en mode aléatoire variable pour chaque fichier, même concernant des domaines identiques ;
- en tout état de cause, la consultation du répertoire donnant ou non lieu à la délivrance du NIR est subordonnée à la conclusion d'une convention spécifique entre l'INSEE et les organismes habilités en vertu de l'article 18 de la loi.

Agissant de manière pragmatique, la CNIL accepte l'utilisation du NIR par les organismes intervenant dans le secteur de la Sécurité sociale entendue au sens large (recommandation du 29 novembre 1983 et décret du 3 avril 1985, JO du 11 avril 1985, p. 4226), et dans les fichiers fonctionnellement liés comme ceux du personnel ; en cette matière, les normes simplifiées applicables prévoient la collecte et le traitement du numéro de Sécurité sociale. Pour éviter toute difficulté lors de la déclaration du traitement, il est conseillé de porter une attention particulière à l'utilisation du répertoire, du NIR et du numéro de Sécurité sociale ; la CNIL, pointilleuse sur ce point, doit être convaincue de la nécessité de l'usage

en fonction de la finalité du traitement, des garanties de protection des droits individuels et du souci d'éviter des connexions systématiques. Il s'agit d'un des points de la loi qui soulève le plus de difficultés pratiques, sources d'incompréhension entre la commission et les déclarants du secteur public ou privé.

E - *Les traitements existants avant l'entrée en vigueur de la loi de 1978* doivent aussi être déclarés à la CNIL dans les conditions prévues aux articles 16 et 17, même pour les traitements du secteur public.

F - *Les traitements constituant des essais et des expériences doivent être déclarés* (recommandation n° 82-28 du 16 mars 1982, JO du 7 avril 1982) sans considération de leur durée ou de leur ressort géographique. Ne relèvent de la procédure de conseil mentionnée à l'article 1er du décret du 17 juillet 1978 que les expériences et essais avant leur mise en oeuvre.

G - *L'assimilation possible des fichiers non automatisés aux traitements informatiques*. Un fichier ou une catégorie de fichiers non automatisés ou mécanographiques présentant, soit par eux-mêmes, soit par la combinaison de leur emploi avec celui d'un fichier informatisé, des dangers quant à la protection des libertés peuvent se voir appliquer les dispositions de la loi applicables, en principe, seulement aux traitements automatisés. L'extension est possible par un décret en Conseil d'Etat pris par le gouvernement, sur propositions de la CNIL. Cette disposition de l'article 45 rend alors inutile la distinction entre traitements automatisés et fichiers manuels ; elle est effectivement appliquée par la CNIL au moment des déclarations lorsque le traitement repose en amont sur des fichiers manuels. Cette extension de la portée du chapitre III de la loi tend à éviter le contournement de la réglementation applicable aux traitements automatisés par la création de fichiers manuels ou mécanographiques ; elle donne à la CNIL un large pouvoir d'appréciation.

CHAPITRE III :

La protection des personnes fichées et les obligations du ficheur

Il ne suffit pas de déclarer les traitements pour protéger efficacement les droits des individus. La pratique démontre que des fichiers classiques, gérés manuellement, ayant le papier pour support, sont au moins aussi dangereux que des traitements automatisés. Il convient donc de protéger les

données nominatives sans distinguer les moyens techniques utilisés pour gérer les fichiers. En outre, l'atteinte aux droits et libertés individuels peut dériver de l'usage de données nominatives figurant dans un dossier unique, non assimilable à un fichier, notion non définie par la loi française ou des conventions internationales (mais indirectement définie par l'article 2 de la convention du Conseil de l'Europe). L'imprécision est source d'ambiguïté devant le juge : par exemple, le Conseil d'Etat a excessivement tendance à considérer que le champ d'application des mesures de protection repose sur la notion de fichier alors que la loi met l'accent sur la notion d'informations nominatives (arrêt Bertin, 19 mai 1983). Les chapitres 4 et 5 de la loi de 1978, complétés par l'article 45, se proposent de protéger les données nominatives collectées, traitées, diffusées par des moyens automatiques ou non dont l'usage dépasse le cadre de la vie privée. Le champ d'application de la loi augmente considérablement puisqu'il n'est plus subordonné à l'utilisation de l'outil informatique. La plupart des dispositions législatives de protection concernent alors tous les agents et services des secteurs public et privé qui gèrent des données nominatives. Pour parvenir à ses fins, la loi du 6 janvier 1978 adopte une double démarche :

- d'une part, tout gestionnaire de données nominatives, tout "ficheur" doit préventivement respecter un certain nombre d'obligations pour limiter les risques d'atteinte aux libertés ;
- d'autre part, toute personne concernée par les données nominatives, tout "fiché", dispose de moyens de contrôle sur la qualité et l'usage des données.

Nous examinerons successivement ces deux aspects.

SECTION I : LES OBLIGATIONS DU FICHEUR

Elles concernent les différentes étapes de la vie de l'information nominative.

A - Lors de la collecte (Art. 25 et Art. 27)

La collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite (Art. 25). Ce principe général peut servir de base à de multiples contentieux car il correspond à des agissements, très variés (vol de données et de temps-machine, connexion illégale, abus de mots de passe, détournement de fiches, photocopies, etc.) ; il faudra cependant apporter des éléments de preuve devant le juge. La loi prévoit une peine de prison d'un an à cinq ans et une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs en cas d'infraction (Art. 42).

Dans la pratique, ce texte aura à se combiner avec d'autres, en particulier ceux relatifs au secret professionnel, à l'obligation de discrétion professionnelle, au secret de la vie privée, etc. Pour accroître la vigilance des individus et forcer les ficheurs à élaborer une véritable déontologie, l'article 27 prévoit que les personnes auprès desquelles sont recueillies les informations nominatives doivent être informées :

- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- et surtout de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

Les formulaires, questionnaires doivent porter mention de ces prescriptions, sauf pour ceux tendant à constater des infractions. Faute de respecter la loi, le questionnaire ou le formulaire peut être considéré comme illégal. Ceci autorise-t-il éventuellement l'individu à refuser de le remplir ? Le décret n° 81-1142 du 23 décembre 1981 (JO du 26 décembre 1981) prévoit une sanction qui est une contravention de 5e classe. Si des formulaires de plus en plus nombreux respectent les mentions obligatoires, la plupart sont encore hors la loi, sans sanction. Il revient à la CNIL, aux médias, aux mouvements associatifs (comme ceux défendant les consommateurs) de participer à l'information du ficheur et des fichés. Mais il ne faut pas cacher les multiples obstacles pratiques et psychologiques qui empêchent l'application normale de cet article. Il n'en demeure pas moins que le risque contentieux existe, lié à la possibilité de déclencher une campagne de presse, par exemple, tendant au boycottage de la collecte illégale de données.

B - La conservation des données (Art. 28)

Pour les traitements automatisés, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la commission. L'intention du législateur est d'instaurer une sorte de droit à l'oubli. La loi prévoit une peine de prison d'un à cinq ans et une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs en cas d'infraction (Art. 42). Pour la CNIL, la durée de conservation des données est directement liée à la finalité du traitement : elle pourra varier selon les cas de quelques jours à un temps indéterminé. Fréquemment, il faudra combiner ce texte avec les lois instaurant l'obligation de conserver les informations : juridiquement, elles l'emportent. Dans la prati-

que, il est habituel qu'un fichier ayant perdu sa finalité garde cependant un grand intérêt, notamment en matière de recherche scientifique ou historique. Consciente de ce fait, la CNIL accepte des modalités particulières d'application à la condition de justifier de la nécessité de concilier les droits de l'individu avec ceux de la collectivité (dans le domaine de la recherche médicale par exemple, cf recommandation n° 85-07 du 19 janvier 1985). On trouvera souvent une solution acceptable en conservant les données du fichier après les avoir rendu anonymes. Sur le problème de la conservation des données nominatives, le Conseil de l'Europe a établi une recommandation et la CNIL a engagé une collaboration avec certains organismes comme l'INSEE.

C - Obligations de sécurité et responsabilité (Art. 29)

A l'égard des personnes concernées, de manière implicite, toute personne physique ou morale ordonnant ou effectuant des manipulations d'informations nominatives - y compris à partir de dossiers ou fichiers traditionnels - *"s'engage de ce fait à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés"*. Cet article, instaurant une sorte de présomption de responsabilité, permet facilement de déboucher sur une action contentieuse. Il est facile d'engager la responsabilité puisqu'il suffit de prouver la matérialité de faits nuisant au principe de sécurité, sans avoir l'obligation de prouver la faute d'un individu responsable. De surcroît, la loi prévoit une peine de prison d'un à cinq ans et une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs en cas d'infraction (Art. 42). Le respect de l'obligation de sécurité est une préoccupation essentielle de la CNIL qui, à l'occasion de l'examen de la déclaration d'un traitement, peut imposer des sujétions techniques complexes et coûteuses. La loi exige du responsable des données un comportement sécuritaire ; il faut apprendre à fermer les locaux, les bacs de fiches, les armoires, à prévoir des dispositifs de contrôle (mots de passe, etc.). Des affaires récentes ont démontré la faiblesse de la position juridique de nombreuses administrations et entreprises. Les dépenses de sécurité sont à considérer comme un investissement pour éviter de multiplier procès en responsabilité nuisant à la réputation de l'organisme, à la confiance des administrés, des clients et du personnel. Une recommandation de la CNIL (délibération n° 81-94 du 21 juillet 1981) a édicté des mesures générales de sécurité des systèmes informatiques. L'article 21

(3) donne le droit à la CNIL d'édicter des règlements type en vue d'assurer la sécurité des systèmes ; la commission n'a pas fait usage de ce pouvoir à ce jour. Elle dispose même de la capacité, en cas de circonstances exceptionnelles, de prescrire des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'informations. L'article 7 de la convention du Conseil de l'Europe contient des dispositions similaires à celles de la loi française qui, dans le dernier alinéa de l'article 43, prévoit une amende de 2.000 à 20.000 F pour quiconque aura par imprudence ou négligence divulgué ou laissé divulguer des informations nominatives portant atteinte à la réputation, à la considération, à l'intimité de la vie privée de la personne.

D - L'obligation de remise à jour (Art. 37)

L'article 37 dispose qu'*"un fichier nominatif doit être complété ou corrigé, même d'office, lorsque l'organisme qui le tient acquiert connaissance de l'inexactitude ou du caractère incomplet d'une information nominative contenue dans ce fichier"*. En cas d'utilisation d'une donnée erronée ou incomplète, causant un préjudice, il sera aisé, à la condition de disposer d'éléments de preuves ou emportant la conviction du juge, d'engager la responsabilité du ficheur.

E - L'obligation de répercuter la remise à jour (Art. 38)

La loi n'interdit pas la cession gratuite ou onéreuse de données nominatives ou de fichiers. Si la cession concerne un traitement automatisé, elle doit être déclarée et ne pas constituer un détournement de finalité. Mais l'article 38 de la loi instaure une solidarité importante en cas de contentieux basée sur les fondements de l'article 37 par exemple, entre le cédant et le bénéficiaire de la cession en prévoyant que *"si l'information a été transmise à un tiers, sa rectification ou son annulation doit être notifiée à ce tiers, sauf dispense par la commission"*. L'application de cet article sera très difficile en cas de cessions en cascade d'une même donnée nominative.

F - Limitations de l'enregistrement de certaines données sensibles (Articles 30 et 31)

1. Les données relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté (Art. 30)

La loi réserve, sauf dispositions législatives contraires, aux juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales ainsi qu'aux personnes morales gérant un service public sur avis conforme de la CNIL, la possibilité d'enregistrer, sur supports informatisés ou classiques,

les informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté. Toutefois, cet article doit être combiné avec la loi 80-2 du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire qui, sur certains points, se montre plus stricte. L'interprétation de cet article soulève de nombreuses difficultés : s'agit-il de toutes les infractions et condamnations ou seulement celles prévues par les 1er et 2e alinéas de l'article 768 du code de procédure pénale ?

2. Les données relatives aux origines raciales, opinions politiques, philosophiques, religieuses ou les appartenances syndicales (Art. 31)

La loi de 1978 interdit de mettre ou de conserver en mémoire informatisée ou non informatisée des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes. La loi prévoit une peine de prison d'un à cinq ans et une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs en cas d'infraction (Art. 42). La CNIL interprète avec rigueur ces règles, ce qui, dans certains cas, soulève des difficultés pratiques. Avec le temps, la CNIL assouplit sa position en fonction de la finalité de l'usage des données. L'enregistrement de telles données sera accepté lorsque, par exemple, il permet de faire bénéficier à l'individu certains droits ou de mettre en oeuvre certains règlements ou lois ; mais la commission exige des justifications précises et concrètes, à faire apparaître dans les déclarations des traitements. L'application de l'article 31 souffre quatre exceptions :

- La personne concernée par ces données peut donner son accord express pour leur enregistrement. Pour la CNIL, l'accord doit obligatoirement prendre la forme d'un écrit signé par l'intéressé. Ceci soulève des difficultés pratiques nombreuses de preuve lors de l'enregistrement de telles données à partir d'une communication orale directe ou téléphonique (cas des sondages : voir la recommandation n° 81-77 du 9 juin 1981 pour les entreprises privées de sondage, modifiée par la délibération n° 82-96 du 1er juin 1982).

- Pour des motifs d'intérêt public, il peut être dérogé à l'obligation de non-enregistrement, sur proposition ou avis conforme de la CNIL, par décret en Conseil d'Etat. Ceci concerne par exemple les dossiers et fichiers de renseignements généraux, de la sécurité militaire, de la gendarmerie.

- Les églises ou les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical peuvent tenir registre de

leurs membres ou de leurs correspondants (et non de leurs sympathisants). Aucun contrôle ne peut être exercé, de ce chef à leur encontre ; ces organismes ne sont pas obligés de déclarer leurs traitements automatisés. Par son étendue, cette exception constitue un moyen d'échapper en grande partie à la loi de 1978 puisque la législation a préféré faire emporter les libertés d'association, de réunion, d'opinion, d'expression, sur la protection des individus.

- Les dispositions de l'Art. 31 et de l'Art. 30 ne concernent pas, pour les raisons énoncées ci-dessus, les organismes de la presse écrite et audiovisuelle si elles limitent l'exercice ou la liberté d'expression. Cependant, les lois régissant la presse écrite et audiovisuelle s'appliquent (diffamation, droit de réponse, etc.). Le non-respect des différentes obligations relatives à ces données sensibles est sanctionné pénalement (Art. 42) par de fortes peines d'amende et de prison (de 20.000 F à 2.000.000 de francs et un an à cinq ans de prison) et l'insertion du jugement dans la presse ou son affichage aux frais du condamné.

G - L'obligation de ne pas porter atteinte à la considération et à la vie privée de la personne par une divulgation délictueuse

L'article 43 de la loi punit *"d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 2.000 à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque ayant recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la réputation ou à la considération de la personne ou à l'intimité de la vie privée, aura sans l'autorisation de l'intéressé, sciemment porté ces informations à la connaissance d'une personne qui n'a pas qualité pour les recevoir"*. Cette disposition complète le dispositif de protection de la vie privée du code civil et du code pénal, tout en facilitant l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la divulgation. La loi du 6 janvier 1978 ne contient pas toutes les obligations pesant sur le responsable du fichier ; des textes particuliers ou le droit commun la complètent. Il est certain que l'utilisation - ou la non-utilisation - d'un fichier entraînant un préjudice quelconque sont susceptibles d'engager la responsabilité civile ou administrative. Par exemple, dans une espèce intéressante, le Conseil d'Etat a condamné l'Etat (Services de la Police de l'air et des frontières) à payer la somme de 30.000 F pour n'avoir pas consulté, par négligence, le fichier d'opposition à la sortie du territoire national de l'aéroport de Lyon-Satolas (Mme Garagnon, Conseil d'Etat, 26 juin 1985).

H - L'obligation de respecter la finalité du traitement (Art. 44)

Un des objets principaux de la déclaration (rubrique 7) est de faire apparaître la finalité du traitement. C'est en fonction du but poursuivi, tout autant que de la nature des données enregistrées, que la CNIL et l'individu pourront apprécier le caractère dangereux du traitement. Une déviation trop forte de la finalité initiale déclarée, l'addition d'une finalité non déclarée ou non prévue par une norme simplifiée constituent un détournement de finalité. Il s'agit, dans la pratique, d'un cas fréquent de violation de la loi de 1978. Or la CNIL se montre de plus en plus stricte sur le respect de la finalité du traitement ; si celle-ci doit évoluer, il importe de faire une déclaration complémentaire à la CNIL en visant le numéro d'enregistrement de la déclaration première. En cas de contentieux, l'article 44 de la loi dispose que *"sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans quiconque étant détenteur d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, les aura détournées de leur "finalité" telle qu'elle est définie dans la déclaration à la CNIL ou par une disposition législative"*.

I - Le problème de l'établissement d'un profil automatisé de l'individu (Art. 2)

Pour rationaliser le traitement de certaines données ramenées à des cas de figures types, pour faciliter la prise de décision en opérant le tri des personnes en fonction de critères prédéfinis, de nombreux secteurs ressentent le besoin d'utiliser l'informatique pour établir des profils. Mais on réalise combien le procédé peut porter atteinte aux droits essentiels d'un individu. Les caractéristiques riches et variées d'une personne, souvent impossibles à quantifier tant la subjectivité est grande, ne doivent pas être réduites à un "portrait robot" établi par une machine électronique. C'est pourquoi l'article 2 dispose qu'*"aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé"*. La loi interdit ainsi toute forme de justice automatique. Cependant, *aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé"*. Pour ces décisions, il est donc possible d'établir un profil automatique à la condition qu'il soit complété par une intervention humaine. Mais

cette dernière, qui peut être une simple signature avalisant automatiquement le choix de la machine, constitue dans bien des cas une faible barrière à l'abus du profil automatisé. La CNIL, consciente du problème, tente d'intervenir dans des secteurs sensibles comme celui des entreprises de recrutement (délibérations n° 85-44 du 15 octobre 1985 portant recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de conseil en recrutement, JO du 27 novembre 1985). Dans la pratique, on se heurtera à un problème de preuve du caractère suffisant de l'intervention humaine à côté de celle de la machine. La loi de 1978 offre cependant l'avantage d'attirer l'attention sur une question qui réclamera dans l'avenir des réglementations et des contrôles spécifiques pour éviter de graves abus et des atteintes aux droits essentiels de l'individu. Dans le cadre de l'entreprise et les secteurs de l'emploi et de la gestion du personnel, l'article 2 trouvera souvent à s'appliquer à l'initiative des organisations syndicales.

SECTION II : LES DROITS DU FICHEUR

S'ajoutent aux obligations générales du ficheur les droits que toute personne peut exercer sur les données nominatives la concernant, qu'elles servent à un traitement automatisé ou manuel. Il s'agit de donner à l'individu un droit de regard, de contrôle, sur les données nominatives pour s'assurer des conditions de collecte et d'utilisation des informations, de la qualité des données et du respect de la loi. La loi permet à l'individu de devenir actif à l'égard du ficheur, même en l'absence de toute contestation ou contentieux. L'ensemble du droit de la personne concernée par les données nominatives s'articule autour d'un droit principal, le droit d'accéder aux informations. La loi met en place un dispositif constituant un véritable "habeas data" à travers les dispositions du chapitre V et de l'article 3 de la loi.

A - Reconnaissance d'un droit à la curiosité (Art. 34 et (Art. 45 alinéa 3)

Toute personne justifiant de son identité a le droit d'interroger les organismes publics et privés détenteurs des fichiers en vue de savoir s'ils contiennent des informations nominatives la concernant. L'organisme interrogé peut répondre par oui ou par non, sans donner plus de détails. Le demandeur n'a pas à justifier d'un intérêt quelconque pour motiver sa demande ; il s'agit d'un droit strictement personnel. Dans bien des cas, il est difficile pour le responsable du fichier

de répondre par la négative puisque l'intéressé est certain d'être fiché comme administré, usager ou client par exemple. Si le demandeur a des éléments permettant de penser qu'au lieu d'une réponse négative il aurait dû obtenir une réponse positive, il peut saisir le juge pénal de la tentative de dissimulations (décret n° 81-1142 du 23 décembre 1981 3° prévoyant une contravention de 5e classe), soit saisir par voie de plainte la CNIL. Alertée par la demande, le responsable du fichier peut tenter de dissimuler ou de faire disparaître les données ; le demandeur (Art. 35, alinéa 4), avant même l'exercice d'un recours juridictionnel, peut demander alors au juge compétent que soient ordonnées toutes mesures de nature à éviter cette dissimulation ou cette disposition. Ces dispositions ont pour but que la personne considérée puisse obtenir communication des données. Si les comportements de dissimulation ou de disposition de données sont fréquents, et parfois faciles à réaliser sans que le demandeur dispose d'éléments matériels permettant de prouver l'agissement fautif, il convient d'attirer l'attention sur le risque juridique que court le responsable du fichier ; bien souvent le jeu ne vaut pas la chandelle. Il n'est pas rare, par exemple, qu'un employé dénonce anonymement l'agissement délictuel de son employeur !

B - Reconnaissance d'un droit d'accès et de communication (Art. 35)

Si la réponse au demandeur est positive, il peut demander communication de toutes les données le concernant en exerçant son droit d'accès. La communication en langage clair doit être conforme au contenu des enregistrements. La délibération n° 80-10 du 1er avril 1980 (JO du 29 mai 1980) de la CNIL porte recommandation relative à la mise en oeuvre du droit individuel du droit d'accès. Elle doit être complétée par les dispositions de l'article 8 et du chapitre 4 de la convention du Conseil de l'Europe. L'article 14 prévoit en particulier une assistance aux personnes ayant leur résidence à l'étranger. Le droit d'accès est un droit personnel exercé, sans avoir à motiver d'un intérêt particulier, soit par la personne concernée soit par un mandat du droit commun pour les mineurs et incapables majeurs, avec éventuellement l'assistance d'un conseil. La demande peut être effectuée soit sur place, soit par écrit ; elle doit comporter, si possible, les informations permettant d'identifier les fichiers à consulter. Elle est envoyée directement à la personne ou au service désigné par le responsable du traitement pour répondre aux demandes d'accès, dans la déclaration initiale. Le droit d'accès n'est assorti par la loi d'aucune condition de périodicité ; mais la

CNIL peut accorder des délais de réponse en raison d'impératifs techniques ou autoriser à ne pas répondre à des demandes manifestement abusives par leur nombre leur caractère répétitif ou systématique. Il peut être gardé trace des demandes d'accès pendant un délai n'excédant pas douze mois. En ce qui concerne la preuve de l'identité du demandeur, la production d'un titre d'identité est exigée. Pour les traitements privés et publics, hors ceux de l'Etat, la recommandation n° 80-10 du 1er avril 1980 autorise la demande présentée par écrit, signée et accompagnée de la photocopie d'un titre d'identité : ceci permet au demandeur d'expédier sa demande pour exercer à distance le droit d'accès et de communication. Ceci n'est pas possible pour les traitements automatisés de l'Etat car le décret n° 82-525 du 16 juin 1982, article 2, impose la présentation de la demande sur place soit par l'intéressé, soit par un mandataire spécial. Si les droits de curiosité et d'accès sont reconnus d'abord aux personnes physiques, on note cependant que indirectement la CNIL les a étendus dans certains cas aux personnes morales : *"il convient de reconnaître l'exercice (du droit d'accès) aux personnes physiques, représentants légaux des entreprises, dès lors que le nom de ces personnes figure dans un fichier (des entreprises) en tant que dirigeant, actionnaire ou associé"* délibération n° 84-28 du 3 juillet 1984 - Mairie d'Arcueil et autres). De même, la CNIL entend rendre praticable le droit d'accès qui peut demeurer théorique dans le cas, par exemple, où il serait impossible ou difficile pour les personnes concernées de connaître l'existence du traitement ou du fichier. C'est ainsi que dans la délibération précitée, la CNIL a imposé aux mairies déclarantes non seulement d'assurer une publicité à l'acte réglementaire portant création du traitement, mais encore d'informer chaque entreprise fichée de l'existence du fichier et des possibilités d'obtenir communication des informations qu'il contient. Si ceci est favorable aux intérêts des fichés, on imagine la difficulté pratique et le coût de mise en oeuvre d'une telle mesure si elle concerne un fichier important.

C - Le droit d'obtenir copie (Art. 35, alinéa 2)

Si le demandeur, en plus de la simple connaissance des données, qui est gratuite, souhaite obtenir une copie des informations, il doit préalablement payer une redevance forfaitaire (20 F pour les traitements du secteur public, acquittés par apposition de timbres fiscaux sur la demande - décret n° 82-525 du 16 juin 1982 - JO du 22 juin 1982 ; 30 F pour les traitements du secteur privé). Le décret du 23 décembre 1981, article 2, interdit de demander une somme

supérieure ; la sanction est une contravention de 3e classe. Les tarifs applicables sont homologués par un arrêté du 23 septembre 1980 (JO du 12 octobre 1980).

D - Cas particuliers

Un droit d'accès trop largement ouvert soulève, dans certains cas, des difficultés. La loi a envisagé de manière précise deux situations particulières :

- Selon l'article 39, si l'information recherchée par le titulaire du droit d'accès concerne la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, la demande est adressée à la CNIL directement et non au service détenteur des informations. La commission désigne l'un de ses membres (obligatoirement un magistrat) pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Il est simplement notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications sans lui fournir la teneur des informations le concernant. Les fichiers concernés ne sont donc accessibles qu'indirectement par une sorte de procuration donnée à un membre de la CNIL, mais le demandeur agit "en aveugle", ce qui limite en fait fortement le droit d'accès et de contrôle de l'information. Pour ces fichiers, la CNIL a considéré qu'ils présentaient souvent un caractère mixte, certaines données bénéficiant du droit d'accès direct, d'autres n'étant accessibles qu'indirectement. Dans la pratique, les administrations concernées, avec l'appui du Conseil d'Etat, rejettent en grande partie cette interprétation pour protéger de toute curiosité leurs fichiers.

- Selon l'article 40, lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des informations à caractère médical, celles-ci ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet. Le médecin désigné, en fonction de la déontologie, décide seul de communiquer tout ou partie des informations dont il a connaissance ; en fait, il contrôle, sous sa seule responsabilité, la portée du droit d'accès et de communication du demandeur.

- Selon l'article 32, complété par la norme simplifiée n° 24 (délibération n° 81-103 du 15 septembre 1981, modifiée par la délibération n° 83-40 du 21 juin 1983) et la recommandation n° 81-52 du 19 mai 1981 (modifiée par la délibération n° 83-39 du 22 juin 1983) durant la période précédant les élections, l'accès du fichier électoral est ouvert dans des conditions identiques aux candidats et aux partis politiques sous le contrôle des commissions de propagande électorale. Sur deman-

de constatée par écrit, il doit être délivré dans un délai maximum de quatre jours ouvrables l'édition ou la reproduction des listes électorales, soit sur support papier, soit sur support magnétique, selon des modalités respectant une stricte égalité entre les demandeurs ; nul ne doit être dispensé de payer à la commune le prix coûtant de ces prestations. En dehors de la période électorale, la communication du fichier électoral est régie par les dispositions du code électoral. Après avoir constaté de multiples détournements de finalité du fichier électoral dans de nombreuses communes, la CNIL a adressé un avertissement solennel. Il est conseillé aux élus d'être très vigilants sur le respect de la finalité des usages des informations électorales, au risque de se voir traduit devant la justice pénale, en pleine campagne électorale.

E - Le droit de contester la qualité des informations (Art. 36)

Une fois en possession des données nominatives la concernant, toute personne titulaire du droit d'accès *"peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations la concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite"*. Les termes de la loi permettent de contester facilement tous les aspects défectueux des données. Si la rectification d'informations inexactes est simple a priori, en revanche la contestation du caractère équivoque ou périmé des données soulève des difficultés pratiques :

- Si le responsable des données accepte la contestation du demandeur, il procède aux changements nécessaires.
- Si le responsable des données conteste à son tour la contestation du demandeur, l'alinéa 3 de l'article 36 dispose que la charge de la preuve incombe au service auprès duquel est exercé le droit d'accès sauf lorsqu'il est établi que les informations contestées ont été communiquées par la personne concernée ou avec son accord.

La loi opère donc un renversement de la charge de la preuve profitable au demandeur ; faute de pouvoir apporter la preuve de la qualité des données, le ficheur doit les effacer. Lorsque l'intéressé en fait la demande, le service ou organisme concerné doit délivrer sans frais copie de l'enregistrement modifié. Lorsque le titulaire du droit d'accès obtient une modification de l'enregistrement initial, la redevance qu'il a versée pour exercer son droit d'accès doit lui être intégralement remboursée. Il est difficile d'estimer actuellement le

nombre de personnes exerçant le droit d'accès et de contestation. On sait seulement qu'il est en progression constante et rapide. Faute d'une information suffisante, des individus ignorent leurs droits en la matière, ce qui fait souvent le jeu des utilisateurs abusifs des données nominatives. Cependant, avec le temps et une publicité croissante, en particulier assurée par les organisations de défense des consommateurs et la presse, les droits d'accès et de contestation sont de mieux en mieux connus et utilisés. Pour faire face à des demandes nombreuses et parfois massives, il est conseillé, si nécessaire, d'organiser au sein de l'entreprise ou de l'administration un service chargé spécialement de centraliser les demandes d'accès, d'y répondre, de modifier les enregistrements ; il devrait être rattaché au service des Relations publiques et proche de la direction. En effet, les droits d'accès et de contestation peuvent être des moyens de contester une action, de nuire à l'image de marque ou à des intérêts commerciaux. En outre, le décret n° 81-1142 du 23 décembre 1981 (2°) prévoit des sanctions (contraventions de 5e classe) pour toute entrave à l'exercice du droit d'accès et de rectification ; le tribunal peut, de surcroît, ordonner l'affichage du jugement aux frais du condamné. S'ajoutant à l'action directe devant le juge pénal, une plainte ou une réclamation peut être adressée à la CNIL par la personne disposant d'éléments démontrant un refus ou une obstruction à l'exercice des droits d'accès et de rectification ; la commission utilisera alors ses pouvoirs propres pour agir avec vigueur si nécessaire.

- S'il y a lieu de craindre la dissimulation ou la disparition des informations demandées avant même l'exercice d'un recours juridictionnel, il peut être demandé au juge compétent d'ordonner toutes mesures de nature à éviter la dissimulation ou la disparition (mise sous séquestre du fichier par exemple) ; les procédures juridictionnelles d'urgence, le référé, l'ordonnance sur requête sont utilisables.

- De manière fréquente, le droit d'accès prévu par la loi de 1978 sera à combiner avec des dispositions spéciales prévues par d'autres lois. La conciliation avec la loi du 17 juillet 1979 relative à la communication des documents administratifs a soulevé des difficultés réglées par le Conseil d'Etat dans un arrêt Bertin du 19 mai 1983 ; la Haute Juridiction a décidé que si les informations nominatives demandées sont contenues dans un fichier, seul le droit d'accès instauré par la loi de janvier 1978 est utilisable, le droit de communication prévu par la loi du 17 juillet 1978 restant applicable au document ne constituant pas une fraction de fichier.

F - Le droit d'opposition (Art. 26)

En application de l'article 26, *"toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fasse l'objet d'un traitement"* ; ce droit ne s'applique cependant pas aux traitements du secteur public. La loi prévoit une peine de prison d'un à cinq ans et une amende de 20.000 F à 2.000.000 de francs en cas d'infraction (Art. 42). En s'appuyant sur cet article, la CNIL a reconnu le droit des personnes à s'opposer à la diffusion de leur nom et de leur adresse, lors de la cession onéreuse ou gratuite d'un fichier (cession par les PTT du fichier informatisé des abonnés du téléphone ; délibération n° 83-47 du 5 juillet 1983). Si on souhaite ne plus figurer dans les fichiers de courrier publicitaire, il suffit d'adresser la demande à l'Union de la Publicité directe (60, rue de la Boétie, 75008 Paris).

G - Le droit de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés (Art. 3)

Les dispositions de l'article 3 posent un principe général applicable seulement aux traitements automatisés, alors que le droit d'accès et de contestation examinés ci-dessus concernent les fichiers et documents automatisés ou manuels. La finalité et le champ d'application des dispositions de l'article 3 sont aussi différents. Le texte dispose que *"toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés"*. Ceci donne à la personne concernée le droit de connaître et de contester la structure du programme, au sens du logiciel, servant de base au traitement ainsi que les informations qui ont servi à l'analyse préalable par exemple. Le mot information a ici un sens large qui dépasse la notion d'information nominative. Cet article dont la portée est méconnue, donne un droit de regard sur tout le travail effectué avant la mise en oeuvre du traitement. On réalise combien son application soulève de problèmes délicats et de difficultés de mise en oeuvre tant sur les plans technique que juridique. Cet article a cependant le mérite de faire ressortir que le caractère dangereux d'un traitement peut procéder d'un logiciel portant sur des données a priori anodines.

Aussi bien pour les obligations générales du ficheur que pour les droits du fiché, il est conseillé de consulter les dispositions similaires contenues dans la convention du Conseil de l'Europe (chapitre 2).

BIBLIOGRAPHIE

Parmi les **revues** nombreuses en matière juridique ou informatique, on se limitera à en citer trois qui consacrent régulièrement des développements au sujet informatique et libertés :

- Droit de l'Informatique, Jurimétrie (trimestrielle).
- Expertises des Systèmes d'Information (mensuelle).
- SILEX (revue internationale).

Rapports et textes officiels

- Commission Informatique et Libertés, Rapport B. Tricot, 1975.
- Commission nationale de l'Informatique et des Libertés, Rapports annuels (5 rapports déjà publiés).
- Commission nationale de l'Informatique et des Libertés, textes et documents. Brochure n° 1473. Direction J.O.

Ouvrages

- Législation et Protection des données. Rome 1983, Conseil de l'Europe.
- Frayssinet (J.) - La Bureaucratie, l'administration française face à l'informatique, 1981.
- Gallouedec-Genuys (F.) et Maisl (H.) - Le Secret des fichiers. IFSA. Ed. Cujas, 1976.
- Université de Poitiers - Informatique et Droit pénal. Ed. Cujas, 1983.
- Vitalis (A.) - Informatique, Pouvoir et Libertés. Economica, 1981.

Articles

- Beer-Gabel (J.) - Le contrôle de l'administration par la CNIL. Rev. Droit public (F), 1980, p. 1043.
- Frayssinet (J.) et Kayser (P.) - La loi n° 78-17 du 16 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux fichiers et aux libertés. Rev. Droit public (F.), 1979, p. 629.
- Frayssinet (J.) et Kayser (P.) - Informatique et libertés. Jurisclasseur pénal, Annexes Ed. techniques, 1981.
- Jacqué (J.-P.) - La convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Annuaire Franç. Droit intern., 1980, CNRS, p. 773.
- Lenoir (N.) et Maisl (H.) - La CNIL et le contrôle de l'administration, premières orientations. AJDA, 1983, p. 645.
- Maisl (H.) - La maîtrise d'une interdépendance commentaire de la loi du 6 janvier 1978. Jurisclasseur périodique 1978 I 2891. Ed. Techniques.
- Maisl (H.) et Vitalis (A.) - Les libertés, enjeu d'une sûreté informatisée. Etudes 4, 1985.

CONSEIL D'ETAT, Section - 11 janvier 1985

MM. Fornacciani, rapp. ; Dutheillet de Lamothe,
c. du g. ; S.C.P. Wacquet et M. Ancel, av.

Aff. : Mme Raymonde Camus - Req. n° 43712

Vu la requête sommaire enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 7 juillet 1982, et le mémoire complémentaire enregistré le 12 octobre 1982, présentés pour Mme Raymonde Camus, demeurant 75, rue de la Mariette, Le Mans (Sarthe), tendant à ce que le Conseil d'Etat :

1° annule le jugement en date du 5 mai 1982 par lequel le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du directeur régional de l'Institut national de la statistique et des études économiques en date du 18 décembre 1979 qui a refusé de modifier le classement de l'activité professionnelle de Mme Camus à la rubrique instituée par le décret du 14 mars 1973 ;

2° annule cette décision ;

.. ..

Considérant que si l'article 13 du décret sus-visé du 14 mars 1973 dispose qu'aucun effet juridique ne s'attache à l'identification ou la non-identification d'une personne inscrite au répertoire national des entreprises et des établissements dont l'article 1er dudit décret confie la tenue à l'Institut national de la statistique et des études économiques, le refus de modifier le classement d'une activité professionnelle dans ce répertoire, en rectifiant le numéro de la nomenclature des activités économiques qui lui est attribué, constitue en revanche une décision faisant grief que les intéressés peuvent déférer au juge de l'excès de pouvoir ; que Mme Camus est par suite fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté comme irrecevables les conclusions de sa demande dirigée contre la décision, contenue dans une lettre du 18 décembre 1979, par laquelle le directeur régional de l'institut national de la statistique et des études économiques de Nantes a refusé de modifier le classement dans la nomenclature des activités économiques de l'activité professionnelle qu'elle exerçait, et que ledit jugement doit être annulé ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu d'évoquer pour statuer immédiatement sur la demande de Mme Camus devant le tribunal administratif de Nantes ;

Considérant que l'article 5 du décret du 17 mars 1973 dispose que sont portés au répertoire national des entreprises et des établissements "les numéros de la nomenclature des activités économiques caractérisant l'activité de l'entreprise et de chacun de ses établissements" ; qu'en décidant que les caractéristiques de l'activité de magnétiseuse exercée par Mme Camus justifiaient un classement de l'intéressée dans la rubrique n° 8707 "services personnels divers" de la nomenclature le directeur régional n'a pas fait une fausse application des dispositions ci-dessus rappelées ; qu'il suit de là que la demande de Mme Camus ne peut être accueillie ;

Décide :

Art. 1er : Le jugement du tribunal administratif de Nantes en date du 5 mai 1982 est annulé.

Art. 2 : La demande de Mme Camus devant le tribunal administratif de Nantes et le surplus des conclusions de la requête sont rejetés.

NOTE

Madame Camus, exerçant l'activité de magnétiseuse, a vu le Tribunal administratif de Nantes rejeter sa demande tendant à l'annulation de la décision du directeur régional de l'I.N.S.E.E., en date du 18 décembre 1979, refusant de modifier le classement de l'activité professionnelle à la rubrique instituée par le décret du 14 mars 1973, relatif au répertoire national des entreprises et établissements.

Le répertoire permet d'attribuer un numéro d'identité (Sirène ou Siret) à toute personne physique ou morale exerçant de manière indépendante une profession non salariée entrant dans les catégories définies par arrêtés (plus de deux millions de personnes physiques ou morales sont concernées, dont 70 % de personnes physiques). Grâce à l'automatisation de la gestion du répertoire, le système Sirène permet d'instaurer des échanges automatiques d'informations collectées entre les différents organismes habilités à demander à l'I.N.S.E.E., administration chargée de la confection et de la tenue du répertoire, l'attribution d'un identifiant (voir notamment l'article 6 du décret de 1973 et arrêté du Premier ministre en date du 14 octobre 1974 : greffes des tribunaux de commerce ou de grande instance, chambre des métiers, caisses régionales d'assurance maladie, U.R.S.S.A.F., centre des impôts, directions régionales

de l'I.N.S.E.E.). Au surplus, cette base de données publique est mise à la disposition de tous, moyennant paiement du service rendu. On peut ainsi obtenir auprès de l'I.N.S.E.E. des listes de noms et d'adresses sur supports classiques ou magnétiques, après tris effectués sur des critères variés.

I - Le Conseil d'Etat constate que l'article 13 du décret du 14 mars 1973 dispose qu'aucun effet juridique ne s'attache à l'identification ou à la non identification d'une personne inscrite au répertoire national des entreprises et des établissements. C'est dire qu'en principe, l'inscription ou la non inscription au répertoire ne constitue pas une décision faisant grief. On peut s'interroger sur le bien fondé actuel de cette disposition. Avec le temps, les utilisations de l'identifiant Sirène se multiplient. La mention de cette donnée est fréquente, par exemple, dans de multiples fichiers publics servant à des traitements automatisés ou manuels. Les traitements peuvent servir à améliorer la relation administration-entreprise, à dégager des économies et des gains de productivité du travail administratif et des systèmes informatiques, à gérer l'attribution d'un droit, établi par un texte. C'est dire que l'identification ou la non identification n'est pas sans conséquence : elle tend à faire de plus en plus souvent grief, même si ce mot est entendu ici avec un sens plus large que celui attribué par le juge habituellement.

Une évolution de la position de Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.) reflète cette prise de conscience. On sait que la loi du 6 janvier 1978 tend à exclure de son champ d'application des personnes morales. En conséquence, la loi ne devrait pas s'appliquer, a priori, à un répertoire d'identification des entreprises et établissements. En fait, par une délibération n° 81-88 du 21 juillet 1981 portant avis sur la mise en oeuvre du traitement automatisé du répertoire Sirène, la C.N.I.L. a reconnu le droit d'accès aux personnes physiques dont le nom est mentionné dans le répertoire ; tel est le cas de la requérante. Dans la délibération n° 82-202 du 7 décembre 1982 sur l'informatisation des centres de formalités des entreprises, la C.N.I.L. a reconnu le droit d'accès aux personnes ayant la qualité de dirigeant ou d'associé. Dans un avis autorisant un traitement automatisé relatif à des entreprises en date du 3 juillet 1985, Mairies d'Arcueil et autres, la C.N.I.L. a posé un principe : "si le droit d'accès établi par l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 a un caractère strictement individuel, il convient d'en reconnaître l'exercice aux personnes physiques, représentants légaux

des entreprises, dès lors que le nom de ces personnes figure dans le fichier en tant que dirigeant, actionnaire ou associé (voir J. Frayssinet, note in Rec. Dalloz, 29 novembre 1984, n° 40, p. 587-591 et Expertises des systèmes d'informations, n° 66, octobre 1984, p. 241-246).

II - En visant la loi de 1978, le Conseil d'Etat semble admettre implicitement qu'un répertoire ou un registre est assimilable à un fichier. Ce qui paraît évident pour l'informaticien ou l'administrateur l'est moins pour la Haute Juridiction. Des commentateurs avisés estiment qu'il ressort de l'arrêt Camus "que les cinquième et troisième sous-sections réunies n'ont pas entendu trancher le point de savoir si le répertoire national des entreprises et des établissements constituait ou non un fichier au sens de la loi du 6 janvier 1978" (S. Hubac et J.E. Schoettl, Maîtres des Requêtes au Conseil d'Etat, A.J.D.A., doctrine, n° 5, mai 1985, p. 255). A notre avis, il ne fait pourtant aucun doute que l'application Sirène constitue un traitement automatisé de données nominatives et non nominatives, reposant sur l'existence d'un fichier qualifié de répertoire. La loi du 6 janvier 1978 trouve matière à s'appliquer. D'ailleurs, le répertoire Sirène a fait l'objet d'une déclaration à la C.N.I.L. le 16 avril 1980 ; la commission a même décidé de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 48 de la loi et d'évoquer le dossier pour émettre un avis (C.N.I.L., 2ème rapport d'activité, La Documentation française, 1982, p. 34 et s.). Cette attitude du Conseil d'Etat révèle une gêne devant la notion de fichier, qui apparaît ici de manière nette. Au contraire, dans d'autres cas, de manière peu compréhensible, le Conseil d'Etat utilise excessivement une conception peu pertinente de la notion de fichier - en subordonnant l'application de la loi du 6 janvier 1978 à l'existence d'un fichier stricto sensu, notion imprécise, non définie par le législateur. En d'autres termes, le Conseil d'Etat répugne à appliquer la loi de 1978 à tout document ne constituant pas un fichier contenant des informations nominatives (voir notamment CE, Assemblée, 19 mai 1983, Bertin ; CE, 6 juillet 1984, Dlle Raymonde Zaragosa). Cette conception restrictive déterminant le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 et ses rapports avec la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs, apparaît aujourd'hui en porte-à-faux non seulement par rapport à l'intention du législateur mais aussi par rapport à l'article 2 (b) de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe, signée et ratifiée

par la France, entrée en application depuis le 1er octobre 1985. En effet, la Convention internationale dispose que "fichier automatisé" signifie : tout ensemble d'informations faisant l'objet d'un traitement automatisé". Ainsi une fiche, une collection de fiches, un document comprenant un ensemble d'informations constituerait un fichier. Cette conception a le mérite de correspondre aux réalités techniques du traitement automatisé des informations alors que le Conseil d'Etat semble raisonner en fonction de la notion dépassée de fichier classique, manuel, collection de documents ayant la même structure. Ce n'est pas par hasard que la loi de 1978 utilise peu le terme de fichier (à l'exception de l'article 45) au profit de la notion de traitement automatisé. Elle distingue nettement les deux notions : ce sont les traitements et non les fichiers qui doivent être déclarés à la C.N.I.L., un même fichier pouvant faire l'objet de plusieurs traitements.

III - Le Conseil d'Etat estime que la décision du directeur régional de l'I.N.S.E.E. refusant de modifier le classement d'une activité professionnelle dans le répertoire, en rectifiant le numéro de la nomenclature des activités économiques qui lui est attribué, constitue, en revanche, une décision faisant grief, que les intéressés peuvent déférer au juge de l'excès de pouvoir. En l'espèce, le Conseil d'Etat annule le jugement du Tribunal administratif de Nantes prononçant l'irrecevabilité de la demande de Mme Camus. On comprend l'étonnement exprimé par R. Moreau (A.J.D.A., n° 3, mars 1985, p. 160) : "Comment le refus de modifier un acte dépourvu de conséquences juridiques (voir supra I) devient-il, sans transmutation magique, une "décision faisant grief ?" C'est que la présente espèce oblige à préciser les contours des notions classiques de décisions et d'actes administratifs (voir René Chapus - Droit administratif général - Ed. Montchrestien, 1985, n° 553 et s. ; Pierre Delvolvé, l'acte administratif, Sirey, 1983, n° 30-31, 36, 40, 46, etc...). Sur quel fondement peut-on fonder la recevabilité de la requête ? On observera qu'un des visas de l'arrêt fait référence à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Sans contestation possible, l'identifiant constitue une information nominative en vertu de la définition attribuée à cette notion par l'article 4 de la loi précitée ; au surplus, la gestion du répertoire Sirene constitue un traitement automatisé public. Les dispositions du chapitre V de la loi de 1978 relatives aux droits d'accès et de contestation s'appliquent. En particulier, l'article 36 prévoit que "le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes,

incomplètes, équivoques, périmées, ou dans la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite". Le refus d'appliquer la loi de 1978 constitue une illégalité qui peut être sanctionnée par le juge s'il estime la requête recevable. Il convient de remarquer que l'exercice du droit reconnu par l'article 34 de la loi de 1978 (droit d'interrogation d'un détenteur de fichier), équivalant à l'existence d'un droit à la curiosité (revenant à poser la question : avez-vous des informations nominatives me concernant ?) est d'application large. Au droit de curiosité sont rattachés directement les droits d'accès et de communication (art. 35) et les droits de contestation de la qualité des informations (art. 36). La loi exclut la nécessité de l'existence préalable d'un conflit quelconque entre l'individu demandeur et le détenteur du fichier. L'utilisation des articles 34 et 35 n'étant pas subordonnée à l'existence d'un grief, le juge ne peut, à ce niveau, l'exiger. Il en est autrement pour apprécier la recevabilité de la requête : la nécessité d'un grief demeure. Son existence découlera du refus, par le détenteur du fichier, d'appliquer la loi de 1978, notamment ses articles 34, 35, 36. En l'espèce, le grief découle bien du refus du fonctionnaire de l'Insee de modifier le classement : on est dans le cas de la contestation prévue par l'article 36 de la loi. La loi précise, que dans ce cas, la charge de la preuve incombe au service auprès duquel est exercé le droit d'accès sauf lorsqu'il est établi que les informations contestées ont été communiquées par la personne concernée ou avec son accord. Même si on écarte la loi de 1978, ce qui paraît aujourd'hui difficile, on trouvera dans la jurisprudence du Conseil d'Etat des décisions admettant la recevabilité d'un recours contestant le refus de modifier un document administratif dont l'établissement ne fait pas grief (il s'agit de l'état signalétique des services établi par l'autorité militaire ; CE, 31 mars 1972, Le Bélicard, Lebon, Tables, p. 1182 ; CE, section 11 octobre 1963, Houille, Lebon, p. 478), ou subordonnant la recevabilité, aux conséquences défavorables pour le demandeur qu'aurait un mauvais classement dans une nomenclature - a fortiori une absence de classement - pour l'application d'une législation ou d'une réglementation (CE, 11 mars 1959, Société des produits barytiques nord-africains, Lebon, p. 170). Cette jurisprudence pourrait être réactivée pour tenir compte des effets positifs ou négatifs de l'utilisation croissante des nomenclatures, répertoires et identifiants dont il est question dans la première partie du commentaire. Enfin, de manière évidente, l'arrêt Camus s'inspire directement de l'arrêt Déberon (CE, 18 février 1976, Lebon, p. 100), de la jurisprudence sur les dossiers

scolaires (CE, 6 février 1980, Guillaume, Lebon, Tables, p. 726, AJDA, 1980, p. 366) et les dossiers des fonctionnaires civils et militaires (CE, 25 mars 1981, ministre du budget c/X, AJDA, 1982, p. 46 ; CE, 17 avril 1985, Panaget). Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 1978, le Conseil d'Etat avait jugé que tout intéressé était recevable à contester l'exactitude des mentions figurant sur son compte dans un fichier, ou dossier, après y avoir accédé, dès lors que le support perdait son caractère d'ordre intérieur en étant communiqué à des fonctionnaires autres que ceux chargés de sa gestion, ou que le contenu des informations pouvait faire grief (voir S. Hubac et J.E. Schoettl, chronique, AJDA, n° 5, mai 1985, p. 255). Si le contentieux examiné concerne le répertoire Sirène et les entreprises, le raisonnement du Conseil d'Etat doit être étendu à toutes les sortes de répertoires et d'identifiants publics, en particulier, en ce qui concerne les individus, au répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP) et au numéro d'identification au répertoire (NIR).

IV - Ayant admis la recevabilité de la requête de Madame Camus, le Conseil d'Etat se prononce sur le fond, par voie d'évocation ; il contrôle l'adéquation de la profession de magnétiseuse avec la rubrique n° 8707 "services personnels divers", classement adopté par le directeur général de l'INSEE. En l'espèce, le juge estimant que ce classement ne constitue pas une fausse application de l'article 5 du décret du 17 mars 1973, rejette la demande de la requérante. La présente décision montre que le juge administratif exerce un contrôle normal lorsqu'est contestée l'exactitude matérielle d'une mention ou lorsque - comme en l'espèce - le recours est fondé sur le motif que la mention critiquée résulte d'une mauvaise interprétation ou application d'un texte. Cependant, si l'information reflète une appréciation sur la personne concernée, le juge de l'excès de pouvoir n'exercera qu'un contrôle restreint pour ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'étendue du contrôle du juge sur le caractère imprécis, incomplet ou équivoque d'une mention, pose un problème nettement plus délicat. Respectant l'esprit du contenu de l'article 36 de la loi du 6 janvier 1978, le juge administratif paraît s'orienter vers la voie du contrôle normal (CE, 17 avril 1985, Panaget : l'examen de l'état signalétique et des services d'un militaire révèle un degré suffisant de précision des informations portées). Au surplus, l'inscription erronée ou la non inscription dans un répertoire officiel ou un fichier ou le refus de rectification peut entraîner un

préjudice susceptible d'engager la responsabilité administrative. En la matière, un contentieux existe, par exemple, à propos des listes professionnelles des annuaires téléphoniques (CE, Bogas, 12 mai 1976, Lebon, p. 248 ; CE, 5 novembre 1982, Cassard, Lebon, Tables, p. 701 ; CE, 27 juillet 1984, Favier). Adoptant la solution jurisprudentielle, la loi n° 84-939 du 23 octobre 1984 relative au service public des télécommunications, article 2, modifie l'article L 37 du code des postes et télécommunications en prévoyant que la responsabilité de l'Etat peut être engagée, en cas de faute lourde, en ce qui concerne les erreurs ou omissions qui pourraient se produire dans la rédaction, la distribution ou la transmission des listes d'abonnés. Dans d'autres domaines d'activité la faute simple suffira à engager la responsabilité des personnes publiques.

Jean FRAYSSINET

Maître de Conférences
à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille III.
Chargé de Cours de Droit de l'informatique
à la Faculté de Droit de Montpellier.

LE CONTENTIEUX DES SUCCESSIONS EN FRANCE
ENTRE 1975 ET 1984

- * - * - * -

Données statistiques et juridiques (*)

Par

Madame Madeleine FAUCHEUX-BUREAU

Maître-Assistante à la Faculté de Droit de Paris II

- (*) Cette étude a été faite à la demande du Ministère de la Justice - Direction des Affaires civiles et du sceau - Sous Direction de la Législation civile et de la Procédure - Bureau du droit civil général. Janvier 1986.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	243
Méthodologie et données globales.....	251
Première partie - Le milieu successoral.....	267
I - <i>Le de cuius</i>	267
II - Les descendants.....	271
III - Le conjoint survivant.....	275
IV - Les collatéraux.....	278
Seconde partie - Les comportements	282
Conclusion.....	309

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 - Cour de cassation. Affaires civiles. 1975-1984	245
Tableau 2 - Direction générale des impôts. Enregistrement.....	247
Tableau 3 - Proportion des successions imposées	250
Tableau 4 - Statistiques démographiques. Décès	251
Tableau 5 - Comparaison entre les résultats de l'Annuaire statistique de la Justice et ceux de l'enquête.....	254
Tableau 6 - Proportion des litiges par rapport aux décès.....	255
Tableau 7 - Résultats généraux de l'enquête.....	256
Tableau 8 - Objet du litige et année de la décision.....	261
Tableau 9 - Objet du litige et temps écoulé entre le décès et la décision de la Cour de cassation.....	264
Tableau 10 - Répartition des litiges suivant le sexe du défunt et la qualité des parties	266
Tableau 11 - Répartition des moyens touchant à l'option successorale.....	289
Tableau 12 - Prêts fonciers bonifiés accordés aux attributaires successoraux ou aux attributaires préférentiels pour le paiement des soultes.....	299

Pour déterminer quelle est l'utilité sociale d'une institution juridique, il ne suffit pas de s'attacher à l'étude de la règle de droit. Il faut encore savoir comment elle fonctionne en dressant des bilans de ce qui se passe, c'est-à-dire en recherchant quand et dans quelles conditions il y est recouru, et les effets que les intéressés cherchent à lui faire produire.

La connaissance de la fonction sociale de la transmission successorale constitue sans doute l'un des meilleurs sujets de recherche car si la règle juridique joue un rôle important en la matière, les successibles y apportent souvent des correctifs, développent certaines pratiques et, sous couvert de volonté de justice, trouvent là l'occasion d'hypertrophier leur désir de posséder.

En dépit de son intérêt, la question est mal connue. Car si un grand nombre de décisions, commentées ou non, sont publiées, ce qui permet de savoir comment les juges interprètent les textes et de suivre l'évolution de cette interprétation, le volume de cette jurisprudence, pas plus que le contexte passionnel qui est à son origine, n'ont jamais été appréciés.

Le premier objectif de la présente recherche a donc été non pas tellement de mettre en lumière les difficultés provoquées par l'application des règles du droit successoral, mais de comprendre comment peuvent se produire les conflits, c'est-à-dire de déterminer dans quels domaines particuliers du droit des successions ils peuvent se fixer et évoluer. Il a aussi été d'appréhender les tensions dont ils sont l'expression. Sans doute, l'intervention du juge, en obligeant les parties à banaliser leur différend pour les besoins d'une procédure qui doit être menée à bonne fin, provoque une déformation de la situation réelle qui est à l'origine de ce litige et, en l'exacerbant, lui donne souvent des développements qui n'avaient pas été envisagés avant l'introduction de l'action. Malgré cette altération, il n'est pas sans intérêt de connaître ces comportements. Et même s'ils peuvent parfois donner une image erronée de l'attitude des Français à l'égard des successions, il n'est peut-être pas abusif de tenir quelquefois l'incli-

nation procédurière de certains pour l'extériorisation d'une réalité sociale beaucoup plus large et de tenter d'en déduire des courants plus généraux.

Bien que cette étude ne soit placée que dans une perspective de description sociologique et qu'elle n'a d'autre but que de mesurer et d'analyser les écarts entre la règle juridique et la conduite des successibles, il aurait été utile de pouvoir procéder au recensement de toutes les décisions rendues par l'ensemble des juridictions afin de pouvoir apprécier l'ampleur exacte des phénomènes étudiés. Malheureusement, toute démarche de mesure et de comparaison en la matière se heurte à l'heure actuelle à un nombre tel de difficultés d'ordre matériel qu'elle ne peut être entreprise. Déjà, parce que la collecte générale des décisions des juridictions du fond ne peut être envisagée puisque celles-ci ne font l'objet d'aucune publication exhaustive et qu'il est matériellement impossible d'enquêter auprès de tous les tribunaux de grande instance et toutes les cours d'appel. D'autre part, parce qu'il serait prématuré de vouloir la tenter pour les décisions rendues par les Chambres civiles de la Cour de cassation à partir des données rassemblées par le Centre de recherches et de développement en informatique juridique (C.E.D.I.J.) ce Centre n'en mémorisant l'essentiel que depuis 1983 (1).

Force a donc été de limiter le travail aux seules sources imprimées. Et parmi les décisions reproduites, n'ont été retenues que celles rendues par la Cour suprême, parce que ce sont les seules dont la publication est régulière. Les synthèses proposées à partir des comportements ainsi dégagés peuvent donc n'avoir qu'un caractère précaire.

Le document de base a été le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile (2), publication dont l'exploitation n'est pas exempte de périls puisque n'y sont reproduites que les décisions présentant un intérêt juridique particulier, sans souci de leur valeur sociologique. Les résultats obtenus sont par conséquent altérés par deux déformations : une déformation quantitative entre le contentieux réel et le contentieux publié, doublée d'une déformation quali-

(1) Le 1er janvier 1985, les bases constituées par le C.E.D.I.J. ont été reprises par le Centre national d'informatique juridique (C.N.I.J.).

(2) Y ont été ajoutées deux décisions rendues par la Chambre criminelle, l'une en matière de recel successoral (Cass. crim., 7 octobre 1981 - Bull. crim., n° 265, p. 692), et l'autre en matière de saisine successorale (Cass. crim., 21 mars 1984 - Bull. crim., n° 124, p. 316).

tative, la proportion des arrêts reproduits différant selon le type d'affaires.

La première de ces altérations est d'autant plus sensible que la proportion des arrêts publiés est en régression constante, et que la seconde rend vaine toute tentative de correction. En effet, sachant que cette proportion passe de plus de 43 % en 1975 à 20 % en 1984, pour l'ensemble des formations de la Cour (3) et de près de 57 % à 35 % pour la Première chambre civile qui connaît des successions (4), il serait facile de la rectifier s'il suffisait d'appliquer aux résultats obtenus le rapport existant entre la jurisprudence brute et la jurisprudence publiée.

TABLEAU N. 1

COUR DE CASSATION - AFFAIRES CIVILES - ANNEE 1975 à 1984 - STATISTIQUES (5)

Toutes chambres civiles confondues				Première chambre civile			Arrêts rendus en matière successorale	
Année (1)	Arrêts rendus (2)	Arrêts publiés (3)	Proportion des arrêts publiés (4)	Arrêts rendus (5)	Arrêts publiés (6)	Proportion des arrêts publiés (7)	Arrêts publiés (8)	Nombre supposé des arrêts rendus (9)
1975	4770	2072	43,43 %	664	378	56,92 %	43	76
1976	5221	2278	43,63 %	765	422	55,16 %	54	98
1977	5707	2247	39,37 %	835	486	58,20 %	56	96
1978	6162	2280	37,00 %	899	397	44,16 %	57	129
1979	7304	2244	30,72 %	1040	333	32,01 %	52	162
1980	7805	2166	27,75 %	1068	337	31,55 %	46	146
1981	7737	2278	29,44 %	1132	396	34,98 %	61	174
1982	7311	1952	26,69 %	911	375	41,16 %	46	112
1983	7971	1786	22,40 %	856	308	35,98 %	45	125
1984	8108	1636	20,17 %	980	343	35,00 %	46	131
				9150	3775	41,25 %	506	1249

(3) Cf. Tableau n° 1 ci-dessus, seconde, troisième et quatrième colonnes.

(4) Cf. Tableau n° 1 ci-dessus, cinquième, sixième et septième colonnes.

(5) Les résultats de la neuvième colonne ont été obtenus en appliquant à ceux de la huitième colonne les quotients figurant dans la septième colonne.

Mais ces coefficients ne valent que pour les données globales et sont inapplicables aux données sectorielles parce que certains types d'affaires sont beaucoup plus rarement publiés que d'autres.

Pour renforcer le matériel fourni par le Bulletin édité par la Cour suprême, il a été recouru aux principales revues juridiques (Recueil Dalloz - Sirey, La Semaine juridique (toutes éditions), Gazette du Palais, Répertoire du notariat Defrénois, Journal des notaires et des avocats, Revue de droit rural, etc...), étant entendu que, pour les affaires rapportées sous forme de sommaire, notamment en matière d'indivision et de partage, n'ont été relevées que celles dont il était absolument certain qu'elles avaient trait à une succession.

Pour avoir une information aussi complète que possible, il aurait été bon de pouvoir compléter cette recherche de jurisprudence par d'autres éléments, notamment des données notariales et des données fiscales. Malheureusement, le notariat ne dispose qu'aucune donnée exploitable, ni en ce qui concerne les successions liquidées par son entremise (6), ni en ce qui concerne les dispositions de dernière volonté (7). Quant à la Direction générale des impôts, elle ne publie plus de statistiques détaillées sur les droits de mutation à titre gratuit depuis 1954 (8). Cette administration a cependant bien voulu commu-

(6) Même si le notariat disposait de renseignements concernant les successions liquidées par ses soins, ceux-ci n'auraient qu'une portée limitée car les notaires en connaissent rarement en dehors des cas où leur intervention est obligatoire, c'est-à-dire lorsque le décès entraîne la transmission de droits réels immobiliers (art. 28 et 29 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière) ou lorsque la transmission successorale résulte d'un testament (art. 971 et 1007 c. civ.).

(7) La loi n° 73-511 du 6 juin 1973 a autorisé l'approbation d'une convention du Conseil de l'Europe relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, signée à Bâle le 16 mai 1972 (Décret n° 76-424 du 6 mai 1976 autorisant l'entrée en vigueur de cette convention - J.O. 16 mai 1976, p. 2940). Le Conseil supérieur du notariat a donc créé, à compter du 1er janvier 1975, un fichier central des dispositions de dernières volontés tenu par le Conseil régional des notaires du ressort de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Les dispositions donnant lieu à inscription sont : les testaments authentiques, les donations entre époux pour cause de mort, les institutions contractuelles, les attributions anticipées au profit d'enfants adultérins (art. 762 et 763 c. civ.), les testaments mystiques, les testaments olographes remis à un notaire à titre de dépôt de confiance, les révocations et retraits concernant ces mêmes actes. En dépit de leur intérêt, aucun renseignement n'a pu être obtenu sur les données ainsi mémorisées.

(8) Celles qui avaient été publiées jusque-là présentaient d'ailleurs trop de lacunes pour qu'il soit possible de leur donner un entier crédit. Mais elles constituaient un appoint non négligeable pour la connaissance des biens déclarés.

niquer quelques-uns des résultats en sa possession : le nombre des successions déclarées, le nombre des successions imposées, le montant des droits perçus sur ces successions, le nombre des donations enregistrées et le montant des droits perçus sur ces donations.

TABLEAU N. 2

DIRECTION GÉNÉRALE DES IMPÔTS - ENREGISTREMENT (9)

Année	Nbre total de décès	Nbre de success. déclarées - col. 1	Successions imposées - col. 2	Successions non imposées - col. 3	Montant des droits - col. 4	Donations col. 5	Montant des droits - col. 6
1975	560 353	245 750	75 386	170 364	3 453 317 790	131 816	521 934 658
1976	557 114	231 681	69 307	162 374	2 719 721 972	137 559	372 787 845
1977	536 221	242 117	73 269	168 848	3 200 299 918	143 994	566 442 208
1978	546 916	244 761	77 730	167 031	3 974 032 789	151 949	683 807 930
1979	541 805	247 857	83 001	164 856	4 769 319 522	152 239	1 126 715 388
1980	547 107	268 449	93 785	174 664	5 741 140 470	162 496	749 535 172
1981	554 823	277 652	101 894	175 758	7 370 900 000	206 791	2 585 100 000
1982	543 104	280 589	100 178	180 411	7 525 200 000	189 640	1 406 800 000
1983	558 740	285 673	105 053	180 620	8 585 500 000	184 905	1 582 500 000
1984	540 600	263 180	89 259	173 921	10 045 386 925	169 633	872 563 564

(9) Selon la D.G.I., les successions ne sont déclarées dans l'année de leur ouverture que dans moins de la moitié des cas. Elles le sont dans quelques 80 % des cas au terme de l'année suivante, et à 90 % au bout de deux ans, le retard à déclarer affectant surtout les grosses successions. Le phénomène se répétant tous les ans, cela ne touche pas aux résultats généraux. Le recul accusé par le recouvrement des droits en 1976 par rapport à l'année précédente tiendrait à des différences dans le rythme de versement des droits, lié au cours en bourse de la rente 4,50 %/1973 dont les titres étaient admis en règlement de ces droits.

La progression très vive des donations en 1979 (+ 64,8 %) était liée à la perspective d'une taxation plus lourde des mutations de biens à titre gratuit. La loi de finances pour 1980 a effectivement institué un plafonnement des exonérations de droits applicables à certains biens et a ramené de 25 à 20 % la réduction des droits pour les donations-partages.

Un phénomène comparable s'est produit en 1981 et en 1982, la première fois en raison de la menace de la suppression de toute réduction de droits pour les donations-partages, ce qui a été réalisé par la loi de finances rectificative n° 81-734 du 3 août 1981 (art. 4-I), applicable rétroactivement aux actes passés à compter du 9 juillet 1981 ; la seconde, dans l'expectative d'un impôt annuel sur les grandes fortunes, qui a été institué par la loi de finances pour 1982 n° 81-1160 du 30 décembre 1981 (art. 2 à 11) à compter du 1er janvier 1982.

Outre qu'elles sont trop générales pour pouvoir constituer un instrument de travail valable dans le cadre de la présente recherche, ces informations présentent encore l'inconvénient de se situer dans le domaine où la fraude fiscale est la plus répandue. Car, non seulement des successions qui devraient être déclarées et taxées ne le sont pas, mais nombreuses sont celles qui, étant déclarées, sont insuffisamment taxées par suite de la dissimulation de certains actifs ou de la sous-évaluation des biens qui les composent (10) agissements dont l'administration de l'Enregistrement ne peut mesurer l'importance.

En plus, ces données sont faussées par l'existence des abattements dont bénéficient les héritiers en ligne directe et le conjoint survivant (11), d'exonérations totales ou partielles, dont font l'objet certains biens (12), et, jusqu'en 1981, de la

(10) Sauf preuve contraire de l'administration. - Selon le Rapport de la Commission d'étude d'un prélèvement sur les fortunes, ces sous-évaluations concernent essentiellement les meubles qui, quelle que soit leur valeur réelle, sont généralement évalués forfaitairement à 5 % du total de la succession, comme y autorise l'article 764 du Code général des impôts. Ces fraudes porteraient sur 420 milliards de francs, ce qui représentent chaque année une réduction de la base de l'impôt de 14,5 milliards (Paris, La Documentation française, 1979, tome premier, p. 37 et 38).

(11) Art. 779-I C.G.I. - Durant la période étudiée, les abattements ont été les suivants :

A compter du 1/1/1974 (Loi de finances pour 1974, n° 73-1150 du 27 décembre 1973, art. 10-II) : 175 000 F.

A compter du 1/1/1977, (Loi de finances pour 1977 n° 76-1232 du 29 décembre 1976, art. 13-I) : 175 000 F.

A compter du 9/7/1981 (Loi de finances rectificative n° 81-734 du 3 août 1981, art. 4-II) : 250 000 F.

A compter du 1/1/1984 (Loi de finances pour 1984, n° 83-1179 du 29 décembre 1983, art. 19-I) : 275 000 F.

L'application de l'abattement prévu par l'art. 788-I du C.G.I. sur la part recueillie par chaque frère et soeur du défunt est soumise à des conditions trop sélectives pour qu'elle puisse avoir une influence sur les résultats d'ensemble, ainsi que celle de l'abattement général de 10.000 F. prévu par l'art. 788-II C.G.I.

(12) Signalons, pour mémoire, qu'actuellement sont totalelement exonérés : les créances résultant d'un contrat de travail à salaire différé en agriculture (art. 793-1-6° C.G.I.) ; les oeuvres d'art et de collection (art. 1131 C.G.I.) ; le bénéfice de la réversion de rentes viagères (art. 793-1-5° C.G.I.) ; la transmission d'immeubles bâtis dont la construction a été commencée entre le 1er mars et le 1er octobre 1939 et terminée avant le 1er janvier 1942 (ancien art. 1237 C.G.I.) ; sont partiellement exonérés, à concurrence des 3/4 de leur valeur : les bois et forêts (art. 793-2-2° C.G.I.) ainsi que les parts de groupements forestiers (art. 793-1-3° C.G.I.) ; et sont exonérés aux 3/4 de leur valeur réduite à 50 % au-delà de 500 000 F. : les parts de groupements agricoles fonciers ou de groupements fonciers agricoles (art. 793-1-4° C.G.I.) et les biens agricoles donnés à bail à long terme (art. 793-2-3° C.G.I.).

réduction de droits prévue pour les donations-partages (13), autant de facteurs ne permettant pas d'avoir la moindre idée du volume et de la valeur des biens réellement transmis.

Elles font cependant apparaître que l'exercice 1979 a été marqué par une forte augmentation du montant des donations consenties, la générosité des donateurs étant liée à la perspective d'une taxation plus lourde, qu'a réalisée la loi de finances pour 1980 en instituant un plafonnement des exonérations de droits applicables à certains biens et en ramenant de 25 à 20 % la réduction des droits pour les donations-partages.

Les recouvrements de l'année 1980 sont revenus à un niveau plus conforme à ce qui pouvait être attendu en comparaison des recettes des années précédentes tout en correspondant à un nombre beaucoup plus élevé de donations, ce qui indiquerait une nette retenue de la part des donateurs. Mais les donations ont de nouveau connu une forte poussée en 1981, beaucoup de parents titulaires de patrimoines susceptibles d'être assujettis à l'impôt sur les grandes fortunes ayant cherché à l'éviter en en distribuant une partie à leurs enfants. Et, dans le même temps, les droits de succession ont commencé à fortement progresser par suite de l'institution d'un plafonnement aux exonérations de droits dont bénéficiaient certains biens (Loi de finances pour 1980), puis de la suppression de toute réduction de droits pour les donations-partages (Loi de finances rectificative du 3 août 1981) (14). Mais l'effet de l'accroissement de la charge de l'impôt semble plus négatif que positif car, si on le compare aux années précédentes pour lesquelles on observait une croissance régulière annuelle de l'ordre de 20 %, le produit des droits de mutation à titre gratuit par décès est actuellement en décélération (15).

(13) Voir p.251 ci-après, in fine, et note 22.

(14) Revoir note 10.

(15) Il ne faut pourtant pas se tromper sur la signification des résultats donnés pour l'année 1984. Le chiffre indiqué ne représente en effet que les déclarations principales, alors que dans celui des années antérieures étaient ajoutés les autres types de déclarations imposables : les déclarations partielles, les déclarations complémentaires et les déclarations modificatives. En 1984, le nombre de ces déclarations s'est élevé à 65 456.

Tableau n° 3

Année	Proportion des successions imposées
1975	13,45 %
1976	12,44 %
1977	16,66 %
1978	14,21 %
1979	15,31 %
1980	17,14 %
1981	18,36 %
1982	18,44 %
1983	18,80 %
1984	16,51 %

En regard du nombre de décès enregistrés, les données de l'Enregistrement permettent encore de constater que si une succession sur 7,5 a été taxée en 1975, il n'y en avait qu'une pour six décès en 1984, la croissance du nombre des successions imposées tenant moins à l'augmentation du volume des masses successorales qu'à la dévaluation de la monnaie. Ce phénomène est d'autant plus remarquable que, jusqu'en 1981, le législateur n'a pas cherché à compenser les effets de cette dévaluation, par la revalorisation équivalente des abattements dont sont gratifiés les héritiers en ligne directe et le conjoint survivant. Et que, lorsqu'il y a procédé en 1981 et 1983, les relèvements pratiqués n'ont pu

que ralentir la progression du nombre des successions taxées, mais non l'enrayer, parce qu'ils étaient très en deçà du relèvement de l'indice du coût de la vie pendant la même période car, en passant de 175 000 à 275 000 F., l'abattement n'a subi qu'une hausse de 57,14 %, alors que, dans le même temps, celle de l'indice du coût de la vie était de plus de 250 %. La méconnaissance de ce phénomène économique conduit à taxer des successions de moins en moins importantes et, par conséquent, de plus en plus nombreuses (16). Malgré cela, 80 % des successions ne sont pas imposées. On peut donc en déduire que la grande majorité des patrimoines transmis sont de médiocre importance (17). Il est même permis de penser qu'à la suite d'un nombre non négligeable de décès, il n'y a aucun patrimoine à transmettre, ce qui est le plus souvent le cas lorsque le défunt est un mineur ou un étranger (18).

(16) Cf. Tableau n° 3 et note 11.

(17) Selon les résultats publiés par le Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget, en 1982 le produit des droits de mutation à titre gratuit n'a représenté qu'1/9ème de celui de l'impôt sur les sociétés, 1/18ème de celui de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, et 1/39ème seulement de celui de la taxe sur la valeur ajoutée. Mais, il a été près de 2,5 fois supérieur au produit de l'impôt sur les grandes fortunes (Statistiques et études financières, n° 396/1984 : Statistiques de la Direction Générale des Impôts pour 1982).

(18) Cf. Tableau n° 4, p. 251, colonnes 3 et 5.

TABLEAU N. 4

STATISTIQUES DEMOGRAPHIQUES - DÉCÈS

Année (1)	Nbre total de décès (2)	Moins de 18 ans (3)	entre 18 et 50 ans (4)	Étrangers (5)	Décès hommes (6)	Décès femmes (7)	Décès d'hommes mariés (8)	Décès de femmes mariées (9)
1975	560 353	16 721	47 033	.	291 108	269 245	176 568	68 292
1976	557 114	15 313	47 068	.	290 186	266 928	175 943	67 049
1977	536 221	14 590	45 995	24 913	281 016	255 205	171 464	65 221
1978	546 916	13 798	44 806	24 926	286 218	260 698	174 563	65 835
1979	541 805	13 277	44 649	25 734	283 734	258 071	172 976	64 695
1980	547 107	13 675	44 540	24 335	285 481	261 626	173 233	65 155
1981	554 823	13 206	43 214	24 584	287 614	267 209	174 108	65 247
1982	543 104	12 689	42 950	23 806	282 660	260 444	171 275	64 005
1983	559 655	11 980	46 375	23 901	288 897	270 758	174 290	64 907
1984	542 490	11 051	45 545	23 123	282 468	260 022	170 669	63 098
							72, 64 %	27, 36 %

METHODOLOGIE ET DONNEES GLOBALES

L'objectif de la recherche étant d'étudier le comportement des Français à l'égard du droit des successions, institution qui n'a jamais été profondément remaniée depuis le Code civil, il était difficile de trouver un point de départ caractéristique ou des périodes de référence précises. Le premier et seul bouleversement sensible intervenu en ce domaine est celui consécutif à la loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Code relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendant (19). Depuis cela, le droit des successions n'a été touché que de façon ponctuelle par toutes les réformes qui ont affecté le droit de la famille : la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation qui a posé le principe de l'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels (art. 334 c. civ.); la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision (art. 315 à 315-18 C. civ.); la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole qui a accru les possibilités d'attribution des biens ruraux (art. 832 à 832-4 C. civ.), et actualisé l'institution du contrat de travail

(19) Entrée en vigueur le 1er janvier 1972 (art. 12 de la loi).

à salaire différé (art. 38 modifiant les articles 63, 65 et 68 du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité françaises) ; la loi n° 84-562 du 4 juillet 1984 permettant la révision des conditions et des charges apposées à certaines libéralités. Durant la même période, la matière successorale a également été atteinte par les réformes fiscales qui, en plus de celles qui ont modifié le montant des abattements dont bénéficient les héritiers en ligne directe et le conjoint survivant (20), ont augmenté les droits de mutation à titre gratuit dûs par eux (loi de finances pour 1984, n° 83-1179 du 29 décembre 1983, art. 19-II complétant l'article 777 C.G.I. (21), ou ont réduit puis supprimé certains avantages (loi de finances pour 1980, n° 80-30 du 18 janvier 1980, art. 20, ayant ramené de 25 à 20 % la réduction des droits de mutations pour les donations-partages (22), et loi de finances rectificative n° 81-734 du 3 août 1981, art. 4-I, ayant fait disparaître cette réduction à compter du 9 juillet de la même année).

Pour tenter de recouvrir l'ensemble de ces réformes, et aussi d'examiner un nombre de cas suffisant pour parvenir à une description proche de la réalité, la recherche a porté sur toute la décennie s'étendant du 1er janvier 1975 au 31 décembre 1984.

Lors des dépouillements, ont été retenus tous les arrêts qui répondent de la même démarche, c'est-à-dire tous ceux qui mettent directement en jeu le droit des successions, mais aussi celui des libéralités familiales dans la mesure où celles-ci constituent une avance sur la succession ou une modification de la vocation successorale, et des libéralités extra-familiales quand celles-ci modifient la consistance de la succession. Par contre, ont été écartées les décisions tranchant des particularités du droit civil alsacien-lorrain, celles intéressant le droit international privé, de même que le contentieux relatif aux sépultures.

(20) Cf. ces modifications, note 11.

(21) Le tarif applicable avait été précédemment fixé par la loi de finances pour 1969, n° 68-1172 du 27 décembre 1968 (art. 8), applicable aux successions ouvertes et aux donations consenties à compter du 1er janvier 1969.

(22) Art. 790 anc. C.G.I. - Cet avantage fiscal en faveur des donations-partages (et des donations par contrat de mariage) avait été institué par la loi du 14 mars 1942. Actuellement les donations-partages sont soumises aux mêmes règles fiscales que les successions en ligne directe.

Au total 505 décisions ont ainsi été relevées dans le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (23), ce qui, si l'on applique les indices de corrections précédemment dégagés (24), porterait à 1249 le nombre total des décisions effectivement rendues par la Cour suprême en matière successorale. Et si l'on compare à l'activité de cette juridiction celle des tribunaux de grande instance pendant la même période (25), permettrait d'estimer à 39 643 celui des jugements rendus dans la même matière, soit en moyenne entre 5 et 9 litiges pour 1 000 décès (26).

Malheureusement, il s'agit là de résultats incontrôlables, du moins pour les années 1975 à 1982. Car le développement des données contenues dans l'Annuaire statistique de la Justice pour 1983 et 1984 permet d'avoir quelques points de comparaison. Notamment de constater que si la méthode adoptée ci-dessus situe les affaires de successions et de libéralités à 1,60 % du volume total des décisions rendues, l'Annuaire les situe à 2,84 % ; et que, si les données de la présente enquête fixent entre 5 et 9 pour mille décès le nombre moyen des procès engagés, le recensement opéré à travers les juridictions porterait cette moyenne entre 18 et 20 pour mille décès - le fait que ces données ne tiennent compte que des décisions prononcées et celles de l'Annuaire des affaires terminées contribuant partiellement à la formation de l'écartement qui existe entre ces deux séries d'informations.

(23) Cf. Tableau n° 1, p. 245, colonne 8.

(24) Cf. Tableau n° 1, p. 245, colonne 7 et 9 et Tableau n° 6, colonne 4.

(25) Cf. Tableau n° 6, p. 255, colonne 5.

(26) Cf. Tableau n° 6, p. 255, colonne 6.

Tableau n° 5

Comparaison entre les résultats de l'Annuaire statistique de la Justice et ceux de l'enquête			
		1983	1984
ANNUAIRE	Tribunaux de grande instance : nombre total des affaires terminées	350 000	393 636
	Tribunaux de grande instance : nombre total des affaires terminées en matière successorale	10 139	10 987
	Proportion des affaires terminées en matière successorale	2,89 %	2,79 %
ENQUETE	Tribunaux de grande instance : nombre total des jugements rendus	251 198	262 440
	Tribunaux de grande instance : nombre supposé des jugements rendus en matière successorale	3 939	4 240
	Proportion des jugements rendus en matière successorale	1,56 %	1,61 %

Il est regrettable que ce soit là le seul point de rapprochement possible, les résultats de l'Annuaire n'étant pas très affinés et faisant apparaître qu'une seule rubrique où sont regroupées toutes les actions intéressant la liquidation et le partage des successions, tandis que les autres sont réparties entre deux comptes peu explicites consacrés l'un aux affaires dont l'objet n'a pas été indiqué, l'autre au restant des affaires. Ce qui donne la répartition suivante :

	1983	1984 (27)
actions en liquidation et partage	4 795	5 290
autres	3 412	3 618
sans indication	1 932	2 079
	10 139	10 987

On peut donc simplement en déduire que les actions en liquidation et partage ont représenté en 1983, 47,29 % des affaires touchant le droit des successions, et 58,42 % en 1984.

TABLEAU N. 6

DÉTERMINATION DE LA PROPORTION DES LITIGES PAR RAPPORT AUX DÉCÈS

Année	Nombre total de décès (1)	Cour de Cassation Nbre total de décisions rendues (2)	Trib. de gde Inst. Nbre total de décisions rendues (3)	Cour de Cassation Nbre supposé de décisions rendues en mat. de succes. (4)	Trib. de gde Inst. Nbre supposé de décisions rendues en mat. de succes. (5)	% par rapport aux décès (6)
1975	560 353	4 770	171 913	76	2 739	0,48
1976	557 114	5 221	173 950	98	3 265	0,58
1977	536 221	5 707	182 255	96	3 065	0,57
1978	546 916	6 162	196 197	129	4 107	0,75
1979	541 805	7 304	211 061	162	4 681	0,86
1980	547 107	7 805	234 400	146	4 384	0,80
1981	554 823	7 737	247 174	174	5 558	1,00
1982	543 104	7 311	239 283	112	3 665	0,67
1983	558 740	7 971	251 198	125	3 939	0,70
1984	540 600	8 108	262 440	131	4 240	0,78
TOTAL	5 486 783	68 096	2 169 871	1 249	39 643	0,72

Sources : Colonne 3 : Annuaire statistique de la justice. Colonne 5 : les résultats ont été obtenus en appliquant à ceux de la colonne 3 le rapport existant entre les données des colonnes 4 et 2.

(27) Ces statistiques seront publiées ultérieurement, dans le numéro 4 de la Collection "Statistique annuelle" Les Procès civils 1984-1985, éditée par la Documentation française.

D'un point de vue purement statistique, ce contentieux peut paraître marginal, surtout si on le rapproche de celui du divorce (55 612 jugements en 1975 et 106 535 en 1984) ou de la responsabilité civile (39 919 jugements en 1975, 31 618 en 1984).

TABLEAU N. 7

RÉSULTATS GÉNÉRAUX DE L'ENQUÊTE

Année	Arrêts revues dans le Bulletin (1)	Autres arrêts revues dans les revues (2)	Nbre total des arrêts revues (3)	Nbre total de moyens (4)
1975	43	6	49	63
1976	54	4	58	65
1977	56	9	65	75
1978	57	12	69	83
1979	52	18	70	97
1980	46	9	55	60
1981	61 (a)	28	89	105
1982	45	24	69	75
1983	45	4	49	59
1984	46 (a)	17 (b)	63	68
	505	131	636	740

(a) Dont un arrêt de la Chambre criminelle.
 (b) Chiffre provisoire, les revues publiant parfois avec beaucoup de retard certaines des décisions qui ne figurent pas dans le Bulletin.

Les résultats obtenus pour la Cour suprême sont cependant assez importants pour pouvoir être considérés comme un échantillon valable, surtout qu'ils ont été complétés par les décisions publiées dans les seules revues commerciales - dépouillement qui, s'il n'a pas permis de combler le déficit existant entre le nombre des décisions publiées dans le Bulletin des arrêts et celui supposé des décisions rendues par la Cour de cassation (28), a du moins fait passer de 505 à 636 le nombre des arrêts enregistrés (29). Et, comme la transmission et le partage d'une succession sont souvent la source de litiges en cascade, chaque fois que la Cour a eu à se prononcer sur plusieurs moyens, ont été retenus tous ceux qui avaient trait aux effets patrimoniaux de la mort des personnes physiques.

De telle sorte que si l'enquête a porté sur un échantillon de 636 arrêts, ce sont les 740 problèmes juridiques différents dont a eu à connaître la Haute juridiction qui ont été pris en considération pour la présente étude (30).

Des espèces retenues, a déjà été dégagé le contenu sociologique, à savoir tout ce qui concerne le défunt, les parties en cause et les modes de transmission utilisés. Cette catégorie de renseignements permet de tenter une reconstitution des comportements des héritiers et des gratifiés, et, plus encore, une recherche de la signification de ces comportements. Pour cette reconstitution, on a parfois été amené à effectuer des

(28) Cf. Tableau n° 1, p. 245, colonne 9.

(29) Cf. Tableau n° 7 ci-dessus, colonnes 1, 2 et 3.

(30) Cf. Tableau n° 7 ci-dessus, colonne 4, et Tableaux n° 8, 9 et 10 ci-après.

suppositions, car font défaut certains facteurs qui ont dû jouer un rôle important dans le déclenchement du conflit, tels que le nombre et l'âge des héritiers, leur niveau de fortune ou leur appartenance socio-professionnelle.

Pour ce qui est de l'ignorance du nombre des héritiers en présence, cela ne porte pas beaucoup à conséquence, car il y a risque de conflit dès qu'il y en a deux. Mais si les mésintelligences sont fréquentes dans ce cas, il semble que la tension des relations s'accroît à mesure que s'élargit la cohérie.

Par contre, il aurait été très utile de connaître l'âge tant du de cujus, que de ses héritiers ou de ceux qu'il a gratifiés. En effet, l'allongement de la durée moyenne de la vie doit compter dans stratégies successorales. En 1805/1807, cette durée était de 35,3 ans pour les hommes et de 38 ans pour les femmes ; en 1898/1903, de 45,35 ans pour les uns et 47,72 ans pour les autres. Selon les estimations les plus récentes, les hommes peuvent espérer vivre 70,4 ans et les femmes 78,5 ans. Ainsi, alors qu'à l'époque de la promulgation du Code civil, les héritiers étaient souvent mineurs, aujourd'hui ils sont en préretraite. Si les premiers étaient à l'âge où l'être humain a normalement la volonté d'entreprendre, les seconds sont parvenus à celui où ils entrent dans la période décroissante de leur activité et abordent un tournant de leur existence. En crevant l'écran qui, jusque-là, leur avait caché leur propre mort, le deuil des parents ne fait qu'ajouter à l'accumulation des atteintes physiques et des blessures psychologiques propres à cette période charnière de l'existence humaine. Pour eux, l'héritage prend une autre dimension : le matériel cède le pas au moral, ce qui peut les conduire aussi bien à transiger à tout prix pour ne pas se couper de la fratrie, qu'à s'entre déchirer pour des objets dont la valeur est plus symbolique que marchande.

C'est encore à l'âge qu'il faut attribuer la sclérose d'une institution telle que l'attribution préférentielle. Destinée à favoriser la transmission de l'exploitation agricole, commerciale ou artisanale du père au fils, elle ne peut être envisagée que si ce dernier n'a pas déjà accompli l'essentiel de sa vie active lorsqu'il est en mesure de la solliciter. Plus que le manque d'attrait, c'est le fait de ne pas pouvoir reprendre l'entreprise familiale quand sa reconversion économique et technique est encore possible qui pousse les enfants à trouver les fonds nécessaires pour s'installer tout de suite à leur compte, sinon à choisir une autre voie.

Le phénomène de l'âge explique également le développement des donations-partages, qui permettent d'avancer de quelques années la transmission du patrimoine familial, et des donations pures et simples par lesquelles les parents contribuent à l'installation et à la satisfaction des besoins de leurs enfants. L'allongement de la durée de la vie n'est d'ailleurs pas le seul facteur de la pratique de ce dernier type de libéralité. Il opère simultanément avec deux autres : tout d'abord, la crainte de voir leurs enfants se détacher d'eux en les contraignant à s'adresser au secteur bancaire pour suppléer par le crédit à un héritage dont l'échéance recule ; ensuite un moindre besoin de conserver toutes leurs disponibilités quand ils se savent garantis par des régimes de retraite et des couvertures sociales. C'est pour cette triple raison, qu'en dépit des tracasseries fiscales, le nombre des donations a augmenté de 28,68 % entre 1975 et 1984, alors que celui des successions déclarées ne s'accroissait que de 7 % (31). En revanche, leur montant est en diminution constante.

Les décisions contiennent peu d'informations sur l'appartenance socio-professionnelle du de cujus, ce qui se comprend dans la mesure où le décès intervient de longues années après la cessation de toute activité rémunérée. Et la qualité de retraité, quand elle est mentionnée, ne constitue pas un indicateur valable.

Deux catégories font pourtant exception : celle des exploitants agricoles et celle des commerçants, parce que les uns et les autres se maintiennent souvent à la tête de leur exploitation ou de leur entreprise bien au-delà de l'âge moyen du départ à la retraite. C'est ainsi qu'il a été permis de relever que, sur 574 affaires de succession (32), 136 avaient éclaté après le décès d'un exploitant agricole et 26 après celui d'un commerçant (33). Ce qui constitue 23,65 % de

(31) Cf. Tableau n° 2, colonnes 1 et 5. - Sans oublier les dons manuels qui ne sont pas déclarés.

(32) Ce qui correspond aux Rubriques 1 à 20 des Tableaux 8, 9 et 10.

(33) Les autres professions relevées sont :

- dirigeant de société (Cass. com., 5 janvier 1976 - Bull. civ. IV, n° 4, p. 4, et Cass. com., 15 novembre 1976 - Bull. civ. IV, n° 287, p. 241) ;
- artisan (Cass. civ. 1ère, 10 juin 1980 - Revue de droit rural, 1981, p. 65) ;
- conseil juridique (Cass. civ. 1ère, 19 octobre 1983 - Bull. civ. I., n° 243, p. 216) ;
- notaire (Cass. civ. 1ère, 6 mars 1984 - D.S. 1985. J. 17).

l'ensemble du contentieux pour les premiers et 4,50 % pour les seconds. Or, si l'on prend en considération les résultats des recensements de 1975 et de 1982, on s'aperçoit qu'avec 1 146 810 individus sur une population totale de 52 643 471 en 1975, et avec 987 320 individus sur une population totale de 52 091 140 en 1982, les exploitants agricoles ne représentent que 2,17 à 1,89 % de la population nationale, et que les commerçants qui n'étaient que 510 000 en 1975 et 809 980 en 1982, oscillent entre 0,97 et 1,55 % de cette population. Ce qui prouverait que, pour ces deux groupes au moins, la transmission héréditaire est tributaire du milieu professionnel, dès lors que le défunt a cherché à demeurer sur l'exploitation jusqu'à la fin de ses jours ou qu'il a autoritairement procédé à son attribution. Mais on ne peut en déduire que les autres de cujus sont représentatifs de toutes les autres catégories sociales ou seulement de certaines d'entre elles, ni que la transmission de leur patrimoine est directement fonction de leur appartenance socio-professionnelle.

Il ressort seulement qu'à de très rares exceptions près (34), les conflits surgissent entre des gens de condition modeste. Car, même dans le milieu agricole où il est facile de les situer, les biens dont l'appropriation est contestée sont de peu de prix - ce qui ne fait que confirmer l'impression qui se dégage des données de l'Enregistrement (35). C'est pourquoi il est permis de se demander si ceux qui prennent l'initiative de l'action ne sont pas plus motivés par la valeur subjective que par la valeur objective de l'enjeu. D'autre part, s'il y a peu de litiges chez les plus fortunés, cela se comprend dans ce sens que là où la fortune est traditionnelle, la dévolution des biens d'une génération à la suivante l'est également,

(34) Notamment dans le cas où l'action tend à obtenir la révocation pour inexécution des charges d'une libéralité consentie à une congrégation religieuse (Cass. civ. 1ère, 9 mai 1978 - Bull. civ. I, n° 184, p. 147) ou à une société savante (Cass. civ. 1ère, 24 janvier 1979 - Bull. civ. I, n° 36, p. 30), ou qu'elle est dirigée contre la Direction Générale des Impôts.

(35) Cf. p. 250-251 ci-dessus. D'après le PANEL-CREP 1975, plus de deux ménages sur cinq ne laisseraient pas grand chose, car la période de retraite est souvent marquée par une consommation de petits patrimoines et le fractionnement de ce qui reste ne permet d'attribuer à chacun des héritiers qu'une part dont l'incidence n'est pas considérable dans leur propre patrimoine (p. 104).

Une constatation analogue avait été faite lors d'une précédente enquête effectuée en 1982/1983 sur la pratique des scellés après décès (convention de recherche n° 8105.34.00210.75.01 : les biens mobiliers bloqués par les scellés sont presque toujours de médiocre valeur. Il en avait été conclu que l'apposition des scellés était demandée par ceux pour lesquels ces objets représentaient la notion même de patrimoine. Rapport déposé à la Chancellerie en septembre 1983).

et qu'en général, elle est organisée d'avance par les détenteurs du patrimoine (36).

La présentation des problèmes juridiques relevés a été faite sous forme de tableaux (37). Comme ils étaient relativement variés, il n'était pas question de les énumérer en tenant compte de toutes leurs spécificités. Ils ont donc été classés de façon synthétique pour n'ouvrir qu'un nombre relativement restreint de rubriques, en faisant toutefois une place particulière à ceux qui atteignent une intensité plus forte, ce qui a conduit à l'ouverture de vingt-six rubriques.

Ces rubriques ont déjà été cataloguées par année civile (38). Pris isolément, ces échantillons annuels ne sont pas représentatifs au sens statistique du terme puisque, sauf pour l'année 1981, ils ne dépassent pas la centaine. Ils ont néanmoins un sens sociologique car ils permettent de voir que le nombre des affaires touchant le droit des successions n'est pas soumis au taux d'inflation qui touche l'ensemble de l'activité de la Cour suprême, ni même à celui pourtant moins excessif que connaît la Première chambre civile. En effet, le nombre de ces affaires, qui est en moyenne de soixante-trois par an (39), suit un tracé irrégulier qui n'est révélateur ni d'une tendance à la hausse, ni d'une tendance à la baisse, mais se modèle assez bien sur celui du chiffre des décès (40). Ce qui conduit à penser que pendant ces

(36) Les visiteurs-consultants des Rencontres Notariales de Maillot, qui se sont tenues à Paris, le 22 novembre 1982, sur le thème "Héritage et le Droit", n'appartenaient pas non plus aux classes sociales les plus aisées, ni aux plus pauvres, les premières n'ayant pas besoin d'une consultation parce que chez eux le fait d'hériter est habituel, les secondes parce qu'elles n'ont rien à laisser. En étaient donc absents les représentants de la catégorie des industriels et des gros commerçants, ainsi que de celle des professions libérales. Les visiteurs ne comprenaient pas non plus d'exploitants agricoles, tant parce que ces Rencontres avaient lieu à Paris, que parce qu'il est de tradition chez les agriculteurs de ne pas transférer les biens en application des règles générales du droit successoral.

Ceux qui se présentaient étaient des salariés (cadres supérieurs, cadres moyens et employés) qui, grâce à leur travail personnel, étaient parvenus à une certaine aisance, la possession de biens immobiliers, souvent limitée à celle du logement familial acquis pendant le mariage, étant au centre de la consultation. Il semble que l'accession à la propriété avait fait naître chez eux un sentiment ignoré jusque-là : ils se sentaient concernés par la question de la transmission successorale. Et, n'ayant rien reçu, ils s'informaient afin de savoir comment transmettre ou recueillir.

(37) Cf. Tableau n° 8, p. 261, Tableau n° 9, p. 264 et Tableau n° 10, p. 266.

(38) Cf. Tableau n° 8, p. 261.

(39) Cf. Tableau n° 1, p. 245

(40) Cf. Tableau n° 2.

(41)

dix dernières années, rien n'a encouragé ou dissuadé les successibles de plaider et que, par conséquent, il n'y a pas eu de changement social profond en la matière.

TABLEAU N. 8

OBJET DU LITIGE ET ANNEE DE LA DECISION

Objet du litige \ Année	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	Total
1 - Héritier réservataire	1	-	1	6	1	1	3	3	-	5	21
2 - Conjoint survivant	2	-	-	-	4	-	3	2	2	2	15
3 - Actif de la succession	-	7	1	3	4	-	-	1	4	3	23
4 - Passif successoral	3	2	3	1	2	2	-	4	1	-	18
5 - Rapport des libéralités (*)	-	3	-	5	3	1	4	3	3	3	25
6 - Option successorale	2	3	7	7	6	3	6	8	2	5	49
7 - Recel successoral	1	-	4	1	2	-	5	2	5	-	20
8 - Réserve et quotité dis.	1	7	9	7	8	4	6	4	1	5	52
9 - Réalisation du partage	5	7	4	8	10	2	17	8	6	6	73
10 - A. P. entreprise prof. (**)	-	1	2	-	-	1	-	1	-	-	5
11 - A. P. local d'habit. (**)	1	1	4	3	1	3	-	1	1	1	16
12 - A. P. exploitation agricole (***)	10	-	7	11	5	9	12	6	3	5	68
13 - Salaire différé	1	1	1	2	2	4	2	1	1	1	16
14 - Partage d'ascendant	2	8	-	4	7	3	5	6	3	-	38
15 - Effets du partage	1	1	-	1	-	-	2	-	-	-	5
16 - Lésion dans le partage	3	1	3	2	1	-	1	1	-	-	12
17 - Droits de mutation (***)	7	1	3	2	2	4	7	4	6	10	46
18 - Indivision successorale	3	4	3	1	6	9	9	4	8	6	53
19 - Retrait successoral	-	1	1	-	-	-	5	4	1	1	13
20 - Rapports usuf.-n. pptré	1	1	-	1	-	2	1	-	-	-	6
21 - Formes du testament	4	7	10	5	6	5	4	4	2	7	54
22 - Contenu du testament	4	5	5	8	11	2	2	2	6	5	50
23 - Révocation des legs	3	2	3	3	5	-	3	2	-	1	22
24 - Formes des donations	4	2	3	1	1	4	7	-	2	2	26
25 - Révocation des donations	2	-	-	1	-	-	-	-	2	-	5
26 - Cause des libéralités	2	-	1	-	-	1	1	4	-	-	9
Nombre total des moyens	63	65	75	83	87	60	105	75	59	68	740
Nombre total des arrêts	49	58	65	69	70	55	89	69	49	63	636

(*) Rapport des libéralités et des dettes.

(**) A.P. = Attribution préférentielle.

(***) Droits de mutation après décès.

Les rubriques ont ensuite été classées en fonction du temps écoulé entre le moment du décès et la date de la décision rendue par la Haute Juridiction (41). Ce classement n'a pas une portée sociologique aussi grande que l'aurait celui qui mettrait en relief le temps écoulé entre le décès et la date à laquelle la demande a été formée devant le tribunal de grande instance, c'est-à-dire celle à laquelle le successible ou le créancier successoral qui n'est pas parvenu à faire prévaloir ses prétentions a fini par s'adresser à la justice pour obtenir satisfaction. Mais si, dans 60 % des cas, la date du décès est indiquée dans les motifs de la Cour, ceux-ci ne comportent jamais l'indication de la date de l'assignation (art. 750 N.C.P.C.). Un calcul approximatif de la durée des affaires est cependant possible si l'on prend en considération les résultats dégagés par la Division de la Statistique du Ministère de la Justice pour ses études de conjoncture et ceux fournis par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation :

	1974	1983 (42)
<u>Tribunaux de grande instance</u> : temps écoulé entre la saisine de la juridiction et le prononcé du jugement	11,4 mois	11,7 mois
<u>Cours d'appel</u> : temps écoulé entre la saisine de la juridiction et le prononcé de l'arrêt	12,1 mois	17,1 mois
<u>Cour de cassation</u> : temps écoulé entre le dépôt du pourvoi et le prononcé de l'arrêt	13,5 mois	15 mois
TOTAL	37 mois	43,8 mois

(41) Cf. Tableau n° 9, p. 264.

(42) Ce résultat est valable pour l'ensemble des affaires. Pour le poste "Droit de la famille", qui est très important puisqu'en 1984, sur un volume total de 393 636 affaires, il en prend 229 534 en compte (58,30 %), la durée des affaires varie d'une catégorie à l'autre, le divorce par consentement mutuel sur requête conjointe figurant parmi les plus rapides et le divorce pour faute parmi les plus longues.

il en ressort que quarante trois mois au moins s'écoulent entre le moment où le Tribunal de grande instance a été saisi de l'affaire et celui où est rendue la décision de la Juridiction Suprême.

Compte tenu des moyens dilatoires, on peut donc affirmer sans grand risque d'erreur que chaque fois que la Cour est amenée à se prononcer moins de huit ans après le décès (soit 36 % des cas), le litige a éclaté peu après celui-ci, et qu'il s'est produit en même temps lorsqu'elle a à en connaître moins de cinq années après (16,70 % des cas) (43). Par contre, près de 19 % des affaires n'ont été portées devant la Haute Cour que plus de vingt ans après le décès (44), hypothèse dans laquelle les plaideurs ne sont pas les héritiers directs, mais leurs descendants qui cherchent à faire modifier à leur convenance la liquidation et le partage voulus ou tolérés par leurs auteurs. (Tableau n° 9 page suivante).

La succession la plus anciennement ouverte l'avait été en 1981 (Cass. civ. 1ère, 16 décembre 1980 (45), et parmi les dispositions testamentaires remises en cause, il en est qui avaient reçu exécution en 1866 (Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1982 (46) ou en 1881 (Cass. civ. 1ère, 9 mai 1978 (47).

Entre ces deux extrêmes se situent 45 % des conflits, ce qui se comprend lorsque l'on sait que 22 % au moins des litiges entre héritiers directs ne sont pas introduits après le premier décès de leurs père et mère, mais après celui du survivant des deux, qui est généralement cette dernière. Par égard pour elle, les enfants acceptent de ne pas entrer tout de suite en possession de la succession de leur auteur et de vivre dans l'indivision jusqu'à son décès. Ils s'installent donc dans une situation dont les inconvénients se révèlent avec le temps et que le comportement de leur mère ne fait souvent qu'envenimer. Mais ils ne cherchent jamais à se déjuger (48).

Les rubriques ont enfin été classées selon le sexe du défunt et la qualité des parties (49). Les dernières ont été

(43) Cf. Tableau n° 9, p. 264, colonnes A, B et C.

(44) Cf. Tableau n° 9, p. 264, colonnes G, H et I.

(45) Bull. civ. I, n° 335, p. 265.

(46) Bull. civ. I, n° 33, p. 28.

(47) Bull. civ. I, n° 184, p. 147.

(48) Cette question est développée p. 267 à 270.

(49) Cf. Tableau n° 10, p. 266.

TABLEAU N. 9

OBJET DU LITIGE ET TEMPS ÉCOULÉ ENTRE LE DÉCÈS ET LA DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION

Objet du litige \ Temps écoulé entre le décès et la décision de la C. Cas	moins de 5 ans A	6 ans B	7 ans C	8/9 ans D	entre 10 et 15 ans E	entre 15 et 20 ans F	entre 20 et 30 ans G	entre 30 et 40 ans H	40 ans I	Indéterminable J	Total
1 - Héritier réservataire	3	2	1	3	5	-	-	2	-	5	21
2 - Conjoint survivant	4	1	2	1	3	1	-	-	-	3	15
3 - Actif de la succession	8	1	-	4	4	-	-	-	1	5	23
4 - Passif de la succession	2	-	1	-	3	2	2	-	-	8	18
5 - Rapport des libéralités (*)	2	-	-	1	7	4	3	-	-	8	25
6 - Option successorale	7	2	2	-	8	3	3	3	3	18	49
7 - Recel successoral	3	2	2	1	2	-	4	-	-	6	20
8 - Réserve et quotité dis.	5	6	3	8	6	5	2	-	3	14	52
9 - Réalisation du partage	3	2	-	4	7	6	5	2	2	42	73
10 - A. P. entreprise prof. (**)	-	1	-	1	-	-	-	-	-	3	5
11 - A. P. local d'habit. (**)	1	-	3	2	1	-	2	-	-	7	16
12 - A. P. exploitation agricole (**)	1	2	2	4	6	4	7	-	1	41	68
13 - Salaire différé	1	2	-	-	2	1	-	-	-	10	16
14 - Partage d'ascendant	2	1	3	2	1	10	4	-	-	15	38
15 - Effets du partage	-	-	-	-	-	1	1	-	2	1	5
16 - Lésion dans le partage	-	-	-	1	-	3	3	-	-	5	12
17 - Dts de mutation après d.	9	3	4	7	7	4	-	-	-	12	46
18 - Indivision successorale	1	3	-	1	5	5	4	2	3	29	53
19 - Retrait successoral	-	-	-	-	-	1	-	1	3	8	13
20 - Rapports usuf./-n. pptre	-	-	-	-	2	1	1	-	-	2	6
21 - Formes du testament	14	8	5	7	4	-	1	-	3	12	54
22 - Contenu du testament	4	5	2	4	10	2	1	2	5	15	50
23 - Révocation des legs	-	3	2	3	3	-	1	-	3	7	22
24 - Formes des donations	2	6	1	1	4	2	1	-	-	9	26
25 - Révocation des donations	-	-	-	-	1	-	-	-	-	4	5
26 - Cause des libéralités	3	-	2	-	1	-	-	-	1	2	9
	75	50	35	55	92	55	45	12	30	291	740
%	16,70	11,13	7,79	12,24	20,48	12,24	10,02	2,67	6,68	-	-

(*) Rapport des libéralités et des dettes.

(**) A.P. = Attribution préférentielle.

réparties entre trois groupes principaux : les descendants, le conjoint survivant, les collatéraux. Et, pour ne pas multiplier les titres, tout donataire ou légataire qui était en même temps héritier par le sang ou conjoint survivant a été compris dans l'un de ces groupes principaux. Ce conjoint n'a été entendu comme tel que lorsqu'il avait agi pour la défense d'un intérêt purement personnel. Lorsqu'il est intervenu aux côtés de ses enfants pour la défense d'intérêts collectifs, il n'apparaît pas, l'affaire ayant été classée dans la catégorie "Descendants" (50). Tous les collatéraux, privilégiés et ordinaires, ont été catalogués sous le même intitulé. Et les héritiers ont tous été confondus chaque fois qu'il s'est agi d'affaires les opposant à des créanciers ou des débiteurs de la succession (51). (Tableau n° 10 page suivante).

L'enquête effectuée permet donc sinon de dresser un véritable bilan du contentieux du droit des successions, puisqu'il y manque toutes les décisions des juges du fond, du moins d'apporter un éclairage nouveau et assez large de la question. Mais, la tentation d'extrapoler ces résultats a toujours été écartée pour ne s'en tenir qu'à ce que ceux-ci avaient d'incontestable.

Sa particularité tient à la mise en évidence de phénomènes qui, dans certains cas, montrent l'importance et la continuité de types de contentieux, et, dans d'autres, révèlent des pratiques qui échappent à tout contentieux, pratiques inconnues du droit et au sujet desquelles il n'est pas souhaitable qu'une réglementation intervienne puisque les intéressés les maîtrisent parfaitement. Elle fait également apparaître que les demandes des plaideurs portent le plus souvent dans des domaines où les textes législatifs n'offrent ni ambiguïté, ni lacune.

Sans jamais perdre de vue qu'il ne faut pas faire dire aux chiffres plus qu'ils ne le peuvent, ce travail a donc été orienté dans deux directions. La première a permis de découvrir le milieu successoral et certains de ses enjeux économiques, données aussi importantes que le conflit lui-même

(50) Cf. Tableau n° 10, colonnes A, C, K et M, page suivante.

(51) Cf. Tableau n° 10, colonnes J et T, page suivante.

La répartition s'en effectue comme suit :

- Héritiers.....	108	}	= 148 ===
- Conjoint survivant...	17		
- Collatéraux.....	17		
- Ascendant.....	1		
- Donataires.....	5		
- Légataires.....	8		
- Dion Gle des Impôts	2		

TABLEAU N. 10

COUR DE CASSATION - 1975 - 1974
RÉPARTITION DES LITIGES SUIVANT LE SEXE DU DÉFUNT ET LA QUALITÉ DES PARTIES

Objet du litige	SEXE DU DÉFUNT		HOMME											FEMME											c	d	-I-	-II-				
	Parties au litige	Né	Descendants			Conjoint survivant			Collatéraux					Descendants			Conjoint survivant			Collatéraux												
			A	B	C	D	D'	E	F	G	G'	H	I	a	b	K	L	M	N	N'	O	P	Q	Q'					R	S		
1 - Héritier réservataire				3											2	13	3												4	8		21
2 - Conjoint survivant				6		1	2								2	11				2	2								4		15	
3 - Actif de la succession				3		1		1							6	15	1			1									5	7	1	23
4 - Passif de la succession				4				1							7	12		1											4	5	1	18
5 - Rapport des libéralités et des dettes			4				1								15	2	6												8	2	25	
6 - Option successorale			4						2						23	29	1	3						1				6	11	9	49	
7 - Recel successoral			5	4	3		2			1					15	3			2												20	
8 - Réserve et quotité disp.			10	5	7										2	24	9	2	8	2								1	22	6	52	
9 - Réalisation du partage			11	2	2	8			2	2					5	30	2	7	1	1								3	14	29	73	
10 - A.P. entreprise prof.			4		1				1						1	6	3	2													5	
11 - A.P. local d'habit.			4		1										1	6	3	2										1	6	4	16	
12 - A.P. exploitation agric.			18	3	1	1									2	25	8												8	35	68	
13 - Salaire différé			6												1	7	3	1											4	5	16	
14 - Partage d'ascendant			9			5									3	17	3	4		3			1					11	10	38		
15 - Effets du partage															2	2														3	5	
16 - Lésion dans le partage			5												5	3													3	4	12	
17 - Dts de mutui après d.															22	22												20	20	4	46	
18 - Indivision successorale			13		1	6			1						6	27	1	1	1				3					3	9	17	53	
19 - Retrait successoral			1												4	5													3	3	5	13
20 - Rapports usuf n ppte							1								2	3			1									2	3		6	
21 - Formes du testament			1	6	3		3	1	3		12	1			30		1	2			1	1	12	2			2	21	3	54		
22 - Contenu du testament			5	3	7		1	1	2		3	4	1		27	3		3				6		3	1			16	7	50		
23 - Révocation des lega			2	1	1				2		3	1	2		12	1	1	1		1			2			1		7	3	22		
24 - Formes des donations				2	8			1		1	3	1			16		1					2		2	4			9	1	26		
25 - Révocation des donations											3				3							1		1				2		5		
26 - Cause des libéralités			1		5				1			2			9																9	
			124	9	30	63		10	7	14	2	24	9	93	385	46	29	17	12	2	1	1	14	1	21	7	55	206	149	740		

LÉGENDE :

- Descendants :

A et K : Succession de leur auteur
B et L : Successions des père et mère confondus
C et M : Contre les légataires ou les donataires

- Conjoint survivant :

D et N : Contre les descendants
D' et N' : Contre les ascendants
E et O : Contre les collatéraux
F et P : Contre les légataires

- Collatéraux :

G et Q : Entre eux
G' et Q' : Contre les ascendants
H et R : Contre les légataires ou les donataires

a et c : Héritiers ou légataires contre créanciers successoraux et JINGI

b et d : Total partiel

-I- : Sexe du défunt indéterminé

-II- : Total général

puisque ce sont elles qui le déterminent. La seconde a conduit à étudier la jurisprudence en fonction non pas tellement du droit qu'elle applique, mais des comportements successoraux qui sont à son origine, et de leur signification. Et, chaque fois qu'un rapprochement a été possible, le parallèle a été fait entre ces informations et celles qui ont pu être recueillies lors des Rencontres Notariales de Maillot qui se sont tenues à Paris le 22 novembre 1982, sur le thème "L'Héritage et le Droit" (52).

- * - * - * -

PREMIERE PARTIE : LE MILIEU SUCCESSORAL

A s'en tenir aux résultats obtenus, il apparaît que l'héritage est conçu de façon différente selon que l'on se place du côté du de cujus ou de celui de ses héritiers. Le premier y voit un prolongement dans le temps de ce qu'il a été et de ce qu'il a fait. Les seconds, loin de se considérer comme ses continuateurs, se tiennent pour titulaires de droits dont ils ne doivent avoir que des profits à tirer. Il est donc permis de se demander si la volonté de transmettre, qui a animé leurs auteurs, viendra à cette génération de successibles avec l'âge ou sous l'idée de la mort, ou si elle ne les préoccupera jamais.

I - Le de cujus.

Bien que dans 20 % des cas, le sexe du défunt ne soit pas connu (53), on peut noter que c'est plus souvent le décès d'un homme (65 %) que celui d'une femme (35 %) qui donne lieu à litige. Cela tendrait à prouver que la transmission successorale est assurée davantage par les hommes que par les femmes, que ce soit par dévolution légale (66 %), par partage d'ascendant (65 %), par testament (60 %) ou par donation (60 %). On note également que cette attitude est encore plus marquée dans le milieu agricole, où l'on relève que 73 % des litiges concernent des successions d'agriculteurs contre 27 % des successions d'agricultrices.

Cette déduction ne fait que corroborer celle qui se dégageait d'une étude précédemment faite à partir des données de l'Enregistrement d'où il ressortait que, quel que soit l'ordre

(52) Revoir note 36.

(53) Cf. Tableau n° 10, p. 266, colonne W.

dans lequel se produisait le décès des conjoints, c'était le plus souvent celui de l'homme qui donnait lieu à déclaration de succession. Cette constatation avait conduit ses auteurs à conclure que si les femmes ont moins fréquemment à transmettre c'est soit parce qu'elles accumulent moins que les hommes au cours de leur vie, soit parce qu'elles financent leurs vieux jours en consommant leur capital, soit encore parce qu'elles procèdent de leur vivant à la répartition de leur patrimoine (54). Et les données de la présente enquête viennent même conforter ces conclusions en révélant que, lorsqu'ils surgissent après le décès d'une femme, les différents qui opposent ses enfants concernent souvent la succession du père prédécédé qui est restée dans l'indivision jusqu'à ce moment.

Dans cette hypothèse, il y a adaptation du droit successoral qui a tourné à vide tant qu'a survécu l'un des deux parents. Quel que soit leur nombre, les enfants ont repoussé les concepts juridiques en ne demandant pas le partage et en laissant au survivant la jouissance et l'administration de la part de communauté du prédécédé. Et, bien qu'il n'en soit jamais question, il n'est pas sûr qu'il n'ait pas également conservé la jouissance des propres du défunt. Les deux indivisions post-communautaire et successorale se fondent en une masse unique, qui ne doit sa cohérence qu'au consensus des héritiers. Et si, dans bien des cas, on ne sait pas dans quel ordre sont intervenus les décès, il semble que ce soit la veuve la première bénéficiaire de cette stratégie successorale qui échappe aux règles du Code civil et se superpose à elles. Elle correspond à l'idée que la succession est pour les générations à venir et que le conjoint survivant ne peut pas être un héritier, avec ce que cela implique de transfert de propriété, mais qu'il a droit au maintien du train de vie qui a été le sien durant le mariage. Et cette maintenance n'existe que par la volonté de ses enfants qui la lui concèdent d'autant plus volontiers qu'ils ont la certitude de ne pas pouvoir être déshérités. La transmission réelle de leur héritage est seulement retardée au décès du survivant. En attendant, la succession est comme sortie du commerce juridique et constitue une véritable masse autonome qui, adjointe à la part de communauté du survivant, la maintient dans sa consistance primitive. Pour celui-ci, cela équivaut à un usufruit universel librement octroyé par ses enfants.

(54) Fouquet (Annie) et Meron (Monique). *Héritages et donations*, in : *Economie et statistique*, juin 1982, p. 83 et s., spécialement p. 88 à 90.

Ne correspondant à aucune réalité juridique, cet usufruit pourrait être beaucoup plus fragile qu'une donation entre époux, un usufruit concédé par le défunt ou une indivision conventionnelle. Cependant il n'est jamais remis en cause et semble même correspondre à des situations économiques parfaitement saines tant du côté du défunt que de celui de ses héritiers.

Par contre, sa fréquence révèle un véritable phénomène social. En effet, si sous la rubrique "Indivision successorale" sont catalogués 13 cas de successions confondues, ce sont en réalité 112 cas au total qui ont été relevés à travers les rubriques touchant le seul droit successoral (Rubriques 3 à 23 incluse (55), ce qui équivaut à un peu plus que 19 % de l'ensemble de ces affaires.

Les successibles font donc ressurgir du passé une pratique condamnée par le Code civil (art. 1442, al. 1er), ce qui est la marque d'une disjonction très nette entre les moeurs et la loi, au sujet de laquelle les juges se gardent de prendre parti du moment que tous les héritiers sont d'accord. D'autant plus qu'il peut y avoir intérêt, pour eux à, confondre les successions paternelle et maternelle pour n'opérer qu'un partage unique (Cass. civ. 1er, 21 octobre 1981 (56). Mais, sitôt que ce consentement fait défaut, la Cour suprême les contraint à y procéder indivision par indivision (Cass. civ. 1ère, 10 mai 1981 (57).

En admettant qu'en ce domaine les faits soient plus forts que le droit, il ne semble pourtant pas nécessaire que le législateur intervienne pour trouver une solution conforme à la réalité sociologique. Car ces faits constituent un cadre éthique à l'intérieur duquel se maintient la cohésion familiale grâce à un accord tacite quotidien. Cet usufruit est tout autre chose que la simple application d'une norme. Il a un

(55) Il n'y a que 38 exemples de successions confondues pour lesquels l'ordre des décès est connu (cf. Tableau n° 10, p. 266 ci-dessus, colonnes B et L) : les 74 autres ont été classés dans la colonne W "Sexe du défunt indéterminable". La répartition de l'ensemble entre les différentes rubriques est la suivante :

Rubrique 3 : 3	Rubrique 8 : 4	Rubrique 13 : 7	Rubrique 19 : 1
Rubrique 4 : 1	Rubrique 9 : 20	Rubrique 14 : 13	Rubrique 21 : 1
Rubrique 5 : 8	Rubrique 10 : 2	Rubrique 16 : 2	Rubrique 23 : 1
Rubrique 6 : 6	Rubrique 11 : 3	Rubrique 17 : 1	
Rubrique 7 : 1	Rubrique 12 : 26	Rubrique 18 : 12	

(56) Bull. civ. I, n° 305, p. 258.

(57) Bull. civ. I, n° 174, p. 141.

caractère moral qu'il ne faut pas lui enlever. S'il n'est jamais remis en cause, c'est peut-être bien plus par la vertu du défaut d'assises juridiques qu'en raison de cela. Un usufruit forcé serait plus difficile à subir : il rendrait nécessaire la liquidation du régime matrimonial et pourrait engendrer une propension à plaider tant chez le survivant qui aurait un titre à faire valoir que chez les enfants qui voudraient faire entendre raison à un parent qui supporterait mal d'avoir des prérogatives à partager avec eux.

Il suffit pour s'en persuader de constater que dans les 6 affaires où l'indivision successorale a donné lieu à difficultés entre les héritiers et la veuve, les premiers étaient tous issus d'un précédent mariage du défunt et, dans 4 des cas, celle-ci avait été gratifiée de l'usufruit de la totalité des biens composant la succession (58). C'est donc dans cette situation qu'apparaît le défaut de protection dont peut avoir à souffrir le conjoint survivant, celui-ci ne pouvant pas s'opposer à la vente judiciaire des biens grevés de son usufruit (art. 815-5 C. civ.) (59), même s'il s'agit de l'immeuble dans lequel il a toujours vécu avec son conjoint et où il n'a cessé de résider depuis le décès de celui-ci (60). Sans liens affectifs avec lui, les enfants du défunt n'ont pas de trêve à lui accorder.

Il faut d'ailleurs remarquer que la juxtaposition d'indivisions propre à la famille conjugale ne donne même pas lieu à contentieux entre les descendants au décès du second de leurs auteurs. Si une mésentente éclate alors, elle porte plutôt sur des questions de répartition des biens (61) que sur des questions de répartition de pouvoirs, parce que les héritiers sont conscients qu'un conflit de cette sorte risquerait d'enliser durablement la situation, alors qu'ils ne cherchent plus qu'à en sortir.

(58) Cass. civ. 1ère, 18 mai 1976 - Bull. civ. I, n° 178, p. 142 ; Cass. com., 15 novembre 1976 - Bull. civ. IV, n° 287, p. 241 ; Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1977 - Bull. civ. I, n° 15, p. 10 ; Cass. civ. 1ère, 27 avril 1983 - Bull. civ. I, n° 146, p. 129 ; Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982 - Bull. civ. I, n° 168, p. 150 ; Cass. civ. 1ère, 14 mars 1984 - Bull. civ. I, n° 99, p. 83 (cf. Tableau n° 10, Rubrique 18, colonne D, p. 266 ci-dessus).

(59) Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982 - Bull. civ. I, n° 168, p. 150, précité.

(60) Cass. civ. 1ère, 14 mars 1984 - Bull. civ. I, n° 99, p. 83, précité.

(61) Cf. Tableau n° 10, Rubrique 9, p. 266.

II - Les descendants

Les descendants constituent la majorité des plaideurs puisqu'ils paraissent dans 72,5 % des affaires (62) et leurs différends surgissent beaucoup plus après le décès de leur père (68 %) qu'après celui de leur mère (32 %). Ils s'affrontent surtout entre eux (48,50 %), ou contre les créanciers de la succession (21,75 %), moins souvent contre le conjoint survivant (17 %) ou un tiers avantagé par leur auteur par acte entre vifs (2 %) ou par testament (7 %), quelquefois contre un débiteur de la succession (2,5 %).

Les descendants peuvent être répartis en plusieurs groupes : il y a déjà celui constitué par les frères et soeurs germains qui vident entre eux leurs querelles. C'est le groupe le plus nombreux (84,75 % (63)), qui, dans 22 % des cas au moins, ne le font qu'après le décès du survivant de leurs parents, au moment des opérations de liquidation et de partage des communautés et successions confondues. Les enfants de lits différents constituent le second groupe (4,50 %). Dans le troisième, qui est aussi important (4,50 %), s'opposent enfants légitimes et enfants adultérins, et dans le dernier, enfants légitimes et enfants naturels simples (3 %), ces deux types de dissensions ayant toujours lieu à l'occasion de la liquidation de la succession d'un homme (64).

Quelle que soit son importance, le premier groupe ne doit constituer qu'une minorité par rapport à l'ensemble de ceux qui connaissent des situations de crise semblables, mais évitent le conflit par peur d'une rupture avec la cohérence (65) ou pour faire en sorte que les dissensions familiales ne soient pas portées en plein jour. C'est d'ailleurs parce que les héritiers les mieux intentionnés sont animés par ces préoccupations que beaucoup de procès sont introduits longtemps après le décès, quand les plus querulents ont mis à profit cette temporisation pour faire pourrir la situation

(62) Ce résultat a été obtenu en faisant le rapport entre les deux totaux partiels du Tableau n° 10, p. 266 et le total des colonnes A, B, C, D et 67 moyens de la colonne J, entre celui des colonnes K, L, M, N et 31 moyens de la colonne T, soit 428 moyens sur un total de 591.

(63) Ce qui représente 172 moyens différents.

(64) L'absence de litige après le décès de la mère naturelle peut tenir au fait que, dans la famille monoparentale l'enfant a des liens beaucoup plus étroits avec sa mère qu'avec son père, et que de son côté à elle, les intérêts matériels sont généralement faibles.

(65) Sur l'effet de l'âge des héritiers, revoir p. 269 ci-dessus.

et rendre impossible tout accord aimable, ou que, disparus à leur tour, leurs propres héritiers engagent l'action jusque-là différée (66). Alors que les frères et soeurs de lits différents, qui n'ont pas les mêmes pudeurs, demandent au juge de dénouer leurs inimitiés tout de suite après le décès.

Il serait intéressant de pouvoir faire le partage entre ceux qui agissent de leur propre initiative et ceux qui ne le font que parce qu'ils y ont été poussés par leur conjoint. En effet, le Notariat dénonce la fréquence de l'intervention de ce dernier qui, faisant passer ses espérances pour celles de l'autre, le somme de choisir entre lui et sa fratrie. Malheureusement pour la sociologie du droit, cette intervention ne ressort pas de la jurisprudence.

La qualité d'héritier est rarement mise en cause si ce n'est de façon indirecte, à l'occasion d'une action en réclamation d'état introduite par celui qui prétend recueillir une succession, ou d'une action en contestation d'état dirigée par les héritiers contre celui-ci. Centrées sur le droit de la filiation, ces actions sont en réalité entièrement dominées par des préoccupations patrimoniales, car si le demandeur cherche à faire déclarer qu'il est l'enfant du défunt, c'est uniquement pour en hériter (67). Mais si la Cour suprême estime que peuvent demander le partage d'une succession tous ceux dont la filiation légitime est établie par un acte de naissance, une telle demande ne constituant pas une action en réclamation ouvrant droit en défense aux héritiers du défunt à la contestation de sa paternité (Cass. civ. 1ère, 28 février 1978 (68), elle repousse la prétention de celui

(66) Sur le temps écoulé entre le décès et l'arrêt de la Cour suprême, voir p. 260 et s. ci-dessus, principalement p. 262 .

(67) Il faut remarquer que les visiteurs-consultants de Maillot 1982 faisaient une nette distinction entre les enfants naturels du mari et ceux de la femme. La situation des premiers était mal perçue tant par leur père qui les avait toujours tenus à l'écart que par leurs frères et soeurs légitimes auxquels leur existence n'avait été révélée qu'après le décès de l'auteur commun, quand ils avaient introduit une action judiciaire en vue d'établir le lien de filiation qui devait leur permettre de venir à sa succession. L'établissement d'un tel lien provoque chez les défendeurs une attitude de rejet d'autant plus forte que les demandeurs n'ont d'autre préoccupation que d'appréhender une part des biens d'un homme auquel ils n'étaient pas attachés et à la famille duquel ils ne cherchent pas à être intégrés.

Les enfants naturels de la femme sont différemment accueillis. La famille naturelle étant une famille matriarcale, les enfants vivent auprès de leur mère et, si celle-ci vient à se marier, ils sont acceptés par son conjoint et assimilés aux enfants du couple s'il y en a. Les consultants de cette catégorie auraient aimé qu'ils puissent également avoir un sort commun en matière successorale.

(68) Bull. civ. I, n° 82, p. 68.

qui fait valoir qu'il jouit de la possession d'état d'enfant légitime depuis plus de 30 ans (art. 311-7 C. civ.) dès lors qu'il n'apporte par la preuve que cette possession a eu un caractère continu et n'a pas été entachée d'équivoque (Cass. civ. 1ère, 7 décembre 1983 (69)). Et elle n'admet pas que le lien juridique de filiation puisse résulter de la seule volonté du de cujus d'assimiler les enfants de son conjoint à ses propres enfants : ainsi doit être prononcée la nullité de la donation-partage conjonctive par laquelle un père a disposé avec sa femme au profit de ses quatre enfants, dont deux n'étaient pas les héritiers de celle-ci, tant des biens qui lui étaient propres que de l'ensemble des biens de la communauté (Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1981 (70)).

Les seules vraies remises en question ont lieu dans les périodes de transition quand des héritiers tentent de faire échec à une loi nouvelle qui les défavorise : tel fut le cas pour les enfants légitimes quand ils ont dû concourir avec des enfants adoptés dans la succession de leurs grands-parents après l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1966, ou avec des enfants adultérins après celle de la loi du 3 janvier

(69) Bull. civ. I, n° 289, p. 259. - De cette espèce, on peut rapprocher l'arrêt rendu par la 1ère Chambre civile le 13 octobre 1981 (Bull. civ. I, n° 284, p. 237) sur une question d'interprétation de l'article 321 ancien du Code civil, parce que le demandeur cherchait à conserver pour lui seul la succession de son père ; et ceux rendus dans la même affaire par la 1ère chambre civile le 8 mai 1979 et par l'Assemblée Plénière le 9 juillet 1982 (Bull. civ. I, n° 134, p. 109 et Bull. civ. Ass. plén., n° 4, p. 7), qui avait été introduite pour faire dire que le demandeur était le fils naturel du défunt et, par suite son héritier. Fondée sur l'admission de la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation naturelle, la position adoptée par le pourvoi fut rejetée par la 1ère Chambre civile pour être admise par l'Assemblée plénière après le vote de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle. On pourrait encore citer l'action en contestation de reconnaissance faite à son profit par le mari de la mère de la demanderesse adjointe à une action en recherche de paternité naturelle dirigée contre les héritiers de celui qu'elle prétendait être son véritable père (Cass. civ. 1ère, 6 octobre 1982, Bull. civ. I, n° 277, p. 238). Il serait intéressant de savoir quelle sera l'incidence successorale de l'action en contestation directe de la paternité légitime dont la Cour suprême a, le 25 février 1985 (Bull. civ. I, n° 76, p. 70 - 2 arrêts), admis la possibilité sur le fondement de l'article 322, alinéa 2, du Code civil interprété a contrario. En effet, cette contestation pouvant être exercée par tous ceux qui ont intérêt, l'action profite à tout successible qui est en mesure de démontrer que l'enfant n'a pas eu la possession d'état à l'égard du défunt (cf. Cass. civ. 1ère, 14 mai 1985 - Bull. civ. I, n° 152, p. 139). En matière de filiation légitime, l'avantage est double : les frères et soeurs germains peuvent exclure leur frère utérin de la succession paternelle et voir ses droits réduits de moitié dans la succession maternelle (art. 759 C. civ.).

(70) Bull. civ. I, n° 292, p. 245.

1972 (71). Le principe de l'égalité entre tous les descendants étant maintenant admis, la Cour suprême s'emploie à corriger quelques-unes des lacunes de la loi en dégageant de certains textes des principes généraux : c'est ainsi qu'elle a admis que la limitation apportée par l'article 915 du Code civil aux droits de l'enfant naturel devait s'appliquer à toute succession dans laquelle il peut prétendre à une part de réserve concurremment avec des enfants légitimes (Cass. civ. 1ère, 24 juin 1980 (72) ; ou encore que l'enfant d'un époux adopté par l'autre au cours du mariage a la qualité d'enfant commun et doit bénéficier de la protection prévue par les articles 760 et 915 du Code civil quand il est en concours avec des enfants nés des relations adultères de l'adoptant (Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1982 (1er moyen) (73). Dans la première hypothèse, le raisonnement par analogie s'imposait car il serait illogique d'accorder plus de droits à l'enfant adultérin en concours avec des enfants légitimes dans la succession des père et mère de son auteur que dans celle de celui-ci. Dans la seconde, il répond au principe général posé par l'article 368 du Code civil suivant lequel l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple a dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime - principe qui doit trouver application dans tous les cas où il n'en est pas disposé autrement par la loi, laquelle ne fait pas de distinction entre les enfants adoptés selon la nature de leur filiation d'origine (74).

(71) Pour la loi du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption :

- Cass. civ. 1ère, 15 juillet 1975 - Bull. civ. I, n° 239, p. 201 ;
- Cass. civ. 1ère, 1er mars 1977 - Bull. civ. I, n° 113, p. 88.

Pour la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation :

- Cass. civ. 1ère, 4 juillet 1978 - Bull. civ. I, n° 255, p. 201 ;
- Cass. civ. 1ère, 5 décembre 1978 - Bull. civ. I, n° 374, p. 292 ;
- Cass. civ. 1ère, 24 juin 1980 - Bull. civ. I, n° 195, p. 158 ;
- Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1981 (2 moyens) - Bull. civ. I, n° 22, p. 17 ;
- Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1981 - Bull. civ. I, n° 105, p. 91 ;
- Cass. civ. 1ère, 9 mars 1982 - Bull. civ. I, n° 105, p. 91 ;
- Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1982 (2 moyens) - Bull. civ. I, n° 322, p. 276.

(72) Bull. civ. I, n° 195, p. 158.

(73) Bull. civ. I, n° 322, p. 216.

(74) La Première Chambre civile a de nouveau affirmé ce principe le 8 octobre 1985 - Bull. civ. I, n° 249, p. 224.

III - Le conjoint survivant

S'il y a actuellement entre 540 000 et 560 000 décès en France chaque année, environ 240 000 d'entre eux entraînent la dissolution d'une union conjugale (75). Et, sur ces 240 000 mariages dissous, 174 000 d'entre eux l'ont été par le décès du mari et 66 000 par celui de la femme. Compte tenu de la plus grande durée de vie de cette dernière, le nombre des veuves est par conséquent très supérieur à celui des veufs (76). Importance qui fait que lorsque la situation du conjoint survivant est en jeu, c'est celle de la veuve qui est immédiatement envisagée.

Cette constatation est encore plus nette dans la jurisprudence puisque, d'après les résultats de l'enquête, 88 veuves sont intervenues pour la défense de leurs intérêts dans la succession de leur conjoint, contre 25 veufs seulement, soit respectivement 78 % et 22 % de l'ensemble (77). La différence entre ces résultats et ceux ci-dessus démontre bien que le droit successoral et le droit des libéralités, dont elles sont pratiquement seules à tirer avantage (78), profitent plus aux veuves qu'aux veufs (79).

(75) Cf. Tableau n° 4, colonnes 8 et 9, p. 251 ci-dessus

(76) Selon les résultats du recensement de la population effectué en 1982, il y aurait 3 207 473 veuves chefs de ménage contre 647 073 veufs chefs de ménage, soit près de cinq fois plus.

(77) Cf. Tableau n° 10, p. 266.

(78) Cf. Tableau n° 10, Rubriques 21 à 26, colonnes D et N, p. 266.

(79) D'après les sondages effectués lors des Rencontres Notariales de Maillot en 1982, il ressortait que les femmes, généralement plus jeunes que leurs maris, se considéraient toutes comme des veuves potentielles et que cette éventualité était fort bien admise par ceux-ci. Ils ne recherchaient jamais rien pour eux. Ils ne se préoccupaient que de la transmission de leurs biens, alors qu'elles ne se préoccupaient que de ce qui allait leur être transmis. Même lorsqu'une donation réciproque était envisagée, les femmes seules se sentaient concernées, la réciprocité n'étant prévue que pour la forme. D'ailleurs, elles manifestaient toutes un besoin de sécurité qu'elles traduisaient très ingénument par la formule : "Si l'un de nous deux vient à mourir, qu'est-ce que j'aurai ?".

Là encore les solutions mises en évidence ne sont pas les mêmes que celles du droit commun.

En présence d'enfants communs, le conjoint survivant ne se voit accorder qu'un droit en usufruit, rarement un droit en pleine propriété, car pour l'homme, la succession a toujours une vocation descendante. Mais l'usufruit envisagé est plus large que l'usufruit légal et peut aller jusqu'à porter sur la totalité des biens composant la succession du prédécédé, comme l'usufruit spontanément accordé par les enfants à leur mère (cf. p. ci-dessus). Généralement, au début des entretiens, les femmes ne partageaient pas le point de vue de leurs maris. Elles voulaient pouvoir disposer de droits en pleine propriété afin de jouir d'une indépendance que ne confère pas un usufruit et mener une vie plus facile. Mais, manquant de logique dans leur raisonnement, ../..

Qu'il s'agisse de veufs ou de veuves, les différends opposent le survivant surtout à des descendants du de cujus, que ceux-ci soient communs ou issus d'un précédent lit (41 % des litiges chez les veuves et 33 % chez les veufs).

Les droits successoraux du conjoint survivant ne sont pas contestés dans leur existence, que ce soit sa vocation ab intestat ou la quotité disponible spéciale dont peut le gratifier son époux. Mais il arrive que le défunt potentiel ou ses héritiers s'efforcent d'en limiter la portée : le premier en instituant un légataire universel qui le privera de toute participation à sa succession (Cass. civ. 1ère, 19 mars 1975 et Cass. civ. 1ère, 25 avril 1984 (80) ; ses ascendants en tentant de faire appliquer les dispositions de l'article 914, alinéa 1er, du Code civil, qui leur sont plus favorables que celles de l'article 1094 du même code (Cass. civ. 1ère, 11 octobre 1983 (81) ; ses collatéraux en ne craignant pas d'exercer une action sur le fondement de l'article 1099 du Code civil,

../.. elles auraient également voulu être en mesure de contraindre leurs enfants à assurer l'entretien des biens détenus par elles, et être exemptes de droits de mutation à titre gratuit, la part afférant à leur usufruit devant être payée par ceux-ci quand elles viendraient à décéder. En raison de l'incompatibilité de ces différentes prétentions, c'était toujours la solution de l'usufruit qui était finalement retenue, car elle constitue le moyen le plus sûr de permettre aux enfants de recueillir la succession de leur père, tout en garantissant à leur mère le maintien de son train de vie.

Les hommes ne cherchent à avantager leurs femmes en pleine propriété qu'en cas de second mariage, quand le précédent a été dissous par le divorce. Cela leur permet de camoufler un échec latent et d'assurer au second conjoint une maintenance que celui-ci ne peut attendre des enfants issus de la première union.

En l'absence d'enfants, les sentiments à l'égard du conjoint survivant sont très différents. Préféré à tous les collatéraux et aux ascendants, il passe au premier rang des successeurs. Mais, pour pouvoir parvenir à des solutions qui les satisfassent, les intéressés se détournent du droit successoral pour recourir à celui des régimes matrimoniaux (cf. note 92 ci-après).

(80) Bull. civ. I, n° 119, p. 101 et Bull. civ. I, n° 136, p. 114.

(81) Bull. civ. I, n° 226, p. 202. En l'espèce, les parents de la défunte ont tenté de faire appliquer les dispositions de l'alinéa 1er de l'article 914 du Code civil aux legs consentis par celle-ci à son mari, ce qui a été rejeté au motif que l'article 1094 du Code civil s'applique aussi bien aux libéralités entre vifs qu'à celles résultant de testaments.

Bien que l'action se situe dans un autre domaine, c'est dans le même état d'esprit que la sœur d'une autre morte a assigné l'époux divorcé de celle-ci pour faire juger que la donation qui lui avait été consentie par sa femme avait été révoquée en application de l'article 299 ancien du Code civil (article 261, alinéa 1er, actuel) (Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1979 - Bull. civ. I, n° 208, p. 167).

alors que celle-ci n'est ouverte qu'aux réservataires (Cass. civ. 1ère, 30 novembre 1983 (82).

Quant à ces derniers, ils cherchent à reprendre ce que leur auteur aurait pu donner à son conjoint, en voyant dans toute remise de fonds à lui faite ou dans tout paiement effectué pour son compte une donation déguisée entachée de nullité, sentiment qui est particulièrement vivace lorsque le survivant est leur parâtre ou leur marâtre, même quand leur réserve n'a pas été atteinte (83). Mais ils sont beaucoup moins nombreux à agir que ne le sont les disposants eux-mêmes. En effet, les affaires du premier type ne représentent que 8/29ème de celles dont a eu à connaître la Cour suprême en ce domaine entre 1975 et 1984 (84). Par conséquent, 72,50 % des actions en nullité pour cause de donation déguisée ont été introduites par les donateurs après que la mésentente s'est installée dans le ménage (83), alors que 27,50 % seulement l'ont été après leur décès, par un enfant commun (7 %) ou un enfant d'un autre lit (20,50 %) (84).

(82) Bull. civ. I, n° 283, p. 253. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la détermination des personnes pouvant demander l'annulation de la donation déguisée entre époux est assez hésitante. Elle n'avait d'abord reconnu ce droit qu'à l'époux donateur, puis uniquement aux héritiers réservataires, pour enfin autoriser à agir aussi bien le premier que les seconds. Mais les non réservataires n'ont jamais été admis à intenter l'action en nullité de l'article 1099, alinéa 2, du Code civil.

(83) Après séparation de fait, séparation de corps ou divorce.

(84) Actions en nullité introduites par :

A - Donateur lui-même :

- Cass. civ. 1ère, 8 janvier 1975 - Bull. civ. I, n° 10, p. 10 ;
- Cass. civ. 1ère, 21 octobre 1975 - Bull. civ. I, n° 281, p. 236 ;
- Cass. civ. 1ère, 2 mars 1976 - Bull. civ. I, n° 88, p. 74 ;
- Cass. civ. 1ère, 19 mai 1976 - Bull. civ. I, n° 183, p. 147 ;
- Cass. civ. 1ère, 30 novembre 1976 - Bull. civ. I, n° 377, p. 296 ;
- Cass. civ. 1ère, 1er décembre 1976 - Bull. civ. I, n° 381, p. 301 ;
- Cass. civ. 1ère, 25 janvier 1977 - Bull. civ. I, n° 44, p. 33 ;
- Cass. civ. 1ère, 8 mars 1977 - Bull. civ. I, n° 122, p. 94 ;
- Cass. civ. 1ère, 9 mai 1978 - Bull. civ. I, n° 179, p. 143 ;
- Cass. civ. 1ère, 24 octobre 1978 - Bull. civ. I, n° 316, p. 243 ;
- Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1979 - Bull. civ. I, n° 208, p. 167 ;
- Cass. civ. 1ère, 24 octobre 1979 - Bull. civ. I, n° 255, p. 202 ;
- Cass. civ. 1ère, 23 janvier 1980 - Bull. civ. I, n° 35, p. 28 ;
- Cass. civ. 1ère, 4 mars 1980 - Bull. civ. I, n° 76, p. 63 ;
- Cass. civ. 1ère, 11 juin 1980 - Bull. civ. I, n° 182, p. 148 ;
- Cass. civ. 1ère, 25 février 1981 - Bull. civ. I, n° 71, p. 58 ;
- Cass. civ. 1ère, 20 mai 1981 - Bull. civ. I, n° 176, p. 143 ;
- Cass. civ. 1ère, 16 juin 1981 - Bull. civ. I, n° 217, p. 178 ;
- Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1981 - Bull. civ. I, n° 260, p. 215 ;
- Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1983 - Bull. civ. I, n° 298, p. 266 ;
- Cass. civ. 1ère, 28 février 1984 - Bull. civ. I, n° 78, p. 63.

../..

On peut donc penser que toutes les fois que le donateur n'a pas demandé l'annulation, le donataire a deux chances sur trois de conserver la libéralité. C'est pourquoi si les deux alinéas de l'article 1099 du Code civil sont d'une interprétation difficile, celle qu'a donnée la jurisprudence de l'alinéa second est malsaine. Car, en effet, si elle fonde l'action des héritiers sur la protection de leurs droits héréditaires, elle ne voit dans celle de l'époux donateur d'autre raison d'être que la volonté de reprendre ce qu'il avait jugé bon de donner. Une telle prise de position est beaucoup trop protectrice de la versatilité des sentiments que se portent les conjoints. La Cour en paraît d'ailleurs consciente puisque son attitude n'est pas la même dans l'un et l'autre de ces cas. En effet, elle admet que les juges, lorsque l'action est intentée par le donateur, qui est toujours un conjoint conventionnellement séparé de biens, éludent la rigueur de la solution en se livrant à une recherche d'intention et en maintenant la remise de biens ou de deniers chaque fois qu'ils peuvent lui attribuer un caractère rémunératoire ou indemnitare. Mais qu'ils ne se livrent pas à une telle investigation dès le moment où elle est exercée par les enfants de celui qui a fait passer des biens ou des deniers de manière détournée à sa femme épousée en secondes noces. Cette discrimination entre les bonnes et les mauvaises donations déguisées est condamnable car elle ne repose sur aucune assise juridique (85). Lui en donner une permettrait peut-être d'épurer la situation.

IV - Les collatéraux

A l'heure actuelle, l'individu appartient moins à la famille dont il est issu qu'à celle qu'il fonde. Aussi, quand il ne laisse à sa survivance que des collatéraux, son désir

B - Enfant commun :

- Cass. civ. 1ère, 26 février 1975 - Bull. civ. I, n° 85, p. 75 ;
- Cass. civ. 1ère, 19 juin 1984 - D.S. 1985 IR.90.

C - Enfant d'un précédent lit du défunt :

- Cass. civ. 1ère, 18 mars 1975 - Bull. civ. I, n° 112, p. 96 ;
- Cass. civ. 1ère, 19 avril 1977 - Bull. civ. I, n° 172, p. 135 ;
- Cass. civ. 1ère, 25 mars 1981 - Bull. civ. I, n° 105, p. 89 ;
- Cass. civ. 1ère, 20 mai 1981 - Bull. civ. I, n° 175, p. 142 ;
- Cass. civ. 1ère, 11 juin 1981 - Bull. civ. I, n° 210, p. 173 ;
- Cass. civ. 1ère, 26 avril 1984 - Bull. civ. I, n° 139, p. 116.

A ces espèces, on est tenté d'ajouter Cass. civ. 1ère, 14 janvier 1981 (Bull. civ. I, n° 18, p. 14) car si, en la circonstance, la Cour a eu à connaître une de recel, c'est à la suite de l'annulation d'un acte constituant une donation déguisée faite en faveur d'une épouse.

(85) Sur cette question, cf. Philippe Malaurie. Droit civil. Successions et libéralités. Fasc. III, n° 372, p. 566 et s. Les Cours de droit, 1984.

de transmettre ses biens dans sa famille s'éémousse et il cherche des formules lui permettant d'en disposer en faveur du parent ou de l'ami dans lequel il voit sa continuité, ou de celui qui lui permettra de se survivre à travers une oeuvre (86). Si le lien du sang joue un rôle indubitable dans la transmission en ligne directe, il ne suffit pas à créer un droit à recueillir le patrimoine du défunt lorsque les héritiers appelés ne sont que des collatéraux.

Les libéralités de la première espèce peuvent encore avoir un caractère familial lorsque, les héritiers appelés étant des collatéraux privilégiés, le disposant gratifie le frère ou la soeur avec lequel il vit, le neveu ou la nièce dans lequel il voit un substitut de descendance. En de telles circonstances, il ne s'agit pas de liens d'affection présumés, mais de liens réels qui se manifestent à travers une donation ou un legs. De telles libéralités ne sont jamais consenties en avancement d'hoirie, mais à titre de préciput, leurs bénéficiaires devant avoir plus que les autres. C'est pourquoi les dispositions de l'article 843 du Code civil qui rend débiteur du rapport tout héritier ab intestat, constituent un non-sens : un tel rapport ne se justifie qu'en ligne directe descendante. En ligne collatérale, ce n'est pas le caractère préciputaire mais le caractère d'avancement d'hoirie qu'il conviendrait d'avoir à prouver.

Quels que soient les bénéficiaires des libéralités, les collatéraux se sentent toujours frustrés de voir leur échapper ce sur quoi ils comptaient, bien que ce ne leur soit pas dû. La preuve en est leur forte participation aux affaires où est en cause la validité d'une donation ou d'un legs. Car, si les transmissions collatérales sont un peu marginales puis-

(86) Ces dernières libéralités ne sont jamais en butte aux revendications des héritiers premiers appelés, mais de ceux de la troisième ou de la quatrième génération qui, sous le couvert du respect de la volonté du défunt, cherchent à en obtenir la révocation pour inexécution des charges, non pour qu'elles soient remises à des oeuvres similaires plus aptes à les accomplir, mais pour les reprendre à leur profit. Une loi du 4 juillet 1984 ayant permis la révision des conditions et charges apposées aux libéralités lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour le gratifié soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable (art. 900-2 C. civ.), devrait assainir ce contentieux (cf. note 1).

Nombreux étaient les consultants de Maillot 1982 qui manifestaient le désir de consentir une libéralité en faveur de la "Fondation de France", ou, surtout, de la recherche contre le cancer, sans chercher à connaître quels étaient les organismes habilités, et sans générosité réelle, comme pour se conformer à une mode.

qu'elles n'intéressent que 16 % de l'ensemble du contentieux, ce sont des collatéraux qui ont introduit 48 % des actions tendant à obtenir l'annulation ou la révocation d'un legs (87) et 33,50 % de celles tendant à obtenir l'annulation ou la révocation d'une donation (88).

C'est d'ailleurs pour eux une sorte de domaine réservé puisque cela représente 70,50 % du contentieux où ils sont impliqués, soit 56,50 % pour les testaments et 14,50 % pour les donations, la différence entre ces deux derniers résultats s'expliquant par la sécurité que constituent les conditions de forme qui entourent les donations (art. 931 et s. C. civ.), alors que les testaments en cause sont des testaments olographes (89), rédigés dans un moment de solitude et tenus secrets jusqu'à ce que leurs auteurs ne soient plus là pour faire respecter leur volonté.

Les motifs les plus fréquemment invoqués sont la révocation résultant d'écrits postérieurs du testateur (22,50 %), et les vices de forme (omission ou inexactitude de la date : 20 %, défaut de signature : 15 %). La jurisprudence se montre assez libérale et n'admet la révocation que si l'écrit subséquent peut valoir testament et est incompatible avec le précédent ; quant aux vices de forme, elle ne les révèle pas chaque fois que l'identité du testateur est certaine et que sa volonté de gratifier n'est pas entachée d'équivoque.

Les seules affaires un peu remarquables dans lesquelles sont intervenues des collatéraux n'intéressent pas le droit des libéralités : ce sont celles qui ont donné lieu à l'arrêt rendu par la 1ère Chambre civile le 19 mai 1981 (90) et à celui rendu par la même formation le 18 décembre 1984 (91), l'un et l'autre relatifs au domaine d'application de la fente.

A l'occasion de la première, qui opposait un collatéral privilégié au conjoint survivant qui prétendait avoir droit à la pleine propriété de la moitié de la succession du prédécédé parce que ce collatéral n'appartenait qu'à une ligne, la Cour a décidé que la fente qui ne joue pas lorsque le défunt laisse des frères et soeurs germains, ne joue pas non plus à l'égard

(87) Cf. Tableau n° 10, p. 266, Rubriques 21, 22 et 23, colonnes E, G, H, O, Q et R.

(88) Cf. Tableau n° 10, p. 266, Rubriques 24, 25 et 26, colonnes G, H, Q et R.

(89) Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1977 - Bull. civ. I, n° 325, p. 258.

(90) Bull. civ. I, n° 172, p. 139.

(91) Bull. civ. I, n° 340, p. 290.

des collatéraux unilatéraux. Si l'article 766 du Code civil ne doit permettre au conjoint survivant de bénéficier de la fente et de prendre la part d'une ligne que dans le cas où il est en concours avec des ascendants dans l'autre, cette disposition a une portée très étroite et conduit à une solution d'autant plus illogique que les collatéraux privilégiés ne sont ni réservataires, ni créanciers d'aliments. Il serait bon que le législateur intervienne pour faire en sorte que le conjoint l'emporte sur tous les collatéraux, ceux qui voudraient avantager leur famille ayant toujours la possibilité de le faire au moyen d'un acte à titre gratuit (92).

A l'occasion de la seconde espèce, qui opposait des collatéraux ordinaires de la ligne maternelle au père d'un homme qui s'était suicidé après avoir volontairement tué sa femme et ses deux enfants, la Cour a rappelé que l'indignité successorale est une peine civile de nature personnelle qui ne peut être étendue au-delà des textes qui l'instituent et, par conséquent, ne peut être appliquée au père d'un meurtrier (93).

(92) D'après les informations recueillies lors des Entretiens de Maillot 1982, les conjoints sans enfants résoudre le problème en changeant de régime matrimonial et en adoptant le régime de la communauté universelle avec attribution de la communauté entière au survivant (art. 1524 C. civ.) et exclusion de la faculté de reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur par les héritiers de celui-ci (art. 1525, al. 2, C. civ.). Grâce à quoi le régime matrimonial pourvoit à la situation du survivant mieux que ne le fait le droit successoral. Cette solution est la seule valable dans les milieux où il n'y a pas de patrimoine héréditaire mais seulement des biens acquis pendant le mariage à l'aide des revenus du travail et dont la conservation dans la famille par le sang n'a pas de raison d'être. Mais elle est également adoptée par les conjoints qui ont un patrimoine héréditaire. Ils la trouvent injuste, non pas tellement lorsque le survivant sera en concours avec des collatéraux ordinaires ou des frères et soeurs, mais avec des neveux et des nièces du défunt susceptibles d'assurer la transmission descendante qui est considérée comme le principe de l'héritage. Ceux-ci risquent en effet d'être désavantagés au profit de ceux de leur conjoint. Mais cette préoccupation s'efface toujours devant celle jugée préférable de permettre au survivant de disposer librement des biens s'il en a besoin. Il y a là un conflit entre deux centres d'intérêts inconciliables. Ce problème, particulièrement difficile à résoudre, ne comporte pas actuellement de réponse.

(93) Il semble que l'assassin n'aurait pas dû être frappé d'indignité successorale puisqu'il faut, pour que la condition d'application de l'article 727-1^o C. civ. se trouve remplie, qu'une condamnation pénale soit prononcée par un tribunal répressif. Comme l'intéressé s'était suicidé tout de suite après son triple meurtre, l'action publique était éteinte, et, même pour des raisons d'équité évidente, le tribunal civil ne pouvait pas l'exclure de la succession de son enfant comme indigne.

Mais, même en admettant qu'il en soit ainsi, la situation des frères et soeurs de la femme ne s'en serait pas trouvée modifiée, contrairement à celle du père du meurtrier-suicidé qui, en concours avec ses propres enfants, aurait été réduit à sa réserve (art. 748 C. civ.).

Ce qui est choquant dans cette espèce, ce n'est pas le refus d'étendre la sanction de l'indignité successorale à d'autres que l'indigne (art. 727 C. civ.), puisqu'en vertu du principe de la personnalité des peines, toute peine privée à un caractère strictement personnel. Ce n'est pas non plus l'application que les juges du fond ont fait de la théorie des comourants (art. 720 à 722 C. civ.) : si la chronologie des décès avait été établie dans le même ordre, le résultat aurait été le même. Ce qui heurte l'équité, c'est la solution à laquelle a conduit l'interprétation stricte de l'article 753, alinéa 1er, du Code civil : en permettant à l'ascendant d'une ligne d'exclure les collatéraux de l'autre, cette disposition a rendu possible l'appréhension par le grand-père paternel de toute la succession de sa petite-fille, qui était composée de ce dont elle avait hérité de sa mère. Ainsi les oncles et tantes maternels ont vu leur échapper les biens que leur soeur avait tenus de leurs auteurs communs, sachant que par la suite ces biens seraient dévolus aux seuls oncles et tantes paternels. Il serait plus juste que la présence d'ascendants dans une seule ligne ne fasse pas obstacle au jeu de la fente.

- * - * - * -

SECONDE PARTIE : LES COMPORTEMENTS

Le principe même de la dévolution des biens d'un défunt à ses successeurs n'est jamais remis en cause lorsque ce sont des descendants. Il semble aussi normal aux père et mère de transmettre leur patrimoine à leurs enfants que de les éduquer ou les entretenir (94).

Or, si la volonté des individus de transmettre leur patrimoine à leurs enfants est toujours vivace, et si, le plus souvent, ils n'imaginent d'autre voie que la succession ab intes-

(94) Ce ne fut pas la moindre surprise de découvrir qu'en dépit de la conception individualiste du patrimoine qu'ils manifestaient parfois, les visiteurs-consultants de Maillot 1982 faisaient toujours prédominer le principe de l'égalité entre les enfants du même lit. Cependant, un certain nombre de parents, conscients du danger que faisait courir à la conservation des biens dans la famille, la prodigalité d'un enfant ou le désintérêt qu'il manifestait à sa propre descendance, notamment après un divorce, auraient aimé pouvoir transmettre à leurs petits enfants la nue-propriété de la part normalement réservée au démeritant.

Par ailleurs, les divorcés, dont les biens étaient susceptibles d'être dévolus à des descendants mineurs, auraient souhaité que l'administration et la jouissance n'en reviennent pas au parent survivant. Il leur semblait à la fois anormal et intolérable que la gestion de ce qui avait été leur patrimoine personnel puisse être confiée à leur ancien conjoint.

tat, certains cherchent à organiser cette transmission en tout ou en partie par actes entre vifs ou à cause de mort. L'enjeu psychologique d'un tel comportement est très grand : en imposant leur volonté à leurs héritiers et en leur permettant de culpabiliser ceux d'entre eux qui chercheraient à la transgresser, ils ne font qu'engendrer des conflits. Les enfants estiment avoir des droits sur le patrimoine de leurs parents auxquels ceux-ci ne peuvent contrevenir. C'est lorsqu'elle vient d'eux que l'inégalité économique est la plus mal supportée.

C'est donc essentiellement du champ d'application du principe de l'égalité entre les héritiers dont il va être question ici. Et parmi les dispositions qui sont destinées à préserver ce principe ou, au contraire, permettent de l'éluder, nous verrons particulièrement comment, tour à tour, la Cour de cassation y reste attachée ou s'y montre peu sensible, surtout quand, cherchant à satisfaire les revendications des exploitants agricoles, elle favorise l'attribution préférentielle ou la donation-partage.

On découvre tout de suite que la majorité de ces conflits portent sur des intérêts ne mettant pas en oeuvre les constructions juridiques les plus élaborées. Les frictions inter-individuelles sont très proches du concret : elles ne sont que la conséquence de la volonté de posséder portée à son paroxysme. Et le désir de s'approprier les biens du défunt (95) est si

(95) Les visiteurs-consultants de Maillot 1982 - défunts virtuels comme héritiers - manifestaient le même attachement excessif envers les biens, mobiliers ou immobiliers. Et les premiers espéraient souvent que les praticiens leur fourniraient une formule leur permettant de constituer un capital affecté au paiement des droits de mutation à titre gratuit afin que les seconds n'aient pas à aliéner le patrimoine transmis. Il y a là une dissociation curieuse entre les choses fongibles et les corps certains : à un bon placement, ils préfèrent la solution la plus défavorable pour les héritiers. Le même sentiment se retrouve d'ailleurs chez ces derniers qui préfèrent conserver des biens acquis par d'autres plutôt que de les vendre pour s'en procurer de plus conformes à leurs goûts ou payer les droits de succession. Les praticiens expliquent cette attitude par le bref délai qui leur est laissé pour s'acquitter de ces droits. Mais cette explication n'est pas suffisante car s'il y a des hypothèses où il peut être nécessaire d'attendre pour passer une opération avantageuse, le délai de six mois leur suffirait souvent pour y parvenir. La Cour de cassation elle-même a eu à connaître de ce phénomène et a admis que, sur le fondement de l'article 815-5, alinéa 1er, du Code civil, tout indivisaire pouvait forcer la volonté de ceux qui s'y opposaient en demandant au juge l'autorisation de vendre des biens successoraux pour assurer le paiement des droits de mutation, le non-paiement de ceux-ci pouvant mettre en péril l'intérêt commun (Cass. civ. 1ère, 14 février 1984 - Bull. civ. I, n° 62, p. 52).

fort que les héritiers se sentent spoliés aussi bien lorsque celui-ci a rompu le principe de l'égalité au profit de l'un d'entre eux que lorsqu'il a disposé de tout ou partie de son patrimoine au profit d'un tiers. Ce sentiment est si vivace qu'il empoisonne les relations entre cohéritiers même lorsque l'un d'entre eux tire avantage d'une convention dont le caractère gratuit est exclu ou de l'absence de toute convention.

C'est pourquoi le respect de l'égalité entre les cohéritiers constitue le sommet du contentieux successoral. Et leur attitude est parfois si excessive que l'on peut se demander si, plus que l'égalité du partage, ce n'est pas la jalousie qui est ainsi érigée au rang de valeur civile.

Ils cherchent alors dans la règle juridique une façon de défendre leurs intérêts égoïstes. Et si certains types de litiges sont plus nombreux que d'autres, c'est moins parce qu'ils ont pour support des textes dont l'interprétation est peu claire que parce qu'ils sont le mode de fixation le plus facile de leurs frictions.

Il a donc paru nécessaire de restituer les comportements des intéressés pour découvrir les véritables antagonistes, sans que leur étude s'inscrive dans un axe de recherche précis, mais apparaisse plutôt comme une suite de points de vue issus de l'enquête statistique, montrant à quel degré peut être porté le sentiment de spoliation chez les successibles, fût-ce chez ceux que la loi permet de privilégier. Ces points de vue ne sont pourtant pas totalement indépendants les uns des autres et ont pu être classés en deux groupes principaux : dans l'un ceux qui ont trait aux actions des héritiers qui s'estiment dépouillés de la part qu'ils étaient en droit de recevoir ; dans l'autre, ceux qui se rapportent aux actions de ceux qui se trouvent privés de tout ou partie d'un patrimoine sur lequel ils croyaient pouvoir compter.

La poursuite d'un enrichissement personnel, que l'on gauchit sous la forme de l'égalitarisme, se retrouve déjà dans toutes les actions concernant la composition active et passive de la succession (96). Car, autant les héritiers ou les

(96) La composition active et passive de la succession a fait l'objet de deux rubriques distinctes (Rubriques 3 et 4). Le terme "actif" a servi, ici à désigner tous les biens dont le de cujus était propriétaire à son décès et les créances dont il était titulaire. Se trouvent donc regroupées sous un titre unique toutes les circonstances où des héritiers, des légataires universels ou des créanciers successoraux ont cherché à faire rentrer dans la masse partageable des biens ou des droits dont le défunt aurait été titulaire, notamment le droit au bail du logement qu'il occupait ou les dommages-intérêts auxquels il aurait pu prétendre, et ceux dont il aurait disposé en contractant sur sa propre succession.

légataires universels se montrent empressés à vouloir inclure dans la masse partageable des biens ou des droits dont le défunt aurait été titulaire, autant ils essaient d'échapper aux charges de la succession, particulièrement lorsque le créancier est un organisme public : établissement bancaire (Cass. civ. 1ère, 3 novembre 1976 (97), Cass. com., 14 novembre 1980 (98), Cass. com., 29 juin 1982 (99)), S.A.F.E.R. (Cass. civ. 3ème, 9 novembre 1983 (100), U.R.S.S.A.F. (Cass. soc., 20 janvier 1982 (101), ou Caisse primaire d'assurance maladie (Cass. soc. 4 octobre 1979 (102) et Cass. soc., 19 juin 1980 (103).

Cette préoccupation se retrouve également dans les actions tendant à obtenir l'annulation de conventions comme constituant des pactes sur succession future prohibés par l'article 1130, alinéa second, du Code civil, que celles-ci aient été passées par le défunt sur sa propre succession ou par des héritiers potentiels. Pouvant correspondre à des situations très diverses, ces conventions ne sont pas toujours dangereuses pour le de cujus ou pour les successibles. Mais, attachée à une conception objective de la notion de pacte sur succession future, la Cour suprême refuse toujours de faire la différence entre celles qui comportent des risques et celles qui n'en comportent pas. C'est ainsi que s'est trouvée frappée de nullité une promesse de vente qui ne pouvait être levée qu'après le décès du promettant parce que "la convention ne créait d'obligation qu'à la charge de la succession sans imposer au stipulant aucune obligation dont la succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence" (Cass. civ. 1ère, 13 juin 1979 (104)) ; ou l'engagement pris par une femme, avant le décès de son conjoint, de renoncer à la clause de réversion de l'usufruit du prémourant incluse dans un acte de donation-partage, le droit ainsi conféré à l'épouse survivante dans la succession de son mari constituant une donation de biens à venir, auquel elle ne pouvait renoncer ni unilatéralement, ni par contrat, tant que la succession de ce dernier n'était pas ouverte (Cass. civ. 1ère, 20

(97) D.S. 1977. I.R. 40.

(98) Bull. civ. IV, n° 371, p. 299.

(99) Bull. civ. IV, n° 258, p. 224.

(100) Bull. civ. III, n° 222, p. 168.

(101) Bull. civ. IV, n° 33, p. 24.

(102) G.P. 1980. Panorama. 57.

(103) Bull. civ. IV, n° 550, p. 415.

(104) Bull. civ. I, n° 180, p. 145.

avril 1983 (105)) ; ou encore la convention par laquelle deux enfants s'étaient partagés, du vivant de leur père usufruitier de la totalité des biens composant la succession de leur mère et en accord avec lui, la nue-propiété de tous les meubles composant la communauté dissoute, au motif que ces biens dépendaient pour partie de la succession du survivant (Cass. civ. 1ère, 12 décembre 1984 (106)).

Par contre, la Cour ne veut pas voir un pacte sur succession future dans la clause prévoyant l'extinction au décès d'un créancier de sa créance sur les arrérages de rente échus non payés et pour lesquels aucune poursuite n'aurait été exercée, parce que la convention n'attribuait aucun droit privatif sur la succession de ce créancier (Cass. civ. 1ère, 22 juin 1977 (107)). Et, par deux fois, elle a dû rappeler que la donation-partage valablement faite échappe à la prohibition des pactes sur sa propre succession (Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1979 et Cass. civ. 1ère, 4 novembre 1981 (108)).

Un autre type d'action semble se dégager de ce lot : celle qui permettrait à l'enfant qui a accepté de s'occuper de ses parents vieillissants, de recevoir une compensation au moment de leur décès. Car si les individus sont appelés à vivre de plus en plus longtemps, cet allongement de la durée moyenne de la vie a surtout pour conséquence d'alourdir les situations humaines. Les personnes âgées ont donc intérêt à ce que l'un de leurs proches accepte de les prendre en charge, plutôt que de devoir s'en remettre à la collectivité. Mais s'il paraîtrait normal de rétablir l'égalité entre celui qui s'est consacré à son père ou à sa mère en les accompagnant jusqu'au terme de leur existence et ses frères et sœurs qui ont échappé à cette sujétion, la Cour s'y montre peu favorable parce que cela serait contraire aux usages. Cependant sa jurisprudence n'est pas très fixée et si, parfois, elle refuse toute attribution supplémentaire de biens de la succession au demandeur qui ne peut établir l'existence d'une créance à l'égard de ses auteurs (Cass. civ. 1ère, 29 juin 1977 (109)), il lui arrive d'admettre que l'enfant qui

(105) Bull. civ. I, n° 124, p. 108.

(106) Bull. civ. I, n° 336, p. 286.

(107) Bull. civ. I, n° 297, p. 235.

(108) Bull. civ. I, n° 244, p. 195, et Bull. civ. I, n° 330, p. 279. Il faut noter que ces deux décisions ont été cataloguées dans la Rubrique 14.

(109) Bull. civ. I, n° 304, p. 241.

a accompli une activité au service de ses parents doit être rétribué (Cass. civ. 1ère, 19 mars 1975 (3ème moyen) (110)). Quand on sait que la Cour refuse même d'étendre le régime du salaire différé aux travaux domestiques effectués par les filles d'exploitants agricoles (Cass. civ. 1ère, 19 mars 1975 (2ème moyen) (111)) ou par les femmes d'aides familiaux (Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1981 (112)), il serait bon que le législateur lève ses doutes en intégrant ce régime au Code civil pour en faire un principe général. L'entraide familiale est multiforme : il n'est ni logique ni équitable de n'indemniser qu'une seule de ses manifestations quand il serait nécessaire d'encourager les autres.

La réalisation du partage constitue le mécanisme essentiel de la dévolution successorale, et, par voie de conséquence, le point culminant de son contentieux (113). Cela est particulièrement remarquable avec l'obligation de rapporter faite aux héritiers gratifiés (114), la détermination de la réserve et de la quotité disponible (115) et toutes les formes du partage (116). C'est d'ailleurs dans le cas où le législateur lui-même rompt le principe d'égalité en instituant une sorte de monopole au profit de certaines catégories d'héritiers que les attitudes sont les plus excessives. Les espèces ayant trait au rapport sont elles aussi très caractéristiques de cet état d'esprit. Sur 25 moyens recensés, trois seulement sont relatifs au rapport de dettes dont un héritier peut être tenu envers le défunt (Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1983 (117)) ou envers la succession (Cass. civ. 1ère, 7 novembre 1978 et Cass. civ. 1ère, 29 juin 1983 (118)). Tous les autres tendent au rapport d'avantages qui auraient porté soit sur des immeubles (dont sept exploitations agricoles), des sommes d'argent ou des meubles incorporels (parts sociales, valeur

(110) Bull. civ. I, n° 117, p. 99. Bien qu'en cette occurrence la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur la question, on peut encore relever un exemple de demande de rétribution dans : Cass. civ. 1ère, 3 février 1983 - Bull. civ. I, n° 28, p. 20.

(111) Bull. civ. I, n° 117, p. 99 précité.

(112) Revue de droit rural, 1982, p. 113.

(113) Rubriques 5 à 16.

(114) Rubrique 5.

(115) Rubrique 8.

(116) Rubriques 9 à 14.

(117) Bull. civ. I, n° 300, p. 268.

(118) Bull. civ. I, n° 335, p. 259 et Bull. civ. I, n° 195, p. 171.

d'un bail rural, fonds de commerce, entreprise artisanale et office notarial (119)).

La Cour suprême entend largement l'article 843 du Code civil et voit même une libéralité rapportable dans toute donation déguisée sous forme d'une vente dès lors que celui qui invoque la dispense de rapport n'est pas en mesure d'établir l'existence d'une volonté certaine du disposant à cet égard (Cass. civ. 1ère, 3 novembre 1976 (120)). Sa prise de position est inconciliable avec la nature de l'acte. Car si le disposant avait expressément dispensé son cocontractant du rapport, il n'y aurait pas eu de déguisement.

Serait également un avantage soumis au rapport l'achalandage dont pourrait bénéficier l'héritier qui créerait un fonds de commerce identique à celui tenu par le défunt quelques mois avant que celui-ci ne cesse volontairement son exploitation (Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1979 (121)). Il semble d'autant plus étrange de lui faire rapporter un des éléments d'un fonds qui ne lui a pas été transmis que quiconque, s'installant dans les mêmes conditions, aurait bénéficié du retrait de son concurrent sans être tenu d'en indemniser les héritiers. Plus que par le sentiment de l'égalité dans le partage, les demandeurs sont mus par la volonté de s'enrichir par n'importe quel moyen.

Ce désir d'appropriation se retrouve encore en matière d'option successorale (Rubrique 6) sous deux aspects très différents.

Si, le plus souvent (31 des 49 moyens relevés), l'héritier ne concevant la transmission successorale que comme un moyen d'acquérir des biens, tente d'échapper aux dettes du défunt en renonçant à la succession, d'autres fois, ce sont ses cohéritiers qui cherchent à l'évincer du partage en faisant valoir qu'il a laissé prescrire le droit d'option : à l'évidence, ils recherchent un avantage personnel.

Il faut noter que la Cour se montre trop systématiquement favorable à l'héritier, en admettant facilement qu'il y a eu acceptation lorsque celui-ci l'invoque à son profit, mais en l'écartant lorsque ce sont les créanciers qui l'invoquent au leur.

(119) Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1976 - Bull. civ. I, n° 296, p. 238 ; Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1979 - Bull. civ. I, n° 245, p. 195 ; Cass. civ. 1ère, 31 mars 1981 - Bull. civ. I, n° 115, p. 97 ; Cass. civ. 1ère, 30 novembre 1982 - Bull. civ. I, n° 343, p. 294 ; Cass. civ. 1ère, 6 mars 1984 - D.S. 1985 J.17

(120) Bull. civ. I, n° 321, p. 257.

(121) Bull. civ. I, n° 245, p. 195.

Tableau n° 11

Répartition des moyens touchant les trois branches de l'option regroupés sous le titre général "Option successorale (<u>Rubrique 6</u>)	
* <u>Acceptation pure et simple</u> :	
- Acceptation expresse.....	4
- Acceptation tacite.....	6
- Par suite de déchéance du bénéfice d'inventaire...	2
- Par suite de renonciation au bénéf. d'inventaire:.	1
.....	→ 13
* <u>Acceptation sous bénéfice d'inventaire</u> (122)	8
* <u>Renonciation</u> (122) :	
- Forme.....	3
- Effets.....	12
- Rétractation.....	1
- Fraude paulienne.....	1
.....	→ 17
* <u>Délai pour opter</u>	2
* <u>Prescription du droit d'opter</u>	9
<u>Total</u>	49

(122) Il n'est pas possible de faire une comparaison avec des résultats nationaux car il n'est pas établi de comptage des actes de renonciation effectuée conformément à l'article 784 du Code civil, ni d'acceptation sous bénéfice d'inventaire effectuée conformément à l'article 793 du Code civil. Toutefois, le Greffe du Tribunal de Grande Instance de Paris a bien voulu communiquer les résultats qu'il a enregistrés pendant les cinq dernières années :

Années	Renonciation	Acceptation sous bénéfice d'inventaire	Totaux
1980	1006	147	1153
1981	994	166	1160
1982	1004	195	1199
1983	1029	168	1197
1984	1229	173	1402

Il faut préciser que le nombre des actes reçus ne signifie pas qu'il y a eu un nombre égal de renonçants ou d'acceptants sous bénéfice d'inventaire. En effet, plusieurs membres d'une même famille peuvent se présenter simultanément au greffe, de même qu'un seul héritier peut renoncer pour ses proches à l'aide de pouvoirs. Dans ces deux hypothèses, un seul acte est dressé malgré la pluralité des renonçants ou des acceptants bénéficiairement.

En effet, bien qu'elle voit dans le délai de l'article 789 du Code civil un délai de prescription extinctive, elle décide que c'est aux héritiers qui se prévalent de l'exception de prescription d'établir qu'il n'y a pas eu acceptation de la part de leur adversaire (Cass. civ. 1ère, 9 mai 1975 (123) ; Cass. civ. 1ère, 29 mars 1978 (124) ; Cass. civ. 3ème, 24 avril 1981 (125)). Mais lorsque ce sont les créanciers du de cujus qui demandent à ce qu'un acte de l'héritier soit interprété comme une manifestation tacite de sa volonté d'accepter, la Cour élargit la portée de l'article 779 du Code civil et ne voit pas des actes impliquant une acceptation tacite dans le fait d'assurer la direction d'une entreprise dépendant de la succession (Cass. civ. 1ère, 6 juin 1978 (126)), de percevoir des indemnités allouées en qualité d'héritier (Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1977 (127)) ou de payer les frais d'obsèques (Cass. civ. 1ère, 23 juin 1982 (128)).

Les héritiers ne poursuivent pas non plus l'égalité dans le partage lorsqu'ils invoquent le recel (Rubrique 7) (129) commis par l'un d'eux dans le but de profiter de sa part sur les biens recelés. Surtout que, sauf dans une espèce où l'héritier a été déclaré coupable de vol (Cass. crim., 7 octobre 1981 (130)), la dissimulation a toujours été due à l'initiative du de cujus. Ainsi, alors que celui-ci a eu la volonté bien arrêtée d'avantager l'un de ses héritiers, ce sont ceux à l'égard desquels il n'a eu aucune intention libérale

(123) Bull. civ. I, n° 156, p. 133.

(124) Sem. jur. éd. N. 1978. Pratique, n° 7003, p. 544.

(125) G.P. 1981. Panorama. 343.

(126) Bull. civ. I, n° 219, p. 175.

(127) Bull. civ. I, n° 410, p. 326.

(128) Bull. civ. I, n° 240, p. 206.

(129) Bien que le recel soit traité au chapitre de l'acceptation et de la répudiation des successions (art. 792 et 801 C. civ.), les exemples relevés ont été isolés de la Rubrique 6 afin de permettre une meilleure mise en lumière de l'identité des recelleurs. Les détournements concernent souvent des deniers (prix de vente d'un bien qui n'est pas retrouvé dans la succession du vendeur (Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1978 - Bull. civ. I, n° 298, p. 231 ; Cass. civ. 1ère, 20 mai 1981 - Bull. civ. I, n° 174, p. 141)) ; des fonds encaissés par un héritier muni d'une procuration (Cass. civ. 1ère, 14 juin 1977 - Bull. civ. I, n° 276, p. 218)), parfois des objets mobiliers (Cass. civ. 1ère, 7 décembre 1982 - Bull. civ. I, n° 351, p. 300) ou des valeurs mobilières (Cass. civ. 1ère, 4 mai 1977 - Bull. civ. I, n° 205, p. 162). Mais le recel peut aussi porter sur des immeubles : dans ce cas, la transmission du bien à l'héritier a été réalisée au moyen d'une donation déguisée sous la forme d'une vente (Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1983 - Bull. civ. I, n° 10, p. 8 ; Cass. civ. 1ère, 9 février 1983 - Bull. civ. I, n° 57, p. 49).

(130) Bull. crim., n° 265, p. 681.

qui vont se trouver gratifiés. Le recel a un effet pervers : il incite à la délation et ne se justifie pas dans la mesure où l'institution du rapport et de la réduction suffisent à assurer l'égalité successorale et, dans l'hypothèse où le de cujus a voulu la rompre, la protection de la réserve. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que, bien que les créanciers héréditaires aient été admis à se prévaloir du recel, il n'en figure aucun parmi les demandeurs.

C'est pour protéger leur réserve que les héritiers tentent de remettre en cause les libéralités consenties par leur auteur (Rubrique 8), que celles-ci l'aient été à l'un d'entre eux, au conjoint survivant ou à un tiers. Les demandeurs sont toujours des descendants du premier degré. Ils s'opposent plus souvent à leurs frères et soeurs germains qu'à des donataires non parents, comme si la disparité économique voulue par les parents était plus mal ressentie que la libéralité qui fait sortir les biens de la famille. C'est sans doute une autre façon de manifester son attachement au principe de l'égalité dans le partage. Mais le malaise n'est pas moins profond quand, en présence d'un enfant unique, c'est à leurs petits enfants que les parents ont donné ou légué tout ce dont ils pouvaient disposer (Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1977 ; Cass. civ. 1ère, 17 mars 1982 ; Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1984 (131).

Les litiges opposant les enfants du défunt au conjoint survivant revêtent un caractère tout à fait particulier puisque neuf fois (132) sur dix le défendeur est leur marâtre ou leur

(131) Bull. civ. I, n° 324, p. 257 ; Bull. civ. I, n° 117, p. 102 ; Bull. civ. I, n° 257, p. 218. On peut également citer : Cass. civ. 1ère, 29 octobre 1979 Bull. civ. I, n° 266, p. 211. Il a déjà été vu ci-dessus que, des renseignements recueillis lors des Rencontres de Maillot 1982, il ressortait qu'un certain nombre de parents auraient souhaité que la réserve de l'enfant puisse être limitée à un usufruit, la nue-propriété en étant donnée ou léguée aux descendants de cet enfant (cf. note 94).

(132) Cass. civ. 1ère, 4 novembre 1975 - Bull. civ. I, n° 311, p. 259 ; Cass. civ. 1ère, 17 juin 1976 - Bull. civ. I, n° 223, p. 182 ; Cass. civ. 1ère, 27 octobre 1976 - Bull. civ. I, n° 316, p. 253 ; Cass. civ. 1ère, 22 février 1977 - Bull. civ. I, n° 99, p. 77 ; Cass. civ. 1ère, 10 janvier 1978 - Bull. civ. I, n° 14, p. 13 ; Cass. civ. 1ère, 10 mai 1978 - Bull. civ. I, n° 190, p. 153 ; Cass. civ. 1ère, 26 mars 1980 - Bull. civ. I, n° 103, p. 85 ; Cass. civ. 1ère, 7 janvier 1981 - Bull. civ. I, n° 9, p. 6 ; Cass. civ. 1ère, 26 avril 1984 - Bull. civ. I, n° 140, p. 117 (Tableau n° 10, Rubrique 8, Colonnes D et N, p. 266).

A ces neuf espèces, on peut en ajouter une dixième : Cass. civ. 1ère, 26 mars 1980 - Bull. civ. I, n° 103, p. 85, qui a été classée dans la colonne J du Tableau n° 10, l'action étant dirigée contre celui au profit duquel le de cujus aurait souscrit une reconnaissance de dette fictive pour dépouiller son fils de sa réserve au profit de son second conjoint.

De cette situation, on peut rapprocher celle signalée p. 276 et 277 et note 84 C .

parâtre (133). N'en étant pas héritiers, ils cherchent à obtenir la réduction de tout avantage qui dépasserait le disponible entre époux. Et, si le survivant a été gratifié de l'usufruit de la totalité des biens du disposant, ils exigent sa conversion en rente viagère.

L'essentiel du contentieux se concentre sur la matérialisation du partage (Rubriques 9 à 13) (134), mais les différends ne présentent pas tous la même intensité. Ceux relatifs à la composition et à l'estimation des lots n'offrent pas de grande particularité (Rubrique 9). Il en ressort seulement que si, dans un premier temps, les parties évitent de recourir au partage judiciaire, c'est l'absence de formes du partage amiable qui les conduit à s'adresser au juge dès que l'une d'elles n'est plus d'accord. Ce qui est souvent le cas lorsque leur convention n'a pas été immédiatement suivie d'effet. La Cour n'en ordonne pas moins que celle-ci doit recevoir exécution chaque fois qu'elle est prouvée par écrit ou par aveu (Cass. civ. 1ère, 27 juin 1978 ; Cass. civ. 1ère, 23 octobre 1979 ; Cass. civ. 1ère, 22 septembre 1981 ; Cass. civ. 1ère, 21 octobre 1981 ; Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1982 ; Cass. civ. 1ère, 3 février 1982 (135).

Le désaccord des héritiers peut porter sur l'opportunité même du partage (Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1981 (136), sur la répartition de certains biens lorsque celle-ci risquerait

(133) La seule espèce où l'on voit un descendant s'affronter au survivant de ses parents est : Cass. civ. 1ère, 4 novembre 1975 - Bull. civ. I, n° 311, p. 259.

(134) Les Rubriques 9 à 13 auraient pu rentrer sous le dénominateur commun "Partage de la succession" car elles regroupent toutes des affaires ayant trait aux opérations qui mettent fin à l'indivision successorale. Il a paru utile de le faire éclater afin de pouvoir mettre en lumière les modalités qui permettent d'éviter la règle de l'égalité en nature et même de l'égalité en valeur. Par conséquent, sous le générique "Réalisation du partage" (Rubrique 9) ont été classées toutes les actions qui avaient pour but d'obtenir une répartition égalitaire des biens entre les copartageants, soit dans la manière dont les lots devaient être composés ou dans celle dont les biens devaient être évalués. Par contre, trois rubriques ont été consacrées aux règles d'attribution particulières aux entreprises commerciales, industrielles ou artisanales (art. 832, al. 4, C. civ.) et aux locaux à usage professionnel (art. 832, al. 8, C. civ.) (Rubrique 10), au local d'habitation (art. 832, al. 7, C. civ.) (Rubrique 11) et surtout à l'exploitation agricole (art. 832, al. 3, C. civ.) (Rubrique 12). De cette dernière institution a été rapprochée celle de la créance de salaire différé (Rubrique 13), qui modifie également le fonctionnement normal du partage.

(135) D.S. 1978.I.R.425 ; Sem. jur. éd. N. 1980 - Pratique, n° 7734, p. 566 ; G.P. 1982. Panorama.71 ; Bull. civ. I, n° 305, p. 258 ; Bull. civ. I, n° 35, p. 30 ; Sem. jur. éd. N.1982.II, p. 198.

(136) G.P.1982. Panorama.71.

de porter atteinte à leur valeur ou aux droits qui y sont attachés (Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1979 (2ème moyen) (137), et surtout sur le sort des immeubles. Pour ce qui est de ces derniers, la Cour admet qu'à l'exception de ceux qui sont attribués à titre préférentiel, il appartient au juge du fond de décider souverainement s'ils ne peuvent être commodément partagés ou attribués (art. 827, al. 1, C. civ.) et, par conséquent, s'ils doivent être vendus (Cass. civ. 1ère, 1er juillet 1975 et Cass. civ. 1ère, 23 juillet 1979 (138)). Mais elle recherche si la difficulté de partager les immeubles successoraux est suffisamment motivée et casse les décisions qui ordonnent la licitation au seul prétexte de l'incommodité d'une attribution répondant aux vœux des copartageants (Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1979 (139)) comme celles qui l'écartent pour attribuer l'immeuble successoral à l'un des héritiers et n'accorder qu'une soulte à l'autre (Cass. civ. 1ère, 18 juillet 1984 (140)). Par contre, elle admet que des immeubles, impartageables quand ils sont envisagés un par un, peuvent le devenir quand ils sont réunis en une masse unique (Cass. civ. 1ère, 18 mai 1983 (141)), et que le juge peut n'ordonner la vente que d'un seul immeuble et ordonner le partage en nature des autres (Cass. civ. 1ère, 11 juillet 1984 (142)).

C'est l'attribution préférentielle (Rubriques 10 à 12) - institution qui permet à certains des héritiers d'être mieux partagés que les autres - qui suscite le contentieux le plus important (12,02 % de l'ensemble). Mais alors que plusieurs catégories de biens peuvent en faire l'objet, c'est sur une seule d'entre elles, les exploitations agricoles, que se concentrent les litiges (76,50 %). Sans qu'il soit besoin de retracer l'historique de ce régime exorbitant du droit commun ni de rappeler ses buts, l'analyse de la jurisprudence suffit à faire comprendre que, parce qu'il n'a jamais été adapté à l'évolution des données, il est aujourd'hui complètement dépassé ou complètement dévoyé.

De tous les biens qui peuvent faire l'objet d'une attribution préférentielle, c'est celle de l'entreprise commerciale, industrielle ou artisanale qui répond le mieux à la première de ces propositions. Le nombre des demandes est dérisoire

(137) G.P.1980. Panorama. 242.

(138) Bull. civ. I, n° 218, p. 186 et Bull. civ. I, n° 226, p. 179.

(139) Bull. civ. I, n° 333, p. 271.

(140) Bull. civ. I, n° 239, p. 200.

(141) Bull. civ. I, n° 153, p. 134.

(142) Bull. civ. I, n° 203, p. 182.

(Rubrique 10) (143) et, lorsque cela se produit, c'est toujours un fonds de commerce qui en est l'enjeu. L'ineffectivité de la règle tient essentiellement à deux causes : tout d'abord au fait que l'attribution d'une telle catégorie de biens exige du demandeur des qualités déterminées, car ce n'est pas le fonds mais le commerçant, l'industriel ou l'artisan (144) qui est productif ; ensuite à l'allongement de la durée moyenne de la vie. En effet, s'il y a encore un certain nombre de commerçants et de chefs d'entreprise qui gardent la direction de leur affaire au-delà de quatre-vingts ans, la plupart d'entre eux prennent leur retraite à soixante-cinq ans. Il y a donc déjà longtemps que le fonds a été transmis lorsque décède le commerçant ou l'entrepreneur retraité (145). C'est néanmoins dans le cadre familial que, plus de six fois sur dix, s'est effectuée cette transmission (146), le chef d'entreprise se retirant après avoir remis son affaire à l'un de ses enfants (147) et désintéressé les autres. Si tout changement de direction peut être un élément perturbateur dans la vie de l'entreprise, ce mode de passation des pouvoirs, bien préparé et opéré à un moment où elle connaît de bons résultats découlant d'une gestion utile, ne nuit pas à sa conversion et à son développement. Alors que le vieillissement de l'entrepreneur constitue une menace pour sa survie. Car, pour en assurer la pérennité, l'enfant appelé à lui succéder se trouve obligé de commencer par se lancer dans le programme de modernisation ou de reconversion que son père avait négligé. Si bien que lorsque le dirigeant ne peut pas ou ne veut pas céder sa place en temps voulu, c'est l'existence même de l'entreprise qui est en jeu : plus de 1 000 de celles qui ont été créées avant 1946 auraient ainsi disparu entre 1980 et 1982 (148).

(143) Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1976 - Bull. civ. I, n° 419, p. 327 ; Cass. civ. 1ère, 4 mai 1977 - Bull. civ. I, n° 207, p. 163 ; Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1977 - Bull. civ. I, n° 482, p. 382 ; Cass. civ. 1ère, 29 avril 1980 - Bull. civ. I, n° 133, p. 108 ; Cass. civ. 1ère, 2 mars 1982 - D.S.1982. I.R.421.

(144) Au 1er janvier 1982, 792 879 entreprises artisanales étaient inscrites au Répertoire informatique des métiers (Collections de l'INSEE. 439. Série Entreprise, n° 84. - Paris, I.N.S.E.E., 1983).

(145) Bien qu'il soit trop tôt pour le vérifier, on peut penser que la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 qui a rendu possible l'attribution préférentielle de l'entreprise exploitée sous forme de parts sociales ne changera rien à la situation (art. 832, al. 3, C. civ.).

(146) Renseignements communiqués par le Crédit d'équipement des P.M.E.

(147) Cette attitude pourra être encouragée par les facilités accordées par le décret n° 85-256 du 23 mars 1985 (J.O. 24 mars 1985, p. 3509 et 3510) pour le payement des droits dus sur les transmissions à titre gratuit d'entreprises individuelles.

(148) Renseignement communiqué par le Crédit d'équipement des P.M.E. d'après les résultats d'une enquête réalisée en 1976 par la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat.

L'attribution préférentielle ne constitue donc pas le mode normal de transmission de ce type de bien parce qu'elle est condamnée tant par le phénomène démographique que par les impératifs d'une saine administration. Elle ne peut présenter d'intérêt que dans le cas de la disparition prématurée de l'entrepreneur.

L'attribution préférentielle du local d'habitation suscite un contentieux un peu plus abondant que le précédent, surtout si l'on ajoute aux résultats de la Rubrique 11 deux demandes faites concurremment avec des demandes d'attribution d'exploitation agricole et qui ont été classées sous cette rubrique (149). Elle représente ainsi près de 2,50 % du total des affaires contre moins de 1 % pour l'attribution préférentielle d'entreprises commerciales. Mais quand on sait qu'en 1978, sur 8 695 000 chefs de famille propriétaires du logement qu'ils occupaient, 1 716 000 l'avaient acquis par donation ou par héritage, on comprend que l'on devient plus souvent propriétaire à la suite d'un partage égalitaire amiable que grâce à l'exercice d'une prérogative dérogatoire au droit commun (150).

Si la question de l'appropriation du logement ayant appartenu au défunt se pose peu, cela s'explique aisément par l'allongement de la durée moyenne de la vie. En effet, lorsque les parents décèdent, il y a déjà longtemps que leurs enfants ne vivent plus avec eux. Et l'on voit mal comment ils pourraient revenir sous le toit familial, quand ils ont acquis leur indépendance et qu'ils sont parvenus à un âge où il est difficile d'innover et, par conséquent, de déménager.

Il arrive pourtant que des enfants puissent demander l'attribution du logement occupé par leurs parents. Et cette attribution est toujours appelée à porter sur la propriété du local. Quant au conjoint survivant, sans doute à cause de la pratique de l'usufruit concédé signalée ci-dessus (151), il est rarement demandeur. Deux cas seulement ont été relevés. Et encore, si dans l'un, sa demande avait bien pour cause l'acquisition de la propriété de la maison qu'il habitait et qui était édiflée sur la propriété rurale préférentiellement attribuée à son fils (Cass. civ. 1ère, 4 juin 1980 (152)), dans le second, elle n'avait d'autre but que de faire obstacle à l'action

(149) Cf. Cass. civ. 1ère, 30 juin 1982 - G.P.1982. Panorama.355, et Cass. civ. 1ère, 7 juillet 1982 - Bull. civ. I, n° 254, p. 219.

(150) Les Conditions de logement des ménages en 1978. Collections de l'INSEE, Série M, Ménages, n° 85 (1980).

(151) Cette pratique a été décrite p. 267 à 270.

(152) Bull. civ. I, n° 176, p. 143.

en partage formée par le créancier de l'un de ses enfants (Cass. civ. lère, 8 mars 1983 (153)).

Que le demandeur soit un enfant du défunt ou son conjoint, l'interprétation de la Cour est assez stricte en ce qui concerne la condition de résidence effective dans le local au moment du décès (art. 832, al. 7, C. civ.). Par contre, elle se montre large en ce qui concerne les besoins du postulant. C'est ainsi que si elle admet que, dans le cas de demande d'attribution d'un local dépendant des successions confondues des père et mère, la condition de résidence peut être remplie à l'époque de l'un ou de l'autre des décès (Cass. civ. lère, 20 novembre 1984 (154)) - ce qui est une solution favorable à l'enfant venu vivre auprès du survivant -, elle décide que ne remplit pas les conditions de résidence exigées celui qui ne s'est installé au domicile de ses parents que peu avant le décès de son père, alors qu'il résidait depuis longtemps ailleurs (Cass. civ. lère, 26 mars 1980 (155)), ni celui qui y avait son domicile légal, mais se trouvait au moment de la demande à l'étranger à titre de résident provisoire (Cass. civ. lère, 16 novembre 1982 (156)). En revanche, s'il est satisfait à la condition de cohabitation, la Cour ne se préoccupe pas de savoir si les locaux correspondent aux besoins de logement du demandeur en attribution (Cass. civ. lère, 18 octobre 1978 ; Cass. civ. lère, 4 juin 1980 ; Cass. civ. lère, 9 juillet 1980 (157)), ni s'ils représentent plus que sa part successorale. Sans doute les dispositions de l'article 832, alinéa 7, du Code civil ne l'exigent-elles pas. Mais c'est faire fi du principe de l'égalité en nature chaque fois que le bien constitue plus que cette part, et de l'égalité tout court lorsque les créanciers de soultes sont en présence d'un attributaire récalcitrant ou impécunieux.

(153) Bull. civ. I, n° 90, p. 79 - La maison dont il s'agissait constituait l'essentiel de la succession et les enfants, pour leur part, opposaient au créancier qu'ils étaient d'accord pour demander le maintien de l'indivision. Leur prétention a été repoussée au motif que, pour faire obstacle à l'action en partage exercée par le créancier d'un coindivisaire, il faut que la convention de maintien de l'indivision lui soit antérieure. Alors que celle de la mère a été déclarée recevable, l'attribution préférentielle pouvant être demandée tant que le partage n'a pas été ordonné par une décision judiciaire devenue irrévocable.

(154) Bull. civ. I, n° 316, p. 267.

(155) Bull. civ. I, n° 106, p. 86.

(156) G.P. 1983. Panorama. 58.

(157) Bull. civ. I, n° 313, p. 241 ; Bull. civ. I, n° 176, p. 143 ; Bull. civ. I, n° 213, p. 174.

L'atteinte au principe de l'égalité successorale est encore plus flagrante en matière de partage de successions agricoles, car c'est l'hypothèse où l'attribution intégrale est le plus souvent demandée (76,40 %). Et ce type d'action, qui représente un peu plus de 9 % du contentieux en matière successorale, y occupe un rang prééminent (158).

L'attribution préférentielle est donc un fait rural. Mais elle ne constitue pas pour autant le mode normal d'installation des jeunes agriculteurs (159). Par exemple, en 1982 les mutations foncières à titre gratuit - donations-partages et attributions préférentielles confondues -, n'ont représenté que 73 % des installations et 13 % des surfaces échangées à titre gratuit ou à titre onéreux, alors que les acquisitions de terres en ont permis 35 % avec 15 % des surfaces, et la prise à bail 28 % avec 72 % des surfaces (160). Sur un total annuel de 2 millions d'hectares, 260 000 seulement sont transférés à titre gratuit contre 300 000 par achat et 1 440 000 par bail, les jeunes agriculteurs, c'est-à-dire ceux qui ont moins de trente-cinq ans, n'en reprenant que 60 000 à titre gratuit (13 % des transferts) alors qu'ils en achètent 70 000 et en louent 335 000 (161). A cause de l'allongement de la durée

(158) La Rubrique 9 ne peut pas être comparée à la Rubrique 12, car elle est constituée d'éléments hétérogènes, alors que la seconde ne concerne qu'un seul objet.

(159) Nombre annuel d'installations de chefs d'exploitations :

- de 1972 à 1976 : 31 700
- de 1977 à 1979 : 29 500
- en 1981 et 1982 : 29 400

Il s'agissait essentiellement d'installation d'hommes (83 % des cas) qui vivaient déjà sur l'exploitation sans y être salariés (68 %) ou sur une autre exploitation sans y être salariés (8 %). Les autres étaient des salariés de l'agriculture (6 %) ou vivaient en milieu non agricole (18 %) (Cahier de statistique agricole n° 5 de 1984, p. 30).

(160) Renseignements communiqués par la Caisse Nationale de Crédit Agricole.

(161) D'après une étude du Ministère de l'agriculture et du C.N.A.S.E.A. (Centre National d'Aménagement des Structures des Exploitations Agricoles) sur l'installation des jeunes agriculteurs avec ou sans interventions des S.A.F.E.R. (octobre 1981).

Cette répartition moyenne (en hectares) recouvre des réalités différentes selon les régions :

% des surfaces	Transmission à titre onéreux	Transmission à titre onéreux	Bail rural	TOTAL
Moyenne nationale	13	15	72 (a)	100
Région Nord	0,6	0,9	98,5	100
Région Aquitaine	16,6	16,5	66,9	100
Centre	12,1	51,6	36,3	100

(a) dont 39 % de baux familiaux.

moyenne de la vie, les enfants de chefs d'exploitation s'établissent indépendamment plutôt que de compter sur la libération des terres familiales.

Par conséquent, forment l'essentiel des demandeurs en attribution préférentielle ceux qui n'ont pas voulu se prendre en charge et ont préféré d'attendre sans risque et sans responsabilité la retraite ou le décès du parent exploitant. Et si quelques-uns ont mieux aimé se placer chez un autre cultivateur en escomptant le moment où leur auteur accepterait de leur abandonner la conduite de l'exploitation tout en conservant le contrôle, la majorité d'entre eux a supporté de travailler jusqu'à un âge avancé, à temps complet, sur l'exploitation, en qualité d'aide familial (162). C'est ainsi qu'ont fait une demande d'attribution préférentielle un enfant qui participait à la mise en valeur du fonds depuis 1925 (Cass. civ. 1ère, 19 avril 1977 (163)), deux autres âgés respectivement de 66 à 72 ans (Cass. civ. 1ère, 6 mai 1981 (164)), ou encore une femme que les juges se contentent de qualifier d'âgée (Cass. civ. 1ère, 7 février 1979 (165)). Le vieillissement des attributaires préférentiels ressort également de la répartition des deux catégories de prêts qui leur sont accordés par le Crédit agricole pour le financement des soultes dues à leurs cohéritiers :

(162) Répartition des aides familiaux selon le sexe de l'exploitant :

Année	<u>Pères</u> exploitants	Aides familiaux	<u>Mères</u> exploitantes	Aides familiaux
1975	959 035	125 345	187 775	378 740
1982	833 680	89 640	153 640	392 740

Source : Annuaire statistique de la France.

En 1979, les chefs d'exploitation ayant un successeur probable ne détenaient que 8 696 000 ha, soit 29 % de la superficie totale des terres exploitées (Cahier de statistique agricole n° 3 de 1984).

(163) Bull. civ. I, n° 175, p. 136.

(164) Revue de droit rural, 1982, p. 511.

(165) D.S. 1979.I.R.286.

TABLEAU N. 12

**PRETS FONCIERS BONIFIES ACCORDES AUX ATTRIBUTAIRES SUCCESSORAU
OU AUX ATTRIBUTAIRES PREFERENTIELS POUR LE PAYEMENT DES SOULTES**
(Nombre de prêts accordés)

Cour d'Appel du Nord au Sud	1982		1983		1984	
	1e cat.	2e cat.	1e cat.	2e cat.	1e cat.	2e cat.
Douai	1	6	0	4	0	2
Amiens	0	4	1	4	0	5
Rouen	3	14	3	9	0	5
Caen	1	66	4	51	3	49
Reims	1	21	2	8	1	12
Nancy	1	10	0	8	3	6
Metz	3	2	1	2	1	0
Colmar	1	7	1	2	0	4
Paris	1	2	2	7	0	7
Versailles	2	9	1	5	1	5
Orléans	4	25	1	17	5	5
Angers	2	62	6	38	5	30
Rennes	70	132	46	106	35	81
Poitiers	10	18	10	26	3	22
Bordeaux	33	56	26	53	33	55
Bourges	1	11	1	9	1	4
Dijon	4	15	0	8	1	14
Besançon	2	18	1	14	1	11
Chambéry	2	11	5	23	7	17
Grenoble	10	57	5	36	12	23
Lyon	4	23	17	52	7	24
Riom	21	37	32	43	16	24
Limoges	19	33	11	21	9	22
Agen	28	68	23	38	30	66
Pau	37	59	18	47	10	54
Toulouse	42	51	25	42	19	43
Montpellier	50	80	57	56	39	68
Nîmes	19	53	14	44	10	38
Aix-en-Provence	5	19	4	19	0	20
Bastia	0	0	0	0	0	0
	377	969	317	792	252	716

Les prêts de 1ère catégorie sont accordés à des jeunes agriculteurs (moins de 35 ans, plus conditions de capacité professionnelle). Ils peuvent financer jusqu'à 80 % du montant de la dépense et ont un taux de 9 % pendant 8 ans, et de 12 % au-delà.

Les prêts de 2ème catégorie sont accordés aux autres agriculteurs. Ils peuvent financer jusqu'à 65 % du montant de la dépense et ont un taux de 9 % pendant 5 ans, et de 12 % au-delà.

Les agriculteurs de moins de 35 ans ne représentent en effet que 27,50 % des emprunteurs. Il faut d'ailleurs noter que, quelle que soit la catégorie envisagée, le nombre des transmissions à titre gratuit est peu élevé, et surtout, qu'il est en régression, passant du chiffre total de 1346 en 1982 à celui de 968 en 1984.

Ainsi admise, l'attribution préférentielle ne peut pas être un facteur de progrès, mais conduit à une agriculture d'autosubsistance, que favorise encore l'absence de définition de la notion d'unité économique, les juges ne craignant pas de considérer comme telle un lopin de terre dont l'exploitation assure l'essentiel des besoins d'une personne âgée, même s'il est insuffisant pour permettre à une famille de subsister (Cass. civ. 1ère, 7 février 1979, précité). Mais il leur arrive d'exiger que les parcelles convoitées forment au moins un ensemble cohérent au point de vue fonctionnement et productivité (Cass. civ. 1ère, 17 décembre 1980 (166)), et, par conséquent, aient toutes une vocation agricole (Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1981 (167)). Compte tenu que les juges du fond apprécient souverainement si les éléments désirés constituent ou non une unité économique, il était inmanquable qu'ils parviennent à des solutions en sens contraire et que ceux qui ont une conception mythique et abstraite de l'entreprise familiale, faisant fi des réalités, encouragent l'acharnement processif des tenants d'un mode de culture condamné.

En fait de transmission indéfinie dans les familles d'exploitations modulées aux nécessités économiques, ils favorisent surtout la reprise à la première transmission par décès de l'entreprise acquise par l'un des deux parents ou par les deux ensemble (168). Il serait d'autant plus intéressant de pouvoir suivre la destinée de ces domaines pour savoir s'ils sont appelés à être transférés également par voie d'attribution intégrale à la génération suivante, que l'attributaire n'est pas tenu d'avoir des héritiers susceptibles de lui succéder (Cass. civ. 1ère, 14 juin 1977 et Cass. civ. 1ère, 6 mai 1981 (169)), et qu'il peut en disposer à sa guise. Sous le couvert de mettre le système successoral au service du fonds, objet de l'attribution, la loi n'a fait que concéder un privilège au sujet de cette attribution.

(166) G.P. 1981. Panorama. 142.

(167) Revue de droit rural, 1982, p. 511.

(168) L'identité du défunt fait souvent défaut. Sur les 68 cas recensés, on sait seulement que pour 20 d'entre eux, il s'agissait de la succession du père, pour 2, de celle de la mère et pour 26, des successions confondues des parents.

(169) Bull. civ. I, n° 278, p. 220 et Revue de droit rural, 1982, p. 511.

Si l'attribution préférentielle est un phénomène purement rural, c'est en même temps un fait masculin puisque 61 des 68 demandeurs (89,70 %) sont des hommes. Le rapport entre les deux sexes tel qu'il résulte de l'enquête correspond sensiblement à celui qui existe dans la population agricole, celle-ci comptant en effet 959 035 agriculteurs pour 187 775 agricultrices en 1975 (soit 83,63 % contre 16,37 %) et 864 417 pour les premiers contre 151 154 pour les secondes (soit 85,12 % contre 14,88 %) en 1981 (170). Or, à l'exception de celles qui émanent du conjoint survivant, toutes les demandes sont faites par des descendants du défunt, enfants ou petits-enfants venant par représentation de leur auteur prédécédé. Mais jamais par un autre type d'héritier. Et, quand il y a des demandes concurrentes, la solution est toujours défavorable à celui ou à celle qui ne s'est consacré qu'au jardin potager ou à la conduite de petits élevages pendant que son adversaire participait à l'exploitation des terres (Cass. civ. 1ère, 20 mars 1978 (171)). Le maintien de plusieurs descendants au sein de l'entreprise familiale constitue une opération d'autant plus spoliante pour ceux qui s'en trouveront exclus qu'ils ne pourront même pas y conserver leur logement, si aucun bâtiment ne constitue un élément dissociable de l'exploitation ou non indispensable à sa mise en valeur (Cass. civ. 1ère, 30 juin 1982 et Cass. civ. 1ère, 7 juillet 1982 (172)), et que l'attributaire pourra jouir d'un régime de faveur pour payer la soulte qui leur est due (art. 832-1 C. civ.). Pourquoi ne pas procéder en ce cas à une répartition des droits en fonction des mérites de chacun ?

Cette protection serait d'autant plus nécessaire que lorsque l'un des héritiers peut prétendre à l'attribution préférentielle, les autres se trouvent complètement démunis, quelle que soit l'origine de l'indivision. En effet, alors que la Cour a refusé d'étendre l'attribution préférentielle aux indivisions d'origine conventionnelle en matière de logement d'habitation (Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1977 (173)), elle l'a admis pour les domaines dont les parents avaient fait donation à leurs enfants à titre de partage anticipé indivisément et chacun pour moitié, parce qu'il n'y avait pas eu partage mais seulement création au profit des gratifiés d'un droit indivis sur un bien qui restait à partager (Cass. civ. 1ère,

(170) Source : Collections de l'INSEE, Série D. n° 105, Enquête sur l'emploi 1984, p. 35.

(171) Bull. civ. I, n° 118, p. 95.

(172) G.P. 1982. Panorama. 355 et Bull. civ. I, n° 254, p. 219.

(173) Bull. civ. I, n° 8, p. 6.

26 janvier 1977 (174)), solution qui a été consacrée par la loi du 3 juillet 1971 (175) qui a décidé que pour qu'une donation puisse valoir comme partage d'ascendant, il faut que le donateur intervienne au partage (art. 1076, al. 2, C. civ.). Et, plus récemment, elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait reconnu droit à l'attribution préférentielle sur une exploitation agricole à un copropriétaire qui en tenait la moitié indivise d'une donation-partage, "la loi n'exigeant pas que l'attributaire préférentiel d'un bien rural soit devenu, pour toute sa part indivise, copropriétaire de ce bien par voie successorale" (Cass. civ. 1ère, 18 février 1981 (176)).

Dans le cas de juxtaposition d'indivisions de nature différente, la Cour avait posé le principe que nul ne peut demander l'attribution préférentielle d'un bien dont certains éléments appartiennent privativement ou indivisément à autrui. Ainsi, lorsqu'une exploitation est pour partie commune et pour partie propre au conjoint survivant, seul celui-ci devrait pouvoir demander l'attribution comme étant propriétaire d'une partie du domaine et copropriétaire du surplus, mais pas les héritiers du défunt qui ne possèdent de droits du chef du prédécédé que dans l'indivision post-communautaire. Pour pouvoir y prétendre, il faudrait qu'ils viennent aux deux indivisions, faculté qui ne s'ouvrira qu'au décès du second conjoint. Ce n'est pourtant pas ce qu'a estimé la Cour quand, le 17 octobre 1984 (177), elle a décidé qu'il suffisait que le demandeur possède des droits indivis sur le domaine, la qualité de l'indivision elle-même étant sans influence. Non seulement la différence de régime entre les deux catégories de biens - logement d'habitation et bien foncier - ne se justifie pas, mais encore la solution ci-dessus ne tient aucun compte des situations respectives des parties.

L'attribution préférentielle trahit un autre phénomène qu'elle ne peut qu'encourager alors qu'il devrait la condamner, c'est la pluriactivité des demandeurs. En effet, une proportion importante de ces exploitations (environ 31 % d'entre elles)

(174) Bull. civ. I, n° 56, p. 43.

(175) Les dispositions de cette loi n'étaient pas applicables à l'espèce précitée.

(176) Bull. civ. I, n° 61, p. 50.

(177) Bull. civ. I, n° 269, p. 229. En l'espèce, la mère du demandeur était copropriétaire de la moitié du domaine en qualité d'héritière de son père et d'un quart comme commune en biens. L'un des premiers commentateurs de cette décision l'a trouvée discutable, parce qu'elle élargissait de façon insolite le champ d'application de l'attribution préférentielle (Cf. J. Patarin, in : Revue trimestrielle de droit civil, 1985, p. 598 et s.).

étant de très petite dimension (moins de 20 ha) (178) ne peuvent assurer l'emploi d'un actif à temps complet. Ainsi en 1981, 181 000 exploitants (15 %) reconnaissent avoir une profession principale autre que celle d'exploitant agricole (179), et 154 000 autres être déjà bénéficiaires d'une retraite (180). L'agriculture ne constitue donc pour beaucoup qu'un moyen d'améliorer des revenus ou une retraite modestes. En admettant qu'elle corresponde à une nécessité pour une partie de la population, la pluriactivité a un double inconvénient : elle paralyse la réorganisation foncière et favorise la création d'ilôts qui ne répondent pas au critère du Code civil. Mais, même si la Cour ne semble pas vouloir favoriser le retour à la terre de descendants de petits exploitants dans le but d'accroître leur salaire ou leur pension, le phénomène n'en est pas moins patent : les demandeurs en attribution préférentielle ont parfois une double activité : cadre qui s'occupait d'une vigne (Cass. civ. 1ère, 2 février 1982 (181)), fonctionnaire qui ne s'était installé sur l'exploitation qu'à une date voisine de sa retraite (Cass. civ. 1ère, 8 mars 1977 (182)), artisan-fils d'artisan lui-même exploitant à temps partiel (Cass. civ. 1ère, 10 juin 1980 (183)), autant de cas où les juges ont estimé que la condition de participation effective à la mise en valeur faisait défaut.

Le consensus familial se dégrade encore à cause d'une autre iniquité engendrée par l'attribution préférentielle : non seulement les cohéritiers de l'attributaire ne reçoivent rien de ce qui a appartenu à leur auteur quand le fonds, objet de l'attribution, constitue la totalité de sa succession, mais en plus, ils risquent de ne même pas être payés des soultes dont ils sont créanciers. Car le fait pour le demandeur

(178) En 1979, pour 1 202 700 exploitants agricoles, on comptait 982 100 chefs d'exploitation non double actifs pour 280 600 double actifs, dont 207 800 à titre principal et 72 800 à titre secondaire (Bulletin de statistique agricole 1984, n° 1, p. 43). En 1981, pour 1 199 000 exploitations agricoles, 822 000 étaient des exploitations à temps complet et 377 000 à temps partiel. (Annuaire de graphiques agricoles, GRAPH-AGRI 83).

On pourra également consulter : Eric Vert, les Revenus non agricoles des agriculteurs, choix ou nécessité ? in : Economie et statistique, novembre 1985, p. 11.

(179) La majorité d'entre eux sont : ouvriers, employés, petits commerçants ou artisans.

(180) Agricole dans les deux tiers des cas.

(181) Revue de droit rural, 1982, p. 339.

(182) Bull. civ. I, n° 124, p. 96. En l'espèce, l'héritier s'était installé sur l'exploitation après sa mise à la retraite, quatre ans après le décès de son auteur, à une date voisine de sa demande en attribution préférentielle.

(183) Revue de droit rural, 1981, p. 65.

en attribution de se trouver dans l'impossibilité de payer sa dette ne constitue pas une fin de non recevoir dès lors qu'il remplit les conditions requises par l'article 832, alinéa 2, du Code civil (Cass. civ. 1ère, 4 janvier 1980 (184)) et ne lui fait encourir aucune déchéance (Cass. civ. 1ère, 18 octobre 1978 (185)), le paiement des soultes étant seulement garanti par un privilège immobilier portant sur le fonds préférentiellement attribué. Compte tenu des larges facilités de crédit accordées à ceux qui en sont bénéficiaires, l'attribution préférentielle devrait être subordonnée au paiement comptant des soultes (186).

De ce monopole, on est tenté de rapprocher le droit pour l'héritier de faire valoir une créance de salaire différé lorsqu'il a travaillé sur l'exploitation de façon temporaire ou permanente sans y être salarié. D'après les résultats de l'enquête (Rubrique 13), l'exercice de ce droit se cumulerait rarement avec celui de l'attribution préférentielle puisque 14 des 16 moyens relevés pourraient concerner des espèces dont une créance de salaire différé était l'unique objet (187). Les demandeurs sont donc en majorité des enfants qui n'ont pu ou voulu prétendre à l'attribution préférentielle. Mais, alors que les hommes représentent 88 % des demandeurs en attribution préférentielle, ils ne constituent que 56 % du groupe de ceux qui demandent à être indemnisés de l'aide qu'ils ont apporté à leur auteur. Et, quand 79 % des demandes en attribution préférentielle sont faites après le décès du père, les demandes de ceux qui se prévalent d'une créance de salaire différé sont formées presque aussi souvent après le décès de celui-ci qu'après celui de la mère : cela correspond au fait que les aides familiaux sont moins nombreux à travailler chez le premier que chez la seconde (188).

(184) G.P. 1980. Panorama. 242.

(185) Bull. civ. I, n° 298, p. 247.

(186) Cf. p. 299 ci-dessus. Des facilités fiscales leur ont même été accordées par le décret n° 85-356 du 23 mars 1985 (J.O. 24 mars 1985, p. 3509 et 3510) qui les a autorisés à différer le paiement des droits de mutation à titre gratuit pendant cinq ans à compter de la date de leur exigibilité, puis à fractionner les droits dus sur une période de dix ans.

(187) Les deux affaires à l'occasion desquelles un descendant d'exploitant a demandé à être reconnu titulaire d'une créance de salaire différé en même temps qu'attributaire du fonds sur lequel il prétendait avoir travaillé, sont : Cass. civ. 1ère, 19 mars 1975 (Bull. civ. I, n° 117, p. 99) et Cass. civ. 1ère, 7 mai 1980 (Revue de droit rural 1981, p. 64).

(188) Cf. note 162. Les exploitants recourent surtout à la main-d'oeuvre salariée : en 1975, ils ont employé 331 810 salariés alors que les exploitantes n'en employaient que 43 670. On peut penser que si la mère obtient, plus facilement que le père, le concours de l'un de ses enfants, c'est parce qu'elle laisse celui-ci plus libre qu'il ne le ferait de choisir ses orientations sur l'exploitation.

Nous savons qu'en dépit du caractère multiforme de la collaboration familiale (189), le législateur ne prend en considération que celle qui est consacrée à l'exploitation, concept dans lequel les juges ne veulent voir que la production marchande. C'est pourquoi ils refusent le bénéfice du salaire différé aux femmes qui ne font que participer aux travaux agricoles (Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1981 (190)), celles-ci ne pouvant même pas espérer obtenir une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause, dès lors qu'elles ont été logées, nourries et entretenues gratuitement (ibidem) et a fortiori si elles ont vécu sur le domaine avec leurs enfants (Cass. civ. 1ère, 10 mai 1984 (191)). Par contre, non seulement ils accueillent les demandes de ceux qui ont travaillé à temps complet sur l'exploitation, mais encore de ceux qui ont cumulé les emplois et ne se sont livrés aux activités agricoles que pendant les loisirs que leur laissait l'exercice d'une autre profession. Ils estiment que, pour pouvoir constituer la participation suffisante exigée par la loi, les activités en question doivent avoir été non seulement gratuites (Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1981 (192)), mais également en rapport avec l'importance du fond (Cass. civ. 1ère, 10 juin 1980 (193)). Ainsi, il a été jugé que, si quelques travaux de jardinage ne peuvent être retenus (ibidem), des tâches de manoeuvre exécutées pour se faire un peu d'argent chez divers employeurs (Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1982 (194)) ou des travaux hors de l'exploitation permettant d'acquérir du bétail (Cass. civ. 1ère, 19 mars 1980 (195)) ne sont pas incompatibles avec la participation à la mise en valeur des biens du de cujus.

La neutralisation du principe de légalité dans le partage, en nature ou même en valeur, résulte encore du partage d'ascendant. En effet, si le père ou la mère qui usent de cette prérogative le font quelquefois pour procéder à une juste répartition de leurs biens entre leurs enfants au mieux des intérêts de ceux-ci, ils y recourent surtout pour allotir l'un d'entre eux de l'intégralité de leurs biens, les autres étant réduits à des soultes payables à leur décès.

(189) Cf. p. 298 ci-dessus, note 162.

(190) Revue de droit rural 1982, p. 113.

(191) Revue de droit rural 1984, p. 601.

(192) Bull. civ. I, n° 296, p. 248.

(193) Bull. civ. I, n° 180, p. 147.

(194) Revue de droit rural 1983, p. 377.

(195) Revue de droit rural 1980, p. 359.

Si le partage d'ascendant peut se réaliser de deux façons, seule la donation-partage semble exercer un véritable attrait (196), puisque sur les 37 moyens relevés, trois seulement ont trait au testament-partage (197). Et cette impression se confirme quand on compare ce résultat à celui des différends consécutifs à des testaments faits en faveur de descendants (14 exemples (198)). Ce qui permet de déduire que les père et mère qui veulent organiser le transfert de leurs biens à leurs enfants le font surtout sous la forme d'une donation-partage, la voie testamentaire étant essentiellement réservée à la gratification des étrangers à la famille. On a longtemps expliqué l'engouement porté aux donations-partages par les avantages fiscaux dont elles bénéficiaient. Or il semblerait que, bien que ces avantages aient été considérablement réduits par la loi n° 81-734 du 3 août 1981 qui les a entièrement assimilées aux partages de succession, les donations-partages marquent un recul beaucoup moins important qu'on aurait pu le prévoir. A cela, deux explications peuvent être données : tout d'abord, le partage d'ascendant est un acte d'autorité à l'égard des enfants, en même temps qu'un moyen de les retenir près d'eux (199). Ensuite, les avantages fiscaux qui lui restent attachés ne sont pas négligeables. En effet, lorsque le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés, les droits de mutation ne sont perçus que sur la valeur de la nue-propriété immédiatement transférée, la réunion de l'usufruit à cette nue-propriété, qui doit se produire lors du décès de l'usufruitier, ne devant donner lieu à aucune imposition en tant que transmission à titre gratuit. Et, alors que le principe voudrait que les droits soient acquittés par les gratifiés, ce sont généralement les

(196) Il faut ajouter un cas de donation-partage catalogué dans la Rubrique 1 parce qu'il s'agissait en réalité d'une action en réduction dirigée contre une donation-partage par les enfants adultérins d'un fils prédécédé en application de l'article 14, alinéa 2, de la loi du 3 janvier 1972, prétention qui a été repoussée parce que les droits résultant des règles nouvelles concernant l'établissement de la filiation ne pouvaient être exercés au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur (Cass. civ. 1ère, 5 décembre 1978 - Bull. civ. I, n° 374, p. 292).

(197) Cass. civ. 1ère, 20 octobre 1975 - Bull. civ. I, n° 253, p. 214 ; Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1976 - Bull. civ. I, n° 262, p. 213 ; Cass. civ. 1ère, 20 janvier 1982 - Sem. jur. 1982.II.19908. En fait un quatrième cas de testament-partage a été relevé mais a été classé dans la Rubrique 17 : parce qu'en l'espèce les deux héritiers étaient opposés à la D.G.I. qui avait liquidé des droits pour soule simplement parce que la part de l'un était sensiblement inférieure à celle de l'autre, bien que le testament n'ait pas imposé le versement d'une soule (Cass. com., 14 avril 1975 - Bull. civ. IV, n° 102, p. 85).

(198) Cf. Tableau n° 10, p. 266, Rubriques 21, 22 et 23, colonnes A, K et L.

(199) Cf. ce qui a été dit à ce propos p. 257 ci-dessus.

donateurs qui les payent à leur place sans que cela soit considéré comme une libéralité supplémentaire et imposé en cette qualité (200).

80 % des donations-partages relevées concernent les exploitations agricoles. En milieu rural, le partage d'ascendant permet à l'exploitant de procéder lui-même à la transmission de son exploitation tout en conservant la mainmise, et d'éviter au bénéficiaire les inconvénients d'un partage successoral. Le besoin de transmettre se manifeste au moment de la retraite du père ou de la mère et est encouragée par l'institution d'une indemnité viagère de départ (Décret n° 74-131 du 20 février 1974). Les parents jouissent de la plus grande liberté dans la composition des lots, allant, selon les régions, de la dévolution de la propriété selon le principe de l'égalité en nature, les copartageants non agriculteurs donnant leur lot à bail à celui qui reste sur l'exploitation (Normandie), à l'attribution de la totalité de cette exploitation à celui-ci contre des soultes aux autres (201).

Pour parvenir à l'une ou à l'autre de ces solutions, l'ascendant-donateur doit forcer le consentement de ses enfants non exploitants, car l'opération n'est jamais avantageuse pour eux. Dans la première, parce que la détention de biens fonciers ne leur assure pas une rémunération comparable à celle d'autres placements de même liquidité. Dans la seconde, parce qu'ils savent que, bien que les soultes dues par le frère en place ont été calculées là aussi sur la base d'un prix à l'hectare sous évalué, ils auront d'autant plus de mal à en obtenir le paiement que le donataire, vu son âge, ne pourra pas se faire attribuer des crédits avantageux pour l'effectuer, tout en étant assuré de conserver le fonds. C'est pourquoi l'un comme l'autre de ces arrangements ne manquent pas de soulever des difficultés au décès du donateur.

L'âge du donataire risque également d'avoir un effet négatif pour l'exploitation elle-même : bien qu'un peu plus jeune que l'attributaire préférentiel, il n'est plus à celui où l'on entreprend. Au mieux, il la maintiendra en l'état, sinon la fera périlcliter.

(200) Cf. ce qui a été dit, p. 251 ci-dessus, des réductions fiscales dont ont longtemps bénéficié les donations-partages.

(201) Cette pratique est encouragée par les Conseillers en agriculture qui suggèrent aux exploitants disposés à se retirer de contraindre les évincés à accepter en faisant valoir qu'en cas de refus de leur part, l'exploitation sera affermée au bénéficiaire pour 99 années.

Sur les vingt-neuf cas où l'origine de propriété est indiquée, 15 ont concerné des donations-partages consenties par les père et mère conjointement (51,75 %), 9 des donations auxquelles le père a procédé seul (31 %) que la mère soit ou non vivante, et 5 des donations consenties par cette dernière (17,25 %) qui n'y recourt qu'après le décès de son mari pour transmettre à ses enfants l'ensemble des biens de la communauté dissoute.

La division d'intérêts est d'autant plus profonde que la cohérisation est plus étendue (202), ce qui se comprend dans la mesure où le poids des soultes s'accroît avec le nombre des créanciers. Lorsque le paiement de ces soultes est retardé au décès du donateur, celui-ci oblige le donataire à exécuter une charge à son profit, en se réservant soit l'usufruit des biens donnés (9 exemples (203)), soit un droit de nourriture et de soins (5 exemples (204)), ce qui lui permet de conserver les conditions de vie qui étaient les siennes avant la disposition. Par contre, la stipulation de rente viagère semble avoir peu de succès (2 exemples) : la raison en est peut-être la modicité des revenus des exploitations données.

En cas de réserve d'usufruit, la réversibilité au profit du conjoint survivant est toujours stipulée, alors que la fourniture de prestations est généralement prévue chaque fois que le donateur est un veuf ou une veuve.

Mais, lorsque les soultes doivent être immédiatement versées, le donataire reçoit les terres libres de toute charge quand il remplit les conditions voulues pour pouvoir obtenir du Crédit Agricole le prêt nécessaire à leur règlement.

(202) Litiges opposant le bénéficiaire à 1 cohéritier : 29,63 %
 2 cohéritiers : 25,92 %
 3 cohéritiers : 37,03 %
 4 cohéritiers : 3,75 %
 6 cohéritiers : 3,75 %

(203) Cass. civ. 1ère, 6 avril 1976 - Bull. civ. I, n° 110, p. 89 ; Cass. civ. 1ère, 30 juin 1976 - Bull. civ. I, n° 237, p. 193 ; Cass. civ. 1ère, 18 mai 1978 - Bull. civ. I, n° 196, p. 157 ; Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1979 - Bull. civ. I, n° 244, p. 195 ; Cass. civ. 1ère, 6 novembre 1979 - Bull. civ. I, n° 270, p. 218 ; Cass. civ. 1ère, 29 mai 1980 - Bull. civ. I, n° 165, p. 132 ; Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1982 - Bull. civ. I, n° 267, p. 229 ; Cass. civ. 1ère, 18 janvier 1983 - Bull. civ. I, n° 25, p. 22.

(204) Cass. civ. 1ère, 3 mars 1976 (2 moyens) - Bull. civ. I, n° 95, p. 78 ; Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1976 - Bull. civ. I, n° 341, p. 272 ; Cass. civ. 1ère, 4 novembre 1981 - Bull. civ. I, n° 330, p. 279 ; Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1978 - Bull. civ. I, n° 379, p. 295.

CONCLUSION

Si la population des justiciables est diversifiée, elle n'est pourtant que l'image d'elle-même, car sa proportion est trop faible pour qu'elle puisse être considérée comme la représentation de l'ensemble des successibles, et ses préoccupations sont trop spécifiques pour qu'elles puissent être tenues pour des préoccupations générales. Mais son caractère marginal est à lui seul l'indicateur le plus précieux : il prouve que le droit successoral assume son rôle social et qu'il n'a pas besoin d'une réforme d'ensemble.

En effet, il remplit toujours sa fonction idéologique : la famille demeure une institution organique dont le but est de transmettre tant sur le plan biologique, qu'intellectuel ou matériel. La notion de succession est avant tout une idée innée. Le législateur ne peut que mettre en forme ce qui est l'expression du sentiment commun à la majorité des citoyens.

Mais la somme des valeurs admises par tout le monde n'est pas un concept figé. La famille lignagère de 1804 s'est progressivement effacée devant la famille nucléaire qui prédomine aujourd'hui. C'est pourquoi, lorsqu'il y a des enfants légitimes, nul ne songe à désigner un autre type d'héritiers. Mais, à leur défaut, ce n'est plus à la famille mais au conjoint survivant que doivent revenir les biens du défunt. Et en l'absence des uns et de l'autre, aucun besoin de solidarité n'est exprimé en faveur du reste du lignage. En ce domaine, la loi est en retard sur le phénomène sociologique.

Le paysage successoral a également changé par suite du changement du paysage démographique : du fait de l'allongement de la durée moyenne de la vie, le fils n'attend plus le décès de son père pour pouvoir prendre sa succession : il est établi et ne vit plus sous le même toit. Pour cette raison, la fonction technique du droit est dépassée dans certains domaines, tels que ceux de l'attribution préférentielle du local à usage d'habitation ou de l'entreprise commerciale, industrielle ou artisanale. Quant à l'attribution de l'exploitation agricole, elle est devenue une institution anti-économique, privilégiant un héritier qui n'y a aucun mérite.

C'est pourquoi, si tout l'univers du droit successoral n'est pas à remettre en cause, un nettoyage lui serait pourtant bien nécessaire. Mais il faut agir avec prudence, car toute solution doit correspondre à un sentiment populaire profond. Peut-être faudrait-il même, avant d'entreprendre quelque chose, diriger une étude de plus large envergure avec un matériel statistique plus complet. Car pour élaborer des textes nouveaux, il ne faut pas se contenter de toute idée nouvelle. Peu importe que "la raison tonne en son cratère", ce sont les murmures qu'il faut écouter. Puisse ce travail continuer à les entendre.

L'EVOLUTION DU REGIME LEGAL :
vers une gestion plus dynamique des biens conjugaux ?

par Daniel GARDNER,
Professeur suppléant à la Faculté
de Droit de l'Université de Laval

D.E.A. de droit privé de la Faculté
de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille

INTRODUCTION

La loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 consacre l'égalité totale des époux, menant ainsi à terme la "loi de compromis" (1) de 1965. Peu de secteurs du droit ont connu une évolution aussi marquée au cours du dernier quart de siècle.

Cette évolution vers une plus grande égalité des époux est le fruit d'un long processus de revendication. La réforme de 1965 avait conféré à la femme l'administration de ses biens propres ; elle devenait associée à son mari pour les actes de gestion les plus graves et pouvait se voir attribuer par un juge la gestion de tous les biens de la communauté et même des propres de son mari. Des réformes sectorielles, affectant les couples d'agriculteurs (1980), d'artisans et de commerçants (1982), avaient reconnu l'importance particulière du rôle joué par la femme en lui octroyant des pouvoirs accrus. La loi de 1985, en modifiant l'a. 1421 du Code civil, ouvre dorénavant aux deux époux la gestion des biens communs sans qu'aucune intervention judiciaire ne soit nécessaire.

Il faut souligner l'importance des règles gouvernant le régime légal. Depuis la réforme de 1965, près de 90 % des couples français qui se marient sont soumis au régime légal, soit en l'absence de contrat de mariage, soit en ayant choisi ce régime matrimonial par contrat. De plus, l'a. 10 de la loi de 1965 prévoyait que les époux mariés avant 1966 se verraient appliquer les nouvelles règles, pour tout ce qui touche la gestion des biens communs et propres (2).

(1) L'expression est du Doyen Carbonnier

(2) Pour plus de détails sur l'application de la loi de 1965 dans le temps, voir G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 4e éd., 1984, p. 177 et s. (cité : Cornu).

La présente étude se penchera sur le dynamisme dans la gestion des biens conjugaux en régime légal, sous la loi du 13 juillet 1965. On peut dès lors s'interroger sur l'utilité de ce travail depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1985. Pourtant l'intérêt de cette étude n'est pas seulement d'ordre historique.

D'une part, la loi de 1985 ne constitue pas une réforme des régimes matrimoniaux mais une réforme de la loi de 1965. Contrairement à cette dernière, la loi de 1985 ne crée pas un nouveau régime légal. A l'intérieur du régime de la communauté d'acquêts, elle procède à une nouvelle répartition des pouvoirs, tantôt en confirmant une jurisprudence antérieure (v.g. nouvel a. 221), tantôt en donnant de nouveaux pouvoirs à la femme (v.g. sur les biens communs). Le cadre demeure le même : la seule modification de fond concerne l'abolition de la masse des biens réservés, remplacée par une gestion concurrente de la masse commune.

D'autre part, le but avoué de la législation de 1985 est de reconnaître l'égalité complète des époux dans les régimes matrimoniaux (3). Or, cette notion d'égalité ne doit pas exister que sur le papier ; elle n'acquiert son véritable sens que dans son application quotidienne aux couples français, qui "vivent" leur régime matrimonial. Dans ce contexte, un excellent moyen d'évaluer l'application réelle de ce principe égalitaire est d'étudier le dynamisme dans la gestion des biens conjugaux. A quoi sert un principe d'égalité si l'un des conjoints ou les deux demeurent économiquement et/ou socialement prisonniers des règles paralysantes de leur régime matrimonial ?

La loi de 1985 est trop nouvelle pour permettre une étude de ce genre. En revanche, il est fondamental de connaître la véritable situation des époux sous la loi de 1965, afin de constater si la femme mariée était confinée à un rôle aussi secondaire que ce que la loi de 1985, par sa seule existence, semble nous indiquer. Dans quelques années, on pourra ainsi mieux mesurer les progrès réels apportés par la loi de 1985.

La loi du 13 juillet 1965 constitue, nous l'avons dit, une véritable réforme des régimes matrimoniaux. En plus

(3) Voir l'exposé des motifs du Projet de loi, p.3 : "... parvenir sur le plan patrimonial (...) à une totale égalité entre les époux".

de donner à la femme des pouvoirs de gestion sur ses biens propres et réservés, elle permet à chacun des époux, ou aux deux, de s'occuper des affaires du ménage. A cette fin, des présomptions de pouvoirs et de larges possibilités de mandats viennent faciliter les actions de l'époux le plus diligent.

Ces différents aménagements ont fait dire à un auteur que "le législateur moderne encourage la gestion dynamique des biens" (4). Le but de notre étude est de vérifier cette affirmation ; mais il est d'abord nécessaire de préciser certains termes qui seront utilisés tout au long de ce travail.

Par gestion dynamique, il faut entendre celle où un époux possède de véritables pouvoirs de faire fructifier son patrimoine. Ainsi, on pourra dire que les règles du régime légal encouragent la gestion dynamique si elles font de la communauté une réserve de crédit pour les époux, si la faveur est à l'investissement, à l'absence d'entraves dans l'exercice d'une activité commerciale par l'un des époux, etc. Gestion dynamique ne doit pas être confondue avec gestion active (5). Une gestion peut être active (par exemple, si un époux peut, avec les économies de son salaire, faire toutes les opérations bancaires courantes) sans être pour autant dynamique (s'il ne peut, dans la même hypothèse, procéder à des opérations boursières, avoir droit à un découvert sur son compte, etc). Gestion active et gestion dynamique peuvent exister concurremment.

A l'opposé, on peut parler de gestion conservatoire. Ce qualificatif sera applicable si les règles du régime légal encouragent la conservation des biens plutôt que leur renouvellement. Ces restrictions à la gestion des biens étaient prédominantes sous l'ancien régime légal.

Tout d'abord, il faut rappeler qu'un seul des époux pouvait gérer les biens conjugaux : le mari. La femme mariée ne s'est vue relevée de son incapacité juridique que par la loi du 18 février 1938. Mais même par la suite, des difficultés de preuve du caractère réservé de ses biens (6) empêchaient l'exercice effectif de ses pouvoirs.

(4) J. David "Observations sur l'ingérence maritale en régime légal", R.T.D. civ. 1974.1, n° 9 (cité : David).

(5) Cette dernière expression étant prise ici dans son sens courant, et non dans le sens technique mis en honneur par la doctrine belge qui distingue "gestion active" (règles d'administration) et "gestion passive" (règles de composition du passif).

(6) Institution qui n'est d'ailleurs apparue que par la loi du 13 juillet 1907.

Le mari était donc investi de tous les pouvoirs ; il gérait ses biens propres, les biens communs, ainsi que les revenus des propres de son épouse. Mais il faut bien voir que la faveur de la loi était à la conservation des patrimoines ; dans l'optique du législateur de 1804, mieux valait conserver ce qui était acquis, plutôt que de risquer une mauvaise opération ou un investissement infructueux.

D'une part, on a fort bien relevé que pour les biens propres, "l'idée de base était de conserver les biens, notamment les éléments du patrimoine les plus importants, dans les familles" (7). La communauté bénéficiait ainsi d'un usufruit sur ces propres. L'aliénation d'un tel bien (par ailleurs interdite à la femme avant 1938), ne pouvait porter que sur sa nue-propriété. Autant dire que l'opération était extrêmement rare ; le simple transfert de l'**abus** et le **fructus**) ne pouvant intéresser le tiers acquéreur.

Surtout au 19^e siècle, il ne faut pas sous-estimer l'importance économique de ces biens propres : à cette époque, les immeubles acquis par succession ou donation par l'un des époux le plus souvent à un âge peu avancé. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'au jour de leur mariage, les époux possèdent déjà des biens importants, provenant de la succession de leurs pères et mères (8).

D'autre part, la gestion des biens communs est également empreinte de ce conservatisme. Pourtant, l'incitation au dynamisme est peut-être plus forte avant la Révolution que par la suite. Sous l'Ancien Régime, l'article 225 de la Coutume de Paris fait du mari "le Seigneur et maître" de la communauté. La doctrine, Pothier en tête, se charge d'en tirer toutes les conséquences : rien ne peut entraver la gestion, même mauvaise, du mari. En 1804, il devient un simple administration de la communauté. La notion de fraude, existant à l'état embryonnaire avant la Révolution, est consacrée par la jurisprudence. Cette même jurisprudence crée de toutes pièces le mandat domestique de la femme mariée, qui deviendra mandat légal par la loi du 22 septembre 1942. La femme bénéficie dorénavant d'une hypothèse légale, générale et occulte, qui incite à la prudence les tiers traitant avec le mari. Ce dernier ne peut plus faire seul donation de biens communs, même pour l'établissement d'enfants communs après 1942.

(7) ROBERT A. "Les rapports patrimoniaux" in *Mariage et famille en question*, 1979, éd. C.N.R.S., tome 2, p. 57.

(8) Voir à ce sujet SEBAG L. "La méthode quantitative et la réforme des régimes matrimoniaux", D. 1063, chron. 201, p. 209 et ss.

Cet esprit général de la loi, encourage une gestion conservatoire, peut fort bien s'expliquer en 1804 : on ne connaît pas à cette époque les problèmes entraînés par la dévaluation monétaire et l'inflation.

Le statisme dans la gestion n'est alors pas synonyme de dépérissement ; au contraire, une gestion trop active est considérée comme suspecte, puisqu'elle peut cacher des manoeuvres frauduleuses du mari.

La situation se modifie au 20^e siècle, à partir de la fin de la première guerre mondiale ; il a été démontré que les règles du régime légal n'étaient plus adaptées aux difficultés suscitées par la dévaluation monétaire et de l'inflation (9). La passivité dans la gestion des biens conjugaux devient non souhaitable, car la dépréciation de la valeur initiale des biens se fait de plus en plus accélérée.

Bref, la réforme de 1965 semble constituer l'aboutissement de cette condamnation de la gestion conservatoire. En effet, l'époux le plus diligent est encouragé à s'occuper des biens normalement gérés par son conjoint négligent ou passif. Les possibilités de mandats entre époux, tant exprès que tacites, sont multipliées par la loi. De nouvelles présomptions de pouvoirs -les articles 221 et 222(10)- permettent à un époux de s'immiscer dans l'administration et l'aliénation des biens meubles de son conjoint.

Peut-on parler pour autant d'encouragements à la gestion dynamique ? Trop d'éléments sont à analyser pour permettre une réponse tranchée. D'ailleurs, on remarque assez curieusement que des règles semblant à prime abord encourager une gestion dynamique se révèlent moins profitables que prévu, et vice versa.

Prenons le cas des présomptions de pouvoirs. Malgré les immixtions qu'elles autorisent, la sécurité qu'elles confèrent aux tiers, les actes ainsi couverts, ces présomptions ne peuvent assurer la gestion dynamique des biens meubles, puisqu'elles ne donnent aucun **pouvoir d'engagement** sur ces biens. Evidemment, la gestion active est facilitée, mais leur gestion dynamique doit prendre sa source dans d'autres règles du régime légal.

(9) COLOMER, "L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux", Paris, 1955, préface Fréjaville

(10) Dans le texte, un numéro d'article sans autre indication réfère au Code civil français.

D'un autre côté, le nouveau principe de la cogestion peut sembler porter atteinte à ce dynamisme dans la gestion des biens concernés. Là où le mari pouvait auparavant agir seul, on exige maintenant le consentement de son épouse (article 1424), parfois de façon expresse (article 411-68 C. rur. ; article 9 de la loi du 10 juillet 1932). Mais lorsque l'on analyse les biens et les actes visés par la cogestion légale, on se rend compte que le dynamisme n'est pas entravé par l'exigence de ce double consentement.

Par ailleurs, il existe des "aides" à la gestion dynamique ; ainsi en est-il des règles qui font de la communauté une réserve de crédit pour chacun des époux, que ce soit pour le mari (avec la présomption de communauté), pour la femme (avec les conséquences de l'ingérence du mari dans son activité commerciale), ou pour les deux (les dettes pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants).

Toutes ces règles doivent être étudiées avec la préoccupation constante de leur portée réelle sur les ménages français. En effet, le genre d'étude que nous nous proposons de faire doit "coller" à la réalité sociologique pour permettre d'en tirer des conclusions valables. Par exemple, on peut voir dans l'article 223 (la femme peut aliéner et obliger seule ses biens personnels pour les besoins de sa profession) une disposition permettant une véritable gestion dynamique. Mais il faut aussi se demander si la masse des propres de la femme est, dans les faits, importante, si des problèmes de preuve ne rendent pas leur gestion plus difficile, si les exigences des institutions bancaires ne vident pas la disposition de son contenu.

C'est pour cette même raison que nous n'étudierons pas les règles qui concernent la gestion des biens propres des époux. S'il est vrai qu'en théorie "la priorité soit à la constitution des biens propres" (11), il est moins sûr que la réalité sociologique soit présentement en harmonie avec cette "priorité". Au contraire, les biens propres traditionnels sont de moins en moins importants en régime légal.

Les jeunes couples qui se marient aujourd'hui ne possèdent pas grand'chose. Les libéralités consenties par contrat de mariage à l'un des époux ne sont plus de pratique courante,

(11) DAVID, n° 29.

d'autant plus que le contrat de mariage lui-même est en constante et spectaculaire régression depuis vingt ans (12).

Quant aux héritages, traditionnellement "la source essentielle de l'acquisition des propres" (13), l'allongement de la durée moyenne de vie fait que leur perception a lieu à un âge de plus en plus avancé. Ainsi, on calcule que, entre la fin des années 60 et la fin des années 70, l'espérance de vie des hommes serait passée de 67,7 ans à 69,7 ans, celle des femmes de 75,2 ans à 77,9 ans (14). Les enfants ont donc aujourd'hui plus de 50 ans lorsqu'ils reçoivent l'héritage de leurs parents.

On comprend l'importance de ce facteur lorsqu'on le combine avec l'augmentation quasi-exponentielle du nombre de divorces, depuis une douzaine d'années. Ce dernier phénomène, qui touche aujourd'hui près d'un couple marié sur trois (15), a pour effet inévitable de réduire le nombre de gens (encore) mariés au moment de recevoir ledit héritage. Et lorsque l'on constate que cette hausse des divorces "est principalement le fait des mariages à faible durée, c'est-à-dire des couples ayant moins de cinq ans de vie commune" (16), on se rend compte que pour ces derniers, les chances de recevoir un héritage pendant la durée de leur mariage sont pratiquement nulles.

En fait, les personnes les plus susceptibles d'avoir à gérer un certain patrimoine propre sont les veufs et les divorcés qui se remarieraient sous le régime légal. Cependant, une infime portion des couples mariés sous le régime légal est composé de personnes qui en sont à leur second mariage. D'une part, alors que dans les années 60 et 70, 80 % des divorcés se remariaient moins de 2 ans 1/2 après leur divorce, on observe "une désaffection durable à l'égard du mariage "de la part des divorcés d'aujourd'hui (17). D'autre

(12) CHAMPENOIS-MARNIER M.P., FAUCHEUX M. *Les régimes matrimoniaux* C.E.R.S.J., Paris II, 1980 (cité : Champenois-Marnier), p. 20 : à peine 13 % des personnes mariées ou ayant été mariées ont passé convention devant notaire. A noter les faibles variations enregistrées, selon l'appartenance socio-économique du répondant (idem, p. 21).

(13) SEBAG L. "La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux" D. 1983, chron. 203, à la p. 210.

(14) LEVY M.L. in *Population et Société*, avril 1980.

(15) Rapport du Conseil Economique et Social, précité, p. 23.

(16) Ibid.

(17) ROUSSEL L. "Le remariage des divorcés" in *Population et Société*, 1981, p. 5.

part, ceux qui choisissent de se remarier tournent alors le dos au régime légal : "on notera la fréquence soutenue des contrats de séparation de biens intéressant les remariages des veufs et des divorcés, tendance déjà notée en 1900 et 1950 et confirmée par des travaux récents conduits depuis la réforme de 1965" (18).

Voilà donc pour les biens propres traditionnels. Parallèlement, la loi de 1965 a prévu un nouveau mode d'acquisition des biens propres : "Forment des propres par leur nature, quand bien même ils auraient été acquis pendant le mariage (...) tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne" (article 1404 al. 1).

Le maintien ou non de la distinction du titre et de la finance continue d'alimenter bien des polémiques(19), même si l'on peut remarquer que le nouveau mode de calcul des récompenses conduit à des conséquences à peu près identiques, à la dissolution du régime(20). La seule différence, et elle est de taille, porte sur la gestion du bien en question. En effet, la reconnaissance comme propres par nature de biens tels que les parts de sociétés **intuitu personae**, les offices ministériels et pourquoi pas certains fonds de commerce, lorsque l'un des conjoints exploite véritablement l'entreprise en titre (agent d'assurances, coiffeur, boucher, etc) aurait d'énormes conséquences sur l'autonomie de gestion du propriétaire. Celui-ci pourrait vendre seul son bien ou le grever de droits réels, l'article 1424 ne s'appliquant pas aux biens propres. La loi du 10 juillet 1982, en augmentant le champ de la cogestion des biens communs, n'en rendrait la nouvelle qualification que plus utile.

Ce serait cependant faire abstraction de réalités sociologiques certaines. La controverse doctrinale sur le sujet n'est certainement pas vécue de la même manière par les couples français. Le principe communautaire est si solidement implanté que l'idée même de considérer comme propre par nature un bien acquis avec des deniers communs, pendant

(18) Rapport du Conseil Economique et Social, précité, p. 35.

(19) Pour une synthèse récente des positions en présence, voir PAISANT, op. cit., n° 5.

(20) Voir CORNU, p. 348 ; PATARIN et MORIN, "La réforme des régimes matrimoniaux", tome 1 : statut fondamental et régime légal, 4e éd., n° 151 (cité : PATARIN et MORIN).

le mariage, apparaît rarement. A ce sujet, il est significatif de noter que, dans un arrêt de 1984 (21), la femme réclamant la propriété d'une officine de pharmacie, acquise par elle pendant le mariage, n'ait même pas tenté de plaider le caractère de propre par nature de son bien, préférant (?) affronter la lourde charge d'en prouver le caractère de bien commun réservé.

De toute façon, l'autonomie de gestion consécutive à cette qualification de bien propre serait loin d'être assurée ; tant que la solution ne sera pas tout à fait certaine, le tiers contractant voudra se protéger de toute poursuite ultérieure en exigeant le consentement des deux époux. On peut difficilement soutenir que le recours préalable aux tribunaux pour garantir la qualification du bien, permette une gestion plus dynamique.

Le recours aux tribunaux nous semble d'ailleurs de façon générale constituer un obstacle insurmontable à la gestion dynamique des biens conjugaux. Les mécanismes de transfert judiciaire de pouvoirs (articles 219, 1426 et 1429) sont de peu d'intérêt pour notre étude. En effet, comment peut-on parler de gestion dynamique d'un bien, lorsque cette gestion a dû être autorisée par voie judiciaire ? Il est peu probable que les lenteurs et les complications de la procédure soient appropriées à la prompte et efficace gestion nécessitée par un fonds de commerce abandonné par l'un des époux, sans compter les limites imposées aux pouvoirs ainsi transférés au conjoint de l'époux défaillant.

Seul l'article 220-I C.C., qui n'a pas pour but d'opérer un transfert de pouvoirs mais plutôt d'empêcher un époux d'agir, requiert notre attention. Aux termes de cet article, un époux qui manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille peut se voir notamment interdire, par le tribunal, "de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles". Le texte très large de cet article peut permettre a fortiori, d'enlever à un époux des pouvoirs d'administration sur l'un de ses biens ; il importe donc de délimiter la portée d'une telle interdiction. Chose certaine, l'article 220-I n'a qu'un effet préventif ; en aucune façon la gestion passée du conjoint ne peut être remise en cause par une telle procédure (22).

(21) Cass. civ. 1e, 2 mai 1984 ; D. 1985.236, note VIRFOLET.

(22) Un tribunal a eu à la rappeler : T.G.I. Tours, 7 fév. 1984 ; J.C.P. 1984 IV 93.

Son étude en droit des sociétés, où il a reçu ses applications les plus intéressantes, permet d'y voir des limites plus spécifiques. Dans un jugement rendu en 1966 (23), le tribunal statua que l'article 220-I ne saurait justifier l'ingérence, dans le fonctionnement interne d'une société, du conjoint de son P.D.G. Six ans plus tard (24), il fut au contraire jugé que ce même article 220-I pouvait permettre une redistribution des parts de société, biens communs, entre les époux, à condition que, comme en l'espèce, les intérêts pécuniers de la famille soient gravement mis en péril. Loin de se contredire, ces deux arrêts montrent "l'opposition de l'administration de la société, dans laquelle le conjoint non associé ne peut s'immiscer, et de la gestion des titres de société selon le régime matrimonial, qui justifie le recours aux mesures restrictives de l'article 220-I du Code civil" (25).

Mis à part ces distinctions relevant du domaine précis du droit des sociétés, l'article 220-I nous apparaît comme étant un des mécanismes les mieux adaptés en situation de crise matrimoniale. Dans ce contexte précis, il peut certainement représenter une restriction importante au principe de l'indépendance de chacun des époux.

Cela peut entraîner un rééquilibrage entre les diverses masses de biens composant la communauté ; le dynamisme dans la gestion ne sera entravé que de façon très indirecte puisque l'administration courante d'un bien (v.g. une société) ne peut être affectée par le recours à l'article 220-I.

Une fois écartés ces aspects moins pertinents pour notre travail, on remarque que l'étude du dynamisme dans la gestion des biens conjugaux peut se faire à partir de deux pôles principaux pouvant se définir ainsi : "la gestion de la communauté, pour être efficace, est unitaire, tel est le principe ; mais dans tout un secteur d'actes de disposition, c'est la cogestion, la norme d'unanimité qui s'applique" (26).

(23) T.G.J. Annecy, 13 mai 1966 ; Gaz. Pal. 1966.2.87 ; R.T.D. Civ. 1967.379, obs. NERSON

(24) T.G.J. Digne, 1er juillet 1972 ; D. 1973.259, note FOULON-PIGANIOL ; J.C.P. 1973. II. 17443, note MAYER ; R.T.D. Civ. 1974. 391, obs. NERSON.

(25) COLOMER, "Les régimes matrimoniaux et le droit commercial" T. II: les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux". Rep. du Notariat Defrénois 1984, p. 150, n° 228.

(26) CARBONNIER J. Essais sur les lois, Rep. du Notariat Defrénois, 1979, p. 44.

Dans une première partie, nous analyserons les effets de la cogestion sur le dynamisme, alors que la seconde partie sera consacrée à l'incidence des règles permettant une gestion unitaire des biens conjugaux sur ce dynamisme.

PREMIERE PARTIE

DYNAMISME ET GESTION CONJOINTE

Le législateur de 1965 ne pouvait écarter la faveur marquée des Français pour un régime d'inspiration communautaire (27). Ce choix s'accompagnait cependant du désir apparemment contradictoire d'une plus grande indépendance réciproque des époux pendant la durée du régime. Rejetant le régime trop nouveau de la participation aux acquêts (28), le législateur opta pour la communauté d'acquêts.

Le choix de ce nouveau régime légal laissait cependant entier le problème de la répartition des pouvoirs entre époux. De toute évidence, l'on devait éviter un régime d'unité d'administration, où tous les pouvoirs seraient concentrés entre les mains d'un seul époux ; la promotion de la femme mariée à un statut d'égalité avec le mari ne pouvait s'accomoder d'un tel procédé.

A l'opposé, deux systèmes pouvaient être envisagés. D'une part, il aurait été possible de prévoir que chacun des époux avait pouvoir d'obliger son conjoint par tout engagement qu'il contracterait seul. D'autre part, l'on aurait pu pousser le principe communautaire à sa limite, en associant obligatoirement les époux pour l'accomplissement de tout acte juridique. Or, tant le régime de représentation mutuelle que celui de la main commune méconnaissaient certaines "vérités" sociologiques, en impliquant respectivement trop d'indépendance et trop d'association.

Face à ces diverses possibilités et à ces aspirations contradictoires, la loi de 1965 représente un compromis. Le grand principe veut que les biens des époux soient appréhendés par masse, chacune de ces masses faisant l'objet de pouvoirs de gestion attribués spécifiquement à l'un des époux.

(27) Voir TERRE F., "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux", in *Année Sociologique*, 1965, p. 59.

(28) Voir CARBONNIER, *op. cit.*, p. 43.

Ce principe de la séparation des pouvoirs est nouveau en ce qui concerne les biens propres : "chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement" (article 1428 C.C.). Il apparaît également pour le bien relevant de la communauté. Le mari demeure l'administrateur des biens communs "ordinaires" (article 1421 C.C.) ; la femme, en plus de son gain de pouvoir sur ses biens propres, se voit placée à la tête de ses biens réservés, avec sur eux les mêmes pouvoirs que le mari sur les communs ordinaires (article 224 al. 2 et 1425 C.C.).

Cependant, la promotion de la femme mariée est confirmée par la création d'un système de cogestion, applicable à certains actes précis, affectant des biens déterminés. La séparation des pouvoirs est ici écartée et le mari semble le premier concerné par ces réformes, qui se traduiraient pour lui en une perte significative de ses pouvoirs quasi-absolus de gestion sur les biens relevant de la communauté.

Il est vrai que si le mari pouvait auparavant aliéner un fonds de commerce commun, alors même que son épouse en assurait l'exploitation (29), cette situation disparaît. De même, il ne peut plus grever de droits réels un immeuble commun ou le logement familial. Mais cette perte théorique de pouvoirs pourrait bien s'avérer moins importante qu'elle n'apparaît. D'un côté, l'existence de l'hypothèse légale de la femme conduisait souvent les tiers (spécialement les établissements bancaires) à demander le concours de cette dernière à l'acte, afin qu'elle accepte de céder son rang hypothécaire. D'un autre côté, la pratique notariale encourageait volontiers le tiers "à exiger le concours de la femme aux actes importants du mari pour élargir le champ de leurs éventuelles poursuites" (30).

A défaut d'être prévue par la loi, une certaine cogestion de fait existait donc avant 1965. C'est en conservant à l'esprit cette réalité sociologique que l'on doit étudier l'étendue de la cogestion légale, tant dans la loi du 13 Juillet 1965 (chapitre 1) que dans les réformes sectorielles postérieures (chapitre 2).

(29) Trib. com. Marseille, 7 juin 1920 ; Rec. Marseille 1921.2.74.

(30) COLOMER A., **Droit civil, Régimes matrimoniaux**. Litec, 1982, n° 23 (cité : COLOMER).

CHAPITRE I

LE REGIME GENERAL

La loi de 1965 a introduit la nécessité d'une cogestion tant à l'intérieur du régime primaire que dans les règles spécifiquement applicables au régime légal. Nous ne nous intéressons ici qu'à une conséquence précise de la protection accordée au logement familial ; en revanche, la règle posée à l'article 1424 appelle des observations sur ses effets tant directs qu'indirects sur la gestion dynamique des biens conjugués.

Section 1 : La protection du logement familial

L'alinéa 3 de l'article 215 édicte en substance que "les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation".

Cet article apporte évidemment une restriction aux pouvoirs d'un époux à disposer seul des biens mentionnés. Cette restriction n'est cependant que secondaire à nos yeux ; nous voyons difficilement comment on peut assimiler la vente de la maison familiale ou de certains de ses meubles à une gestion dynamique (31). Qu'il suffise de mentionner que les craintes d'un auteur (32) de voir annihilés les pouvoirs autonomes d'un époux sur ses immeubles propres, même s'ils n'abritent pas le logement familial, ne furent pas totalement injustifiées. En effet, il semble que la pratique notariale exige souvent le consentement du conjoint lors de l'aliénation ou de la constitution d'un droit réel sur un immeuble propre, afin de "prévenir toute contestation qui serait fondée sur l'article 215, alinéa 3" (33).

Ce qui nous intéresse plus particulièrement est l'effet de l'article 215 sur les droits des créanciers d'un époux. Cernons bien la question : il ne s'agit pas ici de ses créanciers

(31) Sur la protection du logement familial en général, voir COLOMER, nos. 42 à 55 ; CORNU, pp. 92-93 et la bibliographie en p. 112.

(32) MORIN G., "L'indépendance des époux dans la gestion de leurs biens personnels", Rep. Defrénois 1969, art. 29398, n° 1.

(33) COLOMER, "La pratique des régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1965", Rep. Defrénois 1973, art. 30427, p. 1081.

garantis, car il est unanimement admis que le terme "aliéner" de l'article 215 comprend tout acte constitutif de droits réels (34). Il s'agit plutôt des droits des créanciers chirographaires et de l'incidence de cet article sur le gage général que peut offrir un époux contractant seul avec eux.

La question est de peu d'importance en ce qui concerne le mobilier garnissant le logement familial. D'une part, la valeur liquidative de tels biens sera rarement attrayante pour le créancier saisissant. D'autre part, les articles 592, 592-1 et 592-2 du Code de procédure civile rendent déjà insaisissable une bonne partie de ces biens meubles (35).

En revanche, l'immeuble abritant le logement familial représente souvent le seul bien de grande valeur du ménage. Beaucoup plus important est donc l'effet de l'article 215 sur le droit de poursuite des créanciers du mari (hypothèse de loin la plus fréquente, étant donné que l'immeuble constitue généralement un bien commun ordinaire soumis à la gestion de ce dernier).

Une interprétation extensive de la disposition aurait pour conséquence pratique de limiter sensiblement son autonomie en tant qu'administrateur des biens communs ; car pour tout engagement pris par le mari sans le consentement de son épouse, ses créanciers verraient la portion la plus importante de son gage général (l'immeuble commun abritant le logement familial) soustraite à leurs poursuites éventuelles. Pour la majorité des ménages français, la loi de 1965 aurait ainsi, par le biais de l'article 215, considérablement réduit les possibilités du mari agissant seul (36).

Heureusement, afin d'éviter une insaisissabilité de fait de l'immeuble, catastrophique pour l'autonomie de la plupart des maris, les tribunaux ont interprété restrictivement le texte de l'article 215 (37).

(34) CORNU, p.110 ; COLOMER, n° 50 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 8, 7e éd., 1973, par A. PONSARD, n° 132 (cité AUBRY et RAU). Interprétation confirmée par Cass. civ. 1e, 17 nov. 1981 ; J.C.P. 1982, éd. not., prat. 598.

(35) Sur l'ensemble de la question, voir VIATTE J., "La sauvegarde du mobilier familial et les droits des créanciers", *Gaz. Pal.* 24 mai 1975, p.327.

(36) Sur l'autonomie du mari en ce domaine précis avant 1965, voir SAYN, J.Y., "Le régime matrimonial primaire" in *Les règles générales des régimes matrimoniaux*, 1968, P.U.F., p. 37.

(37) Pour une étude de la jurisprudence entre 1965 et 1978, voir PONSARD, "L'interprétation par la Cour de Cassation de la loi du 13 Juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux", *Rep. du Notariat Defrénois* 1979, p.390-394.

Dans un arrêt qui fut largement approuvé par la doctrine, la Cour de Cassation (38) statua que l'article 215 n'était "pas applicable lorsqu'il s'agit d'une vente forcée poursuivie en vertu de la loi du 13 Juillet 1967 sur la liquidation des biens". Il avait été soutenu en l'espèce que la vente à l'amiable consentie par le syndic n'aurait pû être faite valablement qu'avec le consentement du conjoint du failli. Mais, en plus du motif déterminant ci-dessus mentionné, la Cour rappela que le syndic représentait la masse des créanciers et non le mari, et donc qu'une telle vente à l'amiable ne pouvait être assimilée à une vente volontaire du mari.

Une autre chambre de la Cour de cassation (39) est venue confirmer, plus récemment, ce qui semble bien être maintenant une jurisprudence établie. Suite à un engagement de caution du mari, le créancier avait obtenu un jugement de condamnation contre ce dernier et, afin d'assurer l'exécution de ce jugement, avait pris une inscription d'hypothèque judiciaire sur l'immeuble abritant le logement familial. Rejetant les prétentions de l'épouse et approuvant la Cour d'Appel, la Cour Suprême énonça que "l'inscription d'hypothèque judiciaire qui n'est que l'exercice d'une prérogative légale accordée au titulaire d'une créance, même chirographaire, n'est pas un acte de disposition, par un époux, au sens de l'article 215, alinéa 3, du Code civil".

Si l'immeuble abritant le logement familial n'est pas un bien hors du commerce, les intérêts des créanciers ne peuvent cependant être privilégiés en toutes circonstances ; nous envisageons plus spécialement l'hypothèse de la fraude. Le cas s'est présenté en 1978 devant la Cour de cassation (40) où un mari, qui s'était porté caution du remboursement d'un prêt consenti à son frère, était poursuivi par son créancier qui voulait saisir le bien commun servant de logement familial. Or, il se trouvait qu'il s'agissait là du

(38) Cass. civ. 3e, 12 octobre 1977 ; D. 1978.333, note CHARTIER ; Rep. Defrénois 1978.374, obs. AUBERT.

(39) Civ. 1e, 4 oct. 1983 (1er arrêt) ; J.C.P. 1984.II.20188, note CHARTIER. Cet arrêt implique des époux séparés de biens mais, par les questions soulevées, s'applique tout autant aux époux mariés sous le régime légal.

(40) Civ. 1e, 21 juin 1978 ; D.1979.479, note CHARTIER ; Rep. Defrénois 1979.497, obs. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1979.584. Obs. NERSON et RUFILLIN-DE VICHI

seul bien d'importance des époux (ce que le créancier savait pertinemment) et que sa valeur était sensiblement égale à la dette cautionnée. La Cour en conclut que la fraude était en l'espèce suffisamment caractérisée et que l'engagement de caution devait être annulé.

Nous ne pouvons qu'approuver une telle conclusion, en l'espèce. Mais il ne faudrait pas que des interprétations subséquentes de cet arrêt lui donne une portée générale qu'il ne peut avoir. Il ne faudrait surtout pas que le fait (fréquent en pratique) pour un ménage de ne posséder que ce bien d'importance, combiné avec la connaissance de ce fait par le créancier de l'époux agissant seul, conduise automatiquement à présumer une fraude visant à aliéner l'immeuble abritant le logement familial, sans le consentement du conjoint.

Sur ce point, nos craintes pourraient bien se révéler injustifiées. Dans un arrêt du 4 octobre 1983 (caution donnée par le mari, seul, entraînant inscription subséquente d'une hypothèque judiciaire sur l'immeuble commun servant de logement familial), la Cour de Cassation (41) a cassé un arrêt de la Cour de Versailles qui avait ordonné la radiation de l'hypothèque, "sans relever de concert frauduleux entre le mari et la société créancière, concert qui, seul, aurait pu rendre inopposable à la femme l'acte du mari".

Hormis le cas de fraude caractérisée, les tribunaux se sont donc chargés de sauvegarder les intérêts des créanciers (42) et, indirectement, ont contribué à maintenir à un certain niveau l'indépendance de gestion du mari, par ailleurs mise en péril par d'autres dispositions de la loi (v.g. article 1424 C.C.).

Cela est symptomatique d'une tendance des tribunaux qui, sans pour autant dénaturer le texte de l'article 215, tentent d'en atténuer les incidences secondaires sur l'indépendance d'un époux. C'est ainsi que la Cour de Cassation a jugé bon de rejeter tout formalisme en ce domaine, en statuant que le consentement de l'épouse à l'aliénation de l'immeuble abritant le logement familial n'a pas besoin d'être écrit, du moment qu'il apparaît certain (43).

(41) Civ. 1e, 5 fév. 1985 ; J.C.P. 1985. IV. 144.

(42) En régime de séparation de biens, un arrêt de 1978 (Cass. civ. 1e, 4 juillet 1978 ; D.1978.480, note CHARTIER) a permis à un créancier du mari de poursuivre, par voie d'action oblique, la licitation de l'immeuble abritant le logement familial, propriété indivise des époux.

(43) Civ. 1ère, 13 avril 1983 ; J.C.P. 1983.IV.192.

Section 2 : La cogestion de l'article 1424 :

Aux termes de l'article 1424, "le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité (...). Il ne peut non plus, sans l'accord de la femme, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial industriel ou artisanal (...)".

La sanction d'un tel dépassement de pouvoirs est prévue à l'article 1427 : "Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs ou sur les biens réservés, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation". Le délai pour agir est de deux ans de la connaissance de l'acte sans jamais pouvoir dépasser de deux ans la dissolution de la communauté.

A - La portée de la règle

Le texte de l'article 1424 ne vise donc que le mari. Mais la lecture de l'article 1425 ("la femme a, pour les biens réservés, les mêmes pouvoirs que le mari pour administrer les autres biens communs") nous convainc d'appliquer également la règle à la femme (44).

Certains auteurs (45) ont pourtant refusé cette interprétation, en se fondant sur l'article 5 du Code de commerce, qui énonce que la femme peut disposer seule de ses biens propres, et "sous le régime de communauté, elle peut aussi aliéner et obliger ses biens réservés". Ainsi, la femme aurait sur les biens communs confiés à son administration plus de pouvoirs que le mari sur les siens. La symétrie de base instaurée par la loi de 1965 sur les pouvoirs des époux rend difficilement justifiable une telle interprétation. De plus, comment soutenir que l'article 5 C. Com. vise à contrecarrer la nouvelle règle de la cogestion alors qu'il fut édicté sous l'empire de l'ancienne loi ?

De toute façon, la controverse n'est que théorique car deux faits empêchent une augmentation réelle des pouvoirs de la femme, même en retenant cette deuxième interprétation.

(44) Voir également CORNU, p. 403 ; COLOMER, n° 611.

(45) AUBRY et RAU, nos. 33 et 38 ; LE GUIDE, "Les risques de l'exercice du commerce dans le cadre de la communauté légale". J.C.P. 1978, éd. not., I.15, n° 26.

D'une part, le refus par la jurisprudence de reconnaître à la femme une présomption d'acquêts réservés lui impose un fardeau de preuve très lourd, car elle doit faire la preuve, à l'encontre de la présomption d'acquêts du mari, du caractère réservé du bien qu'elle entend grever ou aliéner seule. D'autre part, les tiers se montrent encore aujourd'hui réticents à se contenter des garanties offertes par la femme, même lorsqu'elle réussit à fournir une telle preuve (46).

On peut ici relever que la jurisprudence n'a sanctionné à ce jour que de dépassements de pouvoirs de la part des maris. Cela peut vouloir dire que les aliénations de biens réservés sont moins fréquentes, tant cette masse de biens est souvent moins moins importante que celle des biens communs ordinaires. Mais cela peut aussi démontrer que la femme n'a souvent même pas la possibilité de poser seule des actes qui seraient susceptibles d'outrepasser ses pouvoirs.

L'article 1424 ne s'est donc jusqu'ici avéré utile que pour la femme "oubliée" par un mari trop indépendant. Face à cette situation, la jurisprudence s'est chargée d'appliquer le texte dans toute son ampleur (47).

Elle s'est d'abord gardée de restreindre le sens des termes employés à l'article 1424. C'est ainsi que le pacte de réméré affectant un immeuble commun (48), de même que l'apport d'un tel bien à une S.A.R.L. alors qu'était prévue une clause d'attribution au survivant des associés (49) furent jugés susceptibles de constituer des aliénations exigeant le consentement du conjoint. Il faut dire que le législateur avait ici tracé la voie en substituant dans le Projet de loi le terme "aliéner" à celui, plus restrictif, de "vendre" (50).

(46) Nous reviendrons sur le sujet lors de l'étude du passif professionnel de la femme.

(47) Le texte s'appliquerait même aux époux mariés avant 1966. Voir Cass. civ. 1ère, 15 avril 1970 (impl.) ; J.C.P. 1970.II.16475, note PATARIN ; Rep.Defrénois 1971.83, note PONSARD.

(48) Paris, 19 mars 1981 ; D.1982.I.R.18, obs. MARTIN.

(49) Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1975 ; Bull.J., n° 354, p. 293 ; J.C.P. 1976.II.18390, note CHARTIER ; Journ. not. 1977.1397, obs. VIATTE.

(50) Voir Deb. Parl. Sénat, J.O. du 7 mai 1965, p. 201. D'ailleurs, les tribunaux ont surtout à intervenir au niveau des promesses de ventes ; le notaire rédacteur de l'acte de vente empêchant habituellement ce dépassement de pouvoir.

La même tendance est observée pour les baux ; la Cour de Cassation a annulé un bail consenti seul par le mari, au motif qu'une clause du contrat pouvait permettre éventuellement au locataire d'affecter les lieux loués à des fins commerciales (51).

Ce souci de ne pas restreindre l'efficacité de la disposition est également visible en ce qui a trait aux conséquences tirées de la nullité prévue à l'article 1427. En effet, les tribunaux optent très nettement pour la nullité complète de l'acte, plutôt que la simple inopposabilité à l'époux qui n'y a pas donné son consentement (52). Il est à noter à ce propos que la nullité est opposable au tiers de bonne foi (53).

L'application sévère du texte de l'article 1424 ne doit pourtant pas nous faire oublier que l'on peut parfois pallier le défaut d'un consentement du conjoint. Par la voie judiciaire, l'article 217 permet à un époux de se passer du consentement de son conjoint, si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté ou que l'intérêt de la famille le requiert. D'une utilité incontestable, l'étude de la disposition perd ici une bonne partie de son intérêt, parce que sa portée pratique est somme toute assez restreinte (54) et surtout parce qu'il nous apparaît difficile de concevoir le dynamisme dans une gestion qui doit être précédée d'une autorisation judiciaire.

Les règles de la gestion d'affaires (article 219 al. 2) pourront aussi venir valider un acte de disposition qui se sera révélé utile à la masse commune (55). Mais son application sera exceptionnelle, évidemment en l'absence de tout mandat conventionnel ou judiciaire et de pouvoir légal (56).

(51) Cass. civ. 3e, 19 Mai 1981 ; Bull. III, n° 100, p. 72.

(52) Cass. civ. 1e, 27 Juin 1978 (2e esp.) ; J.C.P. 1980.II.19424, note HENRY ; Rep. Defrénois 1979.1021, obs. COLOMER. Voir aussi civ. 3e, 5 mai 1981 (D.1982.I.R. 234, obs. MARTIN) ; Civ. 1ère, 17 juin 1981 (Bull.I, n° 222, p. 182 ; J.C.P. 1982.II.19809, note MASSIP).

(53) Civ. 1ère, 6 fév. 1979 ; J.C.P. 1979, éd.not.II. 229, note THUILLER ; Rep. Defrénois 1979.958, obs. CHAMPENOIS. Plus récemment : civ. 1ère, 28 mars 1984 ; J.C.P. 1985.II.20430, note HENRY.

(54) Voir COLOMER "La pratique des régimes matrimoniaux...", op. cit., p. 1079. Contra : MONTANIER J.C., "L'autorisation de justice en droit matrimonial", R.T.D. Civ. 1984.1., n° 1 (mais sans appuyer ses affirmations).

(55) Pour un (rare exemple) : Cass. com., 15 juill. 1970 ; Bull. V. N° 240, p. 209.

(56) CORNU, p. 119 ; COLOMER n° 596.

Plus insidieusement, on a cru un temps que la théorie du mandat apparent pourrait recevoir une application large en cas de défaut de pouvoir d'un époux agissant seul. Un arrêt de 1976 (57) validant la vente d'un domaine agricole par le mari qui s'était prétendu mandataire de son épouse, avait suscité bien des interrogations. Une telle interprétation, confirmée un an plus tard (58) risquait en effet de réduire dramatiquement la protection accordée par l'article 1424 au conjoint de l'époux agissant.

Il est à espérer qu'un arrêt plus récent (59) vienne mettre un frein à cette tendance. En l'espèce, la Cour a refusé de voir la preuve d'un mandat apparent dans "l'attitude purement passive de Mme Potron, dont le silence pouvait s'exprimer par le souci de ne pas s'opposer à son mari en présence de tiers, et que ni la profession d'administrateur de biens indiquée comme sienne par M. Potron, ni le concours de deux avocats à la rédaction de la promesse, ne dispensaient M. Cellerin de s'assurer de l'étendue des pouvoirs de son vendeur". Nous approuvons cette interprétation très restrictive de la Cour ; d'ailleurs il serait sans doute plus en accord avec les règles nouvelles du régime légal d'écarter purement et simplement la théorie du mandat apparent dans le domaine de la cogestion.

B - Les incidences réelles de la règle sur la gestion dynamique des biens

Le texte de l'article 1424 constitue évidemment une entrave à l'indépendance de chacun des époux, plus spécialement celle du mari si l'on tient compte des réalités socio-économiques. Dire que cette même disposition affecte la gestion dynamique des biens conjugaux oblige cependant à nuancer notre opinion.

(57) Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1976 ; J.C.P. 1978.II.18864, note MONEGER ; Rep. Defrénois 1977.928, obs. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1977.550, obs. CORNU.

(58) Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1977 ; J.C.P. 1978.II.18865, note MOGENER, R.T.D. Civ. 1977.570, obs. CORNU. Voir aussi MONERGER "Le mandat apparent d'un époux de vendre un immeuble dépendant de la communauté", J.C.P. 1979.I., éd. not. 137.

(59) Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1981 ; J.C.P. 1983.II, éd. not. 257, note LE GUIDEC ; Rep. Défrénois 1981.1652, obs. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1981. 854, note DURRY.

D'abord quant aux actes visés ; peut-on soutenir que l'aliénation d'un immeuble ou d'un fonds de commerce relève d'une gestion dynamique ? Si l'on excepte le cas particulier du spéculateur immobilier, nous sommes d'avis que la vente d'un tel bien marque plutôt la dernière étape de son exploitation. En ce sens, l'aliénation apparaît comme une finalité et non comme un moyen de gérer dynamiquement le bien. De plus, nous ne sommes pas convaincus que la nécessité d'obtenir le consentement du conjoint retarde une opération pouvant exiger célérité. Dans le domaine immobilier, les détails imposés par l'intervention directe (le notaire) ou indirecte (le prêteur de l'acquéreur) de tiers à l'acte, donnent amplement le temps d'obtenir ce consentement et même, en cas d'impossibilité ou de refus injustifié, de recourir à l'autorisation judiciaire de l'article 217.

Nos arguments sont par contre moins convaincants lorsqu'un époux veut grever d'un droit réel un bien visé à l'article 1424. Il n'est pas sûr que les limitations apportées aux biens qu'un époux peut offrir seul en garantie à ses créanciers soient compatibles avec les exigences du monde commercial. On peut imaginer des cas où l'obtention rapide et/ou répétée de crédit exigerait moins de difficultés liées à l'impossibilité pour un époux d'offrir seul des garanties réelles de remboursement. Toutefois, la constitution d'une hypothèque ne représente généralement pas un acte courant et, dans la majorité des couples, le consentement de l'autre époux sera facile à obtenir. Le problème concerne beaucoup plus les prêts personnels, consentis sans demande de garanties réelles. Dans ce domaine, l'atteinte à l'autonomie des époux est évidente puisque, pour élargir le champ de leurs poursuites éventuelles, "les prêts que les banques accordent à des personnes mariées le sont conjointement dans la majorité des cas" (60). Simple conséquence du "cloisonnement" de principe entre le passif de chacun des époux.

Paradoxalement, c'est dans ce que l'article 1424 ne vise pas que des observations intéressantes peuvent être faites. Cet article posant une règle dérogatoire au principe de la séparation des pouvoirs des époux, elle appelle une interprétation stricte (61). Seuls les biens expressément énumérés sont susceptibles de nécessiter une gestion commune des époux.

(60) CHAMPENOIS-MARNIER, p. 97.

(61) C'est ainsi que les droits de propriété industrielle semblent exclus du domaine de la cogestion : voir DIENER M., "Pour la cogestion des droits de propriété industrielle en régime de communauté légale", D.1983. Chron. 201, à la p. 203. Voir également Paris, 4 oct.1984 ; D.1985.I.R.303, obs. MARTIN (annulation d'un bail conclu par la femme sur un immeuble commun, sans preuve de mandat écrit ou verbal).

On se plaît souvent à souligner que c'est un critère économique qui a conduit à établir la liste des biens inclus dans le champ de la cogestion ; l'intérêt de la famille appellerait que les biens les plus importants soient protégés des initiatives personnels d'un époux. Pourtant, il est remarquable de constater que les droits sociaux négociables ne soient pas soumis à la règle de l'article 1424. Les nécessités d'une gestion particulièrement dynamique de ces biens ont été ici déterminantes, même s'ils constituent les premiers biens menacés de disparition frauduleuse dans un ménage en péril. Ainsi, "dans ce conflit entre les nécessités économiques et le souci idéologique d'une égalité sans compromis, les premières l'ont emporté" (62).

Ainsi délimité, le domaine de l'article 1424 n'en conserve pas moins une importance certaine. Mais il ne faut pas perdre de vue que ces biens ne sont pas soumis à la cogestion en toutes circonstances. Car le mari demeure l'administrateur de la communauté (article 1421). A ce titre, il peut intenter (ou se défendre à) une action en justice, même si elle a pour objet un bien visé à l'article 1424 (63). Simplement, il ne doit consentir à aucune aliénation volontaire du bien, par exemple en se désistant de l'action ou par un règlement hors cour.

C'est cette même notion d'aliénation volontaire qui peut lui permettre d'offrir ces biens en gage général aux tiers avec qui il contracte. Tout comme pour l'article 215, soumettre à cogestion tout engagement pouvant avoir pour conséquence indirecte la saisie d'un immeuble ou d'un fonds de commerce conduirait à enlever au mari le fondement même de son autonomie. Les tribunaux ont bien compris ce risque.

En pratique, la question s'est surtout posée quant aux pouvoirs du mari de se porter caution personnelle ; deux questions principales devaient être tranchées. Premièrement, fallait-il considérer le cautionnement comme représentant

(62) COLOMER "Vérité juridique, vérité économique et régimes matrimoniaux", in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, 1982, p.153, à la p.163.

(63) L'action en expropriation d'un immeuble commun se poursuit contre le mari seul : Civ. 1ère, 27 mars 1974 ; Bull.I. n°100, p.85. La même solution s'applique à l'action en revendication d'un bien commun (Cv. 1ère, 23 juill.1979 ; Bull.I, n°223, p. 177 ; D.1980.I.R.137) ou pour l'action en démolition d'un immeuble commun empiétant sur un fonds voisin (civ. 3e, 18 mai 1976 ; Bull.III, n°209, p.162).

une libéralité qu'un époux ne pouvait consentir seul (en vertu de l'article 1422) ? La position jurisprudentielle (64) est très claire : "le cautionnement, qui ne comporte pas de dessaisissement immédiat et définitif d'un bien patrimonial, ne confère pas à l'engagement qu'il exprime le caractère d'une libéralité".

Deuxièmement, il fallait se demander si un tel cautionnement ne devait pas être assimilé à une constitution d'hypothèque, et donc soumis à la règle de la cogestion. Par deux fois, la Cour de Cassation s'est refusée à faire un tel rapprochement (65). Il fut entre autres jugé, dans le premier arrêt, que l'annulation d'un renouvellement hypothécaire pour défaut de consentement de la femme n'empêchait pas le mari d'avoir pu valablement renouveler son engagement personnel de caution, sur la base de l'article 1413. La logique de cette décision a pour effet paradoxal d'accorder au créancier un droit de poursuite (par le biais de l'article 1413) qu'on lui avait refusé à cause de la règle de l'article 1424. La seule limite à ce "rétablissement" des pouvoirs du mari sera le cas de fraude, où le cautionnement sera non seulement déclaré inopposable à la femme mais totalement annulé (66).

Le pouvoir du mari d'offrir à ses créanciers le gage général que constitue les biens communs est donc sauf. La prépondérance de l'article 1413 sur la règle de la cogestion vient lui assurer une autonomie de base indispensable, face à ses cocontractants. C'est dans cette lignée que s'inscrit un arrêt important de la Cour de Cassation (67), qui refusa de dénier au syndic à la liquidation des biens du mari le droit d'aliéner seul un immeuble relevant de la communauté. Reconnaître l'application de l'article 1424 aux aliénations autres que celles consenties volontairement par un époux conduirait, de façon inacceptable, à instituer dans les faits une cogestion généralisée pour tout acte d'engagement de l'un d'eux.

(64) Cass. civ.1ère, 21 nov. 1973 ; D.1975.549, note STEINMETZ ; R.T.D.Civ. 1975.756, obs. SAVATIER ; Journ.NOT.1975.145., Note VIATTE. Voir aussi civ.1ère, 11 juill.1978 (Gaz.Pal.1978.415) et civ.1ère, 27 janv.1982 (Bull.I. n°46, p. 20).

(65) Civ. 1ère, 29 janv.1975 ; Bull.I.,n°37, p.35 ; J.C.P. 1975.II.18081. note PATARIN. Civ.1ère, 7 oct.1975 ; Bull.I, n°256, p.216.

(66) Voir Cass. civ.1ère, 31 janv. 1984 ; J.C.P. 1984.IV.130 ; D.1984.I.R.273, obs.MARTIN.

(67) Civ. 1ère, 21 nov. 1978 ; J.C.P. 1979.II.19204, note PATARIN ; D.1979. 365, note JEANTIN.

Il serait cependant téméraire de croire que l'article 1424 n'a aucune incidence sur la gestion dynamique des biens conjugaux. Car la règle risque d'avoir une extension considérable, principalement en raison de la large protection accordée à l'époux qui n'a pas donné son consentement.

Nous avons vu que la sanction d'un tel dépassement de pouvoirs était la nullité de l'acte, même à l'encontre du tiers de bonne foi. Il appartient donc à ce dernier de vérifier les pouvoirs de l'époux agissant seul. Il devra se montrer très prudent car, à défaut de dol prouvé, la jurisprudence lui refuse le droit de poursuivre son cocontractant en responsabilité (68).

La méfiance du tiers n'en sera que plus légitime dans le contexte présent, alors que les tribunaux ont tendance à considérer de façon très élastique le délai d'action de deux ans accordé au conjoint par l'article 1427. On peut même se demander si l'on ne s'achemine pas vers la reconnaissance d'un droit de veto permanent (69).

La combinaison de ces deux données aura à notre avis pour conséquence de rendre plus difficile non seulement la gestion des biens communs visés à l'article 1424, mais également les biens de même nature appartenant en propre à un époux. On sait que les époux possèdent, depuis 1965, plus de pouvoirs sur leurs biens propres que sur les biens communs confiés à leur administration. Chacun des époux peut aliéner ou grever de droits réels ses biens propres, sans le consentement de son conjoint. Cette indépendance suppose cependant la preuve préalable du caractère propre du bien, à l'encontre de la présomption de communauté. Avec l'introduction de l'article 1424, cette dernière peut avoir des effets néfastes envers la femme et, ce qui est nouveau, également envers le mari. Car à défaut de preuve certaine, le bien sera réputé commun et donc soumis à cogestion.

On pourra rétorquer que la preuve du caractère propre d'un immeuble ou d'un fonds de commerce est, dans plusieurs cas, relativement facile à fournir (v.g. acte notarié attestant

(68) Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1981, précité ; Cass.civ.1^{ère}, 11 janv. 1983; Bull.I, n°14, p.12 ; Cass.civ.1^{ère}, 28 mars 1984, précité.

(69) Voir Cass.civ.1^{ère}, 2 juin 1981 ; Bull.I, n°187, p.154, mais surtout Cass. civ.1^{ère}, 8 déc.1981 ; D.1982.I.R.472, obs. MARTIN ; Rep. Defrénois 1982. 427, obs. Champenois.

l'acquisition antérieure au mariage). Mais cette preuve n'est pas pour autant automatique et, surtout, il n'est pas sûr que le cocontractant acceptera toujours de s'en contenter, tant le défaut de pouvoir de l'époux agissant seul peut avoir pour lui des conséquences graves.

L'extension du domaine sociologique de la cogestion est d'ailleurs en harmonie avec les préoccupations récentes du législateur qui, par des réformes s'adressant à certaines catégories d'époux, est venu compléter le champ d'application de l'article 1424.

CHAPITRE 2

LES REFORMES SECTORIELLES

Section 1 : La protection du bail rural :

Par la loi du 4 juillet 1980 (loi n°80-502), le bail rural s'est vu octroyé une protection toute particulière : "l'époux titulaire du bail (...) ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, accepter la résiliation, céder le bail ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement" (article 411-68 du Code rural). Seule condition à l'application de cette disposition : les époux doivent participer ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole (70).

Nos commentaires seront brefs pour une raison bien simple : la résiliation, la cession ou le non-renouvellement d'un bail rural n'est pas en soi un moyen de gérer dynamiquement les biens conjugaux. Le bail est en fait le support même de l'activité agricole des époux. A ce titre, les restrictions apportées apparaissent plus utiles que néfastes à une gestion dynamique de l'exploitation, puisqu'un époux ne pourra, seul, disposer de la source de revenus du ménage. De ce point de vue, la cogestion instaurée vient, paradoxalement, éviter la cessation de l'exploitation de la terre agricole en raison d'une mésentente entre les époux.

Dans ce contexte, seules deux observations supplémentaires nous apparaissent nécessaires. D'une part, la loi porte atteinte

(70) Pour une analyse plus complète, voir REMY, "Exploitation agricole et statut civil des époux", Revue droit rural, numéro avril-mai 1981, p.239 et ss.

au principe de la libre disposition des biens propres d'un époux. En effet, appliquant en cela la règle de la protection du bail du logement familial (article 1751), l'article 411-68 Code rural ne fait aucune distinction sur la nature propre ou commune du bail (71). Ainsi disparaît en grande partie l'intérêt de reconnaître ou non le caractère de propre par nature à ce bail, au sens de l'article 1404.

D'autre part, la loi exige le consentement exprès du conjoint à l'acte, ce qui condamne une fois pour toutes l'application de la théorie du mandat apparent, qui fut parfois invoquée lorsque le mari avait consenti seul un bail rural sur un bien propre de son épouse (72).

Section 2 - La protection des éléments du fonds commercial ou artisanal :

Jugeant insuffisante la protection accordée par l'article 1424, le législateur a élargi, en 1982, le domaine de la cogestion pour les ménages d'artisans et de commerçants. L'article 2 de la loi du 10 juillet 1982 (loi n°82-596) prévoit qu'un "artisan ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint (...) aliéner ou grever de droits réels les éléments de fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale".

La protection est accordée au conjoint, quelle que soit la forme de sa participation dans l'entreprise (collaborateur, salarié) ; mais à la différence de la règle de l'article 411-68 C. rur. seule l'entreprise dépendant de la communauté est ici visée. Cette restriction est cependant d'une portée pratique limitée, puisque peu d'époux mariés sous le régime légal possèdent en propre une exploitation commerciale ou artisanale.

(71) Mais il faut noter que, contrairement à l'article 1751, l'article 411-68 C. rur. n'établit pas les époux cotitulaires du bail.

(72) Pour des tentatives infructueuses, voir Toulouse, 4 janv. 1973 ; Gaz. Pal. 1974.I.316 ; aussi Cass. civ. 1ère, 6 Juill.1976 ; J.C.P.1978.II.18875, note LE GUIDEC ; Rep. Defrénois 1977.472, obs. CHAMPENOIS.

La loi a en revanche une portée sociologique certaine lorsque l'exploitation constitue un bien de la communauté, le travail des deux époux étant le plus souvent nécessaire à la bonne marche de l'entreprise (73).

Bénéficiant d'un large domaine d'application, cette disposition vient consacrer des solutions antérieures incertaines; mais elle pourrait avoir une portée pratique plus étendue que ce qui avait été envisagé par ses rédacteurs.

Avant 1982, l'application de l'article 1424 aux fonds de commerce ou entreprises artisanales soulevait bien des interrogations. Assurément, un époux ne pouvait aliéner seul la totalité du fonds commercial ou artisanal commun ; rien ne l'empêchait cependant d'en aliéner une partie, de façon isolée. En effet, du moment que l'aliénation portait sur un élément accessoire du fonds et que l'opération ne s'inscrivait pas dans une suite d'actes séparés visant la totalité de l'entreprise, il fallait admettre la validité de l'acte fait par l'époux seul (74). La difficulté surgissait lorsque l'élément aliéné apparaissait essentiel à l'existence même du fonds : ne fallait-il pas logiquement recourir au consentement de l'autre époux ? Depuis longtemps, la jurisprudence avait admis que la clientèle constituait un de ces éléments essentiels (75). Mais il restait beaucoup d'hypothèses où la détermination de ce caractère essentiel était difficile (76). La loi du 10 juillet 1982 est venu trancher sur un point : il est dorénavant assuré que l'aliénation d'un élément essentiel du fonds nécessite le consentement exprès du conjoint.

Soit. Mais la controverse demeure sur la notion même de l'essentialité de l'élément aliéné. La loi, loin de clarifier la situation, ajoute à l'incertitude. Comment interpréter cette notion, "évocatrice et vague" (77) d'éléments "nécessaires à l'exploitation" ?

(73) Ne serait-ce que pour éviter la charge d'un salaire supplémentaire (secrétariat, comptabilité, caisse, ect.). Voir également le Rapport du conseil économique et social, 25 janv. 1984., "**Le statut matrimonial**", aux pages 41-42.

(74) Solution retenue dans Amiens, 12 mai 1975 ; Gaz.Pal.1975.II.574, note RAYMOND ; Journ. not. 1976.802, note J.V.V.

(75) Cass. reg. 15 fév. 1937 ; D.1938.I.13, note CORDONNIER.

(76) Pour un examen complet de ces hypothèses, voir COLOMER, **Les régimes matrimoniaux et le droit commercial** : tome 1 : le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux, n° 226 et s.

(77) L'expression est de M. CORNU, p. 412.

C'est dans ce que la loi ne voulait pas viser qu'apparaît le danger d'une atteinte à la gestion dynamique de ces biens. Car l'aliénation de la clientèle attachée à un fonds de commerce, ou encore la vente du matériel servant principalement à la production de l'artisan, sont difficilement représentatifs d'actes de gestion dynamique. Qu'elles soient soumises à cogestion n'a à ce titre que peu d'importance. A la rigueur, l'acte de nantissement des marchandises en stock ou des outils de l'artisan ne répugne pas à exiger le consentement des deux époux. L'acte est assez grave (et peu fréquent) pour que le double consentement ne porte pas trop atteinte à ce dynamisme souhaitable.

Mais où se situe la ligne de démarcation entre la vente d'un élément nécessaire à l'exploitation et ce qui ne l'est pas ? Déjà, avant 1982, un auteur soulignait que sociologiquement, l'imprécision du texte de l'article 1424 quant aux fonds de commerce ferait que l'intervention des deux époux serait en fait exigée dès qu'un doute s'élèverait sur le caractère essentiel du bien (78). Pourtant, l'article 1424 ne parle que du fonds de commerce, sans plus de distinctions. Maintenant que l'article 2 de la loi du 10 juillet 1982 inclut expressément certains éléments du fonds dans le champ de la cogestion, le doute n'en sera que renforcé (79). Mise à part la vente claire et nette des marchandises ou produits "habituels", le tiers contractant sera embarrassé dès que le bien qu'il veut acquérir ne pourra de façon certaine être qualifié de non-nécessaire à l'exploitation. En voulant se protéger, il exigera la signature des deux époux ; la rapidité des transactions s'en trouvera affectée.

Il ne s'agit pas de dire que la loi de 1982 a institué une cogestion généralisée de fait en ce qui a trait aux actes de disposition (80), mais simplement que les situations ambiguës sont rarement compatibles avec les impératifs du commerce. Même si la solution n'était pas certaine avant 1982, il nous semble que, en pratique, l'article 1424 produisait les mêmes effets que ceux véritablement recherchés par les rédacteurs de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1982.

(78) COLOMER, n° 521.

(79) Surtout que des auteurs souhaitent qu'on interprète extensivement la notion, afin qu'elle ne soit pas "absorbée" par l'article 1424. Voir RANDOUX D. "Le conjoint du chef d'entreprise artisanale ou commerciale: collaborateur, salarié ou associé ?" J.C.P. 1983.I.3103, n° 19.

(80) La crainte n'en reste pas moins exprimée par M. MARTIN "La coopération conjugale dans l'entreprise familiale" D.1982. chron. 293, n° 19.

Par ailleurs, cette loi, qui dépasse largement le domaine des régimes matrimoniaux, contient une autre disposition requérant dès à présent notre attention.

Section 3 - L'entrée d'un époux en société :

Le nouvel article 1832-2 al. 1 oblige l'époux apporteur de biens communs à une société, dont les parts ne sont pas négociables, à en avertir son conjoint (avec mention dans l'acte d'apport) sous la sanction de l'article 1427. La même règle est applicable à l'acquisition de parts sociales pré-existantes, à l'aide de deniers communs. La disposition est applicable à tous les époux mariés sous le régime légal (peu importe la profession exercée par l'apporteur ou acquéreur) mais ne l'est qu'à ces seuls époux (81). Elle complète l'article 1424, en requérant l'information au conjoint dès qu'un bien commun est utilisé, peu importe sa nature ou sa valeur économique.

Il faut noter qu'il ne s'agit pas à proprement parler de cogestion ; la loi édicte un simple devoir d'information qui n'empêche aucunement à l'époux d'agir seul (82). La possibilité d'une entrave à la libre disposition de biens communs confiés à l'administration d'un époux n'apparaît pas vraiment à ce stade (83). Mais cette nécessité d'informer le conjoint peut, elle, déboucher sur son immixtion dans la société où son époux compte entrer. En effet, l'aliéna 2 de l'article 1832-2 permet au conjoint de devenir à son tour associé (pour la moitié des parts), à condition qu'il pose un geste tangible en notifiant les autres associés de son intervention (84). Le législateur s'est donc gardé de répartir automatiquement les parts sociales entre les époux. Aux dires d'un auteur, il a "su trouver une procédure qui permette de concilier les intérêts du conjoint et l'intuitu personae de la société" (85).

(81) Voir CORNU, p. 413.

(82) En tenant évidemment compte de la règle de cogestion établie pour certains biens, aux termes de l'article 1424.

(83) Quoiqu'un auteur souligne que, dans les faits, information ou comparution à l'acte seront souvent confondus : MARTIN, op.cit., n° 12.

(84) En ce sens, on pourrait parler d'une sorte de "cogestion par division": chacun des époux pouvant exercer comme bon lui semble les prérogatives attachées à ses parts, mais se voyant privé de la moitié du poids relatif qu'elles représentent au sein de la société.

(85) DERRUPPE J. "Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982" Rep. Defrénois 1983, art.33053, à la p.526.

Il est vrai que le choix du législateur présente des avantages indéniables. En laissant au conjoint de l'associé le choix de s'immiscer ou non dans la société, la loi permet aux couples unis de déterminer celui d'entre eux qui exercera les prérogatives attachées au titre d'associé. Car l'article 1832-2 clarifie des situations qui ont fait l'objet de longues controverses.

Premièrement, le régime légal ne pose plus d'obstacle à ce que le mari ou la femme ait la qualité d'associé, même si l'apport ou l'acquisition des parts est faite exclusivement avec des biens communs ordinaires (86). Laissant aux époux le soin de choisir celui d'entre eux qui apparaît le plus apte (ou le plus disponible) à s'occuper des affaires de la société, la loi permet la meilleure gestion possible (souvent la plus dynamique) des biens communs investis dans la société.

Deuxièmement, la loi semble consacrer la distinction du titre et de l'émolument, en édictant que le titre d'associé est en principe dévolu au seul époux apporteur ou acquéreur, même si les parts sont communes (87). La loi de 1982 pourrait ainsi avoir ajouté un argument à l'interprétation de l'article 1404, reconnaissant le caractère propre des parts, sauf récompense (88). Il n'y a donc plus de heurts entre droit matrimonial et droit des sociétés. C'est au premier que l'on doit se référer pour déterminer la nature des droits sociaux ; quant au fonctionnement interne de la société, c'est le droit des sociétés qui est seul habilité à en fixer les règles.

Le régime matrimonial d'un époux n'en est pas pour autant devenu sans incidences sur ses co-associés. La preuve en est à l'article 1832-2 al. 2. Nous avons dit que le conjoint de l'associé peut notifier les co-associés de son intention d'acquérir la moitié des parts sociales de son époux. S'il le fait dès l'arrivée de son conjoint dans la société, les autres associés se trouvent dans une situation délicate : leur refus d'accepter ce conjoint vaut pour les deux époux. Spécialement dans le cas de sociétés intuitu personae, l'immixtion

(86) DERRUPPE, op. cit. p. 525.

(87) COLOMER "Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale" Rep. Defrénois 1982, art.32965, n°143 et, pour une synthèse de la controverse avant 1982 : nos. 123 à 127. Voir également RANDOUX op. cit. n° 38 ; DERRUPPE, op. cit. p.530. Contra : PAISANT, "Faut-il abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté" J.C.P.1984.I.19, n° 45.

(88) Au même effet : MARTIN, op. cit., n° 11.

du conjoint ne sera pas toujours la bienvenue ; la loi peut de cette façon, indirectement mais effectivement, empêcher un époux d'entrer dans une société s'il ne peut convaincre son conjoint de lui laisser toute la latitude voulue.

D'un autre côté, les co-associés ne peuvent même pas se satisfaire de la bonne entente des époux qui, au moment de l'apport ou de l'acquisition, conviennent de laisser le champ libre à l'époux "convoité". Que survienne ultérieurement un désaccord entre les époux ou qu'ils décident ensemble de modifier la situation initiale, et le conjoint de l'associé pourra toujours demander à se voir attribuer la moitié des parts (89). Aucun choix ne sera alors laissé aux co-associés à moins qu'une clause d'agrément ait été prévue à cet effet. Mais outre qu'une telle clause n'est pas automatiquement incluse dans les statuts, elle devra le cas échéant viser expressément l'hypothèse de l'article 1832-2 (90). Préoccupation supplémentaire pour les autres associés, où un oubli pourra entraîner bien des regrets.

Ces situations suffisent à montrer qu'une personne peut encore aujourd'hui se trouver pénalisée par le seul fait d'être mariée sous le régime légal, lorsqu'elle désire utiliser le véhicule sociétaire pour "maximiser" les possibilités de croissance du patrimoine conjugal. Selon nous, ces effets négatifs possibles sont cependant contrebalancés par la souplesse générale de la loi en ce qui concerne les nouvelles possibilités d'action des époux dans une société (91). A ce titre, il est révélateur de constater que les parts sociales négociables (c'est-à-dire généralement les actions de sociétés cotées en bourse) ne sont pas visées par l'article 1832-2. Les arguments qui avaient milité pour leur exclusion du champ de l'article 1424, il y a vingt ans, ont conservé toute leur actualité. Les co-associés de l'époux commun en biens ne peuvent de toute façon se prétendre lésés par une telle situation puisque, dans ce genre de société, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (article 274 al. 1) interdit déjà les clauses d'agrément pour les cessions d'actions au conjoint.

(89) **DERRUPPE**, *op. cit.* p. 528.

(90) C'est le sens à donner à l'expression "clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts" de l'article 1832-2. Voir le rapport BOUVIER, J.O. Doc. Sénat 1981-82, n° 316, p. 37.

(91) Citons par exemple le nouvel article 1832-1, qui permet à deux époux de former seuls une S.A.R.L. en n'apportant que des biens communs ordinaires ; ou encore l'article 38 de la loi permettant dorénavant, dans des cas précis, l'apport en industrie à une S.A.R.L. (afin que la femme sans biens propres ni réservés puisse devenir associée à part entière). Leur étude déborde cependant le champ de la cogestion.

En conclusion, on voit que le principe de la gestion unitaire des diverses masses de biens subit des atteintes de plus en plus nombreuses. Mais si l'indépendance des époux dans la gestion des biens conjugaux est ainsi compromise, il n'est pas aussi certain que leur gestion dynamique en soit affectée.

Evidemment, à mesure que le champ de la cogestion s'élargit, le danger s'accroît de voir apparaître dans les faits un véritable régime de main commune qui affecterait ce dynamisme par sa généralisation, spécialement dans le domaine commercial. La loi du 10 Juillet 1982 a à notre avis le défaut d'encourager une telle évolution.

Faut-il s'en étonner ? L'enquête menée en 1979 par la S.O.F.R.E.S. a beaucoup influencé l'orientation des réformes dans les secteurs agricoles, commerciaux et artisanaux. Nous nous demandons cependant jusqu'à quel point les résultats de l'enquête ont été correctement interprétés.

D'une part, le désir de réforme n'était peut-être pas toujours aussi nettement exprimé chez les intéressés (92). D'autre part, sur la question de la cogestion en général, l'appui massif des répondants à la nécessité "d'agir ensemble" a été traduit dans la loi par l'exigence d'un accord exprès du conjoint à certains actes (v.g. article 411-68 C. rur. et article 9 de la loi du 10 juillet 1982). Pourtant, l'auteur du Rapport a bien relevé que "la perception immédiate de la formule est celle de décider ensemble" et non de tout co-signer (93).

En ce sens, la nouvelle "formule" de l'article 1832-2 (simple devoir d'information) répond sans doute plus adéquatement à cette préoccupation.

Quoi qu'il en soit, l'évolution se fait vers un régime légal où l'agissement de concert des époux est de plus en plus fréquent. Le tableau ainsi brossé appelle toutefois une importante observation d'ordre socio-économique. Dans le schéma de base du régime légal, les gains et salaires des époux sont exclus du champ de la cogestion. L'article 224 al.1 confère à chacun d'eux la liberté la plus totale.

(92) Ainsi, à peine deux tiers des commerçants et artisans estimaient anormal que la cession de l'entreprise puisse intervenir sans le consentement du conjoint. Voir CHAMPENOIS-MARMIER, p. 76.

(93) CHAMPENOIS-MARMIER, p. 59.

A l'origine, l'article 224 avait pour but d'assurer à la femme la libre disposition de ses gains et salaires. Cependant, il a plutôt été utilisé pour valider, à l'encontre de la règle de cogestion de l'article 1422, la donation de sommes importantes par un mari commun en biens à sa concubine (94). Il est à notre avis difficilement justifiable que l'actif communautaire puisse être réduit de façon aussi sensible dans une telle hypothèse ; le motif de la Cour selon lequel il y aurait alors accomplissement d'une obligation naturelle, ne nous convainc aucunement.

C'est pourquoi nous approuvons la jurisprudence postérieure qui est venue tempérer la règle : soit en considérant de façon indivisible les deniers fournis et le bien (un immeuble) acquis grâce à eux par la concubine (95), soit encore en interprétant très strictement les termes de l'article 224 al.1 (96).

Cette tendance de la Cour de cassation n'affecte en rien la gestion dynamique de ces gains et salaires, puisqu'une donation constituera rarement une bonne stratégie de placement. On peut même soutenir que la jurisprudence vient au contraire assurer leur meilleure gestion en empêchant un appauvrissement non souhaitable de la communauté.

En fait, il importe surtout de retenir que chaque époux jouit d'une liberté d'action complète lorsqu'il veut faire fructifier ses gains et salaires au profit de la communauté, au risque même que l'opération se révèle non profitable.

De plus, l'autonomie ici conférée à chacun des époux ne rend pas pour autant ces gains et salaires insaisissables. Il est admis que ceux-ci sont réputés entrés en communauté dès leur perception et qu'ils peuvent donc être saisis par les créanciers de ladite communauté (97).

(94) Paris, 19 nov. 1974 ; J.C.P. 1976.II.18414, note SYNDET ; D.1975.614, concl. CABANNES ; R.T.D. Civ.1982.129, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

(95) Cass. civ. 1ère, 24 oct. 1977 ; D.1978.290, note POISSON-DROCOURT ; R.T.D. Civ.1979.604, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

(96) Cass.civ.1ère, 22 oct.1980 (D.1980.I.R.462, obs. MARTIN ; Rep. Defrénois 1981.462, obs. CHAMPENOIS), où la donation de bons de caisse, provenant d'un compte alimenté par les salaires du mari, ne fut pas considérée comme une donation de gains et salaires.

(97) Cass.civ. 1ère, 8 fév. 1978 ; Rep. Defrénois 1978.879, obs. CHAMPENOIS ; R.T.D. Civ. 1979.592, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

Cette position de la jurisprudence est d'une importance considérable. Elle permet en effet à la communauté de demeurer une réserve de crédit pour l'époux qui possède le pouvoir de l'engager, tant les gains et salaires des époux consistent souvent la majeure partie, sinon la totalité, de l'actif commun. Vu sous cet angle, cet élément d'actif aboutit à créer des possibilités de dynamisme dans la gestion, de manière directe comme de manière indirecte.

Une autre observation s'impose lorsque l'on examine la structure générale de la loi de 1965. Si la qualification préalable du bien demeure la règle (que ce soit pour sa gestion par un seul époux ou par les deux ensemble), la loi elle-même contient des dispositions d'une grande portée qui permettent d'assouplir cette rigidité de base du régime légal. Leur étude fait l'objet de la seconde partie de ce travail.

DEUXIEME PARTIE

DYNAMISME ET GESTION UNITAIRE

La séparation des pouvoirs de gestion par masse de biens, tempérée par une certaine dose de cogestion pour les actes jugés les plus graves, peut sembler apte à assurer la bonne gestion des biens conjugaux, autant par le mari que par la femme.

Mais cette situation théoriquement égalitaire se révèle le plus souvent faussée dans les faits. Par exemple, la femme qui ne travaille point à l'extérieur du foyer ne peut générer de biens réservés ; ou encore un des époux ne possède aucun bien propre. A cela s'ajoutent des difficultés de preuve bien réelles. Il était alors nécessaire de concevoir des mécanismes de "correction", dans l'intérêt de la famille et des tiers appelés à traiter avec l'un ou l'autre des époux.

C'est pourquoi la loi prévoit parfois le décloisonnement entre les diverses masses de biens pour déterminer soit les pouvoirs d'engagement d'un époux (Chapitre 1) soit les pouvoirs d'administration desdits biens (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LES REGLES RELATIVES AU PASSIF

La séparation de principe des pouvoirs de gestion appelle logiquement, en corollaire, la séparation des passifs. Par ses actes, un époux n'engage habituellement que ses biens propres et la portion des biens communs qu'il gère (article 1418).

La règle se conçoit fort bien : donner pouvoir à un époux d'engager les biens de son conjoint, c'est porter indirectement atteinte à l'autonomie de gestion de ce dernier, en réduisant d'autant son gage général. Pourtant, dans deux séries d'hypothèses, le législateur a apporté une exception au principe.

La première porte sur les dettes d'entretien du ménage ou d'éducation des enfants : la communauté de vie entre époux rend inacceptable que l'un d'entre eux puisse échapper au paiement de ces dettes "fondamentales" (Section 1).

La seconde concerne la passif professionnel de la femme. Ici, il ne s'agit pas de solidarité légale, car le mari doit s'ingérer d'une façon quelconque dans l'activité de son épouse pour y engager ses biens. Contrairement aux dettes de ménage, on pourrait aisément concevoir que ce type de dettes n'engage que les biens propres et réservés de la femme. La solution retenue en droit positif rend cependant le crédit de la femme commerçante tributaire d'une telle règle (Section 2).

Section 1 - La solidarité légale :

L'article 220 permet à un époux de contracter seul une dette ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, et d'ainsi engager solidairement son conjoint. La loi ne fait cependant pas bénéficier de la solidarité légale les achats faits à tempérament et les dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage.

Cette disposition législative a aboli le mandat domestique tacite de la femme mariée, créé par la jurisprudence au lendemain du Code de 1804 et consacré par la loi du 22 septembre 1942 (98). Il est évident qu'avant 1942, l'application stricte

(98) Sur l'évolution historique du mandat domestique de la femme mariée, voir R. SAVATIER, note sous Cass. civ.1ère, 19 oct. 1964 ; D.1965.297.

des règles du régime matrimonial légal se révélait tout à fait inadaptée aux exigences de la vie courante. Il fallait contourner l'absence de pouvoir légal de la femme d'engager la communauté et lui permettre de contracter pour les besoins courants du ménage.

C'est ainsi que la jurisprudence avait admis que la femme pouvait emprunter pour les besoins du ménage et que, en autant que le montant de l'emprunt n'ait pas été excessif eu égard aux ressources du ménage, les biens communs et les biens propres du mari en garantissaient le remboursement (99). L'effectivité du pouvoir ménager de la femme était également assurée, à l'égard des tiers, par une interprétation large de la volonté du mandat (le mari) (100).

Mais même après 1942, ce mandat domestique laissait voir d'évidentes imperfections. En appliquant les règles normales du mandat, la femme se trouvait à engager les biens communs "ordinaires" et les propres du mari, mais non ses biens réservés et ses propres. De plus, l'évolution des moeurs justifiait de moins en moins une telle subordination de la femme mariée, n'agissant que grâce au consentement (tacitement exprimé) de son mari, qui pouvait toujours révoquer ce mandat.

Le grand principe de l'égalité des époux sous-tendant toute la réforme de 1965 imposait un remodelage de l'article 220. Dorénavant chacun des époux possède un pouvoir propre d'engager son conjoint pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants (101). L'époux contractant engage tous les biens des époux sans distinction ; le gage des créanciers atteint ici son extension maximale (102).

(99) Voir à titre d'exemple : Cass.civ. 1ère, 27 juin 1922 ; D.1922.I.200. Pour une revue plus complète, voir MONEGER, "L'emprunt contracté par un époux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants", D.1975. chron.165, à la p.165. Pour la même solution, après la loi de 1942, voir Cass.civ. 1ère, 8 avril 1970 ; Bull.I, n°106, p.72 ; J.C.P. 1970.IV.134 ; D.1970. Somm.158.

(100) Civ.1ère, 8 avril 1970, précité : le mandat "n'est pas révoqué du seul fait de la connaissance par le tiers contractant des difficultés conjugales de l'épouse".

(101) CORNU, p. 90. Logiquement la disposition ne s'applique pas aux concubins. La Cour de cassation a pourtant eu à la rappeler : Civ.1ère, 11 janv.1984 ; D.1984.I.R.275, obs. MARTIN.

(102) Il est à noter que le créancier peut indifféremment saisir en premier lieu les biens de la femme ou ceux du mari, la loi du 11 juillet 1975 ayant abrogé l'alinéa 2 de l'article 214, qui faisait peser les charges du mariage à titre principal sur le mari. Voir COLOMER, n°916.

Sous le régime légal, l'article 1414-3^e apparaît comme le corollaire de l'article 220, en permettant dans la même hypothèse aux créanciers de la femme d'exercer leurs poursuites sur l'ensemble des biens communs.

Si l'article 220 a d'abord été rédigé pour consacrer le pouvoir ménager de la femme mariée, son existence s'est avérée tout aussi utile au mari. Mais cette égalité des époux dans le texte pourrait bien, en définitive, contribuer à accroître significativement le crédit de la femme, en dépassant le domaine de l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

A - L'étendue du pouvoir domestique :

Malgré le voeu d'un auteur à l'effet que le nouvel article 220 permette "de fixer l'attention des tribunaux sur la notion d'excès manifeste et de guider leur interprétation souveraine de cette notion par des critères associés qui font la part de la sécurité du commerce et des intérêts de l'autre époux" (103), la jurisprudence postérieure à 1965 ne s'est pas toujours révélée d'une cohérence parfaite (104).

Il ne nous appartient pas ici de faire une étude exhaustive de la notion de "contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants". Nous ne nous intéresserons qu'à l'effet de cette disposition de la loi sur les possibilités réelles d'accroissement du crédit d'un époux. Plusieurs décisions intéressantes ont été rendues par les tribunaux depuis la réforme de 1965 et, même si elles ne sont pas toujours exemptes de critiques, méritent que l'on s'y attarde quelque peu.

Dès 1971, la Cour de cassation (105) fut appelée à trancher les hésitations de la doctrine à savoir si le nouveau texte conférait à un époux le pouvoir d'engager son conjoint en contractant un emprunt. Maintenant son interprétation antérieure à la loi de 1965, la Cour proclama la solidarité des époux pour des emprunts répétés et modestes, "ayant manifestement pour objet de faire face au jour le jour aux besoins les plus pressants du ménage". En allant au-delà du sens stricte-

(103) CORNU, p.92.

(104) Par exemple, comparer T.G.J. Paris, 10 déc. 1973 (D.1975.265, note MARTIN) et Poitiers, 16 fév. 1983 (J.C.P.1984.IV.192) sur les hésitations à faire bénéficier ou non de la solidarité légale les cotisations d'un époux à un régime de retraite.

(105) Civ.1^{ère}, 24 mars 1971 ; Bull.J., n°104, p.84 ; D.1972.360, note ABITBOL.

ment littéral du texte de loi, la Cour Suprême a certainement contribué à conserver toute sa vigueur audit texte : "ne pas appliquer l'article 220 au cas d'emprunt aurait risqué de priver le texte de toute portée, (...) et la solution jurisprudentielle peut contribuer à assurer une égalité réelle entre les époux pour obtenir l'un de l'autre une contribution efficace aux besoins du foyer" (106). Mais sachant que ces dettes avaient été contractées par un mari commerçant, guetté par le règlement judiciaire, ne pouvait-on pas affirmer que le doute profitait ici au ménage ?

La tentation de voir dans cet arrêt le germe d'une présomption de domesticité des dettes d'un époux a semble-t-il inspiré d'autres magistrats : un arrêt d'une Cour d'appel (107), en 1975, énonce de façon surprenante que : "Considérant que dame Schmitd prétend que tous les retraits ayant rendu le compte débiteur concernent des dépenses personnelles de son mari mais n'en rapporte pas la preuve, qu'elle est donc tenue solidairement de la dette, conformément à l'article 220 du Code civil...".

Une telle interprétation conduit à donner au texte de l'article 220 une portée qu'il n'a pas. En neutralisant les règles de base du régime légal sur la contribution aux dettes, une présomption de domesticité des dettes des époux permettrait d'accroître sensiblement le crédit de chacun d'eux (surtout celui de la femme), en rassurant leurs créanciers personnels sur l'étendue de leur gage. Est-ce à dire que l'article 220 est devenu un instrument au service du crédit personnel d'un époux ? Des arrêts subséquents ont mieux circonscrit, à notre avis, la portée de la règle de l'article 220.

En 1977, la Cour d'appel d'Amiens (108) a eu à se prononcer à ce sujet. Elle a jugé que les contrats conclus par la femme pour assurer le fonctionnement d'une entreprise commerciale ne pouvaient donner naissance à la solidarité légale de l'article 220, même s'il fut prouvé en l'espèce que les revenus de cette entreprise contribuaient indirectement à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

(106) PONSARD A., "L'interprétation par la Cour de Cassation de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux" in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Rep. du notariat Deffrénois, 1979, p. 387.

(107) Rennes, 12 fév. 1975 ; D.1979. Jur.39, note MARTIN

(108) 19 avril 1977 ; J.C.P. 1978.IV.318.

Ce refus d'une extension injustifiée du champ de la disposition fut suivi, plus récemment, par la Cour de cassation (109). Dans un arrêt qui devrait dissiper tous les doutes, la Cour rappelle que la dette doit avoir pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ; il ne suffit qu'elle ait été contractée simplement pour les besoins du ménage. En l'espèce, s'agissant d'opérations financières de l'épouse visant à acquérir une résidence secondaire pour le ménage, la Cour a refusé d'engager solidairement le mari au paiement de cette dette d'investissement.

La lecture de ces deux derniers arrêts montre bien la limite de la solidarité des époux en ce domaine. La règle énoncée à l'article 220 est au service du crédit du ménage, non de celui, personnel, des époux. Si la disposition vient assurer spécialement par la biais des engagements de la femme, les biens et services nécessaires à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, elle ne peut permettre d'élargir indéfiniment le champ du crédit d'un époux, même si l'obtention de ce crédit profite indirectement au ménage qui en perçoit les fruits. La catégorie d'actes visés par la disposition ne concerne pas la gestion dynamique des biens conjugaux. Elle permet tout au plus une gestion active des deniers destinés à pourvoir aux besoins fondamentaux du ménage ; il n'est pas ici question d'aider à faire fructifier l'une ou l'autre des masses de biens.

Ainsi replacé, le domaine d'application de l'article 220 peut fort bien s'accomoder d'une interprétation extensive du texte, admettant la solidarité des époux lors d'un emprunt contracté par un époux seul pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (110). L'arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1971 (précité) est sur ce point tout à fait acceptable. Mais il y aurait à notre avis fausse interprétation du texte de loi si un époux (et ses créanciers) pouvait se retrancher derrière une sorte de présomption de domesticité des dettes pour pouvoir mieux financer ses opérations.

(109) Civ.1ère, 11 janv. 1984 ; D.1984.I.R.276, obs. MARTIN ; J.C.P. 1984.IV.87.

(110) Il faut toutefois rappeler que les banques sont souvent réticentes face à une telle opération : CHAMPENOIS-MARNIER, p.97. Cette réticence peut s'expliquer par un problème accru de preuve de l'utilisation du montant du prêt aux fins prévues à l'article 220. Voir à ce sujet : MONEGER, op. cit., p. 169-170. Voir également Cass.civ. 1ère, 27 juin 1984 (J.C.P. 1984.IV.285) précisant les éléments de preuve sur lesquels le juge du fond doit baser son appréciation.

Mais qu'en est-il lorsque la dette consiste en un achat à tempérament ou est manifestement excessive eu égard au train de vie du ménage ?

B - Les dettes de ménage exclues du champ de l'article 220 /

Nous voulons ici parler des dettes qui, bien que contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'entraînent pas solidarité des époux à cause de leur caractère excessif (article 220 al. 2) ou parce qu'il s'agit d'un achat à tempérament (article 220 al. 3).

La notion d'achat à tempérament apparaissant beaucoup plus certaine que celle, changeante et imprécise, d'excessivité de la dépense, les contestations qui se sont élevées devant les tribunaux n'ont porté à notre connaissance que sur cette seconde notion (111).

Puisqu'il ne s'agit pas seulement d'une hypothèse d'école, il convient de s'interroger sur la situation du créancier à qui l'on refuse le bénéfice de la solidarité légale de l'article 220. Quelle est alors l'étendue du gage qui garantit le recouvrement de sa créance ?

Selon certains auteurs (112), un achat à tempérament ou une dépense jugée excessive limite le gage du créancier aux biens propres de l'époux contractant et à la portion de biens communs qu'il administre. Leur opinion est fondée sur une interprétation littérale de l'article 1414-3° C.C., qui fait supporter par tous les biens de la communauté les engagements pris "conformément à l'article 220". La communauté entière ne pourrait donc être tenue si la dépense n'entre pas dans le cadre dudit article 220.

Si cette opinion fut contestée par des auteurs sur le plan de la technique juridique (113), c'est avant tout pour des raisons

(111) Metz, 14 nov.1978 (Rep. Defrénois 1980.598, n°31, obs. CHAMPENOIS-J.C.P. 1979.IV.278) : achat de meubles nullement indispensables et d'un prix excessif pour le ménage. Paris 21 mai 1982 (Rep. Defrénois 1982-1647, art.32872, obs. CHAMPENOIS) : achat d'un magnétoscope de 14.000F (en 1979) pour un ménage aux revenus modestes.

(112) CORNU, p.372 ; AUBRY et RAU p.315-316, n°176.

(113) COLOMER, Répertoire civil Dalloz, V° Communauté, n°1421 : principalement par une analyse serrée des articles 1409, 1413 al. 2 et 1418 al.1. Voir également l'opinion nuancée de PATARIN et MORIN, nos. 26 et 223.

de politique législative que nous croyons que la communauté tout entière doit demeurer tenue (à l'exclusion des biens propres du conjoint de l'époux contractant) des dettes de ménage excessives contractées par un seul des époux (114).

En effet, retenir la première interprétation conduirait à réduire notablement de façon inacceptable le crédit de la femme mariée sous le régime légal. La nécessité de rejeter une telle interprétation est visible quelle que soit la situation matérielle de la femme.

Imaginons d'abord l'hypothèse où la femme ne possède aucun bien propre et ne travaille pas à l'extérieur: elle n'offrirait donc aucun gage à son créancier, au cas où la dépense de ménage serait jugée excessive. La naturelle imprécision de cette notion de "dépense excessive" inciterait à la prudence la majorité des commerçants, qui exigeraient des justifications ou pire, la signature du mari.

La situation est à peine meilleure si la femme possède des biens propres et/ou est susceptible de générer des biens réservés à partir des produits de son travail à l'extérieur. Le refus de reconnaître à l'égard de la femme une présomption de biens réservés, contrebalançant la présomption de communauté du mari, met le créancier dans une position fort délicate, puisqu'il devra prouver la nature propre ou réservée, à l'encontre de la présomption de communauté, de chaque bien de sa créance (115). La pratique commerciale ne peut se satisfaire de garanties aussi difficilement réalisables, et l'autonomie courante de la femme mariée serait ici menacée tout comme dans la première hypothèse.

On peut rétorquer que la reconnaissance de notre interprétation pourrait inciter la femme (spécialement celle ne possédant aucun bien) à contracter des engagements ménagers d'un caractère excessif pour frauder son mari, en lui faisant supporter alors la charge du remboursement de la dette. Ce serait oublier que :

(114) Voir ATIAS C. "Le sort des dettes de ménage non solidaires en régime légal" D.1976. chron.191.

(115) La Cour de Metz (arrêt précité) n'a pas semblé sensible à ce problème en condamnant la femme au paiement de la dette à titre personnel. La lecture de l'arrêt ne nous permet cependant pas de savoir si elle était mariée sous le régime légal.

1°) - La femme a vocation, en définitive, aux biens communs gérés par le mari et qu'elle n'a donc pas intérêt à appauvrir ce patrimoine.

2°) - L'incitation à la fraude est aussi présente (mais cette fois à l'égard du tiers contractant, ce qui est peut-être pire) si l'on retient l'interprétation littérale du texte de l'article 1414-3°C.C. : ce serait le cas où la femme, ne possédant aucun bien, contracterait avec un commerçant peu méfiant une dette de ménage excessive, en sachant fort bien que son refus de payer ne pourrait entraîner aucune saisie de la part dudit commerçant (116).

Retenir notre interprétation, en évitant de porter atteinte au crédit de la femme, produit cependant l'effet paradoxal de l'augmenter de façon significative. Car elle conduit à rassurer les commerçants qui n'ont, à toutes fins pratiques, plus à se soucier de l'éventuel caractère excessif de la dépense, la communauté entière se trouvant toujours engagée. Evidemment les biens propres du mari seront dans un tel cas exclus du champ des poursuites des créanciers ; mais la présomption de communauté, jouant son rôle attractif, sera pour une fois défavorable au mari, qui devra prouver à son encontre le caractère propre du bien qu'il entend distraire.

Nous sommes bien conscients que la femme peut de cette façon y gagner un crédit qui dépasse largement le cadre de l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Afin d'éviter une situation que nous avons précédemment condamnée, il suffirait de n'appliquer notre théorie qu'aux dettes excessives ayant par ailleurs un caractère ménager (117). L'application de cette restriction ne devrait causer aucun problème puisque la négligence (et même souvent la fraude) du créancier serait dans les autres cas assez évidente : il serait normal que celui-ci doive supporter les conséquences (réduction de son gage) d'un engagement à crédit contracté par la femme, engagement ne possédant manifestement pas ce caractère ménager.

En tenant compte de cette limite somme toute "naturelle", notre raisonnement a pour conséquence de faire naître, en fait, la solidarité des époux aussi bien pour les dettes de ména-

(116) Au même effet : ATIAS, op.cit. p.193.

(117) C'est également la réserve exprimée par PATARIN et MORIN, n°223.

ge "ordinaires" que pour celles postérieurement jugées excessives, eu égard au train de vie du ménage. Mais nous sommes d'avis que les excès pouvant ainsi être autorisés sont largement compensés par l'avantage que notre raisonnement procure, à savoir le maintien de l'autonomie ménagère de l'épouse, d'application tellement plus fréquente. Cela pourrait bien être là le sens véritable à donner à l'article 220 : "ne pas légiférer pour les cas exceptionnels, telle est l'intuition fondamentale de notre législateur : il ne faut pas entraver l'activité courante au nom de précautions qui ne sont utiles que marginalement" (118).

Section 2 : Le passif professionnel de la femme :

Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1965, la femme voulant se lancer en affaires se trouvait dans une situation à la fois avantageuse et désavantageuse. Désavantageuse parce qu'au départ, l'autorisation du mari (ou plutôt son absence d'opposition) était obligatoire. Ainsi la femme devait produire à son banquier l'extrait du registre du commerce, attestant l'absence d'opposition maritale, pour l'ouverture de son compte-courant (119).

D'un autre côté, une fois cette étape franchie, la femme commerçante bénéficiait d'un gage général aussi large que possible : elle engageait par ses actes tous les biens du ménage, tant propres que communs (article 225 C.C. et 5 C. com. anciens) (120). N'eut été du contexte social qui laissait peu de place aux femmes en tant que chef de leur entreprise commerciale, on aurait alors pu parler de véritables possibilités de gestion dynamique des biens conjugaux. A ses débuts surtout, la femme pouvait bénéficier du support de toute la communauté pour assurer l'expansion de son fonds de commerce et faire fructifier son investissement initial.

Dans son souci de mettre les époux sur le même pied, la loi de 1965 a logiquement aboli le principe de ce traitement de faveur. Le mari ne possédant plus aucun droit de veto

(118) ATIAS, op.cit., p.193.

(119) Voir à ce sujet REMY Ph. **Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux**, th. Poitiers, 1971, p.126 (cité : REMY).

(120) Et la jurisprudence antérieure à la réforme était plutôt favorable à la protection de son crédit : voir WEILL A. "La protection de la femme commune en biens et le crédit du ménage" in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, T.1, p. 374.

sur les activités de son épouse, il paraissait normal de rappeler le principe de la séparation des passifs (article 1420 al. 1). Mais le législateur diminue la portée de la règle en prévoyant dès l'alinéa suivant, trois cas d'exception : "le paiement de ces engagements peut aussi être poursuivi sur l'ensemble de la communauté et sur les propres du mari, si celui-ci avait donné son accord exprès à l'acte passé par la femme, ou même, en l'absence d'un tel accord, s'il s'est ingéré dans l'exercice de la profession. Il en est de même si, par une déclaration mentionnée au registre du commerce, il a donné son accord exprès à l'exercice d'un commerce par la femme. Ainsi, "la loi donne effet à un cautionnement apparent, qui correspond le plus souvent à un cautionnement tacite" (121). C'est en effet la seconde des trois exceptions énumérées qui doit retenir notre attention. D'une part, l'accord exprès du mari à l'acte aurait été pour lui, de toute façon, source d'obligations ; d'autre part, les cas de mention au registre du commerce sont très rares en pratique (122).

Parallèlement, le nombre de femmes travaillant à l'extérieur du foyer a augmenté de façon exponentielle depuis 1965. On calcule que les couples français où les deux époux travaillent sont maintenant plus nombreux que ceux où la femme demeure à la maison (123). Parmi elles, beaucoup oeuvrent dans le domaine commercial ; si une fraction importante d'entre elles travaillent dans la même entreprise que leur mari, une portion non négligeable exerce une activité autonome.

Nous nous interrogerons tout d'abord sur la nécessité de la règle de l'article 1420 al.2, pour ensuite en analyser les conséquences.

A - La règle de l'article 1420 est-elle nécessaire ?

L'interprétation dégagée de l'article 1420, qui fonde en quelque sorte le tiers à s'en tenir aux apparences, est d'une utilité incontestable pour la femme commerçante. La présente

(121) DAVID, n°55.

(122) Voir CHAMPENOIS-MARMIER, p. 99.

(123) 5.807.000 femmes mariées travaillent à l'extérieur alors que 4.054.000 demeurent au foyer. Source : Rapport du conseil économique et social, op. cit., p. 58.

situation se révélant cependant inadaptée à plusieurs points de vue, nous croyons que la reconnaissance d'une présomption d'acquêts réservés résoudrait ces difficultés, tout en rendant presque inutile la règle de l'article 1420 al.2, par l'égalité réelle qu'elle créerait entre les époux.

a) L'état du droit positif :

L'exposé des motifs du Projet de loi (à la p.9) explique que le but de la disposition est d'éviter la collusion entre époux qui s'entendraient pour donner le titre de commerçante à la femme, alors que le mari assurerait en fait la gestion du commerce, sans engager ses biens. Mais comme l'a souligné un auteur, "il ne faut pas confondre ingérence maritale et interposition de personnes" (124). Or, l'article 1420 al.2 vise manifestement l'ingérence du mari dans l'activité commerciale réelle de la femme.

A partir de cette constatation (l'ingérence du mari), était-il nécessaire de prévoir de larges possibilités d'extension du gage des créanciers de la femme ? Ceux-ci pourraient fort bien se contenter du gage offert par la femme, puisqu'elle possède dorénavant le pouvoir d'engager seule ses biens propres et réservés. Mais ce serait faire abstraction d'une donnée fondamentale du régime légal : la présomption de communauté. Avant 1965 un de ses effets reconnus était de "gonfler", par sa force attractive, la masse des biens communs ordinaires au détriment de celle des biens communs réservés à l'administration de la femme. En consacrant le principe de l'égalité des pouvoirs des époux sur leurs diverses masses de biens, le législateur de 1965 n'a-t-il pas entendu faire également bénéficier à la femme d'une présomption d'acquêts ?

La doctrine s'est immédiatement divisée sur la question. Selon certains auteurs (125), l'article 224 al.3 ("l'origine et la consistance des biens réservés sont établies (...) suivant les règles de l'article 1402") renvoie à l'alinéa 2 de cet article 1402 (preuve par production d'un écrit, sauf impossibilité matérielle ou morale de se le procurer). Pour d'autres (126), il s'agit d'un renvoi global à l'article 1402, ce qui inclut la présomption édictée au premier alinéa.

(124) COLOMER, n°934.

(125) AUBRY et RAU, n°40 ; PATARIN et MORIN, n°75 ; COLOMER, n°210
SIMLER, "Le conflit des présomptions en régime de communauté" R.T.D.
Civ. 1970, p. 478 et s.

(126) CORNU, p.147 ; REMY p.306 à 310 ; DAVID, n°61 ; LE GUIDE, op.cit.
n°19.

Sans prétendre régler la controverse, nous voulons simplement soulever un argument de politique législative. Refuser la bilatéralisation de la présomption d'acquêts, c'est faire subir à la loi de 1965 le même sort qu'à celles de 1907 et 1942. On sait que ces dernières, qui accordaient de larges pouvoirs à la femme sur ses biens réservés, ont été vidées de leur contenu par des constructions doctrinales qui, c'est le moins que l'on puisse dire, n'étaient pas très favorables à la femme et à ses créanciers.

La loi de 1965 a précisément voulu corriger cette inégalité entre époux. Il suffit de se reporter aux débats parlementaires et sénatoriaux, ainsi qu'à l'exposé des motifs, pour mesurer toute l'importance accordée à la promotion réelle de la femme mariée (127). Il s'agit à notre avis d'un argument suffisant, si l'on tient compte du fait que les autres arguments soulevés de part et d'autre sont tout aussi valables.

Toujours est-il que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la tendance conservatrice dans le célèbre arrêt Caillaud (128). On a dit qu'il s'agissait d'un "arrêt de principe" ; les faits de l'affaire n'appelaient pourtant pas à généraliser la portée de la solution dégagée (129).

En l'espèce, une femme commune en biens voulait revendiquer la propriété d'un appartement à l'encontre des héritiers de M. Caillaud, qui avait servi de prête-nom lors de cette acquisition. Or, plutôt que de contester cette revendication au fond (la validité ou encore la preuve de la convention de prête-nom), les héritiers Caillaud préférèrent contester sa qualité pour agir, qualité qui présupposait la preuve du caractère réservé de l'appartement.

C'est à partir de ce moyen "préliminaire" que la Cour censura les juges de fond, pour avoir recherché (et découvert) des présomptions suffisantes du caractère réservé du bien litigieux, sans s'être préalablement demandé s'il y avait eu impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit.

(127) V.g. les discussions relatives aux articles 220 et 224, 1428, etc.

(128) Civ. 1^{ère}, 6 juill.1976 ; D.1977.225, note REMY ; Rep. Defrénois 1977. 40, art. 31296, note PONSARD ; R.T.D.Civ.1977.553, obs. RAYNAUD.

(129) D'autres ont déjà relevé la fragilité bien réelle de "l'édifice" érigé autour de plusieurs de ces arrêts de principe. Voir ATIAS "L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé", J.C.P. 1984.I.3145.

Qu'à cela ne tienne : seul fut retenu l'énoncé de la Cour selon lequel "l'origine et la consistance des biens réservés, si elles sont contestées, sont établies par écrit".

Les conséquences sont très nettes sur le plan de la gestion : les créanciers de la femme sont placés dans une situation pour le moins délicate. Les biens propres et réservés de celle-ci sont bien sûr offerts à leurs poursuites éventuelles (articles 1415 et 225) ; l'efficacité de leur recours est cependant subordonnée à la preuve préalable, à l'encontre de la présomption de communauté, du caractère propre ou réservé des biens en question. Cette preuve, difficile à fournir, ne peut que rebuter les cocontractants de la femme agissant seule. On ne peut alors parler pour elle de dynamisme dans la gestion de son fonds de commerce.

C'est pourquoi la règle posée à l'article 1420 al. 2 est en pratique si importante. Même si elle consacre en fait l'infériorité de la femme commerçante, le présent schéma serait acceptable pour autant que la présomption unilatérale d'acquêts amènerait des solutions équitables. Ce n'est malheureusement pas le cas.

b) La solution inadaptée de l'arrêt Caillaud :

En obligeant la femme (ou ses créanciers) à faire par écrit la preuve du caractère réservé d'un de ses biens, l'application stricte du principe de l'arrêt Caillaud entraîne des injustices flagrantes. Deux arrêts récents montrent les exercices de haute voltige auxquels doivent parfois se livrer les tribunaux.

En 1983, la Cour de Montpellier (130) devait décider de la nature juridique de locaux acquis par une femme commune en biens, dans lesquels elle avait installé puis vendu un fonds de commerce. Le respect du principe de l'arrêt Caillaud est d'abord clairement exprimé : "Attendu que l'une et l'autre des parties admettent que le mode de preuve des biens réservés est réglé en l'état de la législation par l'al. 2 de l'art. 1402 C.civ".

Pourtant, le lecteur est ensuite surpris que la Cour retienne, comme élément déterminant du caractère réservé, le fait "qu'il n'est fourni aucun élément ne permettant de supposer des ressources propres à la femme autres que celles qui éma-

(130) Montpellier, 25 janv. 1983 ; D.1983.267, note SERLOOTEN.

ment des revenus de sa profession séparée". S'il ne s'agit pas là d'une présomption d'acquêts de fait... Continuant à nous étonner, la Cour considère comme élément de preuve probant les actes notariés constatant l'achat de locaux et la vente du fonds de commerce, alors que d'une part, ces actes n'établissent nullement l'origine des fonds et que d'autre part, le principe voulant que nul ne peut se créer un titre à soi-même est encore bien vivant (131).

La Cour de cassation elle-même (132) s'est vue forcée, pour éviter un traitement injuste en l'espèce, de déjouer le principe de "son" arrêt du 7 juillet 1976. Elle y est parvenue en donnant à la notion "d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit" une large extension. Il fallait s'attendre à voir un jour ou l'autre les tribunaux recourir à cette technique, qui permet, de façon fort élégante, d'éviter la rigueur d'une preuve écrite.

Un auteur (133) suggère que cette attitude souple des tribunaux ne vise que les rapports des époux entre eux. A l'égard des tiers, "l'exigence de sécurité exclut tout laxisme". Nous voulons bien admettre cette exigence mais notons alors que la distinction supposément réalisée va directement à l'encontre du texte de l'article 224-al.3 : "L'origine et la consistance des biens réservés sont établies tant à l'égard des tiers que du mari...". En fait, ces savantes distinctions ne font que masquer les graves difficultés d'application du principe de l'arrêt Caillaud.

Pourquoi ne pas admettre dès lors la bilatéralisation de la présomption de communauté ?

c) Une présomption d'acquêts réservés :

Bilatéraliser la présomption de communauté offre plusieurs avantages. Pour la preuve d'un bien entre époux, la

(131) Principe réaffirmé, en ce domaine précis, par Cass.civ. 1ère 17 nov. 1981 ; Bull.I., n°340, p.287 ; J.C.P. 1982.IV.49.

(132) Civ.1ère, 2 mai 1984 ; D.1985-236, note VIRFOLET. Cet arrêt a par ailleurs rejeté l'inquiétant énoncé d'un arrêt de 1982 (Civ. 1ère, 19 janv. 1982 ; D.1983.324, note VIDAL ; J.C.P. 1983.II.20020, note REMY) qui semblait dire que tout bien acquis conjointement par les époux est toujours un acquêt ordinaire, même si la femme en paie la moitié avec ses deniers.

(133) VIRFOLET, note précitée, I.

nouvelle règle éliminerait la situation défavorable (et injustifiée) faite à la femme. De toute façon, la femme mariée après 1966 n'ayant plus la possibilité de renoncer à la communauté en conservant ses biens réservés, les litiges entre époux se feront de moins en moins fréquents.

C'est dans les rapports d'un époux (plus spécialement la femme) avec les tiers que le changement serait le plus perceptible. En permettant à chacun des époux de s'appuyer sur la présomption, auxiliaire de leur crédit, la gestion dynamique des biens conjugaux serait doublement assurée. La seule limite à "l'ouverture" de la masse commune au champ des poursuites des créanciers serait le cas de fraude de l'époux et de mauvaise foi du créancier (v.g. article 1413 pour le mari). Mais ses effets sont assez restreints puisque la fraude de l'époux ET la mauvaise foi du créancier doivent être prouvées (134), cette dernière étant d'ailleurs souvent difficile à établir (135).

Mais une présomption d'acquêts peut-elle être au service de deux titulaires différents ? Dans sa forte note sous l'arrêt Caillaux, M. Rémy a répondu par l'affirmative. Selon lui, la présomption bilatérale est praticable puisqu'elle servirait à établir le caractère réservé OU commun ordinaire, selon l'époux qui prétend agir en qualité d'administrateur du bien (136). Nous sommes d'accord avec lui sur ce point ; la présomption serait ici alternative et non pas concomitante.

Mais qu'arriverait-il lorsque les créanciers du mari voudraient saisir un bien commun ordinaire que la femme prétendrait réservé (ou inversement) ? C'est ici que nous n'acceptons pas la solution de M. Rémy : "libre au juge -à la jurisprudence- de combler ici la lacune de la loi en préférant l'une ou l'autre après avoir pesé l'intérêt du crédit et la sauvegarde du patrimoine familial" (137).

(134) Voir Cass.Com. 20 fév.1980 ; Bull.IV,n°87, p.66 ; D.1982.I.R.19,obs. MARTIN.

(135) Par exemple : Paris, 22 juin 1982 (D.1982.I.R.457) où une banque ne fut pas réputée de mauvaise foi pour ne s'être point informée de la solvabilité du mari s'engageant personnellement pour un prêt consenti à sa société.

(136) CONTRA : SIMLER, op.cit., n° 40 ; PATARIN et MORIN, p.140.

(137) Note précitée, II.B.2°.

Laisser au juge un tel pouvoir d'appréciation ruinerait les effets rassurants de la présomption envers les tiers, pour la femme et pour le mari. En effet, chacun des époux offrirait à ses créanciers un gage pour le moins incertain : le juge pouvant a posteriori soustraire du champ de leurs poursuites un bien qui était présumé soumis aux pouvoirs de leur débiteur.

Pour que la présomption de communauté demeure l'auxiliaire du crédit du mari et le devienne pour la femme, il faut décider qu'il appartiendra toujours au conjoint de l'époux poursuivi de prouver le caractère des biens qu'il entend distraire du champ des poursuites des créanciers.

Ainsi comprise, la bilatéralisation de la présomption offrirait enfin à la femme agissant seule des possibilités de gestion dynamique. Mais cela n'affecterait-il pas la force de la présomption envers le mari ? Car la question subsiste : supposons le cas où la femme utilise le bénéfice de la présomption pour rassurer ses cocontractants face à ses engagements. La situation viendra à intéresser les créanciers du mari et à les rendre insécures. En effet, si les créanciers de l'épouse agissent avant eux, en cas de défaut de leur débitrice, leurs saisies viendront réduire d'autant le gage général offert par le mari (puisque ce sont en fin de compte les mêmes biens que chacun des époux offre en gage général à ses créanciers).

Le risque existe ; nous croyons cependant qu'il est fortement contrebalancé par les avantages procurés. Premièrement, le problème ne se pose pas si un seul des époux se révèle "actif" ; la présomption d'acquêts joue alors son rôle en sa pleine faveur. Une complète autonomie est ainsi octroyée à l'époux le plus apte à gérer dynamiquement les biens conjugaux. Deuxièmement, et cela découle de la première observation, une véritable égalité entre époux est atteinte, avec comme base de départ le support de la communauté tout entière. Enfin, soulignons que les cas où l'activité parallèle de la femme pourrait nuire au crédit du mari ne constituent pas, en fin de compte, une entrave inédite à son autonomie. En effet, la pratique bancaire a déjà posé des "barrières" de même nature, en exigeant presque toujours l'engagement conjoint des époux pour l'obtention d'un prêt (138). Sociologiquement, l'atteinte éventuelle aux pouvoirs du mari serait minime.

(138) CHAMPENOIS-MARMIER, p. 97.

Mais telle n'est pas la situation retenue en droit positif. Privée du bénéfice d'une présomption d'acquêts réservés, la femme doit pouvoir compter sur une règle comme celle de l'article 1420 al. 2. Il importe donc d'en analyser les conséquences.

B - Les conséquences de la règle de l'article 1420 :

A première vue, cet article a des conséquences fortement positives pour la femme. Celle-ci acquiert grâce à lui les possibilités les plus étendues de gérer dynamiquement son entreprise commerciale, par l'extension maximale du gage offert à ses créanciers. Théoriquement, sa situation est même meilleure que si elle disposait d'une présomption d'acquêts réservés ; aucun bien des époux ne pouvant alors être soustrait du champ des poursuites éventuelles de ses créanciers. Le problème est que la règle de l'article 1420 al.2 n'est pas d'application absolue.

Notons tout d'abord que la responsabilité du mari n'est pas automatique. Même si les tribunaux interprètent parfois largement la notion d'ingérence (139), tout acte posé par le mari ne constitue pas nécessairement une ingérence entraînant sa responsabilité. Ainsi, le fait d'avoir "puisé dans la caisse pour les besoins du ménage" n'ouvre pas aux créanciers de la femme un droit de poursuite sur les biens du mari (140); un acte d'ingérence suffisamment caractérisé doit être prouvé. Les créanciers peuvent à la limite se voir empêchés de saisir les biens communs ordinaires du mari (si aucun des trois cas de l'article 1420 n'est prouvé) et également les biens réservés de leur débitrice (s'ils ne peuvent faire la preuve de leur caractère réservé) (141).

Par ailleurs, la règle ne reçoit application que dans le cas où la femme est commerçante. Dérogatoire aux principes généraux du régime légal, la disposition doit être interprétée

(139) Pour un cas où la simple tenue de la comptabilité par le mari, après avoir transféré le fonds de commerce à son épouse, fut retenue comme constituant une ingérence suffisante : Cass.Com. 11 juin 1976 ; Rep. Defrénois 1977.469 ; obs. CHAMPENOIS ; D.1979.125, note LE GUIDEC.

(140) Lyon, 6 nov. 1973 ; J.C.P. 1976.II.18280, note COLOMER.

(141) C'est exactement la mésaventure vécue par le syndic d'une commerçante en faillite : Cass.civ. 1ère, 22 mai 1984 ; J.C.P. 1984.IV.244.

strictement. Les actes d'engagement de la femme exerçant une profession libérale ne peuvent donc être exécutés sur les biens du mari si celui-ci n'a pas donné son consentement exprès. Dans la même veine, la Cour de cassation a dû rappeler qu'un engagement d'une femme non-commerçante, gérante d'une S.A.R.L., ne pouvait entraîner la responsabilité du mari qu'en cas d'accord spécial de ce dernier à l'acte (142).

Limitée dans son objet, la règle semble également l'être dans sa durée ; un arrêt statue à cet effet que le mari ne peut être tenu des dettes contractées postérieurement à la cessation du commerce (143). La décision peut sembler logique. Mais en imposant aux créanciers la preuve d'une activité commerciale contemporaine aux dettes dont le paiement est réclamé au mari, l'arrêt contribue à diminuer la sécurité offerte par l'article 1420 aux créanciers, et conséquemment à réduire l'autonomie de la femme commerçante.

Ces quelques observations montrent bien les limites de la règle de l'article 1420 al. 2, qui se révèle d'une utilité beaucoup plus restreinte pour la femme que ne le serait une présomption d'acquêts réservés. D'autant plus que, fondamentalement, son autonomie professionnelle est fonction du bon vouloir de son mari. Celui-ci ne possède peut-être plus de pouvoir de veto sur l'exercice d'une profession par son épouse, mais il peut arriver en pratique au même résultat en refusant de s'ingérer de quelque façon dans son activité.

Dans un tel cas, la femme offre à ses créanciers un gage trop incertain, et probablement trop restreint, pour qu'ils acceptent de traiter seuls avec elle. Sans le bénéfice d'une présomption d'acquêts, il lui est quasi-impossible de fournir aux tiers la sécurité indispensable, même si elle réussit à prouver par écrit le caractère réservé de certains biens lors de la signature de l'acte (144).

(142) Civ.1ère, 8 fév.1977 (Gaz.Pal. 1978.I.1, note Raymond ; Rep. Defrénois 1977.1346, obs. CHAMPENOIS), cassant l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 5 nov.1974 (D.1975.473, note de POULPIQUET).

(143) Cass.civ.1ère, 10 oct. 1978 ; Bull.I, n°293, p.228 ; J.C.P. 1980.II.19436, note LE GUIDEC.

(144) "Le rédacteur de la convention (et le tiers) n'est jamais assuré que le juge qui appréciera la situation en cas de contestation tirera les mêmes conclusions que lui". Opinion d'un notaire, résumant fort bien les raisons d'une pratique notariale répandue. Cité dans COLOMER, "La pratique des régimes matrimoniaux...", op.cit. p.1084.

Un auteur soutient que l'esprit même du régime légal "appelle la bilatéralisation de la règle contenue par l'article 1420, alinéa 2" (145). Quoiqu'il en soit, cela n'est pas absolument nécessaire pour le mari. Fort de sa présomption de communauté, il n'a pas en principe besoin d'ajouter à son crédit l'hypothétique gage de son épouse.

Tout au plus cela éviterait-il des situations aujourd'hui difficilement acceptables, où la femme commune en biens qui participe de manière très importante à l'exploitation du commerce de son mari est toujours à l'abri d'une mise en faillite personnelle. Car si la jurisprudence admet volontiers la responsabilité de la femme séparée de biens (146), elle a toujours refusé d'appliquer la même solution à la femme commune en biens (147). Comme nous le verrons plus loin, la loi du 10 Juillet 1982, bien qu'elle ait modifié l'article 4 du Code de Commerce, n'a en rien changé cette situation inadaptée à l'évolution de la société.

CHAPITRE 2

LES REGLES RELATIVES A L'ADMINISTRATION

Nous venons de voir que le cloisonnement entre les passifs de chacun des époux n'est pas absolu ; dans certaines hypothèses, tous les biens du ménage peuvent être engagés par l'action d'un seul époux. L'utilité de telles dispositions est cependant subordonnée à d'autres règles qui doivent faciliter la gestion des biens. Il existe ainsi des mécanismes qui éliminent la nécessité d'une qualification préalable du bien qu'un époux désire gérer : ce sont les présomptions de pouvoirs et de mandat.

(145) DAVID, n°61.

(146) Pour une revue de la jurisprudence bien établie en ce domaine, voir MAUBRU, "La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation de biens de deux époux exploitant un commerce en commun", J.C.P. 1976.I.2804.

(147) Cass.Com. 15 juill. 1970 ; Bull.IV, n°240, p. 209. Cass.Com. 27 mai 1972 ; J.C.P. 1973.II.17306, note PATARIN ; D.1973.155 et la note de J. PREVAULT pour une revue historique de la règle.

La présomption de pouvoirs sur les biens meubles (article 222) et la présomption de pouvoirs bancaires de l'article 221 (qui n'est en fait qu'une application particulière de la première) ont été décrites comme figurant "au nombre des plus remarquables innovations de la loi du 13 juillet 1965" (148). Ces dispositions sont en effet d'une importance primordiale pour l'autonomie de chacun des époux. Malgré leur formulation neutre, elles apparaissent surtout utiles à la femme, en lui permettant d'oublier les rigueurs de son régime matrimonial, et notamment le "frein" que constitue pour elle la présomption de communauté. Mais si ces présomptions de pouvoirs aident à la gestion active des biens meubles, leurs limites apparaissent clairement dans un contexte de gestion dynamique. Ces limites aux pouvoirs d'engagement de la femme ont incité le législateur à la doter de pouvoirs plus étendus, en ayant recours à la technique du mandat ; il n'est pas sûr que, là encore, l'égalité des époux soit dans les faits chose acquise.

Section 1 - La présomption de pouvoirs bancaires

A - L'indépendance dans l'ouverture et la gestion d'un compte bancaire

Aux termes de cet article, "chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel. L'époux déposant est réputé, à l'égard du dépositaire, avoir la libre disposition des fonds et titres en dépôt".

Le caractère bilatéral de la règle ne doit pas nous faire perdre de vue qu'elle vise au premier chef à accroître l'indépendance bancaire de la femme. Le mari, administrateur de la communauté et fort de la présomption d'acquêt de l'article 1402, n'avait aucunement besoin d'une telle présomption.

Le présomption de pouvoir bancaire de l'article 221 a ainsi aboli le "compte ménager" de la femme, instauré par l'article 12 de la loi du 1er février 1943, et du même coup le pouvoir d'opposition du mari en ce domaine. Ce pouvoir d'opposition (article 221 al.1 ancien) avait conservé une portée sociale assez grande, même si l'opposition ne pouvait être exercée de façon purement discrétionnaire par le mari (149).

(148) COLOMER, n° 222.

(149) REMY, p. 134. Sur les hésitations des banquiers à traiter avec la femme seule, voir COLOMER, n°223.

La loi de 1965 a voulu mettre fin à la pratique qui subordonnait l'ouverture d'un compte bancaire par la femme au consentement du mari.

Afin d'assurer l'effectivité de l'article 221, le législateur a édicté une présomption irréfragable à l'égard du dépositaire ; celui-ci est dispensé de toute vérification préalable et sa responsabilité ne peut être engagée à cet égard. Plus de vingt ans après l'entrée en vigueur de la loi, on peut affirmer que le vœu du législateur a été exaucé : "les banques ne font plus de distinction entre le mari et la femme, quant à l'ouverture du compte. Dans les deux cas, elles se contentent de demander la justification de l'identité et du domicile" (150).

Si l'ouverture du compte ne pose plus de problèmes, est-ce à dire que les banquiers peuvent maintenant faire abstraction du régime matrimonial du déposant en ce qui a trait au fonctionnement du compte ?

Il faut d'abord comprendre que la présomption de l'article 221 rend fort difficile la révocation du pouvoir bancaire d'un époux. Peu importe au dépositaire que le déposant soit marié sous le régime légal ou encore séparé de biens : ce pouvoir ne pouvant être révoqué que sur un ordre du tribunal (151), le dépositaire n'est pas ici concerné par les règles du régime matrimonial du déposant. Cette situation nouvelle a été bien comprise par les banquiers (152). Peu importe également que le banquier sache que sa cliente, commune en biens, n'a ni bien propre ni bien réservé : il pourrait toujours y avoir don manuel ou mandat tacite (153).

En fait, il n'apparaît pas utile de s'attarder outre mesure sur ces situations de conflits potentiels : l'expérience, nous montre que plus de 99 % des comptes bancaires ou postaux fonctionnent sans aucune interférence avec le droit matrimonial, pendant la durée du régime (154).

(150) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p. 88. Les agents de change se satisfont eux aussi de l'article 221 : "Enquête sur les banques et les agents de change, in *Le statut matrimonial des Français*, Tomell, p.1241.

(151) REMY, pp.167-168 ; COLOMER, nos. 253-254.

(152) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p.94. Les banques sont d'avis que "l'opposition du seul mari au fonctionnement du compte de sa femme est inopérante (...) même si elle est formulée par acte extra-judiciaire".

(153) AUBRY et RAU, n° 45, note 67.

(154) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p.32. Et encore, la majorité de ces conflits sont réglés entre la banque et les époux.

Le monde bancaire se sentit beaucoup plus concerné par une décision de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation (155) concernant la survivance de la présomption bancaire à la dissolution du régime matrimonial. Cet arrêt a également suscité un vif intérêt en doctrine, où les interprétations fondamentalement différentes, formulées par d'éminents commentateurs, ne peuvent manquer de surprendre le lecteur. Les faits de l'affaire étaient pourtant clairement établis : une banque était poursuivie en responsabilité par les héritiers du mari pour ne pas avoir tenu compte des règles de l'indivision successorales, en ayant conseillé et autorisé la vente de titres déposés dans un compte bancaire de la veuve, sous le couvert de la présomption de l'article 221. Cassant l'arrêt de la Cour d'appel (156), la Cour de cassation affirma laconiquement que "la présomption (de l'article 221) cesse de produire ses effets, lors de la dissolution du mariage, la présomption de communauté prévue à l'article 1402, alinéa 1, du Code Civil redevenant alors applicable".

Si l'on ne peut qu'approuver cet énoncé de principe, on peut reprocher à l'arrêt de ne pas avoir suffisamment précisé à quel moment la présomption de l'article 221 cessait de produire ses effets, à l'égard du dépositaire. Si certains commentateurs ont vu dans cet arrêt la reconnaissance de la cessation immédiate des effets de la présomption, envers le dépositaire, au jour du décès du conjoint du déposant (157), la controverse a surtout porté sur le rôle du dépositaire : devait-il procéder automatiquement au blocage du compte du survivant dès lors qu'il avait connaissance du décès de son conjoint ou bien attendre une demande expresse de blocage de la part des héritiers ? Les motifs du jugement de la Cour de cassation n'ont aucunement aidé à dissiper les doutes.

Or, la question est cruciale dans une perspective de libre gestion des fonds et titres déposés en banque. On peut aisément concevoir l'attitude des banques face à une telle incer-

(155) Cass.Com. 5 fév. 1980 ; D.1980.509, note MARTIN ; Rep. Defrénois 1981, art.32513, obs. CHAMPENOIS ; J.C.P. 1980.II.19474, note BOULANGER ; R.T.D. Civ. 1982.120, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

(156) Paris, 6 Juill.1977 ; D.1978.I.R.106, obs. VASSEUR ; Rep. Defrénois 1978, art. 31828, obs. CHAMPENOIS ; Banque 1977.1130, note MARTIN.

(157) MM. MARTIN et BOULANGER, notes précitées COLOMER, n°250.

titude : pour éviter d'engager leur responsabilité, elles en viendraient nécessairement à exiger du déposant la preuve négative de la non-disparition de ses pouvoirs, c'est-à-dire de la survie de son conjoint. En effet, on voit mal comment un dépositaire se satisferait de son ignorance du décès du conjoint, alors qu'une preuve contraire (sa négligence dans la vérification) pourrait être invoquée a posteriori ; et ce d'autant plus facilement dans les petites villes, "où tout le monde se connaît".

C'est ainsi que l'article 221, adopté pour favoriser l'autonomie bancaire de la femme mariée (158), serait vidé de son contenu. Mais le danger créé par l'ambiguïté de l'arrêt de 1980 dépassait la perte de l'autonomie de la femme mariée puisque le mari, dans la gestion de ses fonds et tires en dépôt, se verrait lui aussi obligé de justifier la non-disparition de ses pouvoirs. En somme, une telle interprétation de la loi de 1965 conduirait à créer deux incapables au lieu d'un !

Heureusement, l'arrêt de renvoi (159) est venu, à notre avis, replacer la décision de la chambre commerciale dans sa juste perspective. Cet arrêt a été confirmé en ces termes par l'Assemblée Plénière : "Mais attendu que l'art. 221, al. 2, c.civ. (...) dispense de dépositaire de procéder à toute vérification de propriété ou de pouvoir au moment où ces fonds ou titres sont déposés et tient en échec à son égard la présomption de communauté ; que cette dispense ne peut être remise en cause rétroactivement par le décès de l'un des époux ; (...) que, s'il n'a pas reçu opposition des héritiers, le dépositaire ne peut donc prendre aucune initiative en ce qui concerne le fonctionnement du compte" (160).

Il aura ainsi fallu plus de cinq ans avant que ne soit dissipée l'ambiguïté de l'arrêt de la chambre commerciale de 1980. Cette interprétation redonne toute sa force à une note du Ministère des Finances en date du 20 mai 1966, qui avait depuis été suivie par les institutions bancaires (161).

(158) L'intention ne pouvait être plus clairement exprimée : voir le J.O. Deb. Parl. Sénat, 29 juin 1965, p. 902.

(159) Reims, 1 oct. 1983 ; D.1984.I.R.263, obs. VASSEUR ; J.C.P. 1984.II.20264, note BOULANGER . D.1985.306. Note PARLEANI.

(160) Cass. Ass. Plénière, 4 Juillet 1985, D.1985.421, note MARTIN.

(161) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p.99.

La présomption de pouvoirs bancaires semble donc avoir conféré une large autonomie à la femme en ce domaine, tout en consacrant celle du mari. Il reste maintenant à s'interroger sur le contenu véritable d'une telle présomption, ainsi que sur sa portée pratique réelle pour les ménages français.

B - Contenu et portée réelle de l'indépendance bancaire des époux

Le texte de l'article 221 laisse une assez grande liberté quant à la forme du compte : compte-chèque, compte à terme, compte spécial sur livret sont couverts par la présomption (162). Et si les auteurs s'accordent pour dire que les titres au porteur sont visés par l'article 221, une partie seulement de la doctrine faisait bénéficier les titres nominatifs de la présomption (163). Un décret gouvernemental (164) a réglé la question de façon incidente, en faveur de l'interprétation large du texte.

Par ailleurs, certains auteurs sont d'avis que l'article 221 permettrait à un époux de se faire ouvrir un compte-courant (165). Une telle inclusion serait d'une grande importance dans l'optique d'une gestion dynamique des biens détenus par les époux, plus spécialement pour la femme. En effet, le compte-courant se présente comme un compte de "trésorerie", ne s'adressant qu'à une catégorie de clients (commerçants et professionnels) susceptibles d'utiliser le crédit d'une banque (166). La présomption édictée à l'article 221 serait alors fort utile à un époux agissant seul, en lui permettant de faire fi des règles de son régime matrimonial. Pour attrayante qu'elle soit, une telle opinion aboutirait à contredire la doctrine et la jurisprudence dominante qui refuse de bilatéraliser la présomption d'acquêts aux biens réservés de la femme : quel serait l'intérêt d'un banquier de permettre à la femme d'ouvrir et de gérer seule un compte-courant s'il devait ensuite combattre la présomption de communauté pour faire la preuve de ses biens réservés, au cas de non-remboursement du découvert dudit compte ?

(162) REMY, p.140 ; CORNU p.95 ; COLOMER, n°231.

(163) REMY, p.142 ; COLOMER, n°269. CONTRA : AUBRY et RAY, n°44.

(164) Décret du 2 mai 1983, entré en vigueur le 3 nov.1984, appliquant l'article 91.II.L.30-12-81, qui organise le dématérialisation des valeurs mobilières.

(165) PATARIN et MORIN, p. 54 : FLOUR J, "Cours de droit civil", Licence 4e année, 1966-67, p.135.

(166) REMY, p. 145.

Les banquiers ont depuis longtemps compris les aléas d'une telle procédure et font une nette distinction entre les "comptes art.221" et les "comptes commerçants" (comptes-courants) ; la préoccupation à l'égard du régime matrimonial se manifestant toujours dans le dernier cas, afin de leur assurer des garanties suffisantes (167).

Si une telle interprétation apparaît impraticable, à plus forte raison ne pourrait-on appliquer l'article 221 "à des opérations de crédit n'entraînant le dépôt qu'à titre accessoire" (168), par exemple la remise de titres au banquier constituant le nantissement accessoire à un contrat de prêt.

La présomption de pouvoirs bancaires n'ayant aucune incidence sur le pouvoir d'engagement d'un époux, elle n'en conserve pas moins un large champ d'application. Car elle accorde à la femme des pouvoirs d'administration qui, avant 1965, étaient presque toujours détenus par le mari seul. La femme y découvre un instrument essentiel à son autonomie courante. A un degré plus élevé, elle en profite aussi dans la gestion des valeurs mobilières lui appartenant en propre ou constituant des biens réservés à son administration. En effet, la présomption de communauté est ici "neutralisée" à l'égard des tiers, permettant à la femme de gérer son portefeuille de valeurs mobilières de la manière la plus libre et la plus dynamique possible (169). Le mari, quant à lui, n'aurait pas eu besoin sur ce point de la présomption de l'article 221: il aurait pu, comme avant la réforme de 1965, puiser dans la présomption de communauté un pouvoir suffisant à rassurer les tiers avec qui il traite.

Mais il y a plus. Si la présomption de pouvoirs bancaires est au service de la gestion séparée des deniers et titres déposés par les époux, elle est également "un moyen technique d'immixtion" (170) permettant à chaque époux d'administrer et de disposer des deniers et titres propres à son conjoint. Elle rend ainsi possible, combinée à d'autres dispositions du Code civil (v.g. articles 222 et 1432), l'aménagement de la répartition des pouvoirs entre époux, du moins en matière mobilière.

(167) CHAMPENOIS-MARMIER, p.89.

(168) REMY, p. 161.

(169) Idem, p.156-157. Rappelons également que les valeurs mobilières négociables sont exclues du champ de la cogestion.

(170) L'expression est de J. DAVID, n°6.

Toutes ces nouvelles possibilités, offertes par la réforme de 1965 (surtout pour la femme), ont coïncidé avec une évolution des moeurs dont les manifestations pratiques ont été quelque peu inattendues.

L'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965 a entraîné une augmentation immédiate du nombre de compte bancaires ouverts par des femmes mariées. Mais cette progression ne se fit pas tant pour les comptes personnels que pour les comptes-joints qui, en 1979, étaient détenus par 70 % des personnes mariées (171). La reconnaissance de l'autonomie bancaire de la femme mariée n'a donc eu que peu d'effets sur le nombre de comptes personnels. De plus, on remarque, curieusement, la quasi similitude du taux de comptes-joints, que la femme travaille à l'extérieur du foyer (71 %) ou non (69 %) (172).

Qui dit création d'un compte-joint dit agissement de concert des époux. Nous pouvons donc affirmer, au vu de ces statistiques, que la présomption de pouvoirs de l'article 221 n'est encore aujourd'hui que d'une utilité réduite en ce qui concerne l'ouverture du compte. Les couples Français qui expriment à nouveau leur attachement aux principes communautaires, ouvrent en majorité leur compte bancaire ensemble.

Tout au plus pouvons-nous constater que le livret de caisse d'épargne personnel à l'un des époux est plus répandu : 57 % des personnes mariées en possèdent un (173). Mais il est symptomatique de relever que le pourcentage de procuration au conjoint (le plus souvent donnée à l'ouverture du compte, évidemment en sa présence) est très élevé pour ce type de compte : 79 % des cas.

Est-ce à dire que l'article 221 est une disposition d'une portée sociale réduite ? Une vision réaliste des choses s'oppose à une telle conclusion. Si dans un premier temps la présomption de pouvoirs bancaires est peu utilisée pour l'ouverture "autono-

(171) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p.24. Contre 22 % de comptes personnels. Toutefois, soulignons que la situation professionnelle des époux joue ici un rôle certain : ce pourcentage de comptes personnels passe de 17% chez les ouvriers à 37 % chez les industriels, cadres supérieurs et membres de profession libérales (idem,p.26). Au mieux, cela ne représente tout de même qu'un peu plus du tiers de ces époux.

(172) Idem, p. 25.

(173) Idem, p. 28.

me" d'un compte, elle est dans un deuxième temps d'une grande importance pour la gestion des deniers et titres déposés. L'article 221 aura permis aux femmes mariées d'accéder en grand nombre au monde bancaire et de se voir reconnaître, avec toute l'effectivité possible, leur pleine capacité juridique en ce qui concerne l'administration des fonds et titres déposés.

Toute la portée pratique de l'article 221 se révèle à propos des pouvoirs de gestion ainsi accordés à chacun des époux. L'usage répandu du compte-joint permet de concilier des tendances contradictoires, vers à la fois plus de communauté et plus d'indépendance. Il aboutit en fait, combiné avec une présomption de pouvoirs efficace, à permettre la gestion de biens communs par la femme et inversement de biens réservés par le mari, sans oublier les deniers et titres propres à l'un des époux et dont la gestion est ainsi ouverte à son conjoint (174).

En résumé, les incidences de la présomptions de pouvoirs bancaires de l'article 221 sur la gestion des biens des époux nous amène à nuancer notre conclusion. Si elle ne peut constituer un instrument au service du crédit de chacun des époux, à tout le moins permet-elle une gestion active des deniers et titres déposés dans un compte bancaire ou postal. Et cette protection accordée tant au dépositaire qu'à l'époux agissant, à l'encontre du conjoint négligeant ou simplement passif, n'est pas la moindre des améliorations introduites par la réforme de 1965, tendant vers une meilleure gestion des biens des époux.

Section 2 - La présomption de pouvoirs sur les biens meubles

Le texte de l'article 222 prévoit que "si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. Cette disposition n'est pas applicable aux meubles meublants visés à l'article 215 alinéa 3, non plus qu'aux meubles corporels dont la nature fait présumer la propriété de l'autre conjoint conformément à l'article 1404".

(174) Voir à ce sujet REMY, p. 166 ; CHAMPENOIS-MARMIER, p. 25.

Sous l'ancien régime légal, qui faisait entrer en communauté tous les biens meubles des époux (même ceux acquis antérieurement au jour du mariage) et qui concentrait entre les mains du mari les pouvoirs de gestion sur les biens communs, l'existence d'une telle présomption de pouvoir n'était pas nécessaire ; la présomption de communauté constituant alors une base largement suffisante, assurant l'effectivité des pouvoirs du mari.

En 1965, la consécration législative du principe de l'égalité des époux et l'introduction de la communauté d'acquêts en tant que régime légal ont bouleversé ces données. Le désir d'assurer de façon efficace les pouvoirs d'un époux (surtout la femme) sur la masse de biens meubles confiés à son administration explique en bonne partie la création de la présomption de l'article 222. Il fallait rassurer les tiers face à l'époux agissant, tant la preuve de l'origine des biens, en quoi se résume la preuve des pouvoirs des époux, est souvent difficile à fournir en matière mobilière.

Ce qui nous intéresse particulièrement ici est l'incidence de la présomption sur l'indépendance de chacun des époux et les possibilités de gestion dynamique des biens composant le patrimoine mobilier de ceux-ci (B). Mais on ne peut procéder à l'analyse de ces incidences in abstracto, sans avoir préalablement délimité le domaine d'application de la présomption (A).

A - Le domaine d'application de la présomption :

Quant aux biens, l'article 222, faisant revivre l'ancienne distinction entre meubles et immeubles, énonce que les seuls biens visés sont les meubles détenus individuellement par un époux. Comme un auteur (175) nous ne croyons pas qu'il s'agisse là d'une résurgence de la maxime "res mobilis, res vilis", mais plutôt d'une reconnaissance des problèmes biens spécifiques de preuve et d'impératifs de gestion rapide nécessitée, entre autres, par la grande fongibilité de beaucoup de biens meubles.

Si la doctrine est unanime à inclure les meubles corporels, il en est tout autrement pour les meubles incorporels. La controverse, également présente en ce qui concernait

(175) REMY p. 5.

la présomption de pouvoirs bancaires, visait surtout les titres nominatifs (176). La solution indirecte apportée par le législateur (177) est applicable à l'article 221 comme à l'article 222 : l'inscription en compte devenant le seul mode de détention des valeurs mobilières, la controverse se trouve réglée à sa base même, en faveur de la plus large application de ces dispositions. Nous verrons un peu plus loin que l'élargissement du champ de la présomption est d'une incidence pratique certaine.

Certains biens meubles déterminés ne bénéficient pas de l'application de la présomption. L'alinéa 2 de l'article 222 écarte d'une part les meubles dont la nature fait présumer la propriété de l'autre conjoint, conformément à l'article 1404. Mais était-ce bien nécessaire de les exclure expressément? Il nous semble en effet qu'un tiers qui accepterait de transiger avec l'époux n'apparaissant manifestement pas propriétaire du bien, ne pourrait réclamer le bénéfice de la présomption, tant il lui serait difficile de convaincre l'autre époux (et éventuellement le juge) de sa bonne foi. Imagine-t-on Monsieur vendant le manteau de fourrure de Madame sans éveiller le moindre soupçon de la part de l'acheteur ? Nous croyons qu'il aurait mieux valu ne point mentionner cette exception, tant elle semble naturelle ; cela aurait entre autres évité les savantes distinctions doctrinales sur le caractère évident ou non de l'affectation du bien à l'autre époux (178).

L'exclusion des meubles meublants visé à l'article 215 constitue par ailleurs une véritable exception au principe énoncé au premier alinéa. Nul ne contestera la nécessité d'une telle mesure : il faut éviter que l'interdiction faite à un époux d'agir seul, socialement acceptable pour les biens visés à l'article 215, ne puisse être contournée par le recours à l'article 222. Mais s'est-on suffisamment interrogé sur la portée réelle de cette exception ? En tenant compte du fait que le mobilier protégé par l'article 215 "est celui qui garnit le logement de la famille sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles nécessaires ou utiles ou ceux présentant un caractère somptuaire" (179), le champ d'application de l'exception ne

(176) Pour une synthèse des opinions en présence, voir COLOMER, n° 267.

(177) Décret du 2 mai 1983, précité.

(178) CORNU, p.114 ; COLOMER, n° 264 ; AUBRY et RAU, n° 47 ; PATARIN et MORIN, n° 52.

(179) VIATTE J. "La sauvegarde du mobilier familial et les droits des créanciers", Gaz. Pal. 24 mai 1975, p. 327.

risque-t-il pas d'être imprécis ? Puisque la notion de meubles "à caractère somptuaire" peut englober beaucoup de choses, le tiers acquérant d'un époux un bien meuble pourrait, dans plusieurs hypothèses, être tenté d'exiger des justificatifs (difficiles à fournir) de la part de son contractant. Chose certaine, le bien meuble ne doit pas se trouver dans le logement familial ; la condition de détention individuelle ferait alors défaut. Mais nous croyons, afin de ne pas ruiner l'efficacité générale de la présomption, que l'aliénation d'un bien meuble préalablement extrait du logement familial et ne portant pas les marques d'une destination conjointe doit être couvert par la présomption (180).

La question se pose en outre de savoir, si les biens meubles visés par l'article 1424, (fonds de commerce, aéronef, titres non-négociables, etc) doivent être exclus du champ de la présomption. En accord avec la doctrine dominante (181), nous opinons que la disposition de biens meubles d'une telle importance ne relève certainement pas de la gestion ordinaire, excédant dès lors le domaine de la présomption de l'article 222. Une interprétation contraire aurait de plus l'inconvénient de vider de son contenu la portion de l'article 1424 soumettant de tels biens meubles à la cogestion des époux. Enfin, soulignons que le refus d'appliquer l'article 222 en ces cas précis n'a pas pour conséquence de priver l'un des époux de la plénitude de ses pouvoirs, si jamais le bien se révèle lui appartenir en propre ; la preuve du caractère propre de ces biens meubles d'importance, à l'encontre de la présomption de communauté, sera le plus souvent aisée à fournir.

Quant aux personnes, seuls les tiers de bonne foi peuvent bénéficier de la présomption. Toute la question est donc de savoir à partir de quels critères doit s'apprécier cette bonne foi. L'efficacité réelle de l'autonomie conférée aux époux est ici en jeu ; une interprétation trop restrictive de ce critère de bonne foi conduirait le tiers à exiger des justifications de l'époux agissant chaque fois qu'une possibilité même minime de contestation future serait susceptible de s'élever. C'est pourquoi on s'entend généralement pour reconnaître au tiers le droit de se fier aux apparences, sans nécessité de recherches

(180) Au même effet : CORNU, p. 114. Pour une interprétation à notre avis trop libérale (la seule extraction du bien du logement familial serait suffisante) : COLOMER, n° 265.

(181) CORNU, *ibid* ; REMY p. 22 ; COLOMER, n° 266.

préalables. Mais comme certains auteurs ont relevé qu'une "sottise ou une imprudence lourde (de la part du tiers) ne sont pas des brevets de bonne foi" (182), d'autres en sont ainsi venus à la conclusion qu'il "n'est pas sûr, dans ces conditions, que sociologiquement l'article 222 concrétise toutes les espérances qu'en lui ses auteurs avaient placées" (183).

Nous ne partageons pas un tel pessimisme car certains indices ne mentent pas. Ainsi il est symptomatique de noter qu'en vingt ans d'application, jamais un litige impliquant la bonne ou la mauvaise foi du tiers n'a abouti devant les tribunaux. On peut trouver un autre indice de "l'entrée dans les mœurs" de la sécurité conférée par l'article 222, quoique de façon indirecte : le emploi, spécialement en matière mobilière, est presque totalement ignoré de la part des institutions financières. C'est qu'il leur importe peu que le bien mobilier sur lequel on contracte soit un bien commun ou propre : "elles prétendent à ce sujet que les articles 221 et 222 les protègent..." (184). Il est rassurant d'entendre de telles affirmations de la part d'institutions traditionnellement fort conservatrices.

Quant aux actes, l'article 222 est des plus explicites : sont permis tant les actes d'administration, de jouissance ou de disposition. Lorsque ses autres conditions d'application sont remplies, l'article 222 assure une plénitude de pouvoirs à l'époux agissant. Mais il faut à notre avis prendre garde de l'apparente généralité des termes. L'article 222 est un texte d'application générale ; inséré à l'intérieur des dispositions du régime primaire, il a vocation à s'appliquer à tous les époux, quelque soit le régime matrimonial choisi.

Cela nous amène à nous demander si ce texte à portée générale ne doit pas céder le pas devant un texte d'application particulière. Nous songeons ici au nouvel article 1832-2 C.C. qui, comme nous l'avons vu précédemment, oblige un époux faisant apport de biens communs à une société à en informer son conjoint, ce dernier ayant la possibilité de revendiquer la moitié des parts si elles ne sont pas négociables.

Or, selon un auteur faisant autorité en la matière : "En présence de cette présomption (celle de l'article 222), de son fondement et de son étendue, notre conviction est que les tiers qui traitent avec un époux apporteur ou acquéreur qui

(182) PATARIN et MORIN, n° 37.

(183) COLOMER, n° 279.

(184) CHAMPENOIS-MARMIER, p 97.

utilise des deniers par lui détenus individuellement, n'ont pas à se préoccuper de l'article 1832-2 alinéa 1. De bonne foi, ils sont à l'abri de toute poursuite, la présomption étant alors irréfragable" (185).

Cette opinion est certes attrayante ; elle permettrait à un époux d'éviter les complications inhérentes à cette disposition ainsi que le "partage de pouvoir" avec son conjoint. Nous ne pouvons cependant la faire nôtre. Il nous semble qu'il manque, lors d'une telle opération, un élément essentiel pour que la présomption puisse s'appliquer : la bonne foi des tiers (les co-associés). Il est un principe en droit français qui demeure, même s'il a beaucoup perdu de son absolutisme : nul n'est censé ignorer la loi. A plus forte raison les membres d'une société se doivent-ils de connaître un texte de loi qui les touche directement. Comment dès lors peuvent-ils être considérés de bonne foi s'ils acceptent en tant que nouvel associé un époux qui fait, seul, apport de biens qui ont de fortes chances de relever de la communauté ?

A ceux que cet argument n'aurait pas convaincu, nous soumettons deux autres observations. D'une part, le texte d'application particulière de l'article 1832-2 devrait normalement primer celui à portée générale de l'article 222. D'autre part, les raisons invoquées par la doctrine pour exclure du champ de la présomption les biens meubles visés à l'article 1424 sont ici tout aussi applicables. Reconnaître la prédominance de l'article 222 conduirait à réduire à néant la portée réelle de l'article 1832-2 (186). De plus, peut-on soutenir que l'entrée en société d'un époux constitue un acte de gestion courante ?

Pour toutes ces raisons, nous croyons que l'apport de biens meubles à une société ne pourra dorénavant être couvert par la présomption de pouvoirs de l'article 222. Ce faisant, nous sommes conscients que sont ainsi affectés autant l'apport de biens communs que celui de biens propres, ces derniers étant pourtant exclus du domaine de l'article 1832-2. Car il ne faut pas se leurrer : privé du bénéfice de la présomption de l'article 222, il sera en pratique difficile à un époux de

(185) COLOMER, "Le statut des conjoints d'artisans...", op. cit., n° 115.

(186) Il suffirait d'inclure aux statuts, à l'arrivée du nouvel associé, une clause prévoyant la nécessité de l'accord de la majorité des associés pour que le conjoint de l'un d'entre eux puisse aussi devenir associé. Non informé au départ, le conjoint du nouvel associé devrait ultérieurement se plier à la règle de la majorité.

faire la preuve du caractère propre de son apport mobilier, à l'encontre de la présomption de communauté. C'est cependant à ce prix que pourra être sauvegardée l'effectivité de l'article 1832-2.

Ainsi délimité, notre intérêt doit maintenant se porter sur les possibilités offertes par une présomption de pouvoirs sur les biens meubles. Ces possibilités, quoiqu'intéressantes, ne doivent pas nous faire oublier la limite fondamentale d'une telle présomption.

B - Incidences et limites de la présomption sur l'autonomie des époux :

La présomption de l'article 222 vient assurer une gestion active et sans entraves des biens meubles détenus par l'un des époux. Si le but avoué de la présomption fut surtout de permettre à la femme d'acquérir une certaine autonomie en ce domaine (187), elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt pour le mari. En effet, la présomption peut lui permettre d'offrir une assurance beaucoup plus complète à ces cocontractants puisqu'elle est irréfragable lorsque ses conditions d'application sont réunies, alors que la présomption d'acquêts peut toujours être renversée par une preuve contraire (188).

Le mérite de la réforme de 1965 est d'avoir en quelque sorte doublé les possibilités de gestion active des biens meubles ; chacun des époux peut dorénavant offrir un régime de protection pleinement suffisant au tiers avec qui il contracte. L'innovation est particulièrement importante en matière de gestion des valeurs mobilières, où une combinaison des présomptions énoncées aux articles 221 et 222 offre à un époux de larges possibilités. Imaginons un scénario : un époux acquiert des valeurs mobilières à l'aide de deniers dont l'origine importe peu, sous le couvert de l'article 222. Il peut ensuite les déposer en banque et procéder à toutes opérations bancaires ou boursières conservatoires, le banquier étant ici protégé par l'article 221. Veut-il les aliéner, en tout ou en partie ? L'article 222 vient alors rassurer son cocontractant et l'opération peut être conclue dans les délais rapides que sa nature même nécessite (189).

(187) Voir à ce propos l'exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1965.

(188) Au même effet : REMY, p. 94.

(189) Reste à savoir si, en pratique, de telles possibilités seront utilisées. Alors qu'en 1963, 88% des Français exigeaient la cogestion des valeurs mobilières, ce pourcentage demeure très élevé 16 ans plus tard, à 82% (**CHAMPE-NOIS-MARMIER**, p.58). La cogestion de fait semble donc ici compenser l'absence de cogestion de droit.

Au-delà du principe de la répartition des biens par "masses de gestion", c'est l'époux agissant qui profite des effets de la présomption ; il peut s'ingérer en toute sécurité et liberté dans les biens meubles de son conjoint négligeant ou désirant simplement en abandonner la gestion aux mains de l'autre.

Cette autonomie des époux semble être bien assurée, sans que l'on ait à tenir compte de la valeur économique du bien aliéné. C'est en tous cas le parti choisi par la Cour de Lyon (190), qui valida le versement d'une somme de 70.000F accompagnant la signature d'une promesse de vente. La vente n'ayant finalement pas été conclue et la somme versée ayant été stipulée irrévocablement acquise au profit des bénéficiaires de la promesse, les époux malheureux avaient tenté (par le biais d'une action du mari) de récupérer cette somme, sur la base d'autres arguments.

L'arrêt en lui-même n'est pas d'un si grand intérêt, quoique l'on puisse se féliciter que la Cour ait choisi d'appliquer strictement le texte de l'article 222 sans tenter de la dénaturer pour des considérations économiques. Mais il faut retenir deux points accessoires qui sont, à notre avis, d'un intérêt dépassant largement la portée de cet arrêt.

Premièrement, la Cour admet implicitement que la bonne foi du tiers doit s'interpréter de façon large : c'est la femme qui en l'espèce avait versé la somme, de surcroît fort importante. Il eut été facile d'y trouver prétexte à écarter la bonne foi des bénéficiaires de la promesse, mais la Cour s'est refusée à le faire. Le fait que la femme était commerçante a pu peser dans l'appréciation des juges mais rien n'indique que ce fut là un fait déterminant.

Deuxièmement, il est significatif de noter que le chèque ayant servi au paiement avait été tiré sur le compte-joint des époux. Ce détail d'apparence anodine est d'une portée pratique considérable. Nous avons vu l'importante place occupée par le compte-joint chez les ménages français (191) : c'est donc dire que pour la grande majorité d'entre eux, la

(190) Lyon, 30 Mai 1973 ; J.C.P. 1974.II.17681, note BOULANGER ; D.1974.264, note MASSIP ; R.T.D. Civ.1974.397, obs. NERSON ; Gaz.Pal.1974.1.34, note MARTIN.

(191) Rappelons que 70 % des gens mariés en possédaient un en 1980. Il faut ajouter à cela les 17 % d'époux possédant une procuration générale sur le compte du conjoint, ce qui revient en pratique au même.

combinaison des articles 221 et 222 permet de valider des opérations dépassant les pouvoirs de gestion d'un époux au regard des règles du régime légal.

Cela conduit en fait à élargir considérablement la réserve de fonds disponibles pour chacun des époux. Plutôt que de devoir recourir à du crédit, l'époux agissant seul a alors accès aux économies de son conjoint autant qu'aux siennes, sans même avoir à obtenir son consentement. Il est évident que l'opération ne doit révéler aucun concert frauduleux entre le conjoint agissant et le tiers, tendant à priver injustement l'autre conjoint des biens communs soumis à son administration ou de ses deniers propres ; une des conditions de base de l'article 222, la bonne foi du tiers, ferait alors défaut. L'intérêt de ces présomptions sera par exemple de permettre à un époux agissant seul de profiter d'une occasion d'investissement intéressante, quitte à en parler par la suite à son conjoint. On évite ainsi la nécessité du consentement préalable qui pourrait entraver une gestion dynamique des deniers des époux.

Au risque de nous répéter, nous tenons à souligner que le jeu de ces deux présomptions de pouvoirs permet, pour la grande majorité des couples français, de contourner à l'égard des tiers les règles de leur régime matrimonial. Elles confient au plus actif des époux la gestion (et la libre disposition) de ce qui constitue souvent la plus grande part du capital accumulé par le ménage (192).

Mais si la présomption de pouvoirs de l'article 222 permet indiscutablement une gestion active, doit-on en étendre les effets à une gestion véritablement dynamique des biens meubles détenues par un époux ? C'est ici qu'apparaît la limite fondamentale de la présomption de pouvoirs, non d'une présomption de propriété. Il ne viendrait pas à l'esprit du créancier d'un époux de saisir un bien meuble que ce dernier détient individuellement, en exécution de sa créance, en se retranchant derrière la présomption de pouvoirs de l'article 222. La conséquence immédiate de cette distinction saute aux yeux : "la présomption

(192) Selon une statistique datant de 1978, on estimait que le tiers des ménages français avaient un capital inférieur à 10.000 F : cité par J. CAR-BONNIER, lois du 75^{ème} congrès des Notaires Français, La Baule, 7-10 mai 1978. La dernière crise économique rend probablement cette statistique encore bien actuelle.

de pouvoir n'est pas l'auxiliaire du crédit personne de chacun des époux ; son domaine (...) est celui de la seule gestion active des meubles" (193).

On voit donc qu'une telle présomption de pouvoirs ne rend pas inutile l'existence d'une présomption d'acquêts qui, seule, constitue une présomption de propriété au profit de l'époux administrateur de la masse de biens envers qui elle agit.

Le refus de reconnaître à la femme une présomption d'acquêts réservés reprend ici toute son importance, en plaçant ses créanciers éventuels dans une position plus difficile (quant au fardeau de la preuve) que ceux du mari. C'est en partie pour corriger ce déséquilibre entre les époux que des réformes sectorielles du droit des régimes matrimoniaux ont été adoptées.

section 3 - Les présomptions de mandat propres à certaines catégories d'époux :

Les pressions en faveur de l'obtention d'un statut particulier à certaines catégories socio-économiques de couples Français ont été traduites, ces dernières années, par des interventions législatives. Par la loi du 4 juillet 1980, les agriculteurs se sont vus reconnaître leur spécificité ; deux ans plus tard, ce fut au tour des ménages d'artisans et de commerçants (loi du 10 juillet 1982).

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de ces réformes : à lui seul, "le secteur du commerce et de l'artisanat emploie plus de quatre millions et demi de personnes" (194), dont une bonne part est constituée d'époux travaillant ensemble dans l'entreprise familiale (195). Nous avons précédemment examiné certaines dispositions de ces lois dans l'étude de la cogestion ; il s'agit maintenant de se pencher sur les aménagements accordant une plus grande indépendance aux époux.

(193) REMY, p.138. D'ailleurs, le mari conserve ses pouvoirs d'administration sur les biens communs déposés dans un coffret de sureté par son épouse, sous le couvert de la présomption de pouvoirs. Voir à ce sujet Versailles, 27 janv. 1982, Rep. Defrénois 1982.1093, art.32915, obs. CHAMPENOIS.

(194) Rapport du conseil économique et social, précité, p.41.

(195) Pour quelques statistiques, d'ailleurs incertaines : RANDOUX, op.cit., n°1.

La loi de 1980 édicte une présomption de mandat bilatérale si les époux "exploitent ensemble et pour leur compte un même fonds rural" (article 789-1 al.1C. rur.), unilatérale si l'un des époux "ne fait que collaborer à l'exploitation agricole" de son conjoint (alinéa 2 du même article).

La loi de 1982 a repris la règle en y apportant toutefois deux restrictions notables. Premièrement, le cas de la coexploitation en titre de l'entreprise commerciale ou artisanale n'est pas prévu par la loi. Le mandat est nécessairement unilatéral : "le conjoint collaborateur (...) est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat..." (article 9 al. 1 de la loi du 10 juillet 1982).

Deuxièmement, le mandat n'existe pas de plein droit, contrairement à la présomption de mandat agricole (196). Le conjoint collaborateur doit veiller à faire mentionner son nom au registre du commerce et des sociétés. Nous ne sommes pas convaincus qu'il s'agisse là d'une formalité si anodine, car tout le mécanisme du mandat est ici fonction de son degré de diffusion dans le public. Nous ne possédons malheureusement pas de chiffres sur le pourcentage des conjoints visés par la loi qui ont rempli cette formalité. La condition nous apparaît d'autant plus douteuse qu'elle a été établie dans l'intérêt des tiers ; or, cette forme de publicité légale ne leur est dans les faits que peu utile, puisqu'ils iront rarement vérifier l'inscription au registre.

Mis à part ces deux différences, les présomptions de mandat dans les domaines agricoles, commercial et artisanal ont plusieurs points communs. Ainsi, la qualification du bien exploité n'a aucune incidence ; peu importe que l'exploitation ou l'entreprise appartienne en propre à l'un des époux ou constitue un bien commun ordinaire ou réservé (197). Le principe de la gestion unitaire d'un bien, selon la masse à laquelle il appartient, est encore une fois écarté.

Les causes d'extinction de la présomption sont identiques. Ce qu'il faut ici retenir, c'est que la loi veut rassurer les tiers en prévoyant des cas d'ouverture très stricts. Agir autre-

(196) En autant, évidemment, que l'époux collabore effectivement à l'exploitation.

(197) CORNU, pp. 155 et 163 ; COLOMER "Le statut des conjoints d'artisans..." op.cit., n° 76.

ment aurait conduit à rendre inopérantes ces présomptions, en raison de la crainte légitime de ces tiers face à des possibilités trop faciles de révocation du mandat. Ainsi, des cas patents d'extinction sont prévus : absence présumée, séparation de corps, etc (198). La révocation du mandat est alors tellement naturelle qu'elle ne pose aucun problème. Les cas de mésententes entre époux sont plus graves et il fallait permettre aux tiers de contracter avec un époux sans avoir à s'inquiéter de ses déboires conjugaux. C'est pourquoi la loi, logiquement, prévoit une procédure de révocation très exigeante (199).

Reste le point fondamental de l'étendue du mandat. Celui-ci ne couvre que les actes d'administration (et non de disposition) concernant les besoins de l'exploitation ou de l'entreprise. Les auteurs s'entendent généralement pour y inclure tous les actes de gestion courante : commandes, renouvellement des stocks, entretien des équipements et même certains emprunts (200).

Dans les faits, la présomption est surtout utile à la femme qui participe à l'exploitation agricole, commerciale ou artisanale, dans la mesure où elle annule au regard des tiers les effets négatifs de la présomption de communauté et de la répartition des pouvoirs de gestion. En effet, nous avons vu que le mari est en principe le seul administrateur des biens communs ordinaires (article 1421) et que la présomption de communauté lui assure la base indispensable à l'exercice effectif de ses pouvoirs. Face à cette situation, la femme doit faire la preuve du caractère réservé (ou propre) du bien qu'elle entend gérer, à plus forte raison lorsqu'elle l'offre en gage général à ses créanciers pour obtenir du crédit. La présomption de mandat vient lever ces obstacles en lui permettant d'engager directement son mari par ses actes d'administration.

Un problème se pose : s'agissant d'un mandat, le mandataire présumé n'engage en principe que son conjoint (201). Il ne serait donc pas obligé envers son tiers contractant (sauf

(198) Voir les articles 789-2 C. rur. et 9 al.3 Loi du 10 Juillet 1982.

(199) Par acte devant notaire, le conjoint étant dûment appelé. Effet retardé à l'égard des tiers : 3 mois après publication en marge du contrat de mariage, sauf connaissance prouvée (articles 789-3C. rur. et 9 al.2 Loi du 10 juillet 1982).1/2

(200) CORNU, p. 155 et 164 ; MARTIN, op.cit. n° 8 ; RANDOUX, op.cit., n° 12.

(201) COLOMER, "Le statut des conjoints d'artisans...", op.cit., n° 47. Avec une hésitation : CORNU, p. 166;

engagement personnel exprès) et ne pourrait être mis en règlement judiciaire. En serait-on revenu à l'ancien mécanisme du mandat domestique de la femme mariée ? C'est la solution inévitable en droit strict. Ainsi, paradoxalement, des législations ayant pour but avoué de promouvoir l'égalité des époux conduirait en fait à reconnaître l'infériorité de la femme mandataire (202).

Mais alors, comment envisager la situation d'un couple d'agriculteurs exploitant ensemble le fonds agricole (article 789-1 al.1 C. rur.) et, comme tels présumés se donner réciproquement mandat ? La loi de 1980 aurait paradoxalement diminué les pouvoirs du mari, puisque celui-ci n'engagerait que les biens de son épouse (à charge de preuve par les tiers) par ses actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation. A moins que l'on soutienne qu'il agit alors en vertu de ses pouvoirs généraux de gestion (v.g. articles 1421, 1428) plutôt que sur la base de la présomption de mandat... solution peu convaincante.

Dans un autre ordre d'idées, il faut s'interroger sur la véritable portée sociologique des pouvoirs conférés par ces présomptions de mandat. Le danger réside ici dans la notion de "besoins de cette exploitation" (article 789-1 C. rur.) ou de "besoins de l'entreprise" (article 9 de la loi du 10 juillet 1982). Quels actes doit-on considérer comme concernant les besoins de l'exploitation ou de l'entreprise ? La notion peut sembler floue, ce qui a fait dire à un auteur que "les prérogatives accordées demeurent limitées et fragiles. Tout laisse penser que les tiers en tireront les conséquences" (203).

Notre opinion n'est pas aussi pessimiste car pour la plupart de ces actes d'administration, la relation avec les besoins de l'entreprise apparaît évidente. Les tiers n'ont pas à s'interroger sur l'opération de façon subjective, le législateur permettant les actes accomplis pour les besoins de l'entreprise ou de l'exploitation et non pas seulement ceux posés "dans l'intérêt" de cette dernière.

(202) La question ne se pose pas pour le mari, qui engage tous ses biens lorsqu'il s'ingère dans le négoce de son épouse. Toutefois, notons que l'article 1420 ne vise pas le cas d'une exploitation agricole gérée par la femme (sur la notion générale de "commerce", voir COLOMER, n°946 et la note 47). Egalement l'abrogation de l'article 1420 pourrait avoir des effets pour le moins inattendus sur l'effectivité des pouvoirs du mari commerçant ou artisan.

(203) RANDOUX, op.cit., n°11. Dans le domaine agricole, voir les prévisions tout aussi pessimistes de PILLEBOUT, "Le statut des époux agriculteurs", J.C.P. 1982.I.155, n° 22.

L'imprécision de la notion n'en demeure pas moins présente dans certains "cas-frontières". Cela découle de la nature même de la présomption, qui est une présomption de pouvoirs quant à certains actes, contrairement aux présomptions des articles 221 et 222 qui sont des présomptions de pouvoirs quant à certains biens. C'est pourquoi les secondes, où la destination de l'acte est indifférente, seront toujours plus efficaces et sûres que les premières.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, l'influence de la loi du 13 juillet 1965 sur le dynamisme de la gestion des biens conjugaux n'apparaît pas aussi marquée que l'on pourrait le croire.

Certes, la loi encourage la gestion active de ces biens; les présomptions de pouvoirs, de mandat, etc, permettent sans doute à l'époux le plus diligent de gérer une bonne part des biens habituellement soumis à l'administration de son conjoint. De ce point de vue l'amélioration est très nette par rapport au "conservatisme" qui teintait fortement les législations antérieures. La souplesse de la loi de 1965 et des réformes sectorielles subséquentes est à souligner. Pour les couples où l'entente règne, cette souplesse leur permet d'aménager eux-mêmes leurs propres règles de gestion des biens, par les immixtions et transferts de pouvoirs de toutes sortes que la loi autorise.

L'analyse des différentes règles qui méconnaissent la qualification des biens nous entraîne à une conclusion d'un ordre général : la qualification et le principe de la séparation des pouvoirs par masses de biens constituent des entraves à la gestion dynamique et même active des biens conjugaux. Ils ont inévitablement en eux-mêmes de telles conséquences dès lors que les deux époux se voient octroyer des pouvoirs de gestion. En corollaire, partout où la loi permet aux époux et aux tiers d'ignorer ces règles de qualification, on observe une augmentation des possibilités de gestion active des biens visés.

Parler d'encouragement à la gestion dynamique est cependant une chose différente. Tout compte fait, seule une présomption de propriété des biens gérés par un époux peut en permettre

la gestion dynamique, en offrant la sécurité indispensable aux tiers contractants. C'est le rôle que joue la présomption de communauté, en faveur du mari seulement. Pour ce dernier, la loi offre donc de véritables possibilités de gestion dynamique, quoique l'on doive se méfier de l'extension, en pratique, du domaine de la cogestion, qui pourrait en venir à l'empêcher de poser seul des actes exigeant célérité (ex : gestion courante d'un fonds de commerce). La situation de la femme est évidemment plus précaire. Elle bénéficie bien de certaines extensions à ses pouvoirs effectifs d'engagement. Ainsi en est-il des dettes de ménage où la solidarité légale est prévue. De même, la femme commerçante peut profiter du gage général offert par tous les biens conjugaux si son mari s'est ingéré d'une façon ou d'une autre dans son activité. Mais cela ne remplace pas une présomption d'acquêts réservés puisque l'on exige un accord du mari qui, pour plus de sécurité, sera généralement demandé par écrit. L'autonomie professionnelle de la femme mariée est donc trompeuse et il lui est en pratique impossible de gérer, seule et de façon dynamique, son entreprise.

* *
*

La loi du 23 décembre 1985 abolit pourtant l'article 1420. Cette abrogation est la conséquence inévitable de la modification apportée à l'article 1421. Cet article prévoit dorénavant que "chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer..." Le législateur remédie ainsi à l'absence d'autonomie de fait de la femme agissant seule, en refondant la communauté en une masse unique de biens. Le dynamisme dans la gestion des biens conjugaux semble donc renforcé, ne serait-ce que dans la mesure où les pouvoirs de gestion de la femme ne sont plus entravés par la présomption de communauté.

Nous nous permettrons tout de même quelques observations. D'une part, le champ de la cogestion est encore élargi et il peut ici affecter le dynamisme dans la gestion. En effet, un cautionnement ou un emprunt ne peuvent engager que les biens de l'époux contractant, à moins que l'autre n'y ait expressément consenti (nouvel article 1415). Cela revient à dire que, dans les faits, le créancier se contentera rarement de ce gage réduit ; les banques, qui exigent déjà souvent la signature des deux époux, y trouveront un argument supplémentaire. D'ailleurs, qui aura la charge de prouver la propriété du bien que l'on veut saisir entre les mains de l'époux emprunteur?

D'autre part, le nouvel article 1414 prévoit que les gains et salaires d'un époux ne peuvent jamais être saisis par les créanciers de son conjoint, sauf en application de l'article 220. Est-il nécessaire de rappeler que ces gains et salaires constituent souvent le seul élément d'actif d'une large part des ménages français ? Sociologiquement, l'autonomie de principe du nouvel article 1421 n'est qu'un leurre, si les époux ne peuvent offrir en gage à leurs créanciers que les biens autres que leurs gains et salaires.

Ces deux exemples suffisent à montrer que le dynamisme dans la gestion des biens conjugaux n'est pas amélioré mais au contraire diminué, de façon encore plus nette pour le mari (204). D'ailleurs, la situation de la femme est-elle véritablement meilleure sous la loi de 1985 ? Quelle sera la réaction des tiers appelés à traiter avec le conjoint demeurant au foyer et désirant disposer d'un bien acquis par l'autre conjoint ? Il n'est pas sûr que la société française soit prête à appliquer ces nouvelles données juridiques. A notre avis, il eut été préférable de conserver l'institution des biens réservés, mais en faisant également bénéficiaire cette masse de biens d'une présomption d'acquêts.

Finalement, cette réforme n'intervient-elle pas à contre-courant ? Sur le plan sociologique, seulement 10 % des Français souhaitaient, en 1979, une nouvelle réforme des régimes matrimoniaux, 80 % s'y déclarant opposés (205). Rappelons qu'en 1963, quatre fois plus de répondants étaient en faveur d'une telle réforme (206).

Du point de vue juridique, "les règles actuellement en vigueur semblent ne pas être à la source de difficultés majeures et donner, dans l'ensemble, toute satisfaction à la plupart des couples" (207). Le contentieux des régimes matrimoniaux était en effet minime et portait le plus souvent sur des conflits entre époux séparés de corps ou en instance de divorce (208).

(204) C'est également la réserve exprimée par le rapport DEJOIE (Deb. parl. Sénat du 12 juin 1985), à la p. 13.

(205) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p. 48.

(206) TERRE, *op. cit.*, p. 33.

(207) **CHAMPENOIS-MARMIER**, p. 40.

(208) Voir les tableaux préparés par Mme FAUCHEUX, aux pages 180 à 183 du Rapport, ainsi que les comparaisons étonnantes avec les autres secteurs du droit, p. 186.

Dans quelques années, il sera intéressant de se pencher sur les véritables améliorations apportées par la loi de 1985, notamment au chapitre du dynamisme dans la gestion des biens conjugaux.

T A B L E D E S M A T I E R E S

Introduction	312
<u>Première partie : Dynamisme et gestion conjointe</u>	322
<u>Chapitre I</u> : Le régime général	324
Section 1 : La protection du logement familial	324
Section 2 : La cogestion de l'article 1424	328
A : La portée de la règle	328
B : Les incidences réelles de la règle sur la gestion dynamique des biens	331
<u>Chapitre II</u> : Les réformes sectorielles	336
Section 1 : La protection du bail rural	336
Section 2 : La protection des éléments du fonds commercial ou artisanal	337
Section 3 : L'entrée d'un époux en société	340
<u>Deuxième partie : Dynamisme et gestion unitaire</u>	345
<u>Chapitre I</u> : Les règles relatives au passif	346
Section 1 : La solidarité légale	346
A : L'étendue du pouvoir domestique	348
B : Les dettes de ménage exclues du champ de l'article 220	351

Section 2 : Le passif professionnel de la femme	354
A : La règle de l'article 1420 est-elle nécessaire ?	355
a) : L'état du droit positif	356
b) : La solution inadaptée de l'arrêt Caillaud	358
c) : Une présomption d'acquêts réservés	359
B : Les conséquences de la règle de l'article 1420...	362
<u>Chapitre II</u> : Les règles relatives à l'administration	364
Section 1 : La présomption de pouvoirs bancaires	365
A : L'indépendance dans l'ouverture et la gestion d'un compte bancaire	365
B : Contenu et portée réelle de l'indépendance bancaire des époux	369
Section 2 : La présomption de pouvoirs sur les biens meubles	372
A : Le domaine d'application de la présomption.....	373
B : Incidences et limites de la présomption sur l'autonomie des époux	378
Section 3 : Les présomptions de mandat propres à certaines catégories d'époux	381
Conclusion	385

R. R. J. 1987

Pages 391 à 398

ACTUALITES
DOCTRINALES

Maurice TANCELIN,

Des obligations. Contrat et responsabilité,

2ème édition revue et corrigée, Wilson et Lafleur Ltée,

Montréal, 1986, XXIX et 670 pages.

La théorie générale des obligations, parce qu'elle fut l'un des plus beaux fleurons du droit civil, évolue difficilement. L'admiration pour la qualité des oeuvres du passé, le souci de retrouver une cohérence comparable sont autant d'entraves au rajeunissement. Les questions à résoudre sont multiples. Faut-il tout repenser ? Faut-il procéder à des aménagements de détail ? Y a-t-il un changement d'inspiration ou de techniques ? Quelle théorie faut-il concevoir pour redonner vie à l'enseignement du droit des obligations ? Quelle part faut-il laisser à l'empirisme ou à l'abstraction ? Quelle place faut-il donner aux théories les mieux élaborées - celle des vices du consentement par exemple - et quelle place aux procédés nouveaux (de la protection du consommateur notamment) ? Tandis que notre théorie générale des obligations demeurerait campée sur ses positions du début du siècle et en accusait les traits les plus saillants (importance attachée à la formation du contrat par rapport à l'exécution, en particulier), des besoins nouveaux apparaissaient. Surtout, des significations nouvelles, souvent moins souples, étaient données aux théories et concepts anciens. N'y aurait-il pas une crise de la théorie générale des obligations ?

Avant de tenter de répondre à cette question et même de se la poser, il faut lire le puissant ouvrage de Maurice Tancelin. C'est une somme de réflexions critiques, théoriques et pratiques de la meilleure eau. Comme le déclare l'auteur dans son avant-propos (p. VI), "la doctrine commence à s'apercevoir que son rôle ne peut plus consister à faire écho à la jurisprudence". Au Québec, avec Maurice Tancelin, elle fait bien davantage. Elle pratique, avec brio et avec succès, une salubre innutrition. Elle enrichit de réflexions nouvelles les catégories les mieux consacrées. Le plan de l'ouvrage n'a, en effet, rien de choquant pour un civiliste. Après une première partie consacrée aux sources des obligations - les actes juridiques, les faits juridiques divisés en "faits juridiques légitimes" et "faits juridiques illégitimes" -, vient l'étude des effets des obligations (exécution forcée, exécution volontaire,

extinction sans exécution). "Nous voilà en pays de connaissance !" ne manquera pas de dire le civiliste français qui n'aura donc aucune excuse pour se dispenser de puiser à si bonne source. Il n'est peut-être pas indifférent de relever que 334 pages sont consacrées aux sources des obligations (incluant, rappelons-le, la responsabilité délictuelle et les quasi-contrats) et 250 à leurs effets (Adde infra la place de la résolution) ; ce souci d'équilibre est déjà significatif.

Encore est-ce peu dire, car un tel livre ne s'apprécie pas seulement à l'élégance de sa forme générale ! C'est dans le détail qu'il faut aller pour découvrir la richesse des développements et pour s'enrichir des multiples perles que recèle cette oeuvre de belle venue. La théorie du droit civil trouve ici un superbe jalon sur la voie de son rajeunissement et de son progrès. C'est notamment vrai dans les domaines où le droit civil québécois présente une originalité plus ou moins profonde à l'égard du droit français. Les pages consacrées à la distinction de la responsabilité délictuelle et des dommages-intérêts pour inexécution du contrat (n. 400 et s., p. 205 ; n. 733 à 738, p. 391-394) en donnent un premier exemple. Signalons aussi l'importance et l'intérêt des réflexions présentées sur le rôle des catégories juridiques à l'occasion de l'étude de la réparation du préjudice (n. 562 et s., p. 300). Après avoir critiqué "une jurisprudence contestable élaborée sur (un) malentendu", l'auteur peut revenir à la nécessaire distinction entre une "catégorie fondamentale" et la simple évocation de situations différentes. Comment ne pas songer ici aux travaux du professeur Jean-Louis Bergel ("différence de nature = différence de régime", Rev. tr. dr. civ. 1984, p. 255 et s.).

Dans l'étude de la responsabilité du fait des choses, la détermination des "conditions relatives à la chose" et notamment l'exigence d'un "fait autonome" mérite une attention particulière (n. 486-489, p. 257-259) ; elle prend toute son importance pour qui tient compte du caractère mixte du droit québécois. C'est la conjugaison de l'apport du droit civil (p. 254 et s.) et de la règle res ipsa loquitur issue de la Common Law (p. 260 et s. ; voir également, à propos de la stipulation pour autrui, n. 305, p. 456), qui explique ses tendances complexes (voir n. 475 à 482, p. 248 à 254). L'auteur montre comment des présomptions légales ont pu être perverties, subverties ; il a suffi de transformer des moyens de preuve, des aides fournies à la victime pour alléger (au moins) la charge probatoire, en de véritables moyens de preuve

(voir n. 472, p. 247 et 478-479, p. 250-251). La même réflexion critique approfondie se retrouve dans l'examen du système d'évaluation des dommages et intérêts pour préjudice corporel. D'une "soi-disant absence de règles" (n. 756, p. 402), le droit québécois "a heureusement évolué vers l'établissement de règles positives" se référant à la perte de "la capacité de gain" (n. 757, p. 402-403) ; désormais, l'évaluation globale est précisée par recours à la méthode des "postes séparés ou des chefs distincts" (n. 761, p. 405). "Une fois les bases de calcul des dommages-intérêts ainsi obtenues, tant en ce qui concerne les soins futurs que la perte de capacité de gain, il importe de tenir compte de considérations d'ordre actuariel..." (n. 766, p. 407 et s.) ; une technique très affinée est ici mise en oeuvre. L'auteur la décrit avec minutie, mais sans jamais perdre de vue la nécessité d'une réflexion critique approfondie (n. 766 à 770-2, p. 407-410). Dans un autre domaine, l'examen des thèses relatives à la nature de la propriété (n. 916, p. 474 ; n. 924, p. 478 ; n. 925-1, p. 481) est mené avec une acuité particulière qui éclaire et invite à la réflexion. Comme le remarque l'auteur, il faudra encore une longue "suite d'études doctrinales" pour que nous commencions à discerner l'importance de "l'idée que le droit de propriété unique est un concept idéologique inventé pour combattre la féodalité" (n. 925-1, p. 481) et qui n'a pu enrayer le développement de nouvelles formes de féodalité. Il faut songer notamment aux manifestations multiples de la volonté étatique, en France, de récupération du "domaine éminent" (l'auteur songe aussi au système bancaire, mais la notion de féodalité n'est-elle pas alors modifiée ?). Il faudra bien des études doctrinales pour que, derrière l'idéologie de la propriété abstraite et derrière l'idéologie de la négation de la propriété, reparaisse la réalité humaine de la propriété.

Il faudrait poursuivre l'analyse de cet excellent ouvrage pour montrer - ce ne serait pas difficile - que dans les domaines où la parenté entre le droit civil français et le droit civil québécois est encore plus nette, Maurice Tancelin apporte le même enrichissement critique. Ses pages sur la formation du contrat (autonomie de la volonté, n. 17, p. 17 et s. ; cause et considération : n. 168, p. 85), celles sur la résolution (n. 248, p. 127 et s. : traitée, sous la rubrique des "effets du contrat valablement formé", non dans la partie consacrée aux "effets des obligations", mais dans celle qui porte sur leurs sources ; est-il seulement permis de regretter l'omission du travail exemplaire de Ph. Rémy, J.C.P. 1978, éd. N., I, p. 81) devront être étudiées avec le plus grand soin, tant

elles sont fécondes. Cet ouvrage est une référence à maintenir dans toutes les recherches de droit civil. Ce traité théorique et pratique des obligations n'est pas à ranger ou à classer aux côtés des plus grands ; il est à conserver ouvert près de soi, avec les plus grands, pour apprendre, pour comprendre, pour critiquer les solutions apparemment consacrées et pour le prendre aussi comme modèle ou comme une invitation à la réflexion.

Christian ATIAS.

Paul AMSELEK (sous la direction de),
La pensée de Charles Eisenmann,
ouvrage collectif réunissant les contributions aux
Journées d'Etudes organisées à Strasbourg
(27 et 28 septembre 1985)
par le Centre de droit public interne de
l'Université de Strasbourg et par le Centre de Philosophie
du droit de l'Université de Paris II, Paris et Aix-en-Provence,
Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille,
1986, 258 pages (dont 20 pages d'annexes fort utiles).

par Christian ATIAS

Cet ouvrage est d'un intérêt exceptionnel pour l'histoire de la science du droit ; il marque un jalon d'une importance considérable en révélant certains aspects de la personnalité de Charles Eisenmann et en soulignant la portée de son oeuvre. Pour un auteur considérable dont l'intelligence du droit était incomparable, pour un penseur à la puissance de raisonnement inégalable, pour un Maître qui a su marquer son époque et préparer l'avenir de la pensée juridique, il fallait un ouvrage majeur : il suffit de consulter la liste des auteurs pour comprendre que ce but est atteint. La doctrine française la plus brillante est ici présente ; les Maîtres incontestés se sont rassemblés pour dire ce que la pensée de Charles Eisenmann leur avait apporté et pour expliquer comment leurs propres recherches avaient pu éclore à partir notamment de l'oeuvre vivifiante du Maître.

Après la préface de Monsieur le Président Jacqué et les propos introductifs de Monsieur le Recteur Groshens, où la personnalité de Charles Eisenmann est déjà dévoilée, un ensemble d'études consacrées à la théorie générale du droit et de l'Etat est offert. Monsieur le Vice-Président Timsit analyse de manière exemplaire les notions de science juridique et de science politique selon Charles Eisenmann ; c'est l'occasion de relever les imprécisions et confusions trop fréquentes. Monsieur le Directeur Amselek consacre ensuite une contribution de grande importance à l'acte juridique ; il montre que la pensée de Charles Eisenmann était ici prémonitoire et lui donne avec brio la place que l'histoire lui recon-

naîtra sans doute. Monsieur le Professeur Drago examine alors les fonctions de l'Etat ; il fallait toute la rigueur intellectuelle et l'imagination de ce Maître pour dépeindre celles de Charles Eisenmann. Monsieur le Président Favoreu insiste ensuite sur la modernité des vues de cet auteur sur la justice constitutionnelle ; quel meilleur orfèvre aurait pu parler du meilleur des orfèvres ? Il revient enfin à Monsieur le Professeur Stéphane Rials de répondre à la question : Charles Eisenmann était-il historien des idées politiques ou théoricien de l'Etat ? Cette contribution exemplaire s'ouvre sur des considérations empreintes d'une grande humanité et consacrées aux derniers jours de Charles Eisenmann, ainsi qu'à son testament intellectuel. Il faut citer l'une des conclusions de cette étude de grande importance : "La tension mal réductible entre la revendication pour l'homme d'une liberté digne de l'état de nature et le vertige de l'unité d'une Cité dans laquelle la liberté du citoyen pourrait tendre à la seule participation à la décision collective... ouvrira la voie au double mouvement de l'hyperindividualisme et d'une forme de collectivisation politique forcée" (p. 129). La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à la théorie du droit administratif. Notre incompetence et la qualité des signataires justifieraient la seule énumération des contributions. Monsieur le Doyen Vedel signe une étude des bases constitutionnelles du droit administratif. Monsieur le Professeur Waline et Monsieur le Professeur Ghestin présentent les deux points de vue d'un publiciste et d'un privatiste sur le thème "Droit public - Droit privé. Institutions publiques - Institutions privées". Monsieur le Professeur Goyard examine les conceptions de Charles Eisenmann relativement à l'organisation de l'administration. Monsieur le Professeur de Corail traite des actes administratifs. Monsieur le Professeur Venezia étudie la responsabilité de l'administration. Messieurs les Professeurs Vegleris et Hamon concluent cet ouvrage particulièrement riche.

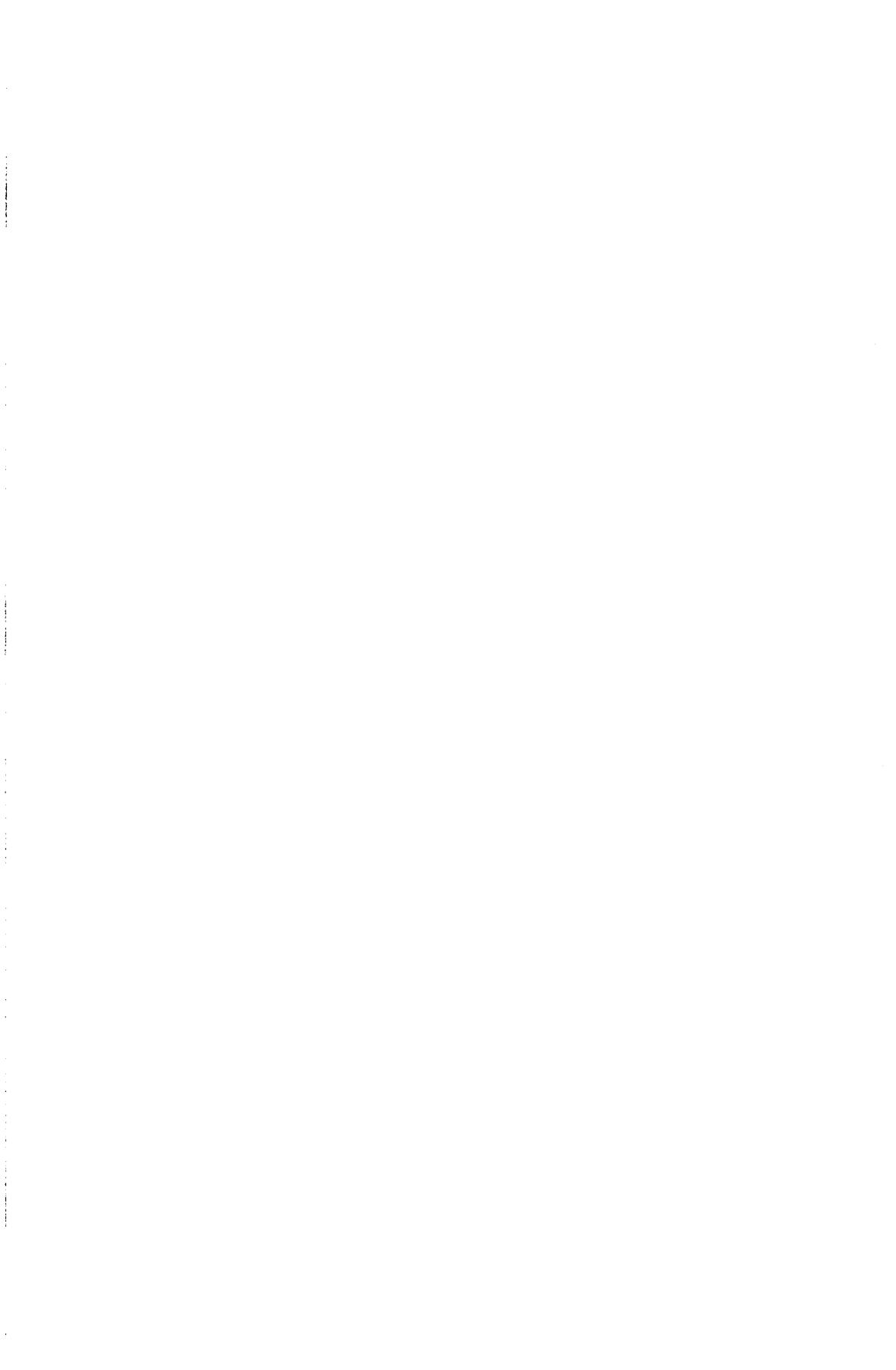
En terminant la lecture et en recensant toutes les occasions que les juristes français auront désormais de s'y reporter comme à une référence irremplaçable, il est difficile de ne pas s'abandonner à un sentiment de fierté et de reconnaissance : fierté d'être juriste dans un pays qui peut aligner un tel nombre de contributions d'une valeur exceptionnelle et rassembler de tels Maîtres pour révéler l'apport d'un tel Maître ; reconnaissance à l'égard de ceux qui ont permis la publication d'un ouvrage aussi important pour l'histoire de la pensée juridique française.

La Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif

a récemment publié :

- M. le Professeur J. LEJEUNE : Biologie et personne humaine - R.R.J. 1985-1
- M. le Professeur J.-L. LE MOIGNE : Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systématique. R.R.J. 1985-1
- Mme le Professeur C. LABRUSSE-RIOU : Biologie, éthique et droit. R.R.J. 1985-2
- M. le Professeur G. W. PUGH : An introductory analysis of characteristic aspects of american criminal justice with comparative comments as to the french system. R.R.J. 1985-2
- M. le Professeur R. DAVID : La doctrine, la raison et l'équité. R.R.J. 1986-1
- M. le Professeur A. ACKERMAN : Deux sortes de recherches "en droit et économie". R.R.J. 1986-1
- M. le Professeur A. LEVASSEUR : Les codifications en Louisiane. R.R.J. 1986-1
- 1er COLLOQUE INTERNATIONAL de SEMIOTIQUE JURIDIQUE, Aix-en-Provence, 1985. R.R.J. 1986-2
- Table ronde du CLUB EPISTEMOLOGIE de la Faculté de Droit d'Aix, à l'occasion du centenaire de la naissance de G. BACHELARD. R.R.J. 1986-3
- M. le Professeur D.F. SCHELTENS, Les droits de l'homme : individualisme et marxisme. "La question juive" de Marx. R.R.J. 1986-3

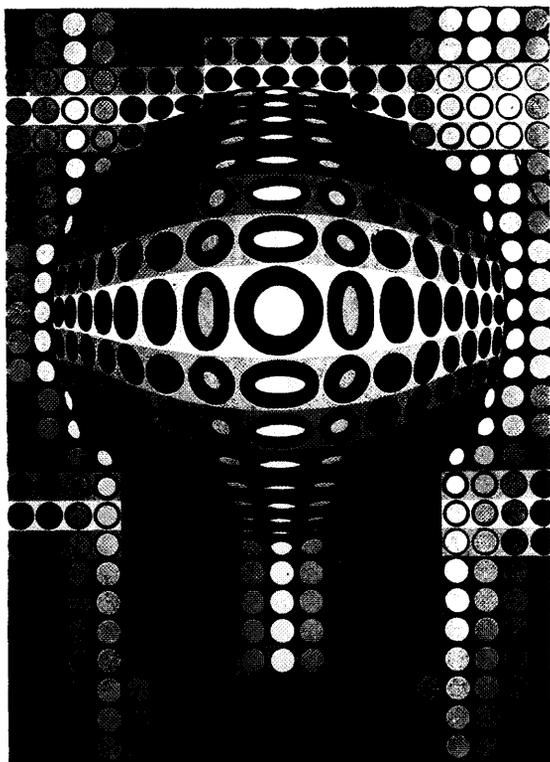
Dépôt Légal - 1er Trimestre 1987



N° I S S N 0249-8731

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

DEUX COLLOQUES AIX-EN-PROVENCE, MAI 1986

CORTE, JANVIER 1986

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1987 - 2

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
1987-2

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

Abbréviation de référence : R. R. J.

N. XII - 29 (12ème année - 28e 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	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III 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. 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 : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1987

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 250 F

Abonnement étranger : 320 F
Numéro (France) : 85 F

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

LIBRAIRIE DE L'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, par C. ATIAS409

COLLOQUE D'AIX-EN-PROVENCE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

- Présentation, par C. MOULY413

I -Rapports fondamentaux

- M. le Professeur Ejan MACKAAY, Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?419

- M. le Professeur Bruce A. ACKERMAN, Deux sortes de recherches en "droit et économie"429

- M. le Professeur Jean-Yves CHEROT, Trois thèses de l'analyse économique du droit - Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques443

- M. le Professeur Jean-Pierre CENTI, Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ?455

- M. le Professeur Christian ATIAS, La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face477

- M. le Professeur Hisakazu HIROSE, L'argument du prix dans les discussions sur les conditions générales des contrats - Son traitement inter-disciplinaire dans la théorie allemande497

II - Rapports d'application

- M. Henri LEPAGE, **Distribution sélective : une défense économique des clauses de prix imposés** 523
- Madame le Professeur Susan ROSE-ACKERMAN, **L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété**.....533
- M. le Professeur François SEUROT, **La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence**583
- M. le Professeur Bertrand LEMENNICIER, **Indemnités de licenciement : assurance tous risques, réparation d'un préjudice ou impôt sur la liberté de contracter ?**597

III - Rapport général

- M. le Professeur Jacques GARELLO, **Droit et Economie : quel droit ? quelle économie ?**623

IV - Tableaux synoptiques

- **Courants de pensée à l'origine de l'analyse économique du droit** (Professeur Ejan MACKAAY)635
- **Tableau synoptique de l'analyse économique du droit** (Professeur Ejan MACKAAY)637

COLLOQUE DE CORTE LA DEREGLEMENTATION

- **Avant-Propos**, par M. le Professeur Jean-Yves CHEROT641
- M. le Professeur Jean-Yves CHEROT, **Eléments pour une théorie de la réglementation** 645
- M. le Professeur Jean-Pierre CENTI, **Pourquoi la déréglementation ?** 657
- M. Claude JAMEUX, **Déréglementation et coordination : points de repère économiques**..... 683

- M. Jean-Yves LESUEUR, **Les contrats implicites :
substituts de la réglementation sur le marché du travail** 699

- M. Gilbert BENCHAYOUN, **Salaire minimum et emploi
des jeunes** 721

- MM. J. VERCHERAND et F. CASABIANCA,
La réglementation dans l'agriculture 733

- M. le Professeur COPPOLANI, **Le cas du régime douanier
de la Corse de 1768 à 1914** 747

*

- M. Pierre COULANGE,
* **Lexique des termes économiques** 755
* **Bibliographie** 759

EDITORIAL

Par C. ATIAS

Analyse économique du droit ou droit et économie, quelle que soit la terminologie utilisée, c'est de prospective juridique qu'il est question pour la France au moins. Aux Etats-Unis où ces recherches ont commencé vers 1960 et en Allemagne par exemple, les résultats sont déjà là. A travers de multiples ouvrages et articles -un millier d'articles a été dénombré en dix ans aux Etats-Unis-, la connaissance du phénomène juridique a été notablement amélioré en certains de ses aspects. En France où Facultés de droit et d'économie se séparèrent voici quelques années, l'idée d'une collaboration peut apparaître anachronique. C'est contre cette impression que les colloques tenus, l'un à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille les 16 et 17 mai 1986, l'autre à la Faculté de Droit de l'Université de Corse le 31/1/1986, avaient pour but de lutter.

L'analyse économique du droit a déjà fait ses preuves. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer son utilité. Il s'agit bien plutôt de convaincre les juristes français qu'ils ne peuvent plus se permettre d'ignorer un pan entier du développement de la réflexion juridique. L'analyse économique permet de mieux mesurer les effets des choix effectués ; elle évalue l'efficacité économique de telle ou telle technique juridique. Elle explique également comment sont apparues certaines qualifications et pourquoi. Des exemples historiques célèbres ont déjà été étudiés aux Etats-Unis, tels que l'attribution privative des territoires de chasse entre les Indiens selon les habitudes du gibier ou l'adoption de contrats de différentes sortes entre les chercheurs d'or ; la notion de propriété est désormais mieux comprise. De même, les recherches entreprises révèlent les causes des évolutions juridiques et les circonstances qui influencent les choix de techniques ou de politiques juridiques. Par exemple, elles donnent d'utiles indications sur les raisons pour lesquelles des réformes législatives interviennent dans certains domaines tandis que d'autres sont laissés à la prudence des juges. Il y a sans doute des obstacles au succès de l'analyse économique du droit en France. Il faut d'abord compter avec les

spécialisations disciplinaires. Le langage, assez souvent mathématique, des démonstrations en rebutera ensuite plus d'un. Le fréquent recours à la théorie des jeux dont les analyses peuvent être complexes n'arrangera pas les choses. Enfin, la plupart des études disponibles sont rédigées en langue anglaise et portent sur des exemples de *Common Law*. A l'évidence, un effort nous est demandé ; c'est le rôle des communautés universitaires que d'accepter de telles difficultés pour permettre à d'autres d'améliorer leurs outils de travail.

Ce qui est sûr, c'est qu'un défi est lancé aux juristes français. D'autres juristes l'ont déjà relevé. Ils ont apporté une contribution historique à la connaissance du phénomène juridique. Dans la plupart des pays de grande tradition juridique, nul n'oserait plus examiner une question de droit des contrats, des biens, de la responsabilité ou de la famille sans adopter, à un moment ou à un autre, la méthode de l'analyse économique du droit. Les travaux relatifs aux accidents de la circulation, aux contraintes pesant sur la circulation des biens, au droit pénal,... sont impressionnants par leur ampleur, par leur ambition et, souvent, par leur apport. Il n'est pas possible que de telles recherches demeurent en dehors des centres d'intérêt des juristes français. Il ne faut pas que leur carence laisse place à d'autres spécialistes qui n'auraient pas leur connaissance du droit. C'est de l'intérieur du monde des juristes que doit venir la tentative d'extension de leur savoir. La notion même de droit s'en trouvera sans doute affectée. Les philosophes du droit ne pourront demeurer indifférents à des travaux qui confirment les insuffisances du positivisme commun.

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. Les économistes présents à Aix-en-Provence et à Corte ont démontré leur intérêt pour le type de réflexions menées par les juristes et par les philosophes du droit. Des critiques ont été formulées dans les deux sens. De ces discussions-là, ne peut jaillir qu'un peu plus de lumière sur ces mécanismes sociaux complexes que chaque discipline s'efforce d'étudier avec ses propres moyens. Avant tout, l'analyse économique du droit est un point de vue supplémentaire sur la réalité sociale ; à ce titre, elle est une chance à saisir par les juristes, comme par les économistes français. L'ensemble des documents joints a pour ambition de les y aider.

L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT :

**Impérialisme disciplinaire ou collaboration
scientifique**

Colloque organisé les 16 et 17 mai 1986 à Aix-en-Provence

Par

*le Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

et

*le Centre d'Analyse Economique de la Faculté d'Economie Appliquée
d'Aix-Marseille*

PRESENTATION

Par

Christian MOULY

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

Avocat au barreau de Narbonne

Alors qu'on lui reprochait d'oublier les femmes dans ses discours, Winston Churchill répondit : "Chaque fois que je parle des hommes j'embrasse les femmes". Les juristes peuvent-ils de la même façon affirmer que chaque fois qu'ils parlent du droit, ils embrassent l'économie, et réciproquement ? C'était l'un des buts de ce Colloque que de cerner les points de convergence que l'analyse libérale du droit et de l'économie fait naître entre ces deux disciplines.

Merveilleusement organisé par Christian ATIAS et Jean-Pierre CENTI, et remarquablement élargi à l'approche épistémologique des problèmes de fond qui étaient abordés, ce colloque a permis un enrichissement réciproque des participants. Le contenu des communications ci-après reproduit permettra de faire connaître aux lecteurs de la Revue de la Recherche Juridique le point de départ des discussions qu'elles ont suscité. Sachons encore gré à Christian ATIAS d'avoir bien voulu, avec l'aide efficace de M. GARCIN, nous en faire profiter.

Bien que ces communications aient été rédigées avant le Colloque, elles nous permettront de mieux comprendre **Pourquoi** une réflexion sur les apports mutuels de l'économie et du droit est nécessaire et **comment** elle a été menée.

I - POURQUOI ?

Les raisons de réunir juristes et économistes autour d'un problème de méthodes peuvent être nombreuses. Si ces deux disciplines appartiennent ensemble au groupe des sciences de la société, elles ont autant de points communs que de différences. L'analyse épistémologique doit permettre de savoir ce qui est important et ce qu'il faut en déduire : c'était là un des buts de cette rencontre.

La communication et les débats ont fait ressortir quelques points forts des relations entre les conceptions nouvelles de l'économie et du droit, points forts que l'école libertarienne en économie a sûrement contribué à mettre en relief mais qui trouvent aussi des

racines profondes dans des conceptions du droit fort anciennes. Ainsi est-il apparu :

... que dans les deux disciplines, le rôle du **temps** et de l'impossibilité de maîtriser tous les paramètres sont déterminants. Cette "**philosophie de l'inconnaissance**" innerve tout autant la nouvelle économie que les conceptions récentes et réalistes du droit.

... que les deux disciplines sont actuellement assez généralement soumises aux effets pervers d'un excès de rationalisme. Une directive apparut alors essentielle : refuser le dogme et rechercher dans chaque cas les raisons d'être d'une théorie ou d'une règle.

... que le rôle de l'organisation spontanée du marché pour les économistes ou de l'ordre social pour les juristes est déterminant dans les deux disciplines.

II -COMMENT ?

La vague de réflexions nouvelles que suscite le libéralisme favorise des apports réciproques entre droit et économie. Le moyen choisi pour les approfondir et les étudier fut de réunir quelques chercheurs et acteurs de cette révolution paradigmatique et d'engager la réflexion sur les théories et leur élaboration. Qui sont ces personnes et qu'ont-elles dit ?

- *Ejan Mackaay*, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, évolue dans les trois cultures néerlandaise, anglo-saxonne et française ; conservant un intérêt pour l'informatique, il a surtout développé une merveilleuse connaissance des pensées libérales et de l'entrecroisement des approches juridiques et économiques. Il nous explique ici les différences et les nuances des approches concurrentes de l'analyse économique du droit.

- *Bruce A. Ackerman*, Professeur à l'Université Columbia, de New-York, insiste sur les limites de la connaissance humaine et l'imperfection tout autant d'une vision uniquement réaliste que des modèles classiques et néo-classiques. Les solutions de droit doivent beaucoup aux perceptions implicites des auteurs, c'est-à-dire aux argument et aux raisons de décider qui imprègnent leur culture. Toutefois cela ne peut pas suffire et le raisonnement académique et théorique peut compléter l'approche réaliste. Si la chronologie des démarches est historiquement inverse, durant ce XXe siècle, aux U.S.A. et en France, le moyen terme actuel devrait être proche dans les deux pays.

- *Susan Rose-Ackerman*, sa femme, également Professeur à Columbia, a justifié une théorie juridique curieuse pour les économistes : celle des "choses hors du commerce". Il est vrai que les juristes affirment plus qu'ils ne démontrent leur régime. Usant de l'analyse économique du droit, Susan Rose-Ackerman explique en quoi des informations systématiquement lacunaires et des coûts de transaction bien trop

élevés aident à remplacer les fondements moraux les plus communément admis ; ils seraient insuffisants à justifier le refus des juristes d'accepter les transactions sur la nationalité, les droits de construire ou de s'installer sur une terre, la conscription, le droit de vote aux élections politiques et même à un moindre degré, sur le sang ou les organes du corps humain et les enfants.

- *Jean-Yves CHEROT*, Professeur de droit public, présente un tableau éclairant des analyses économiques du droit, néo-classiques et libérales, sous l'angle historique.

- *Jean-Pierre Centi*, Professeur d'économie, a montré comment la notion d'efficacité varie selon les théories.

- *Christian ATIAS*, Professeur de droit privé, explique en quoi personne et chose sont deux concepts si différents qu'il ne peut être question de les soumettre à une même analyse, qu'elle soit économique ou juridique.

- Au contraire, *Bertrand LEMENNICIER*, Maître de conférences d'économie, montre l'appréhension possible par le calcul économique des relations personnelles, telles que le mariage ou la filiation, tout autant que les conséquences réelles des réglementations du contrat de travail et du licenciement : impôt sur le contrat, au bénéfice premier des syndicats, elles diminuent la liberté au détriment des employeurs comme des salariés.

- De la même façon, *Henri LEPAGE*, écrivain et journaliste, féru de doctrines économiques surtout libérales et d'analyse juridiques des phénomènes sociaux, plaide pour une plus grande liberté du droit.

- *François SEUROT*, Professeur d'économie, a magistralement établi les errements constructivistes du "droit de la concurrence", machine impossible à construire et encore moins à faire fonctionner. Ce sont ses défauts internes qui nous sauvent du totalitarisme. Il est bon de rappeler les erreurs théoriques et conceptuelles de cette construction intellectuelle. Bien qu'écrit avant la réforme due à l'ordonnance du 1er décembre 1986, cette étude conserve toute sa valeur tant la réglementation actuelle reprend les principales erreurs de l'ancienne.

- *Jacques GARELLO*, Professeur d'Economie et animateur bien connu de l'Ecole des Nouveaux Economistes Français était le mieux placé de sa longue pratique des théories américaines et autrichiennes pour montrer en quoi les relations entre Droit et Economie sont naturelles. Sa verve et son sens pratique sont ici au service d'une réflexion plus large, de nature philosophique.

La visite du Ministre de l'Industrie, des P.T.T. et du Tourisme, *M. MADELIN*, vint apporter le témoignage de l'intérêt que les réflexions théoriques offrent aux praticiens de la politique.

I - RAPPORTS FONDAMENTAUX

- 1 - Professeur Ejan MACKAAY,
Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?**
- 2 - Professeur Bruce A. ACKERMAN,
Deux sortes de recherches en droit et économie.**
- 3 - Professeur Jean-Yves CHEROT,
Trois thèses de l'analyse économique du droit, quelques usages de
l'approche économique des règles juridiques.**
- 4 - Professeur Jean-Pierre CENTI,
Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ?**
- 5 - Professeur Christian ATIAS,
La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse
économique du droit : un utile face à face.**
- 6 - Professeur Hisakazu HIROSE,
L'argument du prix dans les discussions sur les conditions générales
des contrats. Son traitement inter-disciplinaire dans la théorie
allemande.**

LE JURISTE A-T-IL LE DROIT D'IGNORER L'ECONOMISTE ?

Par

Ejan MACKAAY

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Le mouvement de l'analyse économique du droit est encore aujourd'hui largement ignoré chez les juristes en France, comme d'ailleurs dans les autres pays francophones. Je le regrette et voudrais, dans cet article, examiner l'objet de cette ignorance, sa cause et les remèdes qu'on peut envisager.

I - LE MOUVEMENT DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT.

Le mouvement de l'analyse économique du droit est, à l'origine, américaine. Dans un autre article, j'en ai présenté un survol (1). Je me bornerai ici à quelques remarques, en renvoyant le lecteur aux tableaux synoptiques se trouvant en annexe.

Les premiers articles datent de la fin des années cinquante et du début des années soixante. A cette époque, les économistes, à l'Université de Chicago en particulier, se sont mis à explorer la possibilité d'appliquer leurs outils de travail -notamment les modèles du choix rationnel et du marché- au delà des domaines d'application habituels. Ces explorations concernaient entre autres la politique, la bureaucratie, la famille et aussi le droit.

L'idée d'appliquer le modèle du choix rationnel à des secteurs "non économiques" n'était pas neuve. Pour les économistes classiques, d'Adam Smith à Karl Marx, elle était évidente. Ils auraient trouvé notre formule curieuse : la séparation entre la science économique et les autres disciplines touchant la vie en société leur aurait paru

(1) La règle juridique observée par le prisme de l'économiste - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, Revue internationale de droit économique (1986) t. 1, n.O, p. 43-88 On trouvera dans cet article des renvois à la littérature originale en langue anglaise sur le sujet.

artificielle. Von Mises, écrivant entre les deux guerres, prenait encore cette unité profonde pour une évidence.

"Dès lors, l'économique ne constitue pas un secteur nettement délimité de l'action humaine. Le domaine de l'économique, c'est celui de l'action rationnelle : l'économie intervient partout où, devant l'impossibilité de satisfaire tous les besoins, l'homme opère un choix rationnel" (2).

Pour les juristes, le modèle du choix rationnel n'est pas non plus inconnu, qui s'interrogent depuis toujours au sujet de l'effet des règles de droit sur la vie en société. L'interprétation téléologique d'une disposition ne fait-elle pas implicitement appel à ce modèle ? En outre, les juristes européens, n'ont-ils pas suivi depuis de nombreuses années des enseignements d'économie politique ?

Qu'est-ce qui explique alors le succès, chez les juristes américains, de ce nouvel "impérialisme économique" ? Ne fait-il que rappeler à la conscience des juristes une vérité qu'ils avaient perdu de vue ? Reflète-t-il la séparation trop grande, aux Etats-Unis mais aussi ailleurs, entre les facultés de droit, imbues d'un positivisme juridique et d'un esprit de "professionnalisme" étroit, et les facultés où étaient enseignées les sciences sociales ? Peut-on penser par ailleurs que ce mouvement, parti chez les économistes, pouvait trouver une terre fertile chez les juristes américains, du fait que le mouvement du réalisme américain venait de rappeler à ceux-ci avec force que le droit ne saurait se trouver tout entier dans les livres ?

Quelle que soit l'explication, le mouvement de l'analyse économique du droit a exercé, dans la doctrine américaine des deux dernières décennies, une influence dépassant tout autre courant intellectuel contemporain, y compris la sociologie du droit. Il promettait aux juristes l'usage des outils de travail que l'économiste s'était forgés depuis la deuxième guerre mondiale, c'est-à-dire une théorie cohérente, des modèles puissants et de manipulation faciles ainsi que des méthodes de vérification pour les mettre à l'épreuve. Le mouvement de l'analyse économique du droit a donné lieu à une doctrine très volumineuse -une centaine de livres, de monographies, de recueils de textes et au-delà de mille articles. On ne peut pas actuellement ouvrir un numéro d'une des grandes revues juridiques américaines sans trouver au moins un article qui fait appel à l'analyse économique du droit.

On peut déceler plusieurs périodes dans le mouvement de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis. A partir de 1957 jusqu'en 1972, elle connaît sa période d'exploration. Les articles, tous de la plume d'économistes de Chicago, sauf Calabresi, proposent l'application du modèle économique aux notions centrales de la

(2) Von Mises, Ludwig, Le socialisme - étude économique et sociologique, Ed. M. Th. Génin, Paris, 1938, p. 143.

common law classique, comme la propriété, les contrats, la responsabilité civile. C'est à partir de la publication du livre du juriste Posner, *Economic Analysis of Law* (3), que commence une deuxième période : le mouvement gagne les facultés de droit. Pendant le reste de la décennie, on a l'impression d'assister au déploiement d'un nouveau paradigme, d'une nouvelle conception du droit. Le nouvel outil exerce, sur toute une génération de juristes, une fascination presque sans bornes. On l'applique à tout un éventail de problèmes, non seulement sous forme de modèles théoriques, mais aussi par des études empiriques (au sens anglais du terme !) ; on s'en inspire dans la résolution de problèmes de politique législative comme ceux de la pollution, de la dérèglementation. Tout au long de ce développement, il semble exister parmi ceux qui se réclament de l'analyse économique un accord sur l'essentiel de la conception proposée par le groupe de Chicago

Puis, en 1980, c'est l'éclatement, la fin de la belle harmonie. Plusieurs débats de fond opposent Posner aux plus grands philosophes de droit américains. Les opinions divergent sur l'issue de ces débats. Certains estiment que Posner -et avec lui l'analyse économique du droit- a irrémédiablement perdu et que le temps est venu de se tourner vers un nouveau mouvement, celui des *Critical Legal Studies*. Je serais, pour ma part, plus nuancé. Il est vrai que Posner a laissé des plumes, en ce sens qu'on a pu démontrer que son analyse comporte des prémisses implicites -des jugements de valeur, si l'on veut- qui, tout en étant parfaitement plausibles pour certains, ne relèvent pas de la science économique et pourraient être choisies autrement (4). On a relevé par exemple que l'efficacité, que Posner croit déceler dans les institutions classiques de la common law, n'est pas uniformément établie et que, de toute manière, cette notion présuppose que soient préalablement fixés certains droits fondamentaux qu'elle ne saurait, sans circularité, servir à justifier.

Les débats de 1980 n'ont donc pas entraîné la déconfiture de l'analyse économique du droit. Ils ont cependant provoqué l'éclatement du mouvement. A côté de la conception de Chicago (5), peuvent désormais trouver une place respectable au firmament de la doctrine juridique une conception autrichienne du droit, une conception institutionnelle et une conception libertarienne. Il n'y a plus qu'une seule analyse économique du droit, mais plutôt des approches économiques au droit. Cela montre que l'analyse économique du droit ne peut pas faire l'économie des débats qui ont lieu au sujet des fondements de la science économique elle-même. Ce qui réunit ces différentes orientations est l'idée du choix rationnel.

(3) Little, Brown et Cy, 1972.

(4) Voir mon article précité (nt. 1), Section II-C.

(5) Formulé de façon nuancée dans la troisième édition du livre de Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown et Cy, 1986.

Ensemble, elles comportent un espoir pour la science juridique, celui de formuler des modèles représentant convenablement le rôle du droit dans la vie sociale.

Cet espoir n'est pas limité au droit américain. Il est donc intéressant d'étudier la réception du mouvement dans d'autres pays. Pour ce qui est des pays anglosaxons, la communauté de langue et de système juridique a permis une réception assez rapide, au milieu des années 70. En Suède, pour des raisons que j'ignore, on observe le même phénomène. En Allemagne, après un silence total au cours des années 70, l'analyse économique du droit s'est imposé d'un coup et avec éclat au début des années 80. Le nombre et la qualité des publications en ce pays rappellent de façon saisissante l'enthousiasme des milieux américains au cours des années 70.

Et dans les pays francophones ? Le mouvement y semble à peu près ignoré. Il est temps de nous interroger sur les raisons.

II - L'IGNORANCE DU MOUVEMENT DANS LES PAYS FRANCOPHONES.

Un pas vers la réception, en France, de l'analyse économique du droit a été franchi avec la publication de *l'Economie retrouvée*, en 1978 (6), à la même époque où, en Allemagne, est paru le premier recueil de textes traduits de l'américain. En France, contrairement à l'Allemagne, ce premier pas n'a pas été bien reçu. Le livre a aussitôt été descendu par une autre publication, *l'Economie fiction* (7), qui y voyait une manigance de la droite. Le mouvement, qui pouvait avoir, aux Etats-Unis, de légitimes aspirations scientifiques, se trouvait, en France, dès le départ embourbé dans une tempête politique et discrédité de ce fait. Encore aujourd'hui un ouvrage aussi intéressant que *Pourquoi la propriété* de Henri Lepage (8) ne paraît trouver que peu de lecteurs parmi les juristes français.

J'ai peine à croire que le mauvais départ puisse, à lui seul, expliquer l'ignorance totale des juristes français à l'égard du mouvement. Quelles autres raisons peuvent être invoquées ? Doit-on craindre que le mouvement est discrédité du fait de son origine américaine (C'est cowboy, chewing gum... et donc pas pour nous) ? Mais voyons alors, par comparaison, la réception enthousiaste de la micro-informatique américaine en France. Evidemment, le droit est généralement plus nationaliste que l'informatique.

Serait-ce parce que le mouvement est identifié comme "capitaliste" ? Il suffit pourtant de lire les travaux d'Ackerman ou de Calabresi pour constater que l'on a pu se servir de cette approche

(6) *Economica*, 1978.

(7) Andreff, Wladimir et al. L'économie-fiction - contre les nouveaux économistes, Maspéro, 1982.

(8) Coll. Pluriel, 1985.

pour préconiser des interventions gouvernementales. Mais si tant est que le mouvement favorise des valeurs capitalistes, on pourrait toujours répondre que la France vient d'élire un gouvernement préconisant justement ces valeurs-là. Le débat à leur sujet est bien engagé en France comme ailleurs.

Est-ce alors parce que les publications sur l'analyse économique du droit ne sont disponibles qu'en anglais ? Cette explication m'étonnerait, mais je n'ose pas l'écarter depuis qu'un étudiant français, à Montréal dans le cadre d'un programme d'échanges, m'a avoué -non sans gêne, du reste, devant ses compères- ne pas lire l'anglais du tout.

Plus profondément, d'aucuns pourraient objecter que la pensée juridique française ne se prête pas à ce type d'approche. Le civiliste aurait tendance à classifier les problèmes à la lumière notamment des grands principes du droit avant d'en chercher, même intuitivement, les solutions. Le juriste de common law, par contraste, aurait tendance à s'interroger d'abord sur la solution à atteindre et chercherait seulement en deuxième lieu la jurisprudence pouvant appuyer sa cause. Le contraste me semble surfait. Certes, il y a des différences de style, de vocabulaire. L'histoire a légué à chaque pays un ensemble d'institutions qui constituent, à chaque époque, les points de départ des solutions que l'on pourra imaginer devant des problèmes nouveaux. Ces institutions varient d'un pays à l'autre. Pourtant les différences ne me semblent pas toucher à l'essentiel et se prêtent à des opérations de transposition (pour ne pas dire de traduction), comme l'a souligné encore récemment M. Cohen-Tanugi (9). Pour l'essentiel, les défis juridiques soulevés par la bio-génétique, la micro-informatique, la pollution de l'environnement, les accidents industriels et routiers me semblent pouvoir être abordés de la même façon en droit civil et en common law.

L'analyse économique du droit est, avant tout, une façon pour le juriste de repenser les fonctions des institutions juridiques. Elle l'aide à faire face au droit *en mouvement*, au droit comme il pourrait être, plutôt que comme il est. Elle n'est pas recensement exhaustif de règles juridiques, synthèse du droit existant, systématisation de la pensée des auteurs, valeurs que la doctrine française a perfectionnées à un degré inégalé ailleurs et qui visent avant tout le droit établi, *statique* et encouragent le juriste à chercher les solutions aux problèmes juridiques à l'intérieur de sa discipline.

Mais, dira-t-on, dans la tradition civiliste, il appartient au juriste de chercher les solutions aux problèmes juridiques justement à l'intérieur de sa discipline. Le contact avec les disciplines voisines ne

(9) Le droit sans l'état, P.U.F., 1985, p. 15 : "Et l'expérience du juriste international et comparatiste le conduit bien souvent à conclure à la traduisibilité généralisée, moyennant quelques aménagements, de la syntaxe juridique des nations appartenant à une civilisation commune".

peut tenir lieu de réflexion juridique. Le normatif et le descriptif ne sauraient se confondre. Ces observations sont justes, mais elles touchent aussi bien l'analyse économique du droit que la sociologie du droit, dont la légitimité n'est pas mise en doute en France. L'analyse économique coïncide avec l'analyse sociologique telle qu'elle est pratiquée par Boudon (10) en France et Opp en Allemagne (11). Elle veut apporter au juriste un outil plus fiable que sa seule intuition d'observer la société que le droit est appelé à régir. L'analyse économique du droit devrait donc avoir droit de cité au même titre que la sociologie du droit.

L'ignorance, en France et dans les autres pays francophones, du mouvement de l'analyse économique du droit me paraît, en somme, avoir plusieurs causes. La langue en est une ; la prétendue coloration politique en est une autre ; la tradition civiliste, dans une certaine fixation sur le droit positif, en est une troisième. Pouvons-nous surmonter ces obstacles ?

III - VERS UNE RECEPTION DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT.

A qui et comment l'analyse économique du droit peut-elle rendre service ? A cette question les tenants de l'analyse économique ont tenu souvent, ne serait-ce que par le ton de leurs écrits, des propos exagérés. Ils ont souvent fait flèche de tout bois. Ils ont voulu jouer aux guérisseurs de la société (*minister to the ills of society*, pour emprunter une expression de Mishan) avant même d'avoir pu assurer convenablement l'adéquation de leurs modèles à la réalité.

Je suis pourtant convaincu que les juristes seraient malavisés de garder la porte fermée à l'analyse économique du droit. Le droit a pour mission de trouver des solutions justes aux interactions humaines et il serait insultant de douter que nous sachions tous ce qu'est une solution juste. Permettez-moi cependant une analogie. Nous savons tous ce qu'est la bonne santé. Il n'empêche que le thermomètre de fièvre améliore ou facilite notre perception. Aucun médecin ne songerait à abandonner, au profit de sa seule perception intuitive, le stéthoscope et d'autres outils d'observation plus perfectionnés. Je crois légitime de confier aux sciences sociales, et à l'analyse économique du droit en particulier, la mission de confectionner de tels outils d'observation, en en établissant fiablement le potentiel aussi bien que les limites.

Il convient donc de perfectionner d'abord l'analyse économique du droit en tant que description de la réalité. Il s'agit de comprendre la fonction des institutions ainsi que leur unité profonde,

(10) Voir par exemple Effets pervers et ordre social, P.U.F. 1979 ; La logique du social, Hachette, 1983 ; La place du désordre, P.U.F., 1984.

(11) Die Entstehung sozialer Normen, J.C.B. Mohr, 1983.

le système du droit. Il me semble que l'analyse économique du droit est capable d'appuyer utilement l'intuition du juriste sur ce point. On devrait pouvoir expliquer des changements historiques du droit à la lumière de changements naturels ou d'inventions intervenus dans la société qu'il dessert. Conçue de cette façon, l'analyse économique du droit peut fournir un cadre d'analyse pour aborder de nouveaux problèmes comme les biens informationnels (12), le contrôle de la pollution ou le problème des meilleurs soins médicaux au prix que nous sommes prêts à payer (13).

Si ces travaux démontrent une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité, nous pouvons nous attacher, à l'aide de modèles, à des exercices de politique législative. Nous pouvons étudier dans quelle mesure tel changement législatif plutôt que tel autre parvient à atteindre les objectifs fixés ou dans quelle mesure ceux-ci sont compatibles entre eux. Plus précisément, nous sommes alors en mesure de nous interroger sur les droits et obligations nouveaux à créer devant tel ou tel problème.

Ces bienfaits profitent aux étudiants en droit, aux auteurs de doctrine, aux juges, au législateur et à ceux qui proposent des changements législatifs. C'est dire que tous les juristes ont un certain intérêt à connaître l'analyse économique du droit. Non pas que tous y auront recours tous les jours, bien que ce puisse être le cas de certains. Mais il serait étonnant de trouver un juriste qui ne ferait pas, quelques fois au cours de sa carrière, appel aux aptitudes que cherche à éveiller l'analyse économique du droit. Il serait donc utile de transmettre ce savoir à l'intérieur d'un cours de droit.

Comment faire entrer l'analyse économique dans les facultés de droit francophones ? Avant tout, il me semble qu'il incombe à des *juristes*, plutôt qu'à des *économistes* de convaincre le monde juridique. Je le dis tout en espérant que, comme aux Etats-Unis, les bonnes facultés de droit offriront des postes à des économistes.

Il conviendra sans doute de convaincre d'abord les maîtres. Pour cela, il faudra des ouvrages d'introduction, écrits par des civilistes pour des civilistes, exposant, en se servant de doctrines du droit civil, les grandes lignes de l'analyse. Il peut s'agir de recueils de textes, comme il y en a eu en Allemagne, ou de monographies, comme celle de Posner. Ces ouvrages devraient, il convient de le souligner en rappelant le début malencontreux du mouvement en

(12) Voir les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées, dans *L'appropriation de l'information*, présenté par Jean-Pierre Chamoux, Librairies Techniques, 1986, pp. 26-48 et Cahiers STS (Science - Technologie - Société) du CNRS, n. 12 "Ordre juridique et ordre technologique", 1986, pp. 134-151.

(13) Calabresi G., *The Problem of Malpractice - Trying to Round out the Circle*, (1977) 27 *U. of Toronto L.J.* 131-141 ; Léon E. Rosenberg et Guido Calabresi, *Law and Medicine in Confrontation : A Deans' Dialogue*, (1986) 32 *Yale Law Report* 12, reproduit également comme le cahier 45 du Center for Studies in Law, Economics & Public Policy, Yale Law School.

France, mettre l'accent sur les prétentions scientifiques du mouvement plutôt que sur les enseignements politiques que certains seront tentés d'en tirer. Tout aussi important est le soin qu'on apportera à situer le contenu par rapport à la doctrine -des auteurs comme Ripert, Savatier, Carbonnier, Tunc expriment souvent des pensées auxquelles souscrirait sans hésitation Posner- et de faire le lien avec les ouvrages qui, sans se réclamer de l'analyse économique du droit, proposent en fait un discours semblable (14).

On peut penser en deuxième lieu à des séminaires de formation intensive. Aux Etats-Unis, cette formule a été pratiquée avec beaucoup de succès par l'actuel doyen de droit à George Mason University (Fair Fax, Virginie), M. Henry Manne. Depuis la fin des années soixante il a formé autant des professeurs que des juges, des fonctionnaires et même des praticiens. Il est intéressant de souligner que, parmi les professeurs participant aux séminaires de Henri Manne, on trouve autant des économistes que des juristes. L'analyse économique du droit s'avère être une excellente introduction au droit pour les économistes, vertu que Posner a essayé de mettre spécialement en lumière dans la dernière édition de son texte classique (15). Ces séminaires visent à familiariser les participants avec les notions de base de l'analyse économique du droit, sans prétention d'aborder les nouveautés ou des thèmes avancés.

Pour ce qui est de l'actualité, on peut espérer réunir, une fois par année, les chercheurs de la première génération qui s'intéresse à l'analyse économique du droit. En outre, il serait bon d'envisager une publication, pas nécessairement périodique, mais peut-être un cahier qui paraîtrait tous les ans.

Cette première génération d'intéressés devrait constituer "la masse critique" (si on me permet cette allusion à l'inertie pour un groupe que j'espère extrêmement dynamique) pour susciter un débat continu et des recherches sur l'analyse économique du droit en France et dans les pays francophones. Elle devrait alimenter des cours sur le sujet et encourager des étudiants, en droit comme en sciences économiques, à faire des recherches de doctorat sur le sujet. Elle devrait monter des équipes de recherche dont la mission serait d'étudier les applications de l'analyse économique en droit.

(14) Comme par exemple F. Ewald, *l'Etat Providence*, Grasset, 1986.

(15) *Economic Analysis of Law*, Little Brown et Cy, 3e éd. 1986, préface.

CONCLUSION.

Si ces démarches atteignent leur but, on peut espérer que l'analyse économique du droit entre dans les mœurs et que les instruments qu'elle fournit fassent partie des outils de travail du juriste. Il y a, dans ce mouvement, des aspects d'une mode passagère, comme le *legal realism* l'a été. Les prescriptions de politique législative issues du mouvement en sont tributaires. Je crois cependant qu'il existe un potentiel plus profond. L'analyse économique du droit allie en effet à l'idée d'action rationnelle des concepts et des méthodes de vérification éprouvés ailleurs. C'est par la description exacte de la réalité et la compréhension de la fonction des institutions juridiques dans celle-ci qu'elle rendra à plus long terme des services aux juristes.

L'analyse économique du droit n'est pas la potion magique que d'aucuns ont voulu en faire. Elle peut cependant être un bon remède contre la sclérose.

DEUX SORTES DE RECHERCHES EN "DROIT ET ECONOMIE" (*)

Par

Bruce A. ACKERMAN
*Beekman Professor de Droit et Philosophie
Columbia University, New York*

- I -

L'étiquette "droit et économie" peut évoquer deux points de vue différents.

Appelons le premier *l'analyse économique du droit*. Celui qui l'adopte a le sentiment de s'engager dans une nouvelle application de la théorie microéconomique construite durant les deux derniers siècles depuis Adam Smith. Ainsi, de même que certains économistes étudient la fixation des prix des biens publics ou le commerce international, les nouveaux analystes de l'économie se proposent d'étudier les règles juridiques.

Pour mieux comprendre cette discipline naissante, prenons l'exemple du problème très simple qui a amené le droit et l'économie modernes.

Supposons, comme le fait R. Coase, qu'un éleveur (E) laisse son troupeau manger les récoltes d'un fermier (F) (1). Est-ce que E doit payer F ? Est-ce que F peut obliger E à obtenir son autorisation avant que les troupeaux n'envahissent à nouveau sa propriété ?

Tout système juridique doit essayer de répondre à de telles questions, provoquant ainsi continuellement l'économiste à comprendre les solutions juridiques en utilisant les outils de l'analyse économique. Ceci suppose un travail en deux temps. D'une part, l'économiste essaiera d'évaluer la façon dont la maximisation des utilités E et F réagira aux règles juridiques dans un monde

(*) Conférence préparée pour le premier colloque de l'Association Européenne de Droit et Economie qui s'est tenu à Berlin-Ouest, Allemagne. Traduction A. LESZCZYNSKI, D.E.A. de droit privé (Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille).

(1) Voir Ronald Coase, "The problem of social cost", *J. of Law and Econ.* (1960), vol. 3 :1.

profondément entravé "par une déroutante variété d'imperfections du marché". D'autre part, il essaiera d'évaluer les règles existantes ou proposées en utilisant l'ensemble très insuffisant des critères d'efficacité que les néo-classiques, depuis Lionel Robbins, ont introduit dans leurs débats professionnels (2).

Tout ceci ne veut évidemment pas dire que certains économistes ont résolu le problème de manière satisfaisante. Au contraire, la majeure partie de ce qu'on appelle "droit et économie" n'est qu'une mauvaise application de la science économique. Même les travaux de qualité souffrent de faiblesses caractéristiques. Dans la description, la plupart des travaux se limite à des analyses microéconomiques étroites et statiques portant sur l'incidence de certaines règles juridiques particulières dans certains marchés particuliers. Un petit effort est accompli pour insérer la discussion dans un équilibre général. Par conséquent, les problèmes rampants du phénomène de "*second best*" ont été systématiquement ignorés (3). De même, les facteurs dynamiques n'ont pas reçu toute l'attention qu'ils méritaient.

Si nous passons de l'analyse descriptive à l'expertise normative, nous constatons que le travail conventionnel comporte aussi des lacunes. Il y a une tendance permanente dans la littérature à banaliser la notion d'efficacité au point qu'il ne reste plus aucun lien avec les conclusions disponibles familières à l'économie du bien-être, telle qu'elle a été conçue après Robbins. Alors que je crois volontiers que nous devrions essayer de dépasser les critères parétiens traditionnels (4), les efforts fournis par les récents économistes du droit pour défendre de nouveaux critères de bien-être n'ont été remarquables que par leur naïveté philosophique (5).

(2) Voir Lionel Robbins, An essay on the nature and significance of economic science, London : Macmillan & Co., 1932 ; Nicholas Kaldor, "Propositions of economics and interpersonal comparisons of utility", Economic Journal (1939) vol. 49 : 549 ; John Hicks, "The foundations of welfare economics", Economic Journal (1939), vol. 49 : 696 ; Tibor Scitovsky, "A note on welfare propositions in economics", Review of economic studies (1941), vol. 9 : 77.

(3) Pour une exception, voir Richard A. Markovits, "Basic structure for microeconomic policy analysis in our worst-than-second-best-world" : a proposal and related critique of the Chicago School of Law and Economics", Wisconsin Law Review (1975), vol. 1975 : 950.

(4) Voir Bruce A. Ackerman, Private property and the Constitution, New Haven : Yale University Press, 1977.

(5) Voir par exemple les critiques accablantes de Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston : Little Brown (2d édition), 1977, par Jules Coleman, "The normative basis of economic analysis : a critical review of Richard Posner's the economics of justice", Stanford Law Review (1982), vol. 34 : 1105 ; Ronald Dworkin, "Is wealth a value ?", J. of Legal Studies (1980), vol. 9 : 191 ; et Anthony Kronman, "Wealth maximization as a normative principle", J. of Legal Studies (1980), vol. 9 : 227 ; ainsi que les critiques émises par Brian Barry, Political argument, London : Routledge & Kegan Paul (1965) et "Review essay : James Buchanan, The limits of liberty and freedom of constitutional contract", Theory and decision (1980) sur le travail de Buchanan et Tullock, The calculus of consent, Ann Arbor : University of Michigan Press (1962) et de James Buchanan, The

Cependant, mon but n'est pas de contribuer au développement de l'analyse économique, que ce soit dans ses dimensions descriptives ou normatives. Je me propose plutôt de juxtaposer cette façon de concevoir cette discipline avec une deuxième forme de "droit et économie". Pour mieux apprécier la différence entre ces deux formes, considérons l'indifférence avec laquelle l'économiste considère le fonctionnement quotidien du système juridique qu'il veut analyser.

Mais notons tout de suite qu'il n'est pas vraiment totalement indifférent aux problèmes du juriste moyen. Après tout, comme nous l'avons vu, il est très intéressé par les solutions juridiques : avant même qu'il ne commence son analyse, il doit savoir qui, de l'éleveur ou du fermier, gagne la bataille juridique, et quand cela se produit.

Cependant, pour le juriste, les règles décrivant la solution juridique ne peuvent être assimilées qu'après une longue familiarisation avec une culture juridique, processus par lequel le novice apprend graduellement le répertoire d'arguments qui peuvent influencer les "décideurs" qu'il rencontre tous les jours dans sa vie professionnelle.

Ce répertoire dialogique varie, bien évidemment, selon les différentes cultures juridiques, comme en témoigne la plus superficielle comparaison de la *common law* anglo-saxonne et du droit civil continental (6). Je ne connais aucun juriste ou juge qui pourrait imaginer pouvoir travailler correctement dans un système juridique quelconque sans une profonde initiation de son répertoire dialogique.

A l'opposé, l'économiste du droit est complètement indifférent à ce que j'appellerai "le dialogue juridique primaire" des participants qui produisent les règles obligatoires d'un système juridique. Du moment qu'il connaît les règles applicables décrivant la solution juridique, il n'est pas intéressé par le processus par lequel les participants juridiques ont identifié la solution légalement appropriée au cas étudié. Cependant, si l'économiste, tel que je l'ai défini, ne cherche pas à avoir des échanges avec ces "décideurs" juridiques, il a, bien évidemment, son propre "cercle de discussion" (7) auquel il adresse ses arguments. Cette audience qu'on retrouve particulièrement dans les universités est composée de tous ceux qui sont intéressés à connaître la vérité sur le droit, sans pour autant connaître la valeur pratique immédiate de celle-ci. J'appellerai cette discussion la "méta-conversation" et je l'opposerai au dialogue primaire des "décideurs" juridiques : il s'agit d'une conversation académique relative aux règles

limits of liberty : between anarchy and Leviathan, Chicago : University of Chicago Press (1975).

(6) Comparer par exemple Karl Llewellyn, The common law tradition : deciding appeals, Boston : Little, Brown (1960) et Joseph Esser, Vorverständnis und methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main : Athenäum Verlag (1970).

(7) J'emprunte cette phrase utile à un article non publié de Michael Hutter.

juridiques qui sont produites par les intervenants primaires dans les tribunaux, les bureaucraties et autres organismes assimilés.

En mettant l'accent sur l'indifférence des économistes pour le dialogue juridique primaire, mon intention n'est pas d'amoinrir leur contribution particulière. Au contraire, je crois que l'analyse économique contribue grandement à l'intelligence académique du droit, mais pourvu qu'elle ne rejette pas les contributions potentielles des sociologues, psychologues et anthropologues qui apportent des considérations particulières inconciliables avec la pensée néo-classique (8). Aussi, je ne pense pas qu'on puisse sérieusement douter de l'utilité de l'analyse économique du droit. Car qui peut nier la valeur de l'étude de la méta-compréhension en soi ?

Mais, les êtres humains ne sont pas que des observateurs indifférents des systèmes juridiques. Qu'ils le veuillent ou non, ils sont aussi les participants de ces systèmes qui gouvernent leur vie. Cette simple constatation sur les individus est à la base de la seconde catégorie de droit et économie.

Dans ce cas, le juriste-économiste, comme je l'appellerai, n'apparaît pas comme un observateur indifférent du système juridique. Au contraire, il est très engagé dans la bataille et considère que, par principe, des arguments économiques devraient être introduits dans le répertoire des arguments disponibles aux participants primaires des cultures juridiques occidentales. En se référant encore une fois à R. Coase, supposons que vous êtes l'avocat d'un fermier infortuné qui a eu toute sa récolte mangée par des troupeaux. Quels seraient vos arguments pour gagner la cause de votre client contre l'éleveur ? Notamment, est-ce que *vos arguments juridiques invoqués devant le tribunal (ou devant tout autre "décideur" institutionnel) ressembleraient en quelque façon à l'article que Coase a écrit pour convaincre ses collègues de l'analyse économique du droit ?* La réponse du juriste-économiste, tel que je le définirai, est définitivement positive. Avant de prendre des décisions juridiques autorisées, les "décideurs" des systèmes juridiques occidentaux devraient sérieusement prendre en compte les arguments de l'analyse économique du droit. A l'inverse, il est parfaitement possible d'être un économiste du droit et de répondre à cette question par la négative. En effet, même si l'analyse économique est d'une grande ressource aux adeptes de la méta-conversation, elle peut être complètement ignorée dans la pratique par les "décideurs" confrontés à l'argumentation juridique quotidienne. Ici donc apparaît la distinction

(8) Ce n'est pas le lieu de tenter une synthèse générale des rôles corrects de l'économie, de la sociologie, de la psychologie et de l'anthropologie, dans une compréhension indépendante du droit. Tout ce que je peux faire ici, c'est mettre en garde l'orgueilleuse croyance -que j'ai souvent entendu exprimer dans la conversation courante- que les économistes peuvent "s'en sortir seuls" et construire une analyse complète du droit sans l'aide d'autres disciplines. Comme nous le verrons, même ce court essai découvrira les questions touchant au droit auxquelles les économistes ne peuvent répondre.

entre les deux catégories de droit et économie que j'avais annoncées dans le titre. L'économiste du droit est un observateur neutre du système juridique et il contribue à la méta-conversation concernant la vérité qu'on trouve principalement dans les universités. Le juriste-économiste est un personnage engagé qui essaie de convaincre les participants primaires d'un système juridique de prendre des décisions réelles dans un sens plutôt que dans un autre (9).

- II -

Cette distinction pourra, je l'espère, être utile aux Européens qui essaient de comprendre le débat américain particulièrement chaotique et dynamique relatif au thème : droit et économie. Cette littérature bourgeonnante n'aurait jamais demandé tant d'énergie, ni suscité tant d'opposition si elle n'impliquait que l'analyse économique du droit. Alors que cette discipline a suscité un grand intérêt (10), la plupart des étudiants américains ne se sont pas contentés d'agir en tant qu'économistes. En outre, ils espéraient, tels les juristes-économistes, influencer les Américains engagés dans la pratique primaire du droit. L'enjeu, en effet, est capital : il s'agit d'une reconstruction du répertoire des éléments proposés aux juristes américains, afin de changer la structure même des arguments partout où le droit est présent aux Etats-Unis.

Ces pionniers appartiennent à deux catégories. Il y a, d'une part, les juristes-économistes *durs* qui pensent que la *seule* forme d'argument juridique approprié est celle qui apparaît acceptable aux économistes du droit. Ce groupe trouve son origine spirituelle à la "University of Chicago Law School" (11). Il y a, d'autre part, les juristes-économistes plus *souples* qui ne sont pas aussi intraitables et qui pensent que l'analyse économique devrait jouer un rôle important, mais non exclusif, dans les discours juridiques primaires. Leur but principal est d'intégrer droit et économie dans une conception plus complexe des arguments juridiques appropriés. Cette évolution compliquée se déroule dans divers endroits des Etats-Unis ; mais je pense qu'on peut situer son origine spirituelle à la "Yale Law School" (12).

(9) Je suis redevable à mon collègue George Fletcher d'avoir clarifié ma pensée sur cette distinction. Voir Fletcher, "Two modes of legal thought", Yale Law Journal (1981), vol. 95 : 1276, pour des réflexions sur des thèmes liés, mais différents.

(10) Pour une défense éloquente de l'analyse économique, telle que je l'ai définie, voir George Priest, "Social science theory and legal education : the law school as university", J. of legal education (1983), vol. 127 : 630.

(11) Beaucoup, cependant, semblent préférer travailler sous des climats plus chauds que celui de Chicago. Richard Posner, Economic analysis of law, Boston : Little Brown (2nd edition), 1977, est -je le suppose- le plus notoire des avocats de la conception dure de "droit et économie".

(12) Peut-être le plus distingué des représentants de la tendance douce est-il l'actuel doyen de la Yale Law School, Guido Calabresi. Voir Calabresi, The costs of accidents : a

Je suis moi-même un juriste-économiste souple. Cependant, qu'ils soient souples (13) ou durs, tous les juristes-économistes doivent affronter les doutes, les anxiétés, les oppositions de leurs collègues praticiens du droit. Après tout, les avocats et les juges ont été en opposition pendant des siècles à propos de questions juridiques. Mais, pendant tout ce temps, pas un seul juriste n'a essayé de convaincre un juge en lui expliquant que "le principe de la loi des obligations est d'internaliser les externalités", ou encore que "l'on devrait élaborer la loi des contrats avec l'aide d'une théorie des risques moraux", ou encore à l'aide d'autres mots savants du juriste-économiste. Alors que les juristes traditionnels ont, bien évidemment, parfois pris en compte des facteurs économiques dans leurs arguments, ils n'ont jamais jugé nécessaire de les développer de la manière systématique et rigoureuse caractéristique de la méthode moderne dite "droit et économie". En outre, en ce qui concerne les traditionalistes, ils ne se sont pas si mal débrouillés sans un tel outil économique sophistiqué. On comprend donc leur réticence à investir lourdement dans l'outillage conceptuel nécessaire avant qu'ils puissent assimiler les propositions de "droit et économie" dans leur répertoire d'arguments. Donc, aux Etats-Unis du moins, la montée en puissance des juristes-économistes a déjà provoqué une vague d'opposition. Il y a toutes les raisons de penser que si un tel mouvement similaire se développait en Europe, il rencontrerait une aussi forte opposition. Malheureusement, je ne pense pas que votre futur *Methodenstreit* venant du *Sturm Und drang* et qui se développe de notre côté de l'Atlantique vous sera d'une aide précieuse. Mais, le débat américain a au moins le mérite de souligner l'existence d'un couple d'impasses.

Commençons l'étude de ces impasses avec ceux qui veulent justifier les méthodes des juristes-économistes auprès de leurs collègues juristes. Ces apologistes ont tenté de minimiser le défi posé par le juriste-économiste aux discours juridiques traditionnels. Selon eux, il existe déjà une logique économique implicite dans le droit privé traditionnel. S'il en est ainsi, le traditionaliste peut être plus facilement persuadé d'abandonner sa réticence initiale au nouveau jargon économique qui lui est proposé. Car, à cet égard, tout ce que le juriste-économiste veut, c'est faire prendre conscience aux juristes de la logique qui guidait déjà implicitement le droit. Et si cela était vrai, l'opposition du traditionaliste serait bornée, pour ne pas dire

legal and economic analysis, New Haven : Yale University Press (1970), et Tragic choices, New York ; Norton (1977).

(13) Bien sûr, la tendance douce prend des formes d'une déroutante variété. Ce court essai n'offre pourtant pas la possibilité de développer mes idées sur la place propre de l'analyse économique au sein du plus large répertoire de l'argumentation juridique. Pour des éléments relatifs à ma position, voir Ackerman, Private property and the constitution, New Haven : Yale University Press (1977), Social justice in the liberal State, New Haven : Yale University Press (1980), Reconstructing American Law, Cambridge, Mass. : Harvard University Press (1984).

plus. Car, en effet, la victoire du juriste-économiste ne représenterait pas la répudiation de la tradition, mais au contraire sa revitalisation et sa consolidation à travers une prise de conscience juridique.

Un tel mariage de la Tradition et de la Raison serait, bien évidemment, merveilleux. Mais je suis plutôt pessimiste quant à ses chances de réussite. En effet, je crois que l'effort des juristes-économistes pour prouver l'efficacité des décisions de *common law* a eu les effets contraires à ceux espérés. Au lieu d'établir la façon dont un tribunal traditionnel pourrait fonctionner, à la manière d'une "main invisible", afin de produire un système tendant vers plus d'efficacité, l'économie des procédures de *common law* a plutôt abouti au résultat contraire. Comme le montre l'article du Professeur Aronson (14), une étude systématique des articles les plus importants révèle surtout les hypothèses les plus irréalistes à émettre pour pouvoir imaginer que l'esprit de la *common law* n'est rien d'autre que l'Efficacité même. Plutôt que de minimiser le défi posé par le juriste-économiste, une économie réaliste des procédures de *common law* devrait mettre l'accent sur les nombreux éléments du processus judiciaire qui génèrent, systématiquement, des solutions juridiques inefficaces.

En outre, même si cette hypothèse de l'efficacité avait quelque mérite dans l'étude du droit anglo-saxon, celui-ci ne s'exporterait pas très bien Outre-Manche. Même le touriste américain le plus naïf ne peut manquer de remarquer des mains, très visibles, derrière les grands Codes qui constituent les monuments du droit européen. Je veux, bien sûr, parler des mains de l'Empereur Napoléon et du Kaiser Wilhelm. Quoiqu'on puisse dire du droit anglo-américain, le mouvement de la codification du droit européen ne peut être compris à travers l'utilisation de modèles économiques, tels ceux discutés par Aronson, qui sont entièrement centrés sur les jugements et omettent toute mention de la législation. Résumons donc cette première impasse : en présentant de nouvelles formes d'arguments juridiques, le juriste-économiste réalise, en fait, quelque chose de différent de la "simple" révélation de la logique implicite de la tradition.

Comme je l'ai souligné, cette première impasse a été développée par les juristes-économistes pionniers qui espéraient minimiser le défi lancé par leur nouveau schéma conceptuel aux traditionalistes. A l'opposé, nous avons une deuxième impasse due aux critiques radicaux qui perçoivent l'analyse économique comme un modèle de quelque maladie juridique fatale. Ces critiques ont cherché à se défendre contre l'influence des juristes-économistes en exhumant les moindres éléments de persuasion de la tradition américaine de Réalisme Juridique. De ce point de vue extrême, la doctrine juridique est composée d'une série infiniment manipulable de dogmes que les

(14) Voir Peter Aronson, "Doctrinal judgements and economic judgements in common law and constitutional law", à paraître.

juristes et les juges peuvent utiliser pour justifier n'importe quelle solution de leur choix. En mettant l'accent sur l'imprécision de la doctrine juridique, ces réalistes de la dernière génération ne se cantonnent pas aux rares "cas difficiles" dans lesquels des décisions juridiques ne peuvent être prises sauf après une pénible période d'indécision. Pour ces derniers, il n'y a pas de cas facile : *toute* doctrine est *toujours* infiniment manipulable (15). Donc, en ce qui les concerne, le juriste-économiste a commis le péché originel, appelé "formalisme" ou "conceptualisme". Celui-ci croit réellement que, du moins dans certains cas, les juristes peuvent dire que certaines règles sont meilleures ou pires que d'autres et que cet argument peut avoir quelque influence sur les juges qui essaient de prendre les décisions. Puisque la croyance dans l'efficacité doctrinale est, selon ces critiques, totalement inconcevable, leur but est de démasquer le juriste-économiste en le présentant comme le mystificateur qu'il est. Ainsi, il existe une littérature critique qui essaie de montrer que les outils du juriste-économiste sont *complètement et toujours* inefficaces pour l'aider à choisir entre les différents arguments juridiques. Au contraire, il est établi que dans *chaque* et dans *toute* querelle juridique, *chaque* partie peut avancer des arguments *également valables* dans la conception de "droit et économie" (16).

Je voudrais vous présenter mes excuses pour l'utilisation de tant d'italiques dans les deux derniers paragraphes, mais je crois que la meilleure façon de réfuter des idées aussi extrêmes est de mettre l'accent sur leur extrémité. Il y a eu des efforts prudents et convaincants pour corriger, dans le détail, les idées excessives avancées dans les critiques des censeurs (17). Cependant, pour mon propos actuel, il est plus utile de mettre l'accent sur les conceptions totalement irréalistes de la nature humaine telle qu'elle est conçue par les Réalistes de la dernière génération. Au fond des critiques, il y a l'image extraordinaire du juriste conçu comme un super-homme cognitif. Après tout, avant même qu'il ne puisse manipuler les doctrines juridiques, il doit d'abord les apprendre et ensuite trouver leurs faiblesses secrètes. Ma propre expérience m'apprend que cela n'est pas une tâche facile. Les juristes et les juges sont plus souvent dominés par l'apparente stabilité doctrinale parce qu'ils ne parviennent pas à dominer suffisamment des doctrines pour pouvoir les manipuler. Mais même si les critiques reconnaissaient ces limites

(15) Pour des expressions récentes de cette tendance contraignante, voir Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", Stanford Law Review (1984), vol. 36 : 1, et Gerald E. Frug, "The ideology of bureaucracy in American law", Harvard Law Review (1984), vol. 95 : 1276.

(16) L'article-phare ici est celui de Duncan Kennedy, "Cost-benefit analysis of entitlement problems : a critique", Stanford Law Review (1981), vol. 33 : 387.

(17) Voir, par exemple, Richard A. Markovits, "Duncan's do-nots : cost benefit analysis and the determination of legal entitlements", Stanford Law Review (1984), vol. 36 : 1169, répondant à la critique de Kennedy citée dans la précédente note.

de la capacité du juriste, ils l'étiquetteraient comme une forme de "fausse conscience" (18) qui devrait être corrigée par la libéralisation de l'éducation juridique (19).

Personnellement, j'ai un point de vue très différent : je me rapproche plutôt de quelqu'un comme Herbert Simon (20). Les juristes, comme tout autre *homo sapiens*, doivent agir sous de strictes limites cognitives. Ils n'ont ni le temps, ni l'énergie, ni la capacité de manipuler, à leur volonté, tous les aspects de leur culture juridique. Au contraire, leurs procédures normales d'opération sont profondément imprégnées des schémas conceptuels au sein desquels ils ont été socialisés. Plutôt que de supposer que les juristes peuvent manipuler leur culture juridique à volonté, il est plus satisfaisant de considérer les façons par lesquelles des cultures juridiques particulières contraignent les juristes et les juges dans leur travail quotidien de décision sur des questions discutées.

Nous devrions alors rejeter la critique super-Réaliste du "néo formalisme" du juriste-économiste, comme fondée sur une conception irréaliste de la nature humaine. En disant cela, je ne veux pas faire l'erreur opposée qui est d'affirmer que la culture juridique est le seul facteur causal pertinent pour expliquer les décisions juridiques. Ma proposition est plus modérée. Je l'appellerai *l'autonomie limitée de la culture juridique* : le répertoire dialogique d'arguments admis dans un système juridique particulier a vraiment une grande influence sur les solutions juridiques engendrées par ce système. Pour le moment, je ne pense pas qu'il vaille la peine de débattre sur l'efficacité que nous devons attribuer à la culture juridique comme cause génératrice du droit, par opposition aux facteurs politiques, économiques et sociologiques. Même si la culture juridique compte "seulement" pour 10 % ou 20 % dans ce débat, cette contribution vaudrait la peine d'être étudiée pour elle-même.

- III -

Ayant rencontré deux impasses, nous pouvons maintenant progresser un peu. Si nous supposons, d'abord, que les nouveaux arguments des juristes-économistes ne reprennent pas les conclusions traditionnelles (cf. impasse n. 1), et ensuite que les changements dans le répertoire dialogique des arguments admis dans une culture juridique ont des conséquences significatives (cf. impasse n. 2), alors nous pouvons enfin formuler une question intéressante : de quelle façon l'intégration de la conception de droit et économie dans le

(18) Pour un développement caractéristique sur ce thème, voir Peter Gabel, "The phenomenology of rights-consciousness and the pact of the withdrawn selves," Texas Law Review (1984), vol. 62 : 1563.

(19) Voir Duncan Kennedy, "Legal education and the reproduction of hierarchy", J. of Legal Education (1982), vol. 32 : 591.

(20) Voir, par exemple, Herbert Simon, Models of man, New York : Wiley (1964).

répertoire des arguments des systèmes juridiques occidentaux changera-t-elle les solutions juridiques ?

Ceci est une question empirique ; elle ne peut être résolue qu'en développant des modèles de culture juridique nous autorisant à prédire comment réagiront les solutions juridiques aux changements du répertoire dialogique des arguments. Cependant, à partir du moment où nous commençons à considérer sérieusement les cultures juridiques en théorie positive, nous ne tarderons pas à devoir aborder une question normative évidente : est-ce que la reconstruction de la culture juridique occidentale selon les propositions des juristes-économistes est une bonne chose ?

Bien que les réponses à cette question doivent avoir des liens complexes avec nos modèles empiriques, je devrais préciser que ces deux questions sont en principe distinctes l'une de l'autre. Il est parfaitement possible de conclure que le juriste-économiste essaie de reconstruire le discours juridique d'une manière tout à fait mauvaise et en même temps de croire qu'il existe des forces profondes, au sein de la culture juridique, qui assureront sa victoire sur ses opposants plus traditionalistes. Il n'est pas impossible non plus d'arriver à un diagnostic tout à fait contraire, mais non moins désespérant, selon lequel, malgré la grande valeur des propositions des juristes-économistes, celles-ci seront évincées par les forces de la tradition interne à la culture juridique existante. Pour le moment, je ne me préoccupe pourtant pas de contribuer à l'une ou l'autre de ces visions tragiques ou optimistes de notre avenir juridique. Au lieu de vous donner mes prédictions, il me semble plus utile de considérer dans quelle mesure les outils conceptuels existants permettent aux juristes-économistes de répondre aux questions fondamentales issues de leur proposition de reconstruction de la culture juridique. Ici apparaît un paradoxe : si le juriste-économiste espère répondre aux questions normative et positive posées par sa propre existence, il se trouvera dans l'obligation de transcender les *deux* formes de "droit et économie" que nous avons discutées jusque-là. Pour en comprendre la raison, commençons par nous concentrer sur le côté empirique de la question. A l'évidence, ce serait une affaire délicate que de reconstruire un modèle de culture juridique qui, même en principe, serait capable de prévoir les conséquences des changements intervenus dans le répertoire dialogique d'arguments du fait du triomphe des juristes-économistes. Pour éclaircir ce paradoxe, il suffit de considérer deux questions préliminaires qui se posent à tout constructeur de modèles.

Je pense que, quoique fasse notre constructeur de modèle, il doit éliminer ces deux questions avant de pouvoir raisonnablement espérer progresser. Il doit, d'abord, trouver une façon de caractériser le répertoire dialogique d'arguments existant dans un système juridique occidental quelconque, en tenant compte des grandes

différences entre les traditions continentales et anglo-américaines d'argumentation juridique (21). Ensuite, il doit trouver une façon de caractériser les éléments distinctifs des nouveaux arguments avancés par les juristes-économistes. C'est seulement à ce moment-là qu'il peut espérer comprendre les conséquences de l'importance croissante de ces derniers sur la culture juridique.

Mais, avec ces précautions préliminaires, nous commençons à percevoir que l'apport de l'économie néo-classique aux tentatives de reconstruction de modèles est limité. Tout simplement, les néo-classiques ont une vue très réductionniste de l'idée de culture en général, et du dialogue en particulier. En effet, il n'est pas exagéré de dire que les néo-classiques ont essayé de montrer quelle part du monde pouvait être expliquée *sans* prendre consciemment en compte les caractéristiques distinctives de l'homme en tant qu'animal utilisateur de symboles. Par conséquent, les économistes ont très peu à contribuer aux analyses de la façon dont les juristes se parlaient les uns aux autres dans le passé, ou des façons par lesquelles les juristes-économistes pourraient se parler dans le futur.

Je m'explique : considérons ce simple dialogue qui est supposé avoir lieu chaque fois que des courbes d'offre et de demande se croisent dans le cas d'une concurrence parfaite.

Acheteur : Combien coûte ce "machin" ?

Vendeur : 100 dollars.

Acheteur : Parfait, voilà le compte !

Vendeur : Et voilà le "machin" !

Ceci est une conversation bien simple. Elle n'a rien de comparable avec la façon complexe dont les juges et les juristes essaient de se persuader les uns les autres de la bonne façon de trancher dans une discussion juridique. Cependant, les économistes n'ont même pas essayé de réfléchir sur la structure symbolique d'une telle conversation (22). En effet, même si les économistes modernes ont reconnu progressivement d'autres limites à la "concurrence parfaite" en tant que modèle analytique, ils n'ont pas révisé leur approche réductionniste de la culture et de la communication. Par exemple, une grande partie de la conception de "droit et économie" se consacre très justement à la façon dont les acteurs utilisent des formes juridiques pour les adapter aux problèmes posés par l'ignorance et

(21) Pour une nouvelle et importante approche de ce problème classique de droit comparé, voir Mirjan Damaska, State authority and the faces of justice, New haven : Yale University Press (1986).

(22) Pour un travail, rare dans son genre, d'un juriste-économiste qui exploite en profondeur cette dimension symbolique, voir Arthur A. Leff, Swindling and selling, New York : Free Press (1976).

l'incertitude. Cependant, pour régler ces problèmes, les analystes adoptent d'une façon caractéristique des modèles qui ignorent les façons distinctives par lesquelles les êtres humains communiquent entre eux. Le problème de la recherche d'un peu d'information en parlant avec autrui est traité comme s'il était fondamentalement identique à la façon par laquelle nous recherchons un peu de cuivre, ou tout autre objet physique. Pour le moins, il y a là une extrême simplification (23).

Afin de prévenir une méprise prévisible, je voudrais dire que je n'ai nullement l'intention de condamner l'économie de l'information en mettant l'accent sur son traitement réducteur de la communication symbolique. Les limites de l'esprit humain demandent tous les efforts scientifiques possibles pour simplifier certains aspects de la réalité afin d'enquêter sur certains autres. En tant que stratégie de recherche, l'économie de l'information imparfaite est une des sources les plus fécondes pour l'intelligence de l'économie du droit (24). Cependant, comme toute autre stratégie de recherche, elle finit toujours par révéler ses limites. Et justement, le problème que nous étudions constitue une de ses limites : afin de comprendre l'influence du juriste-économiste sur les cultures juridiques occidentales, nous *devons* être capables de conceptualiser les répertoires dialogiques d'arguments d'une façon bien plus complexe que ceux utilisés actuellement en économie.

Si l'économie ne peut nous dire comment le juriste-économiste influencera le droit, quelle discipline -me direz-vous- *peut* nous donner la réponse ? Abstraitement parlant, c'est certainement une très bonne question. La réponse est assez simple : nous devons nous tourner vers les *sciences de culture* pour expliquer comment mieux comprendre à la fois les cultures occidentales traditionnelles et les façons dont elles pourraient être transformées par les nouvelles formes d'argumentation des juristes-économistes. Je rejette donc catégoriquement l'attitude condescendante de l'économiste moyen pour ses collègues de science humaine travaillant dans les domaines de l'anthropologie, de la sociologie et de la socio-psychologie. Aussi étranges que puissent paraître leurs méthodes, ils ont au moins le mérite de traiter sérieusement les graves problèmes provoqués par tout échange de signifiants sociaux par des procédés symboliques. Si le juriste-économiste veut prendre conscience de sa contribution au développement juridique, ce sont *ces* disciplines qu'il doit consulter avant de pouvoir progresser.

Cela n'est guère encourageant, car ce n'est un secret pour personne que ces disciplines sont elles-mêmes en crise. Je ne pense

(24) Voir, par exemple, Olivier Williamson, *Markets and hierarchies*, New York : Free Press (1975), Alan Schwartz et Louis Wilde, "Intervening in markets on the basis of imperfect information : a legal and economic analysis", *University of Pennsylvania Law Review* (1979), vol. 127 : 630.

pas que la fumée de la bataille doive amoindrir la pertinence des travaux classiques concernant notre problème. En particulier, la grande tradition de la théorie sociale allemande a beaucoup à nous apprendre. Dans une perspective néo-weberienne, les efforts du juriste-économiste pour reconstruire le discours juridique n'est pas une nouveauté, comme semblent le croire les praticiens ou leurs critiques. Au contraire, ces efforts s'inscrivent dans une longue série de tentatives menées par les juristes occidentaux pour reconstruire une forme relativement autonome et rationnelle de discours juridique technique. C'est, en fait, une bataille longue d'un siècle que Weber considérerait comme l'un des traits caractéristiques de l'Occident moderne (25). De même, les juristes-économistes ont beaucoup à apprendre des théoriciens modernes allemands des sciences sociales, tels Habermas (1981, 1984) et à dépasser la vision weberienne du droit et de la société modernes (26). Mais la dure vérité est que je ne peux donner une approbation même mitigée à aucun écrivain moderne sur ces sujets difficiles ; de même, aucun des théoriciens sociaux les plus importants n'a réfléchi sur ces problèmes culturels particuliers provoqués par l'essor des juristes-économistes. Si ces derniers veulent comprendre leur influence réelle sur la culture juridique traditionnelle, ils devront se mettre au travail eux-mêmes.

Tout cela n'est pas moins vrai de la dernière question que nous devons aborder à propos du développement du mouvement "droit et économie" ; est-ce que ce mouvement est une bonne chose ?

Ici, apparaît immédiatement le caractère superficiel des banalités parétiennes : *bien évidemment*, l'essor des juristes-économistes avantagera certains et désavantagera d'autres. La question qui se pose est de savoir si, malgré la frustration qui en résultera, l'utilisation de "droit et économie" permettra aux juristes de construire une culture juridique capable de répondre aux défis politiques et philosophiques de la vie dans les derniers jours du XXe siècle.

Ceci m'amène à un dernier point, par lequel j'aurais peut-être dû commencer : mon dernier livre, *Reconstructing American Law* (1984). Car, c'est dans ce livre que j'ai fait mes premiers pas vers une évaluation (aussi bien positive que normative) de la contribution des juristes-économistes à la culture occidentale. Cependant, plutôt que de résumer les arguments développés dans ce livre, j'ai pensé qu'il valait mieux présenter plus clairement les problèmes qui m'ont conduit à l'écrire, et par là même, vous encourager non seulement à lire mon essai sur ce sujet, mais aussi à le dépasser.

(25) Pour une récente interprétation de l'insistance de Weber sur ce point, voir Anthony Kronman, *Max Weber*, Palo Alto : Stanford University Press (1983).

(26) Les néo-Durkheimiens, comme Mary Douglas, *Purity and danger*, London : Routledge & Kegan Paul (1984) et *Natural symbols*, New York : Pantheon Books (1982), ont aussi apporté de très éclairantes contributions.

TROIS THESES DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

Quelques usages de l'approche économique
des règles juridiques

Par

Jean-Yves CHEROT

Professeur de droit public à la

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

L'analyse économique du droit constitue un univers complexe et composite qui comporte un ensemble de concepts et de théories sur des aspects fondamentaux de la théorie juridique. Elle contribue à un enrichissement, un renouvellement et un élargissement de la théorie juridique. Encore faut-il pour apprécier ses apports et ses limites disposer d'une vue d'ensemble de cette approche économique qui soit en mesure de montrer la diversité au sein de l'approche économique de la règle de droit (1). Nous voulons distinguer ici trois thèses de l'analyse économique du droit.

- Une thèse sur le comportement des hommes face à la règle de droit et sur le rôle de la règle.
- Une thèse sur le rôle de l'Etat face au droit.
- Une thèse sur les critères de décision de l'Etat dans la détermination du contenu de la règle de droit.

La distinction entre ces trois aspects de l'approche économique du droit n'est pas établie avec assez de clarté. Cette étude voudrait contribuer à les distinguer. Retenir ces aspects et eux-seuls ne signifie pas cependant qu'il n'en existe pas d'autres : ces trois thèmes nous paraissent être cependant les principaux sur lesquels se prononce l'analyse économique du droit.

(1) Voir pour des travaux qui insistent sur la diversité, L.A. Kornhauser (1985) et B.A. Ackerman (1986).

I - La thèse sur le comportement humain et le rôle de la règle de droit (l'individualisme méthodologique).

La première thèse, base de l'approche économique du droit, et commune à l'ensemble des travaux qui s'en inspirent, est celle du *comportement rationnel* de l'homme comme individu poursuivant ses propres objectifs sous contrainte. De telle sorte que l'on ne peut pas comprendre les comportements humains et les phénomènes sociaux sans établir une hypothèse sur les objectifs individuels et sur les contraintes rencontrées dans la poursuite de ces objectifs. C'est la thèse dite de l'individualisme méthodologique illustrée d'abord par la théorie micro-économique (c'est pourquoi cette méthode d'explication est assimilée à une approche économique) mais étendue à d'autres comportements que les actions d'échange, de production sur les marchés économiques. Elle est au fondement du renouveau de l'explication sociologique et politique (2).

L'analyse économique du droit est d'abord une application de cette méthode à l'étude des comportements sociaux régulés par la règle de droit et, partant, à la théorie du rôle de la règle de droit.

Selon cette approche la règle de droit influence les comportements indirectement en imposant aux hommes, dans la poursuite de leurs objectifs, des contraintes et des coûts. Sans doute, la règle de droit peut elle avoir des effets directs qui modèlent les comportements (règle d'interdiction de tel comportement par exemple) ; mais ces effets directs ne sont pas exclusifs ni peut-être les plus intéressants à observer et à prendre en considération dans la théorie juridique.

En particulier on peut admettre, ce que l'expérience montre souvent, que des règles de droit, qui peuvent être édictées pour obtenir tel ou tel résultat désiré par le législateur, provoquent des effets différents (effets dits "pervers") qui tiennent à la subversion de la règle et à son détournement par les objectifs individuels.

Cette thèse de l'approche économique ouvre d'importantes perspectives à la recherche juridique sur le rôle et les effets de la règle de droit. Ces perspectives sont sans doute parmi les plus riches que peuvent offrir au droit l'approche économique. Paradoxalement c'est dans ce domaine que les réflexions et les études sont les moins avancées.

Cette approche suggère que la règle de droit puisse jouer des rôles très variés : notamment celui non d'interdire ou de prescrire des comportements mais de rendre les comportements improbables en ne garantissant pas leur protection juridique (3).

L'individualisme méthodologique appliqué au "comportement juridique" ouvre plusieurs débats.

(2) Sur l'individualisme méthodologique en sociologie voir R. Boudon (1977), F. Bourricaud (1977), P. Birnbaum, J. Leca (1986).

(3) Sur une telle approche, voir le rapport de C. Atias (1987).

Deux questions : la règle de droit n'influence-t-elle pas d'abord les comportements humains selon d'autres processus, par exemple par son effet pédagogique ? Est-il possible de mesurer les effets de la règle de droit sur les comportements avant de l'édicter ? (4).

II - La thèse sur le rôle de l'Etat face au droit (conception instrumentale de la règle de droit).

La première thèse de l'approche économique du droit peut se suffire à elle seule. Elle n'implique rien de plus que ce qu'elle énonce : en particulier il n'y a dans l'individualisme méthodologique aucune thèse sur le rôle de l'Etat face à la règle de droit.

Mais la première thèse est souvent complétée par une seconde thèse, dominante dans l'analyse économique du droit. Il est difficile de parler à propos de cette seconde thèse de théorie économique car elle ne doit rien de particulier au raisonnement et aux concepts économiques. Mais elle est le plus souvent retenue par les économistes du droit (d'ailleurs le plus souvent implicitement).

Selon cette thèse, dans la mesure où la règle de droit commande, via la rationalité des individus sujets de la règle de droit, certains effets, l'Etat (le législateur ou le juge) doit en tenir compte pour mettre la rationalité individuelle au service de l'intérêt général (quelque soit la façon dont il est entendu).

C'est adopter une conception instrumentale de la règle de droit : celle-ci est adoptée pour produire certains effets précis. Cette conception instrumentale aura du mal à être acceptée par tous les juristes. Elle est contestée par certains philosophes - économistes, Hayek notamment (l'école autrichienne).

Les juristes ont certes l'habitude d'admettre qu'une partie du droit, la réglementation économique en particulier, n'est édictée que pour produire des effets précis (l'efficacité économique en principe pour la réglementation économique).

Mais telle n'est pas habituellement la conception que les juristes se font des règles du droit commun. Ils considèrent ces règles de droit comme des règles abstraites ne donnant pas la sanction du système juridique et la garantie du droit à certains comportements considérés comme étant en eux-mêmes (per se) moralement critiquables ou répréhensibles. Un ordre reposant sur de telles règles ne cherche pas à interférer (même si, en fait, il ne peut faire autrement qu'interférer) avec les objectifs de chacun des individus ou groupes sujets (titulaires) de droits qui composent la grande société.

La thèse instrumentale change cette conception. Elle transforme tout le droit en technique d'intervention de la puissance

(4) Sur le débat relatif au rôle de la règle de droit dans l'analyse économique du droit. Voir L.A. Kornhauser (1985)

publique. Elle pervertit le droit des biens, de la responsabilité, des contrats en les transformant en instruments de politique économique. Comme en témoigne l'oeuvre des principaux théoriciens de l'analyse économique du droit comme celle de R.A. Posner (1986).

Cette conception des rapports de l'Etat et du droit n'est cependant pas assimilable à toute l'analyse économique du droit. A proprement parler il ne s'agit d'ailleurs pas d'une thèse "économique". Et d'autres économistes philosophes ont défendu d'autres conceptions, en particulier F.A. Hayek (1980) dont les idées ont provoqué d'autres travaux de juristes et d'économistes sur la règle de droit, en particulier sur la Common Law à l'opposé des théories de R.A. Posner (5).

Mais l'approche économique du droit est surtout connue sous la forme d'une troisième thèse.

III - La thèse sur le critère de décision de l'Etat (la théorie du bien-être).

Il existe plusieurs façons de concevoir l'intérêt général. L'approche économique se caractérise par une définition de type "individualiste" de l'intérêt général assimilé à un état d'optimum social dans lequel aucune amélioration ne peut être apportée à la situation d'un individu sans diminuer la satisfaction d'un autre individu (optimum dit de Pareto). Cette approche peut être contestée du point de vue philosophique. Ce n'est pas sur ce terrain que l'on se placera.

Certains économistes veulent tirer de ce critère d'efficacité sociale des critères de décision pour l'Etat. La théorie normative du bien-être propose à l'Etat :

- 1) d'intervenir lorsque le marché n'est plus en mesure d'assurer un état social optimum (effets externes, biens publics, monopole naturel),
- 2) des critères de décision dans son intervention pour atteindre l'optimum que le marché ne permet pas d'obtenir, et assurer ainsi l'efficacité économique.

L'analyse économique du droit apparaît comme une extension à l'analyse du contenu des règles de droit de cette théorie normative du bien être que les néo-classiques ont déjà appliqué à l'analyse des marchés, et des décisions publiques (théorie des finances publiques, théorie des prix publics, etc.) (6).

La troisième thèse de l'analyse économique du droit consiste donc à édicter des critères de décision pour l'Etat dans la détermination du contenu de la règle de droit. A ce titre cette

(5) Le représentant le plus remarqué de cette tendance est M.J. Rizzo (1984). Pour une critique "autrichienne" de la théorie économique du droit voir dans ce numéro le rapport de J.P. Centi (1987).

(6) Sur la théorie du bien être et son application à l'économie publique voir Guy Terny (1971).

troisième thèse va être redevable des mêmes types de critiques que la théorie normative du bien être (7).

III - 1 - Fondée sur la théorie normative du bien être l'analyse économique du droit n'est que sa confirmation et son complément. Elle aggrave les aspects critiquables de cette théorie.

Le premier théorème de l'analyse économique du droit est que le marché (la négociation) est un moyen d'atteindre l'optimum social s'il ne comporte pas de défauts (baptisés ici coûts de transactions), *quelque soit au départ la détermination des droits sur les biens*, pourvu que ces droits sur les biens soient négociables (transférables). La théorie économique insiste pour que la distribution des droits ne soit pas elle-même une cause de coût de transaction : droits mal définis, droits ne pouvant pas être négociés, etc. La théorie économique du droit montre aussi l'étroite imbrication du droit et du marché :

1) parce que le marché ne peut fonctionner qu'avec des titres juridiques clairs et négociables (et que les divers cas de défaillance du marché ne sont que des défaillances de type juridique (voir J.G. Head (1965))

2) parce que la distribution des droits (des titres juridiques) au départ est indifférente au résultat du marché (théorème d'invariance de R.H. Coase (1960)) (8).

Lorsque le marché fonctionne mal (en cas de coûts de transaction importants) l'Etat doit fixer les droits sur les biens de telle sorte que le résultat soit optimal sans négociation. L'analyse économique du droit étend alors les techniques d'intervention de l'Etat à qui elle propose, en plus des moyens d'intervention économique classiques tels que les aides publiques, le service public ou la planification, la maîtrise des règles de droit.

Certains points de ce résumé doivent être repris plus longuement.

Le théorème d'invariance (théorème de Coase).

Coase a montré à l'aide de quelques exemples que dans la mesure où les droits sur les biens sont précisément définis et négociables (dans le vocabulaire de ces économistes ce droit librement négociable est appelé "droit de propriété") la solution à laquelle arrivent les parties titulaires des droits est toujours identique

(7) La théorie normative du bien être a été en effet critiquée en tant que telle indépendamment de son application au droit. On lui a reproché de donner une vision totalement déformée du marché (vision réductrice du marché assimilé à la concurrence pure et parfaite) et de proposer des théories d'économie publique inapplicables et ayant pour effet de servir de base de justification à une extension sans limite de la puissance publique dans l'économie.

(8) R.H. Coase n'a pas lui-même énoncé de théorème. Le théorème de Coase se déduit de son étude plus suggestive que théorique.

(invariance) et conforme à l'optimum social (la négociation supprime les effets externes) quelque soit la distribution des droits au départ.

R.H. Coase a pris plusieurs exemples dont celui des négociations entre éleveurs et cultivateurs pour supprimer l'effet externe que constitue le dommage causé par les troupeaux dans les champs des cultivateurs. Il montre que le résultat social de la négociation (nombre de vaches, montant de la production de blé) est toujours identique que ce soit l'éleveur qui dispose du droit (de causer le dommage aux cultivateurs) ou les cultivateurs (droit de refuser l'accès de leur propriété). D'autres exemples ont été donnés et nous retiendrons pour illustrer concrètement le théorème d'invariance un exemple choisi par A.M. Polinsky (1983) (9).

"Soit une nouvelle usine dont les fumées polluent le linge de cinq familles voisines. Le dommage subi par chaque famille est de 75 francs et le total est de 375 francs. Les effets de la pollution peuvent être supprimés de deux façons : ou bien l'usine installe un filtre à fumée sur sa cheminée (coût 150 francs) ou bien chaque famille achète un séchoir à linge électrique (50 francs l'un). La solution économiquement efficace consiste bien entendu à choisir le filtre (économie de 100 francs pour la collectivité). Si la collectivité choisit de donner à chaque résident un droit à l'air pur, l'usine a le choix entre payer 375 francs de dommage aux familles, acheter un filtre pour 150 francs ou offrir pour 250 francs des séchoirs électriques aux cinq familles. Elle choisira donc le filtre. Si la collectivité choisit d'accorder à l'usine le droit de polluer ce sont les familles qui se trouvent devant le choix suivant : accepter 375 francs de dommages, acheter pour 250 francs des séchoirs ou offrir pour 150 francs un filtre à l'usine. C'est cette dernière solution qui sera retenue si les ménages arrivent à s'entendre".

La solution est donc identique quelque soit la répartition des droits. Bien entendu cette répartition des droits n'est pas sans effets sur la répartition de la richesse entre les citoyens mais c'est une question autre que celle à laquelle s'attache la théorie économique du droit qui est l'affectation efficace des ressources pour la collectivité. Dans l'exemple la société a affecté le minimum de ressources pour l'effet efficace, la suppression de la pollution.

La théorie ne fait pas de différence entre les droits pourvu qu'ils soient négociables. Elle reçoit application que le droit négociable soit par ailleurs *exclusif* (dans ce cas la valeur du bien protégé par un droit est fixé par le titulaire du droit) ou non exclusif (dans ce cas on a une règle de responsabilité et la valeur du bien protégé par le droit est fixée, en cas de contestation, par le juge).

Le rôle de l'Etat est limité dans cette hypothèse : c'est celui de définir les droits de la façon la plus précise possible et permettre au

(9) L'exemple est repris par J.J. Rosa (1984). C'est sa rédaction qui est reprise dans le texte.

moindre coût la sanction et la protection des droits. Il évite ainsi les coûts de transaction. Mais cela n'est pas toujours possible (cas des biens publics notamment). L'Etat doit alors intervenir selon les critères proposés par l'économie du bien être.

Les critères d'intervention de l'Etat en cas de coûts de transaction.

En cas de coûts de transaction importants (difficultés dans la révélation des préférences individuelles notamment) qui empêchent la négociation d'aboutir à un résultat optimum, l'Etat doit venir fixer les droits de telle sorte que l'optimum social soit atteint sans négociation. R.A. Posner (1986) se fondant sur la philosophie individualiste propose pour l'Etat dans la fixation des droits le critère de la maximalisation de la richesse qui se présente comme un cas d'application du critère de Kaldor : faire en sorte que la décision de l'Etat accroisse la richesse totale de telle sorte que le surplus puisse servir à compenser les pertes subies par ceux qui sont sanctionnés par une telle solution (concept de paiements de transfert) (10).

En reprenant l'exemple utilisé plus haut les ménages (surtout s'ils sont plus nombreux que cinq) peuvent avoir des difficultés à s'entendre pour négocier avec l'entreprise polluante. Par ailleurs les ménages auront peut-être plus de mal pour effectuer les calculs nécessaires à la solution optimale que l'entreprise. Dans ces conditions, l'Etat doit donc fixer un droit à l'air pur qui place l'entreprise dans la situation d'avoir à payer les dommages car elle est dans la situation d'éviter au moindre coût les risques sociaux.

L'Etat peut d'ailleurs intervenir plus directement encore s'il craint que l'entreprise elle-même soit en situation de ne pas faire le bon choix. Il décidera par une réglementation concrète que tel type d'entreprise doit être pourvu de telle catégorie de filtre (11).

III - 2 - Cette théorie (nous n'avons développé que l'argumentation de base) ne présente que peu d'intérêt pratique (ce qui pour une théorie du droit constitue une critique radicale). Elle se heurte aux mêmes problèmes que ceux auxquels est confrontée la théorie normative du bien être dans ses thèses de l'économie publique (par exemple quand elle prétend donner les critères de détermination de l'impôt ou d'une taxe pour un service public).

Elle suppose que les préférences des individus et leur appréciation de la valeur des biens soient objectivement déterminable

(10) Une étude poussée de ce problème peut être trouvée chez Posner (1983, p. 88s.) et chez C.G. Veljanovski (1981). On retiendra cependant le jugement de B.A. Ackerman (1986) : "Les efforts fournis par les récents économistes du droit pour défendre de nouveaux critères de bien être n'ont été remarquables que par leur naïveté philosophique".

(11) Un point important pour la théorie du droit est laissé nécessairement de côté par cette théorie : l'analyse économique du droit méconnaît totalement la question de la répartition des richesses.

et puissent être calculés par une autorité extérieure. Or cela n'est pas conforme à la réalité. La révélation des préférences ne peut jamais se faire avant que le marché n'ait joué.

Dans l'exemple cité la valeur du dommage causé aux ménages est évaluée à 375 francs chacun des ménages subissant par ailleurs un dommage considéré comme égal. Mais rien ne permet de dire que tel est le cas tant que les ménages n'ont pas négocié et fixé eux-mêmes le prix pour les dommages subis ou que le juge ne sera pas intervenu pour fixer les "dommages-intérêts", à titre de réparation. La valeur du dommage ne sera pas d'ailleurs identique selon que le droit des ménages à l'air pur est un droit à réparation du préjudice (droit non exclusif) ou un droit de propriété privée sur l'air pur (à vrai dire techniquement cela est impossible dans ce cas). Dans le premier cas le prix du préjudice est fixé par le juge ; dans le second cas la valeur des dommages de pollution est fixé par les ménages qui pourront empêcher l'usine de s'installer si elle n'en paie pas le prix. Rien ne dit que le prix du dommage sera le même dans ces différentes hypothèses.

Les conséquences de cette révision de l'analyse économique sont les suivantes :

1) Remise en cause du théorème d'invariance.

Dans ces conditions la répartition initiale des droits est toujours déterminante pour l'affectation des ressources par le marché. La relation établie entre marché économique - règles de droit conduit à reconsidérer la séparation traditionnelle faite entre le marché et l'Etat. Le fait que le marché soit défini par des règles de droit et que le contenu de ces règles (notamment celui relatif à la détermination des titulaires des droits) influe sur le résultat du marché conduit à établir que le marché est toujours sous la tutelle du droit (donc de l'Etat ?).

2) La forme des droits est déterminante.

Le marché fonctionne beaucoup mieux avec des droits négociables et exclusifs (droit de propriété privée) car ce sont les parties elles-mêmes qui fixent le prix des biens protégés par ces droits (l'échange est alors nécessairement optimal pour les parties intéressées par l'échange) qu'avec des droits négociables en non exclusifs car dans ce cas c'est le juge qui détermine la valeur des biens et que les parties peuvent se voir imposer des charges sans leur accord (12).

(12) On remarquera que dans l'un et l'autre cas les droits sont négociables. Ils ont une valeur mesurable en argent. C'est aborder une importante question de la théorie du droit que nous ne traitons pas au texte bien que l'analyse économique du droit s'y soit intéressé. Certains droits sont inaliénables (les droits de l'Homme) en ce premier sens qu'ils ne peuvent être cédés à l'Etat et qu'ils sont garantis absolument contre l'Etat. Faut-il considérer qu'ils sont également non négociables. On aurait du mal à l'admettre en

3) Critique de la toute puissance législative.

Du fait de son manque d'information l'Etat ne peut pas intervenir plus rationnellement que le marché même dans les cas de défaillance du marché. Alors que la théorie normative du bien être milite pour un interventionnisme aggravé par une extension des techniques d'intervention englobant le droit privé où les règles de droit seraient manipulées par un Etat omniscient et capable d'établir les bilans coût-avantage des diverses règles de conduite, il faut plutôt accepter un Etat de droit, garant des libertés dont la meilleure manifestation est un Etat où il existe une séparation du pouvoir de dire le droit et du pouvoir gouvernemental.

matière de responsabilité : ces droits peuvent s'ils sont lésés, donner droit à réparation. Peut-on également en déduire qu'ils ne peuvent pas faire l'objet entre particuliers d'un transfert par accord ? Nous pensons que l'inaliénabilité des droits de l'homme vaut tant à l'égard de l'Etat qu'à l'égard des titulaires du droit. Car ces droits touchent à la conception même de l'homme dans la société : le fait qu'on puisse y renoncer (ou du moins que le droit consacre la possibilité d'y renoncer) serait une atteinte aux fondements d'une société où l'homme a une place centrale.

REFERENCES

ATIAS C. :

- (1987) - "La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face". *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, n. 2.

ACKERMAN B.A. :

- (1986) - "Deux sortes de recherche "en droit et économie"", *Revue de la Recherche Juridique*, 1986, n. 1.

BIRNBAUM P., LECA J. :

- (1986) - Sur l'individualisme. Théories et méthodes, 1986, 384 p. Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.

BOUDON R. :

- (1977) - *Effets pervers et ordre social*, Paris, P.U.F., collection "sociologies", 1977.

BOURRICAUD F. :

- (1977) - *L'individualisme institutionnel*, Paris, P.U.F., collection "sociologies", 1977.

CALABRESI G. et MELAMED A.D. :

- (1972) - Property Rules, Liability Rules and Inalienability : one view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85, 1972, n. 6, p. 1089 s.

CENTI J.P. :

- (1987) - "Quel critère d'efficience pour l'analyse économique du droit", *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, n. 2.

COASE R.H. :

- (1960) - "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, n. 1.

HAYEK F.A. :

- (1980) - *Droit, législation, liberté*, P.U.F., Trad. franç. tome 1, 1980.

HEAD J.G. :

- (1965) - "The welfare foundations of public finance theory", *Rivista dir. fin.*, 1, 1965, 379.

KORNHAUSER L.A. :

- (1985) - "L'analyse économique du droit", *Revue de Synthèse*, 118-119, avril-sept. 1985, p. 313.

MACKAAY Ejan :

- (1987) - "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", *Revue Internationale de droit économique*, 1, 1987, n. 1.

POLINSKY A.M. :

- (1983) - *An introduction to Law and Economic*, Boston, Toronto, Little Brown, 1983.

POSNER R.A. :

- (1983) - *The economics of Justice*, Harvard University Press, 1983.
- (1986) - *Analysis economic of law*, Boston, Toronto, Little Brown, 3e éd. 1986.

ROSA J.J. :

- (1984) - "Déréglementation et théorie du droit", *Politique économique*, n. 33, avril 1984.

RIZZO M.J. :

- (1984) - "Rules versus cost benefit analysis in the Common Law", rapport, conférence on Economic, Liberties and the Judiciary, Cato Institute, Washington D.C., 26 octobre 1984.

TERNY Guy :

- (1971) - *Economie des services collectifs et de la défense publique*, Paris, Dunod, 1971.

VELJANOVSKI C.G. :

- (1981) - "Wealth maximization, law and ethics. On the limit of economic efficiency", *International Review of Law and Economics*, 1981, 1, pp. 5-28.

QUEL CRITERE D'EFFICIENCE POUR L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ?

Par

Jean-Pierre CENTI
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

I - INTRODUCTION.

Le domaine d'investigations et d'études que propose l'"analyse économique du droit" laisse présager quelques débordements du courant traditionnel de la science économique. Celui-ci était d'ailleurs endigué avec tellement de soins et de précautions axiomatiques que, par une sorte de division du travail, il s'était résigné à analyser strictement les propriétés d'efficacité (ou d'efficience) de l'ensemble du système économique à partir de comportements individuels eux-mêmes définis au sein de ce système. Ainsi, l'analyse économique traditionnelle (la théorie néo-classique) s'était confortablement limitée à montrer, avec force rigueur, qu'un résultat efficient était logiquement possible. Quant au processus par lequel un tel résultat efficient pouvait être atteint, le courant traditionnel n'en avait cure. Inutile, dans ces conditions, d'insister sur le caractère angélique de la plupart des propositions émanant des économistes, non seulement à l'égard du phénomène politique, voire de la politique économique, mais aussi eu égard à la diversité des formes et des modes d'arrangements institutionnels.

Lorsque les économistes voulurent montrer que leur méthode d'analyse ne s'appliquait pas au seul espace des biens marchands, ils sortirent de leur domaine réservé et prirent d'assaut les disciplines voisines (1), telles la sociologie, la science politique, ou encore le droit. S'ouvrirent alors des querelles de voisinage, auxquelles il fallait d'ailleurs s'attendre. Pour ce qui concerne l'analyse économique du droit (2), peut-être le mot "querelle" est-il trop fort ? Dans certains

(1) Un animateur de cette extension de l'analyse économique au domaine des biens non marchands fut sans conteste G.S. Becker (1974), (1976) et (1981).

(2) Les précurseurs de l'analyse économique du droit sont R.H. Coase (1960) et G. Calabresi (1961). Mais R.A. Posner (1972) et (1981) est sans nul doute le véritable promoteur de cette analyse. Pour un historique détaillé, voir notamment E. Mackaay (1986).

pays, en particulier en France, il faudrait plutôt parler de "douce négligence" des juristes relativement aux prétentions nouvelles des économistes. Dans le présent article, nous soutenons le point de vue qu'il ne devrait y avoir, en toute logique, ni querelle ni douce négligence, mais véritablement coopération (II). Certes, pareille coopération a ses exigences de part et d'autre. A notre sens, l'exigence fondamentale qui doit être réclamée à l'économiste est la reconnaissance de la stérilité des critères habituels d'efficience pour l'analyse économique des institutions. Il en va ainsi du critère de maximisation de la richesse, couramment utilisé dans l'analyse économique du droit, comme du critère de l'efficience parétienne qui prétend tirer sa force d'une propriété d'unanimité (III). L'analyse économique des institutions, et en particulier l'analyse économique du droit, nécessite l'utilisation d'un critère d'"efficience dynamique", intégrant de manière significative les "droits de propriété" et les "coûts de transaction". En d'autres mots, si nous tenons compte sérieusement de la rationalité limitée et du processus d'évolution économique, le problème économique est moins de générer une affectation optimale des ressources que d'accroître les propriétés d'adaptabilité du système face à un environnement changeant (IV).

L'analyse des interactions entre le système juridique et les comportements économiques doit provenir du rapprochement d'une théorie subjectiviste et d'une théorie institutionnelle. Ce rapprochement permet de comparer diverses possibilités d'arrangements institutionnels, même si l'un d'entre eux considéré comme supérieur n'est pas observable. Mais plus encore : ce rapprochement devrait nous autoriser à porter le débat sur le terrain philosophique des droits moraux et de la nature de la séparation entre les personnes. La théorie de la contrainte morale est bien, en fin de compte, le terrain d'investigation commun des économistes et des juristes (V).

II - LES TERMES DE LA COOPERATION ENTRE JURISTES ET ECONOMISTES.

II - 1. Deux piliers, une méthode, et des instruments.

La coopération des juristes et des économistes coule de source pour ainsi dire. Les raisons sont apparemment au nombre de deux. D'abord l'on ressent de part et d'autre la nécessité d'intégrer les contraintes institutionnelles et les contraintes en ressources. Ensuite il y a une certaine convergence analytique. En effet, en prenant appui sur le fait que les attributions de droits définissent les qualités des personnes, les juristes sont amenés à considérer que des différences d'évaluation de ces droits peuvent engendrer des échanges de droits. Ces échanges de droit sont analogues à ceux qu'analysent les

économistes, puisque pour ceux-ci les dépenses correspondent à des achats de droits d'utiliser les biens, et les revenus proviennent des ventes de droits d'utiliser les ressources possédées par l'individu.

Juristes et économistes en sont venus à reconnaître que des droits de propriété correctement définis facilitent les échanges. Dès lors, l'argumentation économique-juridique se développe comme suit.

Si les droits de propriété sont clairement définis, et si apparaissent des interdépendances actuelles (ou potentielles) - *i.e.* des externalités - on ne saurait parler de prédation ni de violation des droits. Des personnes peuvent en effet infliger un tort à d'autres tout en se confinant aux sphères des droits préalablement définis. Les parties impliquées seront incitées à négocier entre elles, et tant que des évaluations différentielles sont attribuées à ces droits de disposition sur les ressources, des échanges volontaires auront lieu. Mais qu'apparaissent, sous une forme ou une autre, des coûts de transaction, alors des obstacles viennent empêcher la libre négociation entre individus, d'où le rôle du juge (ou du législateur selon les systèmes). Enfin, il va de soi que toute incertitude sur la définition des droits suscite des litiges. Cela pose à nouveau le problème de savoir quel pourrait être le rôle du juge ou du législateur.

Comme on le voit, l'analyse économique du droit repose sur deux piliers : les droits de propriété et les coûts de transaction. Il n'est pas exagéré de dire que c'est sur ces deux piliers, et grâce à eux, que l'analyse économique a pu connaître au cours des trois dernières décennies une extension considérable à des domaines qui étaient réservés à d'autres disciplines - l'anthropologie, la sociologie, l'histoire, la politique, et bien sûr le droit. Cette extension de l'analyse économique a suscité de multiples appréciations, tant de la part des économistes que de la part des spécialistes des autres disciplines concernées, allant de l'opposition pure et simple, à l'enthousiasme, en passant par toutes sortes d'accords conditionnels. Incidemment, la question de la ligne de partage entre toutes ces disciplines se trouve posée. Mais l'analyse économique, empiétant dans tous les domaines des sciences sociales, apparaît comme un carrefour obligatoire ; il n'est pas étonnant que, dans ces conditions, l'on en vienne à fustiger l'impérialisme de l'analyse économique.

Le déploiement de celle-ci dans le domaine juridique peut être considéré comme fécond - telle est l'opinion de l'auteur de cet article - et très élaboré - c'est aussi l'opinion de l'auteur. En effet, pour qu'un édifice soit élaboré, il ne faut pas seulement des piliers, mais aussi une méthode et des instruments.

La méthode est bien connue : c'est celle de l'individualisme. Les personnes sont ainsi considérées comme se comportant en maximisant leurs utilités respectives. Les individus cherchent à atteindre leurs propres objectifs (quels qu'ils soient) en s'engageant dans l'interaction sociale. Dans cette perspective, il n'y a pas d'autre

objectif au-dessus ou au-delà des objectifs purement individuels (du type "intérêt général").

Quant aux instruments, ils sont au nombre de deux, savoir : l'équilibre de marché et l'optimum. On comprend que la notion d'équilibre de marché - bien qu'elle soit importante - soit en un certain sens subordonnée à celle de l'optimum. En effet, les personnes prises individuellement sont plus préoccupées de leur propre situation, de leur propre optimum, que de l'obtention d'un équilibre de marché dont ils ignorent ce qu'il est ou ce qu'il peut être. La notion d'optimum est elle-même liée à la notion d'efficacité - les économistes parlent à ce propos d'"efficience". Nous insisterons donc davantage ici sur le concept d'efficience que sur celui d'équilibre.

II - 2. La notion d'efficience au coeur du débat.

L'individualisme méthodologique et le concept d'efficience ont été exportés sur le territoire juridique. Et sur la base des droits de propriété et des coûts de transaction l'on a pu mettre au point l'analyse économique du droit.

Si nous retenons l'article de synthèse de L. Kornhauser (1985) concernant l'analyse économique du Droit - c'est un auteur qui ne ménage d'ailleurs pas ses critiques - nous sommes confrontés à quatre théories différentes.

- a) La thèse normative et instrumentale : elle s'appuie sur une norme d'efficacité ; les juges doivent choisir des règles juridiques efficaces, c'est-à-dire énoncent des normes susceptibles d'induire des comportements efficaces.
- b) La thèse descriptive (de la "Common Law", ou droit créé par les juges) : elle s'appuie sur les effets réels qu'ont les normes déjà énoncées. Cette thèse est indépendante de la précédente, mais là aussi l'analyse économique recourt à quelque critère d'efficacité.
- c) La thèse behavioriste est encore instrumentale. Elle ne s'intéresse pas aux objectifs de ceux qui créent le droit mais considère que les individus réagissent aux règles juridiques de manière économique, en tenant compte du coût de leurs actes. Evidemment, cette thèse est indépendante de la thèse descriptive en ce sens que les individus peuvent réagir aux règles d'une manière économique (en fonction de leur intérêt propre) sans que pour autant il s'agisse d'un comportement efficace. Mais comme disait Voltaire, croire au diable c'est encore en Dieu ; dire que tel comportement économique n'est pas efficace, c'est utiliser d'une façon ou d'une autre un critère d'efficacité.
- d) La thèse évolutionniste n'échappe pas non plus à un critère d'efficacité. Son intérêt vient du fait qu'elle accorde aux groupes de pression un rôle crucial dans la production du droit, qu'il s'agisse du droit créé par les juges ou de règles juridiques adoptées par le

législateur. Ce qui prévaut ici, c'est l'émergence et la persistance de règles efficaces, quelles que soient les préférences des magistrats ou du législateur.

Ces différents modèles ont suscité un grand intérêt mais ils ont dû aussi subir l'assaut d'un grand nombre d'objections dont on ne peut négliger ni la pertinence, ni l'importance. Malgré ces critiques, l'on s'accorde néanmoins généralement pour dire que l'extension de l'analyse économique au domaine juridique - tant sur le plan de la théorie que sur le plan de la pratique - a eu des effets bénéfiques. Comme on le voit à travers ces quatre thèses, la notion d'efficacité est au coeur des débats. La proposition générale est que la définition des droits doit être le reflet d'une norme d'efficacité. Or quel peut être le critère d'efficacité utilisé ? Nous prétendons ici que d'une manière ou d'une autre, la conception adoptée, le point de référence, est un critère unanimiste qui nous ramène à l'optimum parétien. Une telle affirmation paraîtra choquante aux lecteurs de Posner, lequel critique le caractère inutilisable de l'optimum de Pareto tout autant qu'il rejette l'utilitarisme classique. En retenant le critère de la maximisation de la richesse, R. Posner recherche un compromis éthique entre l'utilitarisme et la philosophie kantienne. Comme le souligne et le démontre A. Kronman, la démarche de Posner est défailante parce qu'elle combine les vices des deux morales plus qu'elle ne retient leurs aspects vertueux (3). Notre propos consiste plutôt à dire que le recours effectué par Posner à la notion d'unanimité joint à l'attribution d'un caractère normatif à l'efficacité entraîne non seulement quelques doutes sur la valeur morale du critère utilisé, mais aussi des insuffisances sur le plan même de l'efficacité. Ces insuffisances sont exactement de même nature que celles dont est affublé l'optimum parétien.

Notre point de vue est que l'emploi du critère de maximisation de la richesse est une émanation de l'optimum parétien. L'utilisation même de l'un ou de l'autre de ces critères explique les *limites* de l'analyse économique du droit telle qu'elle a pu être essentiellement développée selon la vision de l'école de Chicago dont le juge Posner est considéré comme l'un des représentants symboliques avec G. Becker (4).

(3) Cf. A.J. Kronman (1980).

(4) Voir note 1 supra.

II - 3. Le choix du critère d'efficience

La maximisation de la richesse comme l'optimum de Pareto n'offrent qu'un éclairage réduit sur l'intersection du Droit et de l'Economie. L'adoption de ces critères intègre en fait les droits de propriété et les coût de transaction *pour mieux les rejeter*. Pourquoi affaiblissent-ils la portée de l'argumentation économique ? La raison est que ces deux critères sont des instruments d'analyse qui sont utilisés dans le cadre d'une conception restrictive ou tronquée de l'individualisme méthodologique. Cette conception tronquée ouvre la voie à l'intervention de décideurs externes aux parties directement impliquées. Est-ce à dire que nous réclamons encore plus d'impérialisme pour l'analyse économique ? La réponse catégorique est : non !

L'individualisme méthodologique dans son véritable sens, signifie que les évaluations subjectives des individus engendrent leurs actions. Il s'agit d'un *subjectivisme radical*. Dès lors, la question première devient la suivante : étant donné que le comportement humain est intentionnel, comment tous les individus interagissent-ils ? Evaluation subjective, intention, et choix, définissent l'agir humain.

Le recours à la notion d'efficience est toujours nécessaire, mais la notion subjectiviste de l'efficience est plus appropriée et plus féconde que la notion objectiviste qui qualifie l'optimum parétien. De ce fait, bon nombre de critiques adressées à l'analyse économique du droit tombent. C'est la nécessité de recourir à un autre critère d'efficience que nous voudrions souligner ici. Seul un critère de nature subjectiviste est capable d'intégrer de façon pertinente les droits de propriété et les coûts de transaction. Il n'y a pas lieu pour autant de craindre quelque impérialisme de la science économique, car comme l'exprime l'Ecole Autrichienne, le subjectivisme radical fait de l'économie seulement une branche de la science plus générale de l'agir humain, c'est-à-dire de la praxéologie. Sur ces racines praxéologiques, le mariage de l'économie et du droit n'est autre que le rapprochement d'une théorie subjectiviste et d'une théorie institutionnelle. Ce rapprochement donne un caractère moins provoquant à la thèse évolutionniste (d) sus-mentionnée.

Les critiques que nous adressons au critère de l'efficacité posnérienne étant de même nature que celles que nous formulons à l'égard de l'efficience parétienne, celle-ci sera prise principalement pour cible dans l'argumentation qui suit. Cette approche peut se justifier compte tenu de la prépondérance que tient l'optimum de Pareto de manière générale dans l'analyse économique. Toutefois, il nous faudra aussi montrer pourquoi les objections à l'encontre de ce dernier critère sont transposables à celui de maximisation de la richesse.

III - LA STERILITE DE L'EFFICIENCE PARETIENNE POUR L'ECONOMIE DES INSTITUTIONS.

III - 1. Coûts de Transaction nuls et Principe d'invariance.

Le modèle économique du Droit civil se fonde sur le raisonnement suivant.

Il est admis que le marché concurrentiel permet une affectation efficace des ressources. Mais très souvent les activités économiques - en particulier les activités de production - engendrent des effets externes (exemple de l'éleveur et du cultivateur) qui, s'ils ne sont pas corrigés, conduisent à une affectation inefficace.

Notons ici l'importance que prennent deux notions : l'optimum de Pareto et la concurrence parfaite.

- L'optimum de Pareto représente une situation statique dans laquelle aucun changement ne peut être réalisé, susceptible d'améliorer l'utilité d'un individu sans amoindrir l'utilité d'un autre individu.

- De plus, l'on démontre que l'égalité du prix et du coût marginal qui caractérise le modèle de concurrence parfaite est nécessaire pour assurer la compatibilité avec un optimum parétien, et donc pour garantir l'efficacité du marché.

Dans la perspective néoclassique, l'inefficacité du marché constitue un échec de ce même marché, et l'Etat qui a en ligne de mire l'optimum parétien peut donc intervenir en agissant sur certains paramètres afin d'aider le marché à trouver une situation efficace. En certains cas, il y a échec du marché ; il en va ainsi lorsque se produisent des effets externes. Des coûts et des avantages sont engendrés, qui ne sont pas pris en compte dans les calculs individuels. En résulte un échec du marché. La solution, selon la tradition pigouvienne (5), consiste en une imposition ou une subvention, ou une réglementation publique, selon les cas, afin d'atteindre l'optimum. Ici d'ailleurs apparaît l'idée d'un optimum social, impliquant la société dans son ensemble. Les effets externes introduisent donc un écart entre ce qui est socialement souhaitable et les actions efficaces des individus pris séparément.

Toutefois, comme l'ont montré R. Coase (1960) et J. Buchanan (1969, 1973), de la même façon qu'une firme dont les activités de production sont associées à des activités induites qui grèvent son profit, sera incitée à maximiser son profit par des décisions internes éliminant les effets induits, l'externalité peut être internalisée par des transactions de marché. Là intervient précisément l'argumentation de Coase.

(5) A.C. Pigou (1928).

Si les coûts de transactions sont nuls, la négociation privée donne des résultats identiques à la compensation publique. De ce fait, et sous cette hypothèse tenant aux coûts de transaction, l'intervention publique n'est pas justifiée. En découle alors un principe d'invariance, connu sous le nom de théorème de Coase : en l'absence de coûts de transaction, il n'est pas important de savoir comment les droits de propriété privée sont définis et attribués car le résultat sera toujours Pareto-optimal. Il sera donc faux d'attribuer *ex abrupto* à l'émetteur la responsabilité de la charge financière de l'externalité.

C'est la liaison de ce théorème - généralement considéré comme crucial pour l'analyse économique du droit - avec l'optimum parétien qui nous incite à dire que les droits de propriété sont introduits pour mieux être rejetés. Nous reviendrons plus loin sur ce sujet. Mais si l'on suit le raisonnement courant, les coûts de transaction occupent désormais une place déterminante dans l'analyse économique du droit. F. Seurot (1985) a très bien mis en lumière cet aspect.

III - 2. Coûts de Transaction positifs et fonction du Droit.

Lorsqu'est abandonnée l'hypothèse des coûts de transaction nuls, il apparaît que la formulation du droit privé sera capitale pour encourager la réalisation de situations efficaces. Clairement, la fonction du droit privé est de provoquer le résultat qui aurait été atteint si les coûts de transaction n'avaient pas empêché la solution de marché (Posner (1977)). L'existence des coûts de transaction suscite deux principes.

Le premier principe est celui de la responsabilité inconditionnelle. En l'occurrence, le magistrat ou le législateur estime l'indemnité que la partie affectée par le dommage serait disposée à accepter pour supporter le dommage en question. De ce fait, l'auteur du dommage - disons l'émetteur de l'externalité - se voit imputer ce coût. Mais l'auteur reste libre de déterminer (compte tenu de son échelle de profit) s'il est plus avantageux pour lui de limiter le dommage en évitant le prix, ou d'infliger le dommage en supportant le coût.

Le second principe dit "avantages-coûts", étend la fonction et les compétences du magistrat ou du législateur. Sa capacité de décision est accrue car il impose la responsabilité seulement s'il estime que l'auteur n'a pas respecté les règles de prudence et qu'il est moins coûteux pour l'auteur de réduire le mal plutôt que l'infliger. La règle est ici formulée de telle sorte que la partie offensée puisse récupérer sur ses pertes seulement si le coût marginal subi pour éviter le dommage est inférieur au coût marginal du dommage réalisé. Tel est le principe souvent invoqué en cas de nuisances (A. Polinsky (1980))

ou en cas de négligence - lorsque le coût marginal du dommage est escompté par le degré de risque (Posner (1972)).

Les mérites relatifs des deux principes précédents ont donné lieu à beaucoup de discussions. Les deux principes ont vu leurs effets respectifs étudiés dans des modèles de plus en plus raffinés, qui ont intégré toute une série de variables supplémentaires (existence d'externalités supplémentaires, prise en compte de différents degrés de risque, coûts liés à la formulation et à l'administration de la règle) et qui ont aussi examiné des situations intermédiaires entre la règle de la responsabilité stricte et la règle de la responsabilité pour faute.

A l'égard des coûts de transaction, les deux principes diffèrent. La règle de responsabilité inconditionnelle est apparemment moins coûteuse à appliquer, mais elle génère un plus grand nombre de procédures et de transferts. En termes de demandes d'informations, le principe de la responsabilité inconditionnelle suscite moins d'informations, mais il ne faut pas oublier qu'en vertu du théorème de Coase existe un problème préalable : celui de savoir quelle devrait être la partie soumise à la responsabilité (6). En d'autres mots, il est difficile d'échapper aux coûts de comparaison des diverses possibilités.

De manière générale la vérification empirique des effets issus des règles et l'évaluation scientifique des coûts impliqués se heurtent à beaucoup d'obstacles qui n'ont pas échappé aux critiques. Au vu de la pratique courante des tribunaux, un certain nombre de juristes font remarquer que les processus de décision judiciaire sont tels qu'ils tendent à pérenniser des règles inefficaces plutôt que de mettre en avant des règles efficaces.

Il est vrai que des règles différentes engendrent des structures d'incitation différentes, mais les difficultés d'évaluation des coûts de transaction au sens large suggèrent fortement une question. Faut-il recourir aux coûts de transaction pour affirmer la supériorité de telle solution par rapport à telle autre ? Si la réponse est négative, il faut en venir à considérer les droits de propriété. En d'autres termes, il ne serait pas nécessaire de recourir à des coûts de transaction positifs pour affirmer la supériorité de telle structure de décision par rapport à telle autre.

III - 3. L'efficacité parétienne amoindrit la portée analytique des coûts de transaction.

Dans un article sur l'analyse économique de la réglementation, nous avons mis en relief qu'il n'était pas nécessaire de recourir aux coûts de transactions positifs pour montrer l'existence d'un biais

(6) Un tel problème est par exemple soulevé par la règle du "caveat emptor" en opposition avec la responsabilité absolue du producteur. Sur ce point, voir F. Seurot (1985).

défavorable à la réglementation publique (7). C'est la même idée que nous voudrions reprendre ici pour montrer qu'en termes de structure d'incitations il suffit de prendre appui sur la notion de droit de propriété. Toutefois il y a un argument vraisemblablement plus fort qui vient appuyer cette proposition.

Supposons en effet que les coûts soient parfaitement identifiables dans le processus de décision judiciaire. Il s'agit certes d'une hypothèse héroïque. Dans ces conditions, il suffit de tenir compte de la modification de la frontière de Pareto que ces coûts introduisent pour préconiser la solution pigouvienne de la compensation, à moins que ce ne soit la solution coasienne de la négociation privée. En d'autres mots, les coûts de transaction, dès lors qu'ils sont identifiables, sont introduits dans l'analyse pour mieux être rejetés. L'impérialisme attribué à l'analyse économique n'est autre que l'impérialisme de l'optimum de Pareto, lui-même stipulé comme étant parfaitement identifiable et constituant un prétexte normatif pour toute solution non librement négociée. Le principe avantages-coûts mentionné plus haut demeure lié à la problématique parétienne de la manière suivante. Il revient au même de savoir si les avantages issus d'une proposition sont supérieurs aux coûts correspondants et de savoir si un changement de situation peut être mis en oeuvre de manière à ce que certaines personnes puissent réaliser des gains tandis qu'aucune autre personne ne subirait de pertes.

Le critère de maximisation de la richesse utilisé par R. Posner revient à proposer un changement de situation tout à fait analogue à celui qui consiste à passer d'un état inefficace au sens de Pareto vers un état Pareto-optimal. Le critère de la plus grande richesse ne fait simplement que renforcer le caractère normatif de la démarche. De manière plus précise encore, R. Posner envisage la possibilité d'indemnisation des victimes d'une modification de l'affectation des ressources en prenant pour référence les critères de compensation financière proposés par N. Kaldor et J.R. Hicks (8). Sur ce point, l'argumentation peut prendre un caractère technique que nous éviterons ici. Le lecteur instruit dans l'analyse économique du bien-être appliquera aisément à notre sujet l'ensemble de la controverse sur les critères de compensation. Mais sur ce sujet, comme sur tout autre, il est reconnu que si les compensations sont effectivement payées, les critères de Kaldor et de Hicks se ramènent à celui de Pareto (9). Cela a été nettement confirmé par A. Kronman (1980), lequel rappelle aussi que si la compensation n'est pas effectivement payée les critères de Kaldor et Hicks - et celui de la plus grande richesse - entraînent de grandes difficultés d'interprétation et sont pratiquement

(7) J.P. Centi (1986).

(8) R. Posner (1981), p. 91. A propos des critères de compensation, cf. N. Kaldor (1939) et J.R. Hicks (1940).

(9) Sur ce point, voir J. de V. Graaf (1970), pp. 84-88.

inutilisables, à moins que nous n'ayons affaire à une extension de l'application de la règle de l'efficacité parétienne (10).

Au-delà des discussions - sinon des confusions - que suscite la volonté de Posner de trouver un critère d'efficacité clair et pratique, tout se passe comme si le point de référence ultime était le critère d'efficacité parétienne, que l'on renforcerait par un aspect normatif bien compris. La prise en compte des coûts de transaction dans le cadre analytique de l'efficacité parétienne ne remet absolument pas en cause le prétexte normatif associé à pareil cadre. Certes, les coûts de transaction affectent la frontière des états efficaces au sens de Pareto. Mais le problème fondamental n'est probablement pas de savoir comment les coûts de transactions modifient la frontière de Pareto, car si tel devait être le cas, leur introduction ne serait pas d'un grand apport.

Les questions à poser devraient plutôt être les suivantes. Qu'est-ce qui explique tel résultat dans un contexte institutionnel donné (ce qui est une question *ex post*) ? Les acteurs concernés sont-ils incités à modifier ce résultat (ce qui est une question *ex ante*) ? Cet ensemble de questions ne s'intéresse pas au résultat lui-même, mais au processus par lequel un résultat peut être engendré. Nous soutenons le point de vue que pour répondre à cet assortiment de questions, la notion de droit de propriété est suffisante, à condition toutefois que l'optimum parétien soit mis de côté et que lui soit substitué un concept d'efficacité plus conforme au contenu de l'individualisme méthodologique. Il semble en effet que la définition autrichienne de l'efficacité intègre les droits de propriété de manière plus significative que l'optimum parétien ne le fait.

IV - L'EFFICACITÉ DYNAMIQUE ET L'ANALYSE DES INSTITUTIONS.

VI - 1. Efficacité subjective et invalidité du principe d'invariance.

L'argumentation de Coase (1960) repose sur le fait que l'échange volontaire entre individus est une condition suffisante pour l'efficacité si les droits de propriété sont clairement définis (11). Mais son argumentation est présentée en termes de relations objectivement mesurées et de valeurs identiquement perçues par les parties impliquées dans un échange potentiel de droits. De ce fait, si l'on prend appui sur le seul critère des droits de propriété, il ne peut

(10) L'élargissement du critère de Pareto dont il est question vise à intégrer la notion d'indemnisation *ex ante* introduite par R. Posner, laquelle se ramène à une sorte de consentement unanime préalable et implicite. Ce point a été discuté par C. Veljanovsky (1981).

(11) Pour une synthèse des discussions sur le théorème de Coase, voir G. Daly (1974).

y avoir, selon la théorie de Coase, de difficultés liées notamment à l'information et à la communication. Pourtant, même dans le cas où un petit nombre de personnes se trouvent impliquées, il est assez facile d'imaginer qu'en pratique ces personnes peuvent avoir un avantage à dissimuler leurs propres préférences, auquel cas l'échange volontaire ne permettrait pas d'atteindre un optimum parétien (12). Comme on le voit, il n'est pas nécessaire d'invoquer les coûts de transaction pour enregistrer un écart vis-à-vis de la frontière de Pareto.

Le théorème de Coase est objectiviste tant qu'il se rattache à l'optimum parétien, c'est-à-dire tant qu'il considère que l'affectation efficiente des ressources est *indépendante* du processus qui l'engendre. Mais si l'on admet que la seule source de valorisation des actifs provient du choix révélé par les partenaires à un échange potentiel, alors la notion d'efficience prend un caractère subjectif. Corrélativement, aucun observateur extérieur à l'échange ne peut déterminer un rapport entre le résultat à venir de cet échange où il n'est pas partie prenante et une norme quelconque idéalisée (13). Il en résulte que, dans un tel contexte, le marché ne peut être considéré comme un expédient pour atteindre un objectif particulier prédéterminé, mais comme un processus institutionnel par lequel les acteurs interagissent dans le but d'atteindre leurs objectifs individuels séparés, quels que soient ces objectifs.

Suivant l'individualisme méthodologique, l'efficience s'apprécie *d'abord* sur le plan individuel : elle concerne le point de savoir si l'individu adopte un comportement cohérent pour atteindre les buts qu'il s'est fixés. La nature particulière des buts n'a pas d'importance. Ceux-ci sont dérivés des préférences subjectives des individus. L'efficience ne porte pas sur les fins, mais sur les moyens adoptés pour atteindre ces fins. Comment alors définir l'efficience sur le plan social ?

Les auteurs de l'Ecole Autrichienne ne considèrent pas l'efficience sociale séparément des appréciations des individus qui composent la société. Pour I. Kirzner (1963, p. 35) par exemple, "l'efficience pour un système social signifie l'efficience avec laquelle un tel système permet aux membres individuels qui la composent d'atteindre leurs divers buts". Compte tenu de ce concept d'efficience sociale, il est aisé de comprendre pourquoi les économistes de l'Ecole Autrichienne s'accordent sur le fait que l'économie de marché est le système le plus efficace. En assurant l'existence de transactions volontaires, l'économie de marché autorise chaque individu à tenter d'atteindre ses propres objectifs de la manière la plus efficace

(12) Cf. notamment J.L. Cooter (1982).

(13) Le fait de soutenir une telle argumentation revient à dire que la seule chose que puisse faire l'économie néo-classique, c'est aider l'acteur économique à effectuer ses choix.

disponible, c'est-à-dire compte tenu de sa connaissance de la situation.

L'efficience de l'utilisation d'une ressource, eu égard au contexte institutionnel, est assurée tant que deux personnes (Primus et Secundus) demeurent libres de faire l'échange ou de refuser de le faire.

Supposons que Primus refuse une offre de X francs faite par Secundus pour un actif A. Cela signifie que Primus place sur A une valeur supérieure à X francs. Cet actif, utilisé par Primus lui procure une valeur plus grande que X francs. Peu importe l'estimation que Primus effectue quant à l'usage que ferait Secundus. Dans le contexte institutionnel postulé, où nos deux individus sont des parties prenantes à un échange potentiel, le fait qu'il n'y ait pas d'échange dans l'actif A démontre que cet actif reste affecté à l'emploi le plus appréciable ou le plus rentable. Si au contraire il y avait échange, c'est-à-dire changement de droits de propriété sur A allant de Primus vers Secundus, il y aurait une utilisation différente de celle que Primus aurait pu avoir. Dans notre exemple, le changement de structure de droit de propriété provoquerait des incitations différentes, et aussi une inefficience. Clairement, dans cette version subjectiviste de l'efficience, le théorème d'invariance de Coase est invalide.

Ainsi, les modes de responsabilité et l'attribution des droits de propriété peuvent modifier l'affectation des ressources, même dans le cas où un petit nombre de personnes sont impliquées, et *sans faire appel aux coûts de transaction*. L'argumentation qui vient d'être développée est, dans un sens, proche de celle soutenue par R. Dworkin (1980-a et b). Cet auteur reproche à Posner d'utiliser un critère de richesse maximale sans se rendre compte qu'il aboutit à un raisonnement circulaire. En effet la maximisation de la richesse des acteurs dépend des droits dont ils sont titulaires alors même que cette norme est appelée à expliquer comment sont attribués les droits de propriété (14). Cela soulève à l'évidence le problème de l'établissement d'une théorie fondamentale de l'attribution des droits à l'égard de laquelle l'analyse posnérienne se trouve dans une impasse. Si l'argumentation que nous avons développée en vient à poser ce même problème, c'est toutefois par un cheminement différent. L'idée consiste ici à dire que seule l'attribution des droits de propriété est significative pour expliquer les structures d'incitation. La démonstration procède par le double rejet de l'optimum parétien et du théorème coasien de l'invariance (15).

(14) Voir aussi W.J. Samuels et N. Mercuro (1984) ainsi que R.A. Epstein (1985).

(15) Le terme "double rejet" signifie qu'à notre sens le théorème de Coase revêtirait une grande importance seulement si on le rattachait à autre chose qu'à un univers parétien. Dans le contexte parétien Coase attire l'attention sur les droits de propriété -ce qui est un progrès considérable par rapport à l'analyse de Pigou- mais son utilité (pratique) à l'égard des choix que nous pourrions effectuer est de nous renvoyer aux coûts de transaction.

VI - 2. Droits de propriété et efficience subjective.

Les droits de propriété ne revêtent une importance prépondérante que s'ils sont liés à un concept d'efficience de nature subjectiviste, par opposition au critère objectiviste parétien (16). Mais la définition de l'efficience que nous retenons ici ne prend-elle pas un caractère tautologique ? Cela ne revient-il pas à dire qu'est efficient ce qui est ? Nous allons nous attacher à montrer que la réponse est négative. Toutefois il semble bien qu'une analyse des droits de propriété eux-mêmes (de leur attribution) qui procède par le concept de liberté soit plus adéquate qu'une analyse de ces droits procédant par le concept d'efficience. Une séquence analytique du type : efficacité - droits de propriété - liberté, évite toute circularité du raisonnement et rend pertinente l'économie des institutions.

Une première raison nous permet d'affirmer que l'efficience subjective n'est pas inutilement insérée dans l'analyse. Nous pouvons en effet désormais qualifier une situation d'inefficente parce que les droits de propriétés sont dégradés. De ce fait, en certains contextes institutionnels sont créées, de toute pièce si l'on peut dire, des rentes artificielles (des positions stratégiques artificielles). En voici une illustration.

Comparons par exemple un monopole monétaire public institution couramment observée à ce que serait (au moins en théorie) une concurrence monétaire authentique. Dans un cas, les "autorités monétaires" n'ont pas de droit de propriété sur le "capital marque de fabrique monétaire". Elles bénéficient de la création de rentes artificielles, et la gestion macroéconomique de la confiance monétaire est erratique - à moins que, par un processus d'essai et d'erreur on ne trouve une règle de longue période, sorte de verrou monétaire, ce qui n'est pas forcément le fin du fin. Dans l'autre cas, celui de la concurrence, nous avons des droits de propriété privée nettement définis et attribués. En ce cas, les incitations microéconomiques à produire des monnaies de bonne qualité ne sont plus les mêmes. Elles

Dans un univers non parétien -ceci est exégèse- le théorème de Coase attirerait notre attention sur le fait que l'intervention d'un acteur étranger aux parties impliquées ne serait pas nécessaire mais le résultat, en termes d'efficience, dépendrait alors principalement de la manière dont sont attribués les droits de propriété.

(16) Un de mes collègues m'a fait remarquer lors des échanges qui ont suivi le présent exposé que cette approche se ramenait au conflit "libéral-parétien" tel que A. Sen (1970) l'a si éloquemment présenté. Cette observation est fondée s'il s'agit de mettre en relief deux aspects. Tout d'abord Sen met en lumière l'existence de jugements de valeur inhérents au critère de Pareto. Ensuite, comme en témoignent les diverses discussions autour du théorème de Sen, cet auteur distingue entre d'une part les droits et règles à long terme du libéralisme et d'autre part les décisions de nature collective. Il n'en demeure pas moins que l'argumentation de Sen n'inclut pas de considérations sur les droits de propriété et pose le problème du choix des règles. Quoiqu'il en soit, notre critique du critère parétien porte sur le terrain-même de l'efficacité alors que l'analyse de Sen est établie en termes de rationalité collective des choix.

sont plus fortes tout simplement parce que dans le cadre de cette concurrence par la qualité des monnaies, les producteurs de celles-ci doivent maximiser leurs profits. Ici, les positions stratégiques ne sont plus artificielles, mais naturelles (17).

Une seconde raison, aussi importante que la précédente, doit être particulièrement soulignée. Elle s'explique par le fait que l'efficacité subjective est de nature *dynamique*. C'est précisément en ce sens que la séquence énoncée au début de ce paragraphe peut être enrichie par l'introduction cette fois-ci significative des coûts de transaction. La séquence analytique devient alors : efficacité - droits de propriété - coûts de transaction - liberté. Certaines de ces relations sont présentées ci-après.

VI - 3. Coûts de transaction et efficacité dynamique.

L'efficacité subjective est de nature dynamique car elle incorpore deux caractéristiques particulièrement mises en évidence par G. O'Driscoll et M. Rizzo (1985). Premièrement elle est *temporelle*, et nous ajouterions volontiers *spatiale* ; cette efficacité s'insère de manière significative dans le temps réel et l'espace (18). Deuxièmement, elle tient fondamentalement compte de *l'incertitude* ; c'est là un fait universel qui réduit considérablement l'étendue du contrôle et la prévisibilité de l'expérience sociale et humaine (19).

Avant de commenter les deux caractéristiques précédentes, il est indispensable de mettre l'accent sur le fait qu'un déterminant essentiel de l'efficacité *dynamique* est le savoir. Le point sur lequel particulièrement insisté F. Hayek (1945) est que le savoir est inévitablement émiétté parmi des millions d'esprits humains séparés inaccessibles à l'observateur extérieur. La division du savoir est au moins aussi importante que la division du travail en tant que force motrice du progrès. Dès lors la *coordination* des activités humaines et du savoir constitue un problème universel qui se pose nécessairement aux acteurs parce qu'ils sont ignorants. La clé de l'efficacité (ou de l'inefficacité) est la coordination des plans de tous les acheteurs et de tous les vendeurs pris séparément et agissant subjectivement. Introduisons alors les deux caractéristiques sus-mentionnées, et nous voyons apparaître l'autre notion, l'autre pilier de l'analyse économique des institutions, c'est-à-dire les *coûts de transaction*.

Les coûts de transaction sont ainsi susceptibles d'expliquer les difficultés d'interaction et d'identifier des situations inefficaces de

(17) Ajoutons à cela qu'en concurrence monétaire authentique l'efficacité des offres de monnaies se trouve renforcée du fait du respect de la souveraineté de choix des utilisateurs de monnaies (des consommateurs) - ce qui est conforme au principe élémentaire de liberté.

(18) Il s'agit ici du concept praxéologique de temps au sens de Mises (1949 ; 1985).

(19) Cf. G. Shackle (1972), L. Lachmann (1976) et B. Loasby (1976).

façon pertinente. Mais à notre sens, à chacune des deux caractéristiques se rattache un coût de transaction précis et original.

a) Tout d'abord, en ce qui concerne la caractéristique temps (et espace), il faut considérer que l'information disponible est éparse à travers le marché. Certains plans ne seront pas coordonnés et il y aura des inefficiences. Toutefois, les forces naturelles du marché agissent elles-mêmes pour corriger ces inefficacités. Dans ce processus, le rôle de *l'entrepreneur* est fondamental (20). L'entrepreneur traite de l'information, diffuse ainsi le savoir, et tend par conséquent à utiliser efficacement les moyens dont il dispose. L'entrepreneur, motivé par des profits potentiels, cherche l'information et l'utilise de manière à améliorer sa propre efficacité, mais cette attitude implique aussi que l'entrepreneur recherche les mauvaises affectations de ressources pour les améliorer. Cette notion d'efficacité n'établit aucune restriction sur les structures de marché, sur l'hétérogénéité des produits, ou encore sur la relation entre le prix et le coût marginal de production. Une intégration verticale peut être efficace : on est à la fois hors de la concurrence "pure et parfaite" et hors de la l'optimum parétien.

En vertu de la caractéristique temps (ou espace) nous avons donc affaire à des coûts d'information : ceux-ci sont impliqués par le marché en tant que processus de découverte et de coordination. Dans le temps (et l'espace) le savoir change et se modifie et, du fait de la variation des coûts d'information, il est alors pertinent de s'interroger sur la mesure dans laquelle divers systèmes engendrent des découvertes.

Remarquons enfin que le problème du savoir implique une rationalité limitée (21), mais on peut y ajouter l'opportunisme (la ruse) au sens de Williamson (1981). Cela nous permet alors de retrouver le schéma de *l'homo oeconomicus* ; i.e. la maximisation en tant que comportement n'est pas remise en cause ici (22).

b) Ensuite, en ce qui concerne la caractéristique *incertitude*, jointe à la rareté de l'information, il faut tenir compte de la mise en oeuvre d'un processus d'essais et d'erreurs (23). De ce fait, l'on peut avancer qu'existent des coûts de transaction d'un autre type, qui traduisent à la fois des difficultés d'évaluation et des impossibilités de prévision. Ces coûts peuvent être si élevés qu'ils empêchent tout comportement continu de maximisation. Or Posner exclut de tels coûts

(20) A propos de la fonction d'entrepreneur, voir L. v. Mises (1949 ; 1985) et I. Kirzner (1973 ; 1982).

(21) Cf. notamment H. Simon (1957).

(22) Dans ce propos est mise en avant la capacité de raisonnement déductif, ce qui fait la jonction avec la théorie néo-classique habituelle. Nous avons mis l'accent sur cette définition de la rationalité pour mieux souligner ensuite (dans le b) les effets sur les comportements dans un univers complexe et incertain. Une autre manière d'appréhender la rationalité est la capacité de reconnaître la vérité quand on la rencontre ; sur ce point, voir Hayek (1967). Nous aurions pu aussi bien appliquer cette seconde définition.

(23) Cf. G. O'Driscoll et M. Rizzo (1985).

parce qu'il ne tient pas compte de l'incertitude sur le fait de savoir comment les décisions prises par le juge (ou le législateur) dans un cas présent précis affecteront le système de règles lui-même. Il faut en effet prendre conscience que la règle nouvelle actuellement adoptée par le juge (suivant le critère de richesse maximale) ne couvre pas seulement le cas actuellement traité, mais aussi des cas futurs. Cependant, le juge ne peut savoir dans quelle mesure une application ultérieure inconnue de ladite règle entrera en conflit avec d'autres règles.

Les coûts spécifiques issus des impossibilités de prévision et d'évaluation jouent un rôle très important. D'une part ils contribuent à élaborer une théorie des coûts des contrats. D'autre part ils permettent aussi d'analyser le processus d'émergence des institutions. Ils autorisent en tout cas à défendre l'idée que les règles et les institutions ne sont pas *a priori* le résultat de l'omniscience. Car c'est bien là le défaut majeur du critère d'efficacité parétienne, puisque tous deux imposent un objectif externe au processus qu'ils prétendent expliquer.

Les règles et les institutions proviennent de l'ignorance et de l'incertitude. Si l'acteur économique cherche délibérément à accroître son savoir, et s'il y parvient, ses propres perceptions (y compris celle du temps) en viennent à changer et ses possibilités d'actions se modifient aussi. Le résultat de son action n'est cependant pas davantage prévisible, d'autant plus qu'il dépend fortement des actions de la multitude des autres décisions, dont les résultats sont eux-mêmes imprévisibles. C'est la raison pour laquelle naissent des règles *abstraites* et très générales qui s'adressent à la catallaxie (24). Les règles abstraites qui forment le Droit n'ont pas d'objectif propre à l'instar de la catallaxie (25), mais elles ont une fonction stabilisatrice importante en ce sens qu'elles tendent à offrir l'environnement le plus stable (26). Il faut comprendre par là que l'aptitude des entrepreneurs à concevoir des projets dans un environnement passablement stable dépend *aussi* de l'existence de signaux d'information *autres* que les prix.

A partir de là, l'on peut aussi voir et comparer quelles sont les conséquences des règles naturelles et celles des règles fabriquées, selon

(24) Sur ce point, voir notamment F. Hayek (1973). Les Autrichiens distinguent l'économie de la catallaxie. Une économie est un procédé social qui se définit en termes d'obtention d'objectifs désignés par un centre de décision (une firme, un ménage) et compte tenu d'un savoir donné sur les moyens d'atteindre ces objectifs. Au contraire une catallaxie est un réseau formé d'une multitude de centres de décisions et n'a pas d'objectif spécifique qui lui soit propre. La catallaxie est un ordre de marché spontané et imprévisible.

(25) Les règles générales et abstraites sont précisément discutées par Hayek (1973 ; chap. 5, "Nomos" : le droit et la liberté).

(26) A ce propos, on consultera notamment R. Heiner (1983). Cet auteur démontre que des modèles de comportements stables ne sont pas seulement cohérents avec un univers fondamentalement incertain mais sont le produit de l'incertitude généralisée elle-même.

la distinction faite par F. Hayek (1973). L'établissement des règles fabriquées ne peut en aucun cas relever de l'omniscience. Mais forcément, en ayant pour but de réduire les coûts de transaction issus de l'incertitude, les règles fabriquées portent dans une certaine mesure atteinte aux droits de propriété et à leur répartition, ce qui, comme nous l'avons vu, n'est pas sans effet sur l'efficacité. Assurément les droits de propriété changent dans le temps, en réponse à de nouvelles possibilités d'interactions entre les hommes. Lorsque de tels changements prennent la forme de modifications des règles naturelles, ils acquièrent un caractère endogène ou spontané, résultant de l'action des hommes et non d'un grand dessein social. Mais lorsque les changements des droits de propriété proviennent de règles fabriquées, ils revêtent un caractère exogène et s'imposent à la société. Il y a tout lieu de craindre qu'en associant la justice et la maximisation de la richesse les règles fabriquées prolifèrent, réduisant et entravant la liberté d'action des individus. Au contraire les règles naturelles, en conformité avec le processus de marché, garantissent plus de liberté.

V - EPILOGUE : PRIORITE AUX DROITS MORAUX OU PRIORITE A L'EFFICIENCE ?

Trop souvent, l'aptitude à obtenir des biens et services produits et répartis de manière à augmenter la richesse de la nation a servi de critère à l'économiste, au détriment de toute considération sur ce qui peut garantir la liberté d'action des hommes. Si nous tenons compte de façon significative du marché comme processus de découverte, des droits de propriété et des coûts de transaction, le problème économique n'est plus spécialement de maximiser la richesse ou de générer un optimum de Pareto. La question est de savoir quelles sont les règles et institutions qui permettent d'augmenter les capacités de souplesse et d'adaptabilité du système économique à travers notamment la fonction d'entrepreneur.

Cela ne signifie pas qu'il faille abandonner tout critère d'efficacité, mais plutôt qu'il est nécessaire de réinterpréter le concept dans un contexte évolutionniste. Un critère d'efficacité subjectiviste et dynamique apparaît comme plus satisfaisant que les objectifs statiques néo-classiques d'affectation des ressources. Plus satisfaisant, il l'est à l'égard de l'analyse économique des institutions, notamment de l'analyse économique du Droit ; mais aussi à l'égard de la liberté. Cependant, il est tout à fait plausible que le critère subjectiviste et dynamique d'efficacité ne revête plus la même importance que le critère de Pareto ou celui de maximisation de la richesse dans l'univers objectiviste et statique. La raison est que le nouveau critère est par nature subordonné à la notion de liberté. Le débat sur le critère d'efficacité - et sur l'importance primordiale ou secondaire de celui-ci n'est que la partie visible d'une opposition plus

profonde. Dans le fond, la controverse porte sur l'importance qu'il faut accorder au fait incontesté que les humains ont des capacités distinctes et autonomes de choix et d'action.

Dans son analyse économique du Droit, R. Posner présente une défense instrumentaliste du marché. Il en va ainsi lorsqu'il recourt à la notion de marché hypothétique. Partant, comme nous l'avons vu lorsqu'il invoque les principes de compensation, il considère les individus eux-mêmes comme des instruments au service de la réalisation d'un objectif imposé de manière externe. Ce faisant, il rejoint tout autant la philosophie utilitariste que les théories contractariennes de la morale et de la justice (27), lesquelles considèrent comme secondaires l'autonomie et le caractère volontaire des échanges entre les acteurs humains. Utilitaristes et contractariens de la morale et de la justice considèrent la liberté comme un instrument du bien-être humain. Les contractariens cherchent à reconstruire la moralité en tant que résultat d'un accord hypothétique et fondent celle-ci en donnant la priorité au bien-être (voire la maximisation de la richesse) sur la liberté.

Au contraire, la théorie des droits naturels part de l'idée que la moralité existe dans l'état de nature et n'est pas conventionnelle. Elle considère de ce fait la liberté comme un bien intrinsèque. Comment définir le droit d'être libre ? Quelle est la nature de la séparation entre les personnes ? Ce sont des questions auxquelles Posner n'a accordé aucune priorité.

REFERENCES

BECKER G.S. :

- (1974), "A Theory of Social Interactions", *Journal of Political Economy* (nov.).

- (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago University Press.

- (1981), *A Treatise on the Family*, Harvard University Press.

BRENNAN G. et BUCHANAN J.M. :

- (1985), *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Cambridge University Press.

(27) Les théories contractariennes de la morale et de la justice s'opposent aux théories du contrat constitutionnel, lesquelles ont été particulièrement développées par J. Buchanan (1976) et plus récemment par G. Brennan et J. Buchanan (1985).

BUCHANAN J.M. :

- (1969), "External Diseconomies, Corrective Taxes and Market Structure", *American Economic Review* (mars).
- (1973), "The Institutional Structure of Externality", *Public Choice* (Spring) n. 14.
- (1975), *The limits of Liberty : Between Anarchy and the Leviathan*, University of Chicago Press.

CALABRESI G. :

- (1961), "Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, n. 70.

CENTI J.P. :

- (1986), "Pourquoi la déréglementation ?", Communication au Colloque de l'Université de Corse sur la déréglementation, *Revue de Droit Prospectif* 1987-2.

COASE R.H. :

- (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* (oct.).

COOTER J.L. :

- (1982), "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11.

DALY G. :

- (1974), "The Coase Theorem : Assumptions, Applications and Ambiguities", *Economic Inquiry*, Vol. 12, n. 1 (juin).

DWORKIN R. :

- (1980 a), "Is Wealth a Value ?", *Journal of Legal Studies*, n. 9.
- (1980 b), "Why Efficiency ?", *Hofstra Law Review*, n. 8.

EPSTEIN R. A. :

- (1985), *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press.

GRAAF J. de V. :

- (1970), *Theoretical Welfare Economics*, trad. franç. sous le titre : *Fondements théoriques de l'économie du bien-être*, Tome 1, Dunod.

HAYEK F. A. v. :

- (1945), "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, Vol. 35 Rééd. in *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press (1948).
- (1967), *Studies in Philosophy, Politics, and Economics*, University of Chicago Press.
- (1973), (1976), (1979), *Law, Legislation and Liberty*, 3 vol. Trad. franç., *Droit, législation et liberté*, P.U.F., Vol. 1 (1980), Vol. 2 (1981), Vol. 3 (1983).

HEINER R. A. :

- (1983), "The Origin of Predictable Behavior", *American Economic Review*, Vol. 73, n. 4 (sept.).

HICKS J.R. :

- (1940), "The Valuation of Social Income", *Economica*, Vol. 7.

KALDOR N. :

- (1939), "Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, Vol. 49.

KIRZNER I.M. :

- (1963), *Market Theory and the Price System*, Princeton, N.J : D. Van Nostrand Co.

- (1973), *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press.

- (1982), "Uncertainty Discovery and Human Action", in *Method, Process, and Austrian Economics : Essays in Honor of Ludwig von Mises*, I. Kirzner ed., Lexington Books, D.C. Heath & Co.

KORNHAUSER L. A. :

- (1985), "L'analyse économique du droit", *Revue de Synthèse, Philosophie et Epistémologie juridiques* (avril-sept.).

KRONMAN A.T. :

- (1980), "Wealth Maximization as a Normative Principle", *Journal of Legal Studies*, n. 9.

LACHMANN L. M. :

- (1976), "From Mises to Shackle : An Essay on Austrian Economics and the Kaleidic Society", *Journal of Economic Literature*, Vol. 14, n. 1 (mars).

LOASBY B. :

- (1976), *Choice, Complexity, and Ignorance*, Cambridge University Press.

MACKAAY E. :

- (1986), "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste", *Revue Internationale de droit économique*, 1987, n. 1

MISES L. v. :

- (1949), *Human Action : A Treatise on Economics*. Trad. franç., *L'action humaine : Traité d'économie*, P.U.F., 1985.

O'DRISCOLL G.P. Jr et RIZZO M.J. :

- (1985), *Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell.

PIGOU A.C. :

- (1928), *Study of Public Finance*, Macmillan Press, Londres.

POLINSKY A.M. :

- (1980), "Resolving Nuisance Disputes. The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, n. 32.

POSNER R.A. :

- (1972), *Economic Analysis of Law*, Little Brown, (2ème éd. 1977).

- (1981), *The Economics of Justice*, Harvard University Press.

SAMUELS W.J. et MERCURO N. :

- (1984), "Posnerian Law and Economics on the Bench", *International Review of Law and Economics*, n. 4.

SEN A.K. :

- (1970), "The Impossibility of a Paretian Liberal", *Journal of Political Economy* (janv./fév.), Vol. 78.

SEUROT F. :

- (1985), "La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique", Communication aux journées de Micro-économie appliquée, Paris (22-23 mai).

SHACKLE G.L.S. :

- (1972), *Epistemics and Economics*, Cambridge University Press.

SIMON H.A. :

- (1957), *Models of Man : Social and Rational Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, John Wiley & Sons, New York.

VELJANOVSKY C.G. :

- (1981), "Wealth Maximization, Law and Ethics, On the Limits of Economic Efficiency", *International Review of Law and Economics* (juin).

WILLIAMSON O.E. :

- (1981), "The Modern Corporation : Origin, Evolution, Attributes", *Journal of Economic Literature*, Vol. 19 (déc.).

LA DISTINCTION DU PATRIMONIAL ET DE L'EXTRA-PATRIMONIAL ET L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT : UN UTILE FACE A FACE.

Par

Christian ATIAS
*Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille (Institut Portalis)
Mc Gill University (Boulton Senior
Fellow : 1986-1987) (*)*

1. - L'apparente hérésie de l'analyse économique du droit. Pour la grande majorité des juristes français, l'analyse économique du droit se présente d'emblée comme doublement hérétique. En premier lieu, elle raisonne sur les relations personnelles en termes pécuniaires, en calculant des coûts et des profits ; en second lieu, elle utilise en ce domaine la qualification de propriété. C'est dire que l'analyse économique du droit paraît méconnaître la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial. En droit civil français, bien des principes et des concepts fondamentaux supposent la différenciation de ce qui a principalement une valeur pécuniaire et de ce qui n'est pas susceptible d'une telle évaluation. La frontière qui sépare le monde des choses et celui des personnes paraît infranchissable ; l'étudiant, même débutant, qui la transgresserait n'aurait aucune chance de trouver grâce aux yeux de son professeur. C'est la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial qui permet de placer, en toute circonstance, "la personne

(*) Après avoir fait l'objet d'un premier exposé lors du colloque aixois dont les travaux sont ici rapportés, le présent texte a été discuté à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, le 17 septembre 1986. L'auteur tient à remercier le professeur Ejan Mackaay pour son invitation, ainsi que tous les intervenants : il ne peut que témoigner de sa gratitude envers les professeurs Ejan Mackaay et Franck Buckley pour les discussions qu'il a pu avoir avec eux à maintes reprises et pour la documentation qu'ils lui ont fournie.

au-dessus du patrimoine" (1). En effet, "nos sociétés marquent la transcendance qu'elles attachent à l'homme, en posant juridiquement sur sa tête des attributs innés, inviolables, incessibles, exprimant son intimité profonde et la dignité de son être" (2) ; or, ces attributs s'opposent en tous points aux droits dont les choses sont l'objet ou l'occasion. Qui affirmerait que "tout droit ne peut être qu'un attribut des personnes" (3) se mettrait hors du droit français ; comment associer ce qui est propre à chacun, compte tenu de sa personnalité concrète, et ce qui est identique pour tous et demeure défini indépendamment de son titulaire ? Par conséquent, si l'analyse économique du droit confondait le patrimonial et l'extra-patrimonial, elle serait très probablement incompatible avec la tradition civile française ; si certains juristes s'y ralliaient, ce serait nécessairement sur la foi d'un constructivisme supposant qu'une culture juridique peut être changée du tout au tout par l'effet d'une décision consciente et délibérée. En définitive, il y aurait incompatibilité entre l'analyse économique du droit et le libéralisme juridique.

2. - Une généralisation juridique trompeuse. Avant d'admettre une conclusion aussi radicale, il faut observer que les juristes ont souvent, à l'égard de l'économie, une attitude intellectuelle difficilement justifiable. Ils raisonnent volontiers sur "une alternative : donnée économique ou donnée morale ?" (4). Plus précisément, ils s'inquiètent de l'irruption de considérations économiques dans les domaines où les biens ne sont pas seuls en cause ; l'amalgame leur paraît contre-nature. "Si soucieux que soient aujourd'hui les économistes eux-mêmes de mettre l'économie au service de la personne, le calcul économique, qui est celui des biens, ne risque-t-il pas toujours de méconnaître la précellence de la personne et renverser ainsi l'ordre des valeurs ?" (5). Ce raisonnement mérite, en lui-même, réflexion. Qu'il y ait des "calculs économiques" en matière extra-patrimoniale, nul n'en peut douter (6) ; par conséquent, en

(1) R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 3ème série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Paris, Dalloz, 1959, n. 347, p. 18. - Comparer même ouvrage, 2ème série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, Paris, Dalloz, 1959, n. 61 et s., p. 92 et s. : "pour que se comprennent et collaborent économistes et juristes".

(2) R. Savatier, op. cit., 3ème série, p. 8, n. 337.

(3) H. Lepage, Pourquoi la propriété, Paris, Hachette, 1985, coll. Pluriel, p. 357 et s. -H. Lepage, in Droits, Revue française de théorie juridique, 1985, n. 1, p. 93 et s.

(4) Comparer F. Terré et Y. Lequette, Droit civil, Les successions, Les libéralités, Paris, Dalloz, 1985, n. 6, p. 6. -Adde L. Josserand, "Un ordre juridique nouveau" DH 1937. -R. Savatier, op. cit., 3ème série, n. 349, p. 21 : "On ne mesure pas les dépenses patrimoniales nécessaires pour sauver une vie humaine à la productivité patrimoniale possible de l'homme qu'il s'agit de sauver. La personne n'a pas de prix. Elle est au-dessus de tout prix". -Comparer A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Paris, L.G.D.J., 1960, préface G. Levasseur, N. 171, p. 114-115.

(5) R. Savatier, op. cit., 3ème série, sur le cas désormais exemplaire, tant il a été discuté, du "marché d'enfants" : n. 352, p. 25.

(6) R. Savatier, op. cit., 3ème série, n. 337, p. 8.

tenir compte ne suffit certainement pas pour "renverser l'ordre des valeurs". A dire le vrai, le refus de l'économique cache bien souvent une prise de position en faveur d'une certaine politique économique ; sous la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial, s'insinue alors dans les esprits, de manière irrationnelle, une philosophie juridique bien connue : "en présence de ces offensives de l'argent, on est tenté de chercher la protection de la personne dans une socialisation, justifiée par le caractère collectif des tâches que l'âge de notre civilisation impose à l'Humanité. De fait, une organisation, à certains égards, socialisée de la collectivité humaine peut être, dans notre temps, le moyen nécessaire d'y protéger la personne" (7). Ainsi, le souci d'éviter la patrimonialisation de la personne, cette réification qui la rendrait étrangère à elle-même, conduit à espérer sa socialisation, son étatisation qui la sort d'elle-même encore bien davantage, la dénature, voire la détruit. L'analyse économique du droit ne pourrait-elle aider à en prendre conscience ? La question se pose d'autant plus que l'ambiguïté règne sur ses ambitions ; prétend-elle indiquer les moyens de parvenir à certaines fins ou imposer la poursuite de certains objectifs ? La réaction du juriste ne saurait être identique dans les deux cas ; c'est dire qu'il ne peut rejeter sans examen les offres de service des économistes.

3. - Une incompatibilité philosophique entre analyse économique du droit et théorie juridique ? La réaction de rejet pourrait être fondée que si les fondements de l'analyse économique du droit et ceux de la théorie juridique se révélaient contradictoires ; et encore resterait-il à s'interroger sur l'origine de cette incompatibilité supposée ! Elle pourrait se limiter à certains aspects des deux théories. Une conclusion envisageable serait que l'analyse économique est satisfaisante dans l'étude du régime juridique des biens ou des contrats, tandis qu'elle serait à rejeter dans l'examen du statut juridique des personnes. L'incompatibilité pourrait provenir seulement d'une conception différente de la personne humaine dont le droit et l'économie envisageraient des aspects différents ; leur complémentarité devrait alors respecter leur indépendance. Tout au contraire, il se pourrait que l'analyse économique et la théorie juridique fussent en complet malentendu ; la première pourrait relever d'une philosophie insusceptible de rendre compte de la réalité juridique. Si l'analyse économique du droit supposait l'adoption d'une nouvelle notion du droit, de sa nature et de ses fonctions, il ne faudrait pas s'étonner de son rejet, au moins provisoire, par les juristes. Tant que la nécessité d'y venir ne leur aurait pas été démontrée ou ne leur serait pas apparue par d'autres moyens, le coût

(7) R. Savatier, op. cit., 3ème série, n. 353, p. 26. - Comparer, sur la parenté idéologique qui peut se retrouver entre les disciplines juridiques et économiques, Th. C. Heller, "The importance of normative decision-making", *Wis. Law Review*, 33385, (1976).

d'un tel bouleversement leur apparaîtrait certainement excessif ; notamment, les professeurs de droit résisteraient farouchement à un changement de leurs habitudes, qui les conduirait à devoir tenir pour correctes les affirmations de leurs étudiants, jusque-là considérées comme ineptes et incorrigibles.

L'hypothèse d'une irréductible incompatibilité entre analyse économique et théorie du droit semble confirmée par une constatation importante. De nombreux partisans de l'analyse économique s'enferment dans des alternatives qui risquent fort d'apparaître bien simplistes aux yeux des juristes accoutumés à résoudre des conflits trop complexes pour être analysés en des termes si peu nuancés : conflits d'intérêts, conflits de normes, conflits de droits. Une première opposition présentée comme irréductible est celle de l'éthique économique visant à l'accroissement de la valeur globale de la richesse produite et de l'éthique utilitariste tournée vers la recherche du plus grand bonheur possible ; à la deuxième préoccupation seule, se rattacherait la suprématie accordée à l'intérêt collectif sur l'individuel et le recours à la contrainte publique. Une deuxième opposition est dressée entre la liberté et tout le reste, entre la liberté et l'anti-liberté. Le juriste qui avait toujours cru, toujours su, qu'il y avait nécessairement des aires de liberté et des aires de contrainte, des règles supplétives et des règles impératives, apprend qu'il s'était trompé : "pour qu'il y ait liberté, toutes les libertés sont nécessaires" (8).

Ces alternatives caractéristiques de certaines conceptions de l'analyse économique du droit résultent de présupposés assez faciles à reconnaître. Les auteurs qui raisonnent ainsi fondent leurs recherches sur un subjectivisme révélateur. Une telle attitude ne devrait pas embarrasser les juristes français de cette fin du XXème siècle ; ne conçoivent-ils pas tout le droit comme un ensemble de droits individuels ? Comme l'économiste de la tendance évoquée, ils recherchent la nature du droit dans le sujet, dans un sujet placé au centre et à la source des règles. La propriété en particulier est définie comme "un droit naturel de l'être humain" (9). Ce subjectivisme puise directement son origine dans la pensée d'Emmanuel Kant. De son criticisme, procède à la fois la référence à un universel abstrait et l'idée d'autonomie de la volonté. Ainsi l'analyse économique du droit invoque-t-elle, par la plume de certains auteurs, les "principes... élémentaires d'une éthique universelle reposant sur des valeurs de dignité, de créativité et de responsabilité (9) ; ceux-là qui la conçoivent comme un prolongement moral de cette philosophie des valeurs qui ignorent résolument la nature humaine réelle et concrète ne peuvent certainement pas renier leur filiation à l'égard de Kant.

(8) H. Lepage, Pourquoi la propriété, p. 357 et s.

(9) H. Lepage, *op. cit.*, p. 414 : et non comme étant de droit naturel. *Adde* p. 386, 395-396, 417.

De plus, les mêmes théoriciens de l'analyse économique partent de l'hypothèse d'une "auto-détermination" (10) individuelle. Ils sont ainsi conduits directement à déclarer que "le principe de l'autonomie ou de "l'autodétermination" individuelle est le seul qui permette d'établir et de développer une théorie des droits -et donc une théorie de la liberté- qui soit pleinement cohérente" (11). Toute la question qui se trouve ainsi escamotée serait de savoir si l'objectif à s'assigner est bien de rendre cohérente une théorie des droits ; plus précisément, il faudrait avoir démontré qu'une théorie cohérente du droit peut partir des droits individuels. Il se trouve que les juristes ont toutes les raisons d'en douter. Monsieur le Professeur Michel Villey a lumineusement montré et définitivement établi que la théorie des droits dénature la théorie du droit. En particulier, "l'apparition des droits de l'homme témoigne de la décomposition du concept du droit. Leur avènement fut le corrélat de l'éclipse ou de la perversion, dans le philosophie moderne individualiste, de l'idée de justice et de son outil, la jurisprudence... Ces *non-juristes* que furent les inventeurs des droits de l'homme leur ont sacrifié la justice, sacrifié le droit... Ainsi les philosophes modernes nous gratifièrent-ils d'un langage dont le résultat le plus clair est une plongée dans le brouillard. Langage indistinct, dangereusement flou, générateur d'illusions et de fausses revendications impossibles à satisfaire" (12). Dans la technique juridique, l'irruption des droits individuels a, en effet, eu des conséquences désastreuses. Ce fut d'abord la prolifération de ces droits de moins en moins déterminés ; ce fut ensuite la multiplication des conflits entre ces droits. Le notable est qu'il fallut sortir de la théorie des droits subjectifs pour parvenir à résoudre ces conflits qu'elle avait suscités et pour lesquels elle n'offrait aucun principe de solution (13). Finalement, de même que le jus-naturalisme kantien s'achevait en un pur positivisme (14), le subjectivisme juridique a débouché sur un interventionnisme législatif et judiciaire que certains économistes analysant le droit paraissent tentés de reprendre à leur compte. Ceux-là ne pourraient être suivis que par des juristes ayant rejeté la conception classique du droit naturel pour prendre, chez Kant, soit son jus-naturalisme, soit son positivisme. Nombre de juristes sont aujourd'hui convaincus que la doctrine kantienne du droit ne peut les aider à comprendre le phénomène juridique.

(10) H. Lepage, *ibidem*.

(11) H. Lepage, *ibidem*. Comparer S. Pejovich, "Towards an economic theory of the creation and specification of property rights", 30 *Review of social Economics*, 309 (1972) : cet auteur met bien en lumière l'effort des auteurs de l'analyse économique du droit pour étendre le domaine de la théorie commune de la production et des échanges.

(12) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983, coll. Questions, p. 183.

(13) M. Villey, *op. cit.*, l'a lumineusement démontré.

(14) S. Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, p. 125, 128, 132, 144, 146. -S. Goyard-Fabre, "Kant et l'idée pure du droit", *Archives de philosophie du droit*, 1981, t. 26, p. 152.

Elle y est d'autant plus inapte que son volontarisme l'empêche de rendre compte de la formation des théories et concepts juridiques. Sur ce point aussi, beaucoup d'adeptes de l'analyse économique du droit commettent l'erreur d'aller chercher leur vision du droit dans une philosophie qui n'a rien de juridique. Ainsi admettent-ils qu'une conception théorique soit purement et simplement substituée à une autre par l'effet d'un choix délibéré ; ils semblent imaginer sans trouble, ni doute, que les juristes vont abandonner soudain leurs raisonnements actuels pour s'adonner résolument à l'analyse économique du droit. Il n'est pas rare de lire sous leur plume que l'objectif poursuivi est de "construire une culture juridique" (15). Ce constructivisme-là n'est pas moins pernicieux que l'autre ; il méconnaît gravement la nature de la science du droit. La culture juridique n'est pas le résultat délibéré d'un projet organisé ; elle est un ordre savant traditionnel particulièrement complexe qui évolue de manière spontanée (16). Cette culture peut sans doute être enrichie, complétée, influencée ; mais elle obéit à des processus sélectifs qui interdisent de prétendre la construire comme un ensemble de décisions volontaires. Nul ne peut, par conséquent, ordonner le remplacement des raisonnements juridiques traditionnels par l'analyse économique du droit ; ce qui est seulement possible, c'est d'espérer insérer cette composante supplémentaire dans la théorie juridique existante. Etre plus ambitieux serait oublier que "nombre d'interdits... ne sont que le produit d'une longue expérience qui nous a appris à identifier des classes d'actions nuisibles à notre existence..., classement qui puise ses racines dans l'expérience même de faits objectifs" (17).

Faut-il en conclure que l'analyse économique du droit méconnaît la nature du droit ? Faut-il, plus précisément, admettre qu'analyse économique du droit et droit naturel classique sont inconciliables ? Des réponses négatives s'imposent. En effet, ni le subjectivisme, ni le volontarisme, hérités notamment d'Emmanuel Kant, ne sont inhérents à l'analyse économique du droit. Par conséquent, un premier intérêt de cette forme particulière de collaboration entre juristes et économistes apparaît clairement ; mettant en commun leurs expériences, ils peuvent s'aider mutuellement à résister à leurs communs démons. Subjectivisme et volontarisme sont des déviations, des pièges aussi bien pour le juriste que pour l'économiste. L'analyse économique du droit, à condition qu'elle fût l'occasion d'une véritable complémentarité, pourrait être

(15) B. Ackerman, Private property and the Constitution, 1977. - Voir, du même auteur, la contribution au présent colloque.

(16) Sur cette idée, voir J. Gray, Hayek on liberty, Basil Blackwell, Oxford, 1984, notamment p. 41.

(17) H. Lepage, op. cit.

une voie féconde pour déceler ces écueils et pour échapper à leurs dangers.

4. - Fonctions de la règle de droit. La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial fournit un excellent test de cette possibilité de collaboration. Il appartient, aux juristes et aux économistes, de s'atteler au travail de vérification qui est, ici, particulièrement nécessaire. Encore faudrait-il qu'ils parvinssent à s'entendre sur les fonctions à remplir par les règles de droit ! Hayek offre une bonne base pour un accord minimum. Juristes et économistes devraient pouvoir admettre que la règle de droit "sert, ou s'efforce de maintenir et d'améliorer, un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois contre son gré, qui se déploie hors de la portée de l'organisation délibérée de quiconque et qui n'est pas fondé sur l'obéissance des individus aux ordres de quelqu'un, mais sur leurs anticipations parvenant à s'ajuster les unes aux autres" (18). La fonction de la règle est alors de faciliter les anticipations. Pour "accroître la compatibilité des activités en délimitant de façon appropriée la portée des actions permises", les règles de droit doivent rendre "plus probable l'ajustement des anticipations et moins probable leur conflit" (19). Le juriste français soutiendrait volontiers que l'ajustement des anticipations mettant en cause la personne, l'extra-patrimonial, ne peut être réalisé par les mêmes procédés, c'est-à-dire par les mêmes règles, que celui des anticipations relatives aux choses, aux biens corporels ou incorporels. C'est ce que l'analyse économique du droit paraît contester. Pour mesurer l'importance de la divergence, pour tenter d'enrichir chacune des théories grâce aux apports de l'autre, il faut envisager successivement le phénomène de patrimonialisation que connaît le droit français depuis le XIX^{ème} siècle et la spécificité de la notion juridique de propriété dans les systèmes de droit civil. Que la frontière du patrimonial et de l'extra-patrimonial ne soit pas immuable est déjà une indication d'importance ; elle contraint le juriste à repenser les justifications de ces convictions fondamentales. A l'inverse, la prise en considération des concepts juridiques précisément définis, tels que la propriété, peut être riche d'enseignements pour l'économiste. De l'expérience juridique, des distinctions établies pour les besoins de la théorie comme de la pratique, il peut retirer d'immenses bienfaits pour la pertinence de son analyse. Cette possibilité d'échanges réciproques

(18) F. Hayek, Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique, vol. 1, Règles et ordre, traduction R. Audouin, P.U.F., coll. Libre-échange, 1973, p. 142 ; adde même ouvrage, p. 60, 122, 128. -Adde également p. 117 : "Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés".

(19) F.A. Hayek, op. cit.

justifie l'examen du phénomène de patrimonialisation, avant celui de la spécificité de la notion juridique de propriété.

I - LA PATRIMONIALISATION CROISSANTE DU DROIT CIVIL FRANCAIS.

5. - **Progrès ou décadence ?** Les avis sont fort partagés sur l'appréciation que mérite ce phénomène de patrimonialisation du droit civil français. Son ampleur est en revanche hors de doute. Tout ce qui autrefois répugnait à la moindre évaluation pécuniaire fait désormais l'objet de conventions ou de décisions d'indemnisation, voire de cession moyennant finance. Les attributs de la personnalité, -nom, image, vie privée-, l'intégrité physique que mettent en cause les conventions limitant ou supprimant la responsabilité du transporteur de personnes, les productions de l'esprit, les souffrances et les affections, les titres habilitant à exercer une profession, tout se monnaie. Le juriste classique a tendance à s'en offusquer. Pourtant, sa réaction doit être précisée et expliquée. Dresser le tableau de cette évolution considérable ne suffit pas ; il faut encore rechercher dans quelle mesure elle remet véritablement en cause la personnalité humaine et ce qu'elle peut avoir d'irréductible.

A - Tableau d'une évolution.

6. - **Des principes péremptoires.** Il y a peu encore, la théorie juridique relative à la personne était d'une parfaite intransigeance. Pour écarter toute patrimonialisation de la personne, elle se fondait sur un raisonnement très net. "Si les droits de la personnalité sont vraiment attachés à celle-ci d'une façon aussi étroite qu'on le dit souvent, ils ne peuvent en être séparés. Ils ne peuvent être ni cédés, ni abandonnés ; ils sont soustraits à l'emprise de la volonté humaine. Et il est bien certain qu'une personne ne pourrait renoncer à son droit à la vie ou à sa réputation, de même qu'elle ne pourrait vendre sa liberté de pensée. Les droits de la personnalité ne peuvent en principe faire l'objet d'une convention" (20). Plus généralement, la certitude régnait sur l'impossibilité de disposer de son nom par exemple ou encore d'une clientèle civile ; au début du siècle, nul ne doutait de l'aberration et de l'immoralité qu'il y aurait à prétendre réparer un dommage moral. Toutes ces solutions paraissaient s'être dégagées progressivement comme d'incontestables progrès de civilisation. Elles ont toutes connu depuis un relatif déclin par l'effet de la multiplication des exceptions qui viennent entamer leur domaine d'application initial.

(20) G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, t. I, Paris, Sirey, 1956, n.334, p. 484. - Comparer R. Savatier, op. cit., 3ème série, n.346 et 346 bis.

7. - **Le nom patronymique.** Le nom de famille était radicalement incessible et imprescriptible. Ces principes demeurent ; mais des distinctions ont permis de restreindre leur portée. "Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial" (21). Par conséquent, c'est seulement lorsqu'il remplit sa fonction spécifique d'identification d'une personne physique que le nom demeure inaliénable. De même, il peut être acquis par un usage prolongé et loyal (22). Ce qui est notable, c'est la signification des principes évoqués. Si le nom patronymique était incessible et imprescriptible, c'est beaucoup moins pour protéger la personne de son titulaire que pour faciliter l'action de l'Etat et, en particulier, l'action policière. Même le souci de marquer la continuité familiale inspirait assez peu ce régime juridique contraignant puisque la procédure de changement de nom a été instituée sans le moindre égard à cet aspect de la réalité personnelle du porteur.

8. - **Les clientèles civiles.** Jusqu'au milieu du XXème siècle, il parut évident que les clientèles des médecins, des avocats, des architectes étaient "attachées à leur personne" et, par conséquent, incessibles ; l'activité des membres de ces professions libérales ne repose-t-elle pas entièrement sur la confiance toute personnelle qu'ils parviennent à mériter de la part de leurs clients ? La confiance ne se monnaie pas. "Dès 1840, le journal "La Presse" publiait l'annonce d'un médecin mettant sa clientèle en vente. Presque simultanément la jurisprudence prit position en affirmant que la clientèle d'un médecin est hors commerce. En revanche, celui-ci peut valablement s'engager à présenter son successeur et à ne plus exercer. Il recevra une somme d'argent pour "...indemnité de cet abandon et de la coopération qui en est la suite (et) le prix de cette renonciation doit être fixé en raison de l'importance de la clientèle abandonnée". La motivation des décisions qui suivirent est étonnamment stable. La clientèle civile est fondée sur la confiance qui est hors du commerce. Toute vente de clientèle civile est donc déclarée nulle" (23). Il fallut attendre 1956 pour que la Cour de cassation prit une position nette sur la patrimonialisation indirecte de la clientèle civile : "les avantages pécuniaires que peuvent procurer (au professionnel) la présentation d'un successeur à sa clientèle, et l'engagement de ne pas se rétablir dans un périmètre précis, constituent une valeur patrimoniale" (24).

(21) Cass. com. 12 mars 1985 : D.S. 1985, p. 471, note J. Ghestin.

(22) Cass. civ. 1ère 31 janvier 1978 : J.C.P. 1979, II, 19035, note P. Neyrac. - 6 juillet 1977 : J.C.P. 1978, II, 18817, obs. R. Savatier.

(23) J. Audier, Les droits patrimoniaux à caractère personnel, Paris, L.G.D.J., 1978, préface P. Kayser, Bibl. de dr. privé, n.29, p. 41-42.

(24) Cass. civ. 1ère, 7 mars 1956 : D. 1956, p. 523, note M. Percerou.

Des raisonnements comparables - bien qu'apparemment fondés sur des motifs différents- ont été tenus à propos des offices ministériels : "si l'office notarial et le titre de notaire ne sont pas dans le commerce, le droit, pour le notaire, de présenter un successeur à l'autorité publique constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé" (25).

9. - **Autres exemples.** Ce catalogue pourrait être complété sans difficulté. Il faudrait notamment faire place aux propriétés intellectuelles, droits sur les oeuvres d'art et sur les inventions. A l'origine, la question de leur nature juridique suscita hésitations et controverses. Le vocable "propriété" fut utilisé davantage comme un slogan politique, une évocation heureuse, un instrument de combat, plutôt que comme une qualification juridique. Par la suite, la mise à l'écart d'un droit moral permit de commercialiser dans une certaine mesure les produits de l'imagination et du talent. En particulier, leur situation parmi les biens des époux put être précisée. L'article 1404 du Code civil paraît bien achever l'évolution en qualifiant de biens - "biens propres par nature" sans doute, mais avant tout "biens"- des droits attachés à la personne (26). Nul ne semble plus se demander s'il n'y aurait pas des valeurs à laisser en dehors du patrimoine (27). Il faudrait encore songer au préjudice moral qui vit de belles empoignades : qui oserait écrire aujourd'hui que la douleur ne se monnaie pas ?

10. - **Une évolution impressionnante.** Dans toutes ces hypothèses, une valeur patrimoniale largement autonome, détachée de la personne, a été progressivement reconnue. Ce qui venait de la personne même a été monnayé. Encore faut-il bien comprendre où le changement est véritablement intervenu ! Qu'il y ait un marché pour ces valeurs, qu'il y ait des accords, des pratiques comportant des versements de fonds parfois importants, les juristes le savaient depuis toujours, comme ils savent que le Code pénal coexiste avec l'existence de nombreux assassinats. Ce qui est nouveau, c'est que le droit vient protéger les parties à ces conventions désormais reconnues valables ; il sanctionne celui qui se refuse à les respecter.

Par conséquent, les juristes d'aujourd'hui semblent bien mal placés pour se voiler la face devant les raisonnements économiques ou pour se draper dans leur dignité en se prétendant bouleversés par les menaces de patrimonialisation de la personne humaine, qui seraient imputables aux seuls économistes. En réalité, l'analyse économique du

(25) Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1985 : D.S. 1986, inf. rap., p. 83.

(26) Si l'expression est reprise de l'article 1166 C. civ., il faut mesurer le chemin parcouru par rapport à ce prédécesseur purement négatif qui soustrayait ces droits à l'action des créanciers, sans les doter positivement d'un régime juridique particulier.

(27) Le "titre" de l'officier ministériel n'en offrirait-il pas un excellent exemple ?

droit peut leur ouvrir les yeux. Elle peut aussi les aider à retrouver une cohérence perdue. Les civilistes pourront-ils se contenter longtemps de cet empirisme -fort voisin de l'hypocrisie- qui leur fait dire que certaines valeurs sont en principe "hors du commerce", tout en admettant la validité des conventions à titre onéreux portant sur ces valeurs ? Pourtant, ce tableau d'une évolution ne serait pas suffisamment révélateur s'il ne tenait pas compte de la reconnaissance, par le droit, de ce qu'il y a d'irréductible dans la personne humaine.

B - L'irréductible personnalité.

11. - **Raison d'être des règles.** La plupart des théoriciens de l'analyse économique du droit se rallient à une conception fort classique du rôle du droit : il lui revient "de déterminer les désirs légitimes, ceux qui le sont moins ou pas du tout" (28). De même, ces auteurs considèrent comme économiquement justifiées des mesures qui "contribuent à réduire le niveau des activités criminelles, et les coûts que peuvent imposer certaines formes de désordre social" (29). Il est donc clair que le "bien" dans l'ordre économique ne se ramène nullement à un accroissement immédiat de richesse : "le principe économique d'efficacité... apparaît comme un *principe d'équilibre*, un système complexe de verrous... dont la qualité (est) de préserver l'espèce humaine des effets les plus néfastes de ses tentations" (30). C'est avec une conviction fondamentale identique que les juristes aboutissent à poser la distinction des choses et des personnes.

L'expérience juridique autorise, en effet, à penser que certains arrangements peuvent avoir les conséquences humaines, individuelles et sociales, les plus néfastes. Certains accords portant sur la vie des personnes peuvent accroître dangereusement le "*votum mortis*" dans l'esprit du bénéficiaire ; et il faudrait bien de la suffisance pour supposer que la soi-disant évolution de l'humanité nous mettrait désormais à l'abri de ce genre d'état d'esprit. D'autres pactes, comme ceux qui diminuent la responsabilité du transporteur de personnes, en cas d'accidents causant un préjudice aux passagers, risquent d'inciter ceux qui sont en mesure de prendre des précautions à réduire leurs efforts. Prenons encore l'exemple des conventions relatives à l'attribution d'un enfant. Elles peuvent aboutir progressivement à faire de lui un simple objet, une main d'oeuvre peu onéreuse et

(28) H. Lepage, Pourquoi la propriété, précité, p. 374.

(29) H. Lepage, op. cit., p. 383. - Adde même ouvrage, p. 357-358. - Comparer A. Gibbard, "The social choice perspective: a second look. Social choice theory and the imperfectability of a legal order", 10 Hofstra Law Review, 401 (1981-82). Pour une intéressante étude d'une autre activité coûteuse et révélatrice d'autres coûts : le contentieux, voir J.P. Gould, "The economics of legal conflict", 2 Journal of Legal Studies, p. 279 (1973).

(30) H. Lepage, op. cit., p. 384 : citant Posner.

"corvéable à merci" ; les "acquéreurs" ne se croiraient-ils pas bientôt libres de les utiliser à leur guise et, le cas échéant, de les maltraiter dans l'espoir de rentabiliser rapidement leur investissement. Dans des cas moins dramatiques en apparence, l'enfant recueilli sera considéré et traité comme un pur moyen de réalisation et de satisfaction personnelles par quelqu'un qui ne pourra plus demeurer conscient des besoins propres de cet enfant trop entouré, trop choyé peut-être. Il est encore à craindre que certaines femmes soient incitées par l'appât du gain à sacrifier leur santé pour produire des enfants à livrer à autrui ; certains parents peuvent aussi consentir à se défaire de leurs enfants, sans bien mesurer les conséquences d'une telle décision. En définitive, "les coûts que peuvent imposer (ces) formes de désordre social" seront considérables. Surtout, il est impossible d'obtenir de suffisantes informations sur ces coûts ; celles que le marché peut fournir sont ici tout à fait incomplètes. L'erreur serait de croire qu'une manifestation de volonté peut être tenue pour une indication claire là où de multiples liens sont tissés sans que les conséquences à long terme de leur rupture puissent être mesurées par avance. L'erreur serait de penser que l'image de la personne humaine reflétée par le droit -valeur à part ou marchandise usuelle- est indifférente ; il y a là encore des coûts sociaux imprévisibles.

C'est pourquoi, la tradition juridique a progressivement dégagé une gamme de réactions destinées à lutter contre les comportements les plus pernicioseux. Elles peuvent relever de l'arsenal pénal, comme dans le cas d'incitation à l'abandon d'enfant. Elles peuvent consister en indemnités accordées aux victimes de préjudices. Il peut encore s'agir de nullités frappant les actes considérés comme illicites ou immoraux. La signification de ces diverses mesures ne doit pas être déformée. Le droit ne prétend pas créer d'obstacles absolus supprimant toutes les pratiques reconnues comme inadmissibles ; à tout prendre, il ne s'agit pas exactement d'interdire. Et l'attitude inverse relèverait d'un total irréalisme. Ne le serait pas moins de simples principes abstraits ! La nullité, par exemple, n'empêche nullement qu'en pratique, certaines conventions soient conclues ; elle ne s'oppose pas davantage à l'exécution fidèle et spontanée de certaines d'entre elles. Elle est seulement utilisée comme une source d'incertitude supplémentaire qui pèse sur l'opération projetée. Les parties ne peuvent compter sur une sanction juridique pour contraindre le cocontractant à respecter son engagement. La convention ne sera donc efficace que si la bonne volonté des deux parties se maintient jusqu'à l'achèvement de l'opération ; comme l'une des deux obtiendra généralement le paiement par avance, l'autre sera dissuadée de s'engager dans un arrangement aussi risqué. C'est ainsi qu'eu égard à leurs dangers intrinsèques, certains comportements sont

maintenus comme marginaux (31). Le droit utilise la possible déloyauté de l'une des parties pour lutter contre le développement de pratiques néfastes. Parce qu'il n'est pas toujours possible de prévoir l'exécution simultanée des obligations réciproques, les règles posées parviennent à gêner "l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés" (32).

En raisonnant ainsi, les juristes pratiquent tout simplement l'individualisme méthodologique. C'est en recomposant les motivations individuelles qu'ils tentent de prévoir les réactions sociales à telle ou telle décision juridique. Ils savent qu'un changement, législatif, judiciaire ou autre, n'est jamais neutre ; il n'est jamais gratuit. Ils savent aussi qu'il n'a jamais un effet simple et direct, ce résultat précis recherché par le législateur. Toujours, la position adoptée a des retombées secondaires, des conséquences perverses ; elle modifie une cohérence, incite ou dissuade, améliore ceci ou facilite cela, rend une attitude plus dangereuse, plus incertaine ou difficile à adopter. Inévitablement, elle tend à définir le normal et le pathologique. Cet individualisme méthodologique n'est évidemment pas étranger à l'analyse économique du droit. Il est bien plutôt une base commune à la réflexion des économistes et à celle des juristes ; c'est la raison pour laquelle l'analyse économique du droit est en mesure d'enrichir notamment la théorie juridique contemporaine.

12. - L'apport de l'analyse économique. Le classement des comportements individuels en fonction de leurs résultats est une méthode que ni les juristes, ni les économistes ne peuvent négliger. Si "c'est la valeur que nous plaçons dans notre propre survie en tant qu'homme qui seule peut faire de nous des êtres capables d'adhérer ensuite à des valeurs" (33), il n'est pas étonnant que cette survie soit traitée comme une valeur à part, supérieure aux autres, en fonction de laquelle une hiérarchie des pratiques constatées peut être instituée et vérifiée. La convergence entre les théories économiques et juridiques paraît ici certaine (34).

Ce que l'analyse économique peut apporter de plus, ce ne sont pas des objectifs nouveaux ou préférables. Alvin Klevorick a raison de présenter la collaboration de l'économiste à la recherche du bon droit comme celle d'un technicien contribuant à la détermination de

(31) C'est ce qui justifie la solution actuelle selon laquelle le mari qui a autorisé sa femme à recevoir une insémination artificielle peut ultérieurement désavouer l'enfant : Trib. gr. inst. Nice, 30 juin 1976 : J.C.P. 1977, II, 18597, obs. Harichaux-Ramu.

(32) F.A. Hayek, op. cit., p. 117.

(33) H. Lepage, op. cit., p. 392.

(34) Opposer P. Burrows et C. Veljanowski, The economic approach to law, London, Toronto Butterworths, 1981, p. 14 qui fondent une dissociation radicale des disciplines juridiques et économiques sur une différence d'objet : le juriste s'attacherait aux cas particuliers et l'économiste aux généralités.

certaines valeurs, d'un "super-technicien" qui peut évaluer des avantages et des inconvénients et définir des résultats accessibles ou d'un savant qui peut proposer un nouveau vocabulaire, une nouvelle façon de voir, de comprendre les questions traditionnelles (35). Ce que l'analyse économique offre aux juristes, ce sont de nouvelles façons d'apprécier la qualité des moyens mis en oeuvre. Elle ne peut se substituer au raisonnement juridique traditionnel ; mais elle peut contribuer à la vérification de ses hypothèses. Il est incontestable que beaucoup de raisonnements juridiques reposent sur des affirmations relatives aux effets sociaux des règles consacrées ; or "ces effets sont généralement allégués ou supposés, mais ils sont rarement prouvés" (36). L'analyse économique invite donc à redécouvrir et à préciser les justifications des solutions consacrées, à enrichir l'ancestrale tradition juridique de données récentes, à éprouver ses certitudes les mieux assises. Elle peut également éviter qu'un principe dont les véritables raisons d'être auraient été oubliées ne se transforme en un dogme, en une sorte de recette appliquée envers et contre tout, malgré ses résultats désastreux contraires aux objectifs poursuivis (37).

Si, par exemple, l'analyse économique établit que la généralisation du port de la ceinture de sécurité en circulation urbaine coïncide avec une aggravation des accidents dont les piétons sont victimes, elle impose de reconsidérer les vertus d'une mesure légale imposant l'usage de cette ceinture. De même, si l'analyse économique montre que le régime juridique appliqué à la représentation de l'image des personnes a pour effet d'augmenter les coûts de fonctionnement des entreprises de presse tenues de dédommager ceux dont l'image a été publiée, sans diminuer le nombre des photographies utilisées sans autorisation (38), elle peut conduire à une révision des solutions adoptées. Encore faudra-t-il savoir si la condamnation à indemniser la personne photographiée est considérée comme ayant principalement une vocation réparatrice ou une vocation répressive et

(35) A. Klevorick, "Law and economic theory : an economist's view", 65 American Economic Review, 237 (1975).

(36) H. Zeisel, "Reflections on experimental techniques in the law", 2 The journal of legal studies, 107 (1973) : cet auteur fait justement observer (p. 124) que l'auteur de la décision juridique peut avoir d'excellentes raisons de ne pas adopter la solution que le résultat de l'expérimentation paraît désigner comme préférable ; par exemple, la statistique qui établit que les femmes conductrices sont impliquées dans un nombre beaucoup plus considérable d'accidents au moment de leurs règles (p. 119) n'impose nullement de leur interdire de conduire ces jours-là. Le fait que ces causes-là puissent être prévues, à l'inverse de celles qui agissent sur les hommes, ne suffit pas à justifier le recours à la contrainte. - Comparer P. Burrows et C. Veljanowski, op. cit., p. 8.

(37) Comparer A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Paris, L.G.D.J., 1960, coll. Bibl. de droit privé, t. XXI, préface G. Lévassieur, n. 282, p. 187 sur "le dogme de l'intagibilité du corps humain" : "fermeté du dogme. Incertitude sur ses conséquences".

(38) Il faut notamment tenir compte du fait qu'une "banalisation" de la protection, en augmentant le contentieux, peut rendre le coût plus facile à prévoir pour l'entreprise.

préventive ! Supposons encore que l'analyse économique porte sur les effets de l'incrimination pénale des différents trafics d'enfants ; s'il apparaît qu'au lieu d'en diminuer l'importance, la solution juridique augmente les prix payés aux trafiquants et rend ceux-ci plus actifs, le juriste -celui en particulier qui estime ces pratiques inadmissibles- ne pourra se désintéresser de telles informations.

Il est donc certain que l'analyse économique du droit peut remplir un très appréciable rôle de vérification. Elle ne peut pourtant l'espérer qu'en ne commettant pas d'erreur sur le sens de ce dernier mot. Les indications qu'elle fournit ne peuvent être d'une objectivité parfaite, de celle qui est aujourd'hui déniée aux démonstrations mathématiques elles-mêmes. L'analyste économique du droit ne pose que les questions qu'il est capable de poser et n'accepte que certaines réponses aussi. En particulier, il adopte un certain nombre de postulats qui n'ont aucune supériorité épistémologique sur ceux du juriste. Ils ne montrent pas mieux ; ils montrent seulement autre chose. C'est pourquoi, l'analyse économique du droit ne peut prétendre démontrer l'impossibilité ou l'irrationalité de la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial. Elle peut contribuer à en préciser la signification ou les limites ; mais elle ne peut se poser en une sorte de science de la science juridique, de méta-science juridique capable d'exiger par exemple l'abandon de toute "compartmentalisation" de l'activité humaine (39).

13. - Les conditions d'efficacité de l'analyse économique. Même en prenant conscience des postulats, paradigmes, types idéaux, notions génératives ou unités épistémologiques qui le guident dans sa recherche, l'analyste économique du droit ne peut espérer contribuer à l'amélioration de l'information sur le droit qu'à une condition : il lui faut tenir compte d'une part de toutes les composantes des phénomènes étudiés, des interactions complexes qui rendent les analyses et les prévisions, les explications et les interprétations incertaines (40) et d'autre part des particularités de la culture juridique.

Pour le savoir juridique, l'analyse économique du droit se présente comme une innovation. A ce titre, elle sera reçue dans la tradition juridique comme toutes les autres nouveautés qui ont pu être mises sous les yeux des juristes. Les spécialistes de l'analyse économique du droit devraient être mieux préparés que d'autres à comprendre que, dans le phénomène de réception de leurs propositions par les juristes, leur bonne volonté sera une donnée bien

(39) R.A. Posner, *The economics of justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London (G.B.), 1981, p. 345. -Comparer G. Becker, cité et traduit par E. Mackaay, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste", *Revue internationale de droit économique*, 1986, p. 46.

(40) Pour un petit exemple, voir supra note 36. Comp. O.M. Fiss, "The Death of the Law ?", 72 *Cornell Law Review*, 1 (1986).

peu importante. L'intérêt même de leurs travaux ne suffira pas à les imposer s'ils apparaissent comme une machine de guerre dirigée contre la culture juridique. Quant à la portée ultime de leurs conclusions, elle ne saurait être celle qu'ils auraient souhaitée. Les informations qu'ils auront fourni seront interprétées, insérées dans une connaissance d'ensemble, simplifiées et schématisées, avant de devenir des composantes de la culture juridique. Elles prendront alors leur signification en fonction de la place qu'elles occuperont parmi les autres sources d'information juridique. Nul ne peut décider, à l'avance, de cette place. La conviction contraire ne pourrait reposer que sur une confusion entre le "marché des idées" (41) et une sorte de monde parfait réunissant seulement des hommes omniscients ; l'ordre savant aussi est évidemment un ordre spontané (42).

C'est dire l'importance de la façon dont l'analyse économique du droit parviendra à s'insérer dans les catégories juridiques existantes. Avant de vouloir tout reconstruire, mieux vaudrait sans doute s'interroger sur les éventuelles spécificités conceptuelles. Il est en particulier notable que l'analyse économique du droit méconnaisse en général délibérément la notion civile de propriété.

II - LA SPECIFICITE TECHNIQUE DE LA NOTION JURIDIQUE DE PROPRIETE.

14. - **Des conceptions étrangères au droit civil.** Née en pays de *Common Law*, l'analyse économique du droit ne peut renier ses origines ; les concepts qu'elle emploie sont ceux du droit anglais. Cette remarque est particulièrement vraie pour la notion de propriété. Le droit civil a progressivement élaboré un concept spécifique à la signification technique précise ; il a développé des classifications détaillées qui permettent -ou devraient permettre- de déterminer le régime juridique attaché à chaque qualification jusque dans ses moindres détails. C'est pourquoi, la propriété se distingue, à la fois, de la possession, de l'usufruit et des servitudes, mais aussi de la location et d'autres situations voisines. La *Common Law* raisonne tout autrement et le terme de propriété y est plus proche du mot français "titularité" que du terme technique défini à l'article 544 du Code civil ; le locataire et le titulaire d'une servitude peuvent ainsi faire valoir en justice leurs "propriétés" (43). Le paradoxe étonnant est qu'après avoir emprunté le subjectivisme post-kantien (44),

(41) B. Ackerman, "The marketplace of ideas", 90 *Yale Law Journal*, p. 1131 (1980)81.

(42) Pour éviter de telles confusions, il faudrait évidemment ne pas partir du postulat que les catégories juridiques sont purement conventionnelles. R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Co, 3ème éd., 1986, p. 230-231. -Adde p. 233 sur les principes de justice.

(43) Le civiliste ne parlerait que d'un "intérêt", condition commune et indistincte de l'action en justice.

(44) Voir supra n. 3.

l'analyse économique du droit se fonde sur des notions d'origine féodale : faut-il rappeler que le droit anglais de la propriété fait encore très largement appel à l'idée de tenure ? Il est difficile d'admettre la compatibilité d'une telle conception avec l'idée d'un droit individuel naturel de propriété.

Qui se souvient du sens anglais du mot propriété comprend mieux pourquoi l'analyse économique du droit méconnaît allègrement les catégories les mieux définies du droit civil (45). Il ne faut pas être trop étonné de voir appliquer la notion de propriété à la personne humaine elle-même (46). La démarche apparaît pourtant curieuse même du point de vue philosophique. S'il est admis que "c'est toujours, en définitive, la création, l'acte créatif, qui instaure et justifie la relation de propriété (47), la personne elle-même ne paraît guère pouvoir en être l'objet : est-elle en "relation" avec elle-même ? Se crée-t-elle ? S'il faut restreindre la précédente justification de la propriété aux "actes de production" (48), il semble inévitable de reconnaître à la personne qui ne se produit pas et n'est pas une ressource (49), un régime juridique spécifique. A l'évidence, lorsque Bastiat parle de propriété -"l'homme naît propriétaire, parce qu'il naît avec des besoins" (50) -, ce n'est pas le sens propre du terme qu'il emploie. L'analyse économique du droit aura du mal à se faire accepter par les civilistes si elle confond systématiquement comparaison et raison, évocation et détermination, image et qualification. Les juristes français en particulier savent trop bien à quel point important les mots employés pour interroger la réalité et interpréter ses réponses ; ils ne pourraient tenir pour leurs des conclusions formulées en un vocabulaire qui méconnaît leurs catégories avant même d'en avoir critiqué les fondements ou démontré l'incohérence.

C'est de précision dont les juristes ont besoin pour pouvoir tirer profit de l'analyse économique. A défaut, ils ne peuvent espérer contribuer à l'ajustement des anticipations des différents agents (51). C'est pourquoi, il leur faut lutter contre une tentation permanente ; ils ne doivent pas admettre que "le terme de "propriété privée", dans le monde d'aujourd'hui, (soit) devenu un terme

(45) Voir, par exemple, R.A. Posner, op. cit., p. 230.

(46) H. Lepage, op. cit., p. 386, 395-396, 414, 417. -Comparer A. Decocq, op. cit., n. 289, p. 192.

(47) H. Lepage, op. cit., p. 399.

(48) H. Lepage, op. cit., p. 399.

(49) H. Lepage, op. cit., p. 357.

(50) Cité par H. Lepage, op. cit., p. 400. La propriété des produits de son travail n'a nul besoin de la prétendue propriété de la personne pour se découvrir son fondement (H. Lepage, op. cit., p. 396) ; celle-ci n'en est nullement la condition nécessaire -l'absence de titre contraire serait plus pertinente-, ni même la condition suffisante -l'extériorité des produits du travail par rapport à la personne ne s'oppose-t-elle pas à l'application d'une même qualification pour les uns et pour l'autre ?-

(51) En ce sens, H. Lepage, op. cit., Droits, n. 1, 1985, p. 92 et 100 ; c'est une conclusion importante de l'analyse économique : voir E. Mackaay, op. cit., p. 54.

générique qui recouvre un univers extrêmement complexe où l'ensemble des droits afférents à la jouissance, l'usage et la disposition des biens peut se combiner et se recombinaison selon une infinité de cas de figure" (52). Si "pour qu'il y ait liberté, toutes les libertés sont nécessaires" (53), pour qu'il y ait propriété, il importe que tout ne soit pas assimilé à la propriété. Qui appelle propriété la situation du locataire commerçant, celle de l'artiste, de l'inventeur, celle du porteur légitime d'un nom de famille, celle de la personne dont l'image a été reproduite sans son consentement ne peut plus défendre la propriété des biens meubles et immeubles. Il peut mener un combat de philosophe ; mais dans la lutte pour la défense et l'amélioration du droit civil, il se disqualifie inévitablement. Deux illustrations de la spécificité technique de la propriété au sens du droit civil peuvent être brièvement évoquées.

A - La question de la durée des droits.

15. - **Le droit civil et la perpétuité.** Dans les catégories féodales utilisées en *Common Law*, la question de la durée des droits se pose d'une manière particulière. Il a fallu lutter contre la perpétuité ; des lois y ont été spécialement consacrées. L'objectif n'était pas seulement d'éviter l'accumulation de "biens de mainmorte" entre certaines mains ; il fallait éviter un phénomène beaucoup plus général. Si le droit civil refuse de désigner comme propriété toutes les valeurs réservées à certaines personnes, tous les intérêts qu'elles peuvent défendre en justice, c'est en particulier pour tenir compte de la durée possible des relations juridiques. Ce n'est pas là un caractère supplémentaire envisagé pour les besoins de l'application de lois particulières ; c'est un élément de la définition des droits.

La propriété est perpétuelle en droit civil, à la fois, parce qu'en principe, elle n'est pas limitée dans le temps et parce qu'elle ne se perd pas par le non-usage. Est-il souhaitable que les personnes puissent être l'objet de conventions perpétuelles ? Si l'analyse économique du droit veut assimiler tous les "droits" à des "propriétés", il lui faudra répondre à cette question. La propriété est encore perpétuelle en ce qu'elle se transmet aux héritiers ou successeurs du titulaire ; et c'est ce qui interdit de la confondre avec un usufruit. L'amalgame ne peut être ici justifié. Chaque qualification répond à des besoins différents qui ne peuvent être assimilés qu'au prix d'une simplification abusive. Il faudra que l'analyse économique du droit l'admette si elle veut contribuer à répondre aux questions qui se posent vraiment : l'usufruitier est-il incité à dilapider le fonds, à

(52) H. Lepage, op. cit., p. 104.

(53) Voir supra note 8.

préférer une gestion de jouissance à une gestion de progrès ? Le nu-propriétaire a-t-il intérêt à interdire toute innovation à l'usufruitier (54) ?

B - La diversité des situations.

16. - De l'impossible définition juridique de la propriété. Une autre question cruciale sur laquelle l'analyse économique du droit pourrait apporter quelques lumières est celle de l'énumération des relations possibles entre hommes et choses. Beaucoup de civilistes soutiennent que si le nombre des droits personnels est indéterminé et illimité, celui des droits réels est limitativement fixé par la loi (55). Pour aider au progrès de la controverse, l'analyse économique devrait, en particulier, vérifier si les qualifications existantes laissent ou non des besoins insatisfaits ; il conviendrait de préciser la nature et l'importance de ces besoins. Il faudrait aussi éprouver la pertinence et la valeur des arguments invoqués de part et d'autre.

Ce serait l'occasion, pour l'analyse économique du droit, de découvrir une caractéristique essentielle du savoir juridique. Aucun de ses termes ne peut être examiné isolément. A fortiori, aucune de ses composantes ne peut être définie dans l'ignorance des notions qui l'entourent. C'est probablement pourquoi une notion aussi centrale que celle de propriété -justement parce qu'elle était au centre de trop de discussions, en relation avec trop de notions diverses- a été aussi peu étudiée en elle-même par les civilistes. Elle ne peut se comprendre sans être préalablement située par rapport aux qualifications d'indivision, d'usufruit, de personne morale, de servitude, de location,... Nul ne peut davantage savoir ce qu'est la propriété sans savoir ce qu'est une personne... Comme il se trouve que l'indivision, l'usufruit, la personne morale, la servitude, la location et la personne sont généralement définis par rapport ou par opposition à la propriété, il est clair que la diallèle se referme. Comment ne pas songer ici au théorème de Gödel qui disqualifierait simultanément ces juristes et ces économistes rêvant de mettre leurs définitions "à la place" des choses ? Le poète leur montrait la voie du retour au réalisme classique : c'est vers une définition négative de l'être, et par conséquent de la propriété, qu'il faut aller (56) !

(54) "La charge de conserver la substance" de l'article 578 C. civ.

(55) Par l'article 543 du Code civil complété par diverses dispositions particulières.

(56) Pour une réflexion générale, voir P.N. Simon, "Economic analysis of liberty and property : a critique", 57 *University of Colorado Law Review*, 747 (1986). -A ici été laissé de côté le considérable apport que pourrait avoir l'analyse économique dans l'étude de la formation des solutions de droit et de leur évolution ; voir en particulier I. Ehrlich et R.A. Posner, "An economic analysis of legal rulemaking", III *The Journal of Legal Studies*, p. 257 (1974). - J.C. Goodman, "An economic theory of the evolution of the Common Law", VII *The Journal of Legal Studies*, p. 393 (1978).

17. - Conclusion sur une certaine interdisciplinarité. La propriété ne saurait être un attribut de la personne parce qu'elle doit être définie par des règles générales -sans acceptation de personnes- et parce que la libre circulation des biens exige qu'elle puisse être détachée de la personne de son titulaire ; c'est dans les sociétés primitives les plus totalitaires que la propriété est un attribut de la personne. Voilà le genre d'informations que l'expérience juridique peut fournir à l'analyse économique ! C'est une raison supplémentaire pour ne pas concevoir le développement de celle-ci comme une sorte d'invasion ou d'annexion. Il faudrait un bien curieux constructivisme pour pouvoir supposer que la culture juridique serait remplacée, d'un seul coup et sans transition, par une culture économique. Il faudrait bien de la suffisance aux juristes pour imaginer qu'elles n'ont plus rien à apprendre et qu'ils peuvent se permettre de laisser se développer en dehors d'eux une analyse économique du droit.

**L'ARGUMENT DU PRIX DANS LES DISCUSSIONS
SUR LES CONDITIONS GENERALES
DES CONTRATS :
SON TRAITEMENT INTER-DISCIPLINAIRE DANS
LA THEORIE ALLEMANDE**

Par

Hisakazu HIROSE

*Professeur Assistant à la Faculté des Arts-Libéraux
de l'Université de Tokyo*

(Section de Sciences Sociales Corrélatives et Relations Internationales)

I - INTRODUCTION

(1) Tout d'abord je voudrais vous remercier infiniment de m'avoir permis d'assister à ce colloque si instructive et d'avoir fourni au participant inattendu que j'étais, l'occasion d'exposer son opinion.

Je me spécialise dans le droit civil mais je m'intéresse aussi beaucoup à l'économie. Et seul japonais ici, je devrais peut-être vous présenter le développement des recherches interdisciplinaires en droit et économie durant la dernière décennie dans notre pays (1). Malheureusement, je ne suis pas en mesure de le faire aujourd'hui. A la place, je voudrais présenter et examiner une discussion interdisciplinaire du droit et de l'économie concernant le problème célèbre du droit actuel, notamment sur le contrôle des clauses "abusives" dans les conditions générales des contrats (par exemple, la validité de la clause de non-garantie dans la vente de marchandises, ou de la clause d'exonération de responsabilité de l'entrepreneur de transport).

(2) Cependant, je ne suis pas encore prêt à envisager et à répondre à ce problème en entier sous l'angle du droit et de l'économie (2). Ici le sujet est limité doublement.

(i) D'abord je restreinds ma discussion seulement à "l'argument du prix" cité dans les discussions en Allemagne sur l'évaluation juridique des conditions générales du contrat (3). Selon cet argument, une clause désavantageuse à première vue pour les clients peut être considérée comme non-abusive en tenant compte des conditions avantageuses de prix. C'est un argument ou une opinion que l'on peut trouver partout dans le monde, à des nuances variées près. Par exemple, en Suède, l'article 1er de la loi du 30 avril 1971 sur l'interdiction des clauses inéquitables compte le prix parmi les éléments qui estiment l'équité des clauses (4). En France (5) et aux Etats-Unis (6) un argument similaire existe toujours.

Mais en Allemagne cet argument a subi une évolution assez particulière. Quand l'opinion en faveur du contrôle des clauses abusives pour protéger les clients s'est manifestée, cet argument du prix est clairement apparu comme l'un de ceux de l'opinion contraire, favorable à l'industrie (7). Pourtant, jusqu'à la moitié des années 1970, l'argument du prix a été rejeté en principe dans ce pays. Et cette tendance de l'opinion défavorable à l'industrie a facilité l'établissement en 1976 de la loi contrôlant les clauses abusives dans les conditions générales du contrat (8), qui est ressentie comme faisant date dans le développement du droit privé.

A mon avis, la recherche interdisciplinaire de Helmut Kliege en 1966 a exercé une influence considérable pour établir ce courant contre l'argument du prix - influence décisive pour faire au moins taire cet argument.

(ii) Dans ce rapport je voudrais examiner cet argument du prix essentiellement par rapport à cette théorie de Kliege dans son ouvrage "Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse" (Problèmes juridiques des conditions générales du contrat dans l'analyse économique), 1966 (9). C'est la deuxième limitation de mon rapport sur ce sujet. Mais pourquoi regarder un travail d'il y a déjà vingt ans ? Non seulement pour la raison de son importance historique en Allemagne, indiquée ci-dessus, ou de sa valeur comme précurseur en droit et économie, mais aussi parce que son traitement du problème et ses remarques - malgré des points discutables- méritent même maintenant d'être réexaminés pour faire avancer les recherches interdisciplinaires sur ce problème. En outre, la reconsidération de sa thèse pourrait nous fournir quelques réflexions importantes sur la signification et le danger des recherches interdisciplinaires en général.

II - THEORIE DE KLIEGE

Son analyse de l'argument du prix est divisée en trois parties : une analyse théorique à travers un modèle (A) ; une analyse plus pratique (B) ; et la conclusion juridique (C).

(A) L'analyse théorique à travers un modèle

En utilisant la théorie fondamentale de micro-économie, particulièrement celle de l'effet de l'impôt sur le prix (10), l'auteur présente d'abord son analyse théorique à travers des modèles simples et en tire les conclusions dont l'essentiel peut être résumé de la manière suivante (11).

① L'insertion de la clause de non-responsabilité dans les conditions générales des contrats peut être considérée comme amenant la réduction du coût pour l'entreprise (11a).

② Si l'on envisage principalement le cas du monopole, l'effet de cette réduction sur le prix dépend d'au moins deux facteurs : l'objectif de l'entreprise et le type du coût concerné.

③ D'abord, on suppose que l'objectif de l'entreprise est la maximalisation du profit. Alors l'effet de la diminution du coût sur le prix varie selon le type du coût diminué par l'insertion de la clause.

(α) S'il s'agit d'un coût fixe, qui est par définition indépendant du volume de production ou de service -par exemple les dépenses pour le gardiennage, les assurances, l'équipement de sécurité de l'entrepôt, etc.-, cette diminution due à la clause d'exonération de la responsabilité n'aura pas d'incidence sur la réduction du prix parce que la combinaison optimale prix-quantité reste toujours la même pour cette entreprise (11b). Ce résultat est appliqué, dans son livre, aux cas des entreprises qui reçoivent en dépôt des biens -par exemple les magasins généraux-. Ici la prime globale d'assurance supportée par le dépositaire est indépendante des variations quotidiennes de dépôts.

(β) S'il s'agit d'un coût variable, qui varie en fonction de la quantité de produit ou de service -par exemple, les dépenses de réparation ou d'échange, ou les dommages et intérêts, des marchandises défectueuses, qui arrivent proportionnellement à la production-, la réduction de cette sorte de coût par la clause de non-garantie ou de non-responsabilité va entraîner une diminution des prix sur le marché. Pourtant à supposer que la courbe de demande et celle du coût soient linéaires, cet effet de la réduction du prix sera

seulement de 50 % de la réduction du coût variable (moyen) par unité (11c). L'auteur a appliqué cette conclusion au cas d'un commissionnaire de transport. La prime d'assurance varie ici avec les quantités transportées.

Si la courbe de demande n'était plus une droite mais une ligne concave ou convexe, le taux de réduction du prix serait supérieur ou inférieur de 50 % de la réduction du coût variable par unité (11d).

④ Mais si l'on suppose, comme c'est le cas de l'entreprise publique, que l'objectif de l'entrepreneur est la couverture des coûts, la réduction du coût (moyen) entraînera une réduction du prix de plus de 100 % (11e).

Ainsi Kliege a montré la diversité des influences qu'exerce sur le prix l'insertion de la clause d'irresponsabilité. Particulièrement dans le cas des entreprises privées, qui ont vraisemblablement la maximalisation du profit comme objectif, le résultat, à savoir que la réduction du prix est d'environ 50 % (ou zéro dans le cas de la diminution du coût fixe), semble indiquer la faiblesse du fondement de l'argument de prix- même si ce n'est là que le résultat de l'analyse de modèles simples. Mais avant de tirer la conclusion juridique, il traite ce problème de façon plus pratique.

(B) Le traitement plus pratique ou gestionnaire

En considérant des éléments plus concrets, Kliege essaie ensuite de rapprocher son modèle de la pratique (12). Ses remarques montrent que dans certains cas les affirmations de l'analyse (A) ne s'appliquent pas totalement et qu'à la place, ou même dans le cas de leur application, une ambiguïté peut naître.

Par exemple, concernant l'objectif de l'entreprise, celui précité de la maximalisation du profit (à court terme) n'est pas tellement répandu même parmi les entreprises privées, soit à cause d'un manque de connaissance de leur fonction de demande, de coût, etc., soit à cause de leur préférence pour ce même objectif à plus long terme -ou quelquefois par le choix d'un objectif différent-. Considérons une entreprise orientée vers la maximalisation du profit à long terme. On sait que cette sorte d'entreprise a tendance à empêcher le prix de monter jusqu'au point optimal à court terme, de crainte qu'un prix élevé ne fasse intervenir l'autorité publique ou qu'il n'incite les autres entreprises à participer à cette activité évidemment lucrative. Alors il est difficile de vérifier comment ce prix limité est influencé par l'insertion de la clause d'irresponsabilité.

Dans le cas où l'objectif est la couverture des coûts, il semble plus facile de démontrer la conséquence réelle qu'à la clause sur la diminution du prix. Mais même alors, si l'on admet la constitution

d'un profit limité, l'affirmation concernant l'influence du coût dans (A) devient obscure, parce qu'il existe divers principes pour constituer ce supplément, qui peuvent être choisis et changés selon les circonstances de la demande.

D'autre part, on doit noter que la perceptibilité du coût épargné par la clause dépend largement de la méthode comptable de l'entreprise. Normalement on ne compte pas le coût de responsabilité indépendamment comme une catégorie de frais particuliers. On le classe plutôt parmi les frais généraux qui sont encore répartis en plusieurs catégories. Alors, la réaction explicite d'économie de coût par la clause d'irresponsabilité ne serait perceptible qu'exceptionnellement.

(C) Conclusions juridiques

A cause de la variété extraordinaire des influences des clauses sur le prix, "on ne peut pas affirmer avec certitude lequel des cas se trouve réellement présent, parmi les cas possibles. En outre, les influences des clauses sur le prix sont couvertes par les autres facteurs. Alors le rapport causal entre les clauses d'irresponsabilité et les diminutions du prix ne peut pas être mis en évidence" (13).

Alors, dans le cas général, l'argument du prix ne peut pas être approuvé. Il peut être seulement individuellement accepté si exceptionnellement ce rapport causal est évident, par exemple quand il existe un choix entre deux prix, l'un plus élevé avec service et responsabilité et l'autre moindre mais sans service ni responsabilité (14).

III - EVALUATION DE LA THEORIE DE KLIEGE

Tout d'abord la signification historique de sa doctrine sera esquissée (III - A). Puis son analyse théorique (II - A) sera évaluée dans un traitement plus général (III - B). Les autres parties de sa théorie (II - B, C) seront commentées dans IV, avec le bilan et le résumé.

(A) Signification historique

La signification historique de sa doctrine tient en ce qu'il coupe le lien de causalité entre l'insertion de la clause et la diminution du prix.

Les doctrines allemandes antérieures, non seulement celles favorables à l'argument du prix (comme V. Brunn (15)), mais aussi celles défavorables à cet argument (comme R. Fischer (16)), ont plutôt

présupposé ce lien. Par exemple R. Fischer (17) a attaché de l'importance au dédommagement des victimes et il a proposé de prohiber les clauses d'irresponsabilité afin de faire retomber les risques de dommages sur tous les participants (l'entreprise et tous les clients) par le calcul du prix correspondant.

Après la parution de la théorie de Kliege, son observation a été très fréquemment citée et soutenue par les autres auteurs (18). Même dans les documents officiels (19) concernant l'établissement de la loi de 1976 sur les conditions générales du contrat, la remarque de Kliege a été largement soutenue. Pendant tout ce temps sa théorie, particulièrement son analyse interdisciplinaire, ne semble jamais avoir été discutée carrément. Mais après la loi de 1976, le point capital de l'argument du prix étant passé de la négation générale de cet argument à la précision des cas exceptionnels le validant, les références à sa théorie se sont faites moins nombreuses (20). Et maintenant la doctrine allemande a commencé à appliquer, au moins dans certains domaines (21), (y compris partiellement l'argument du prix) la nouvelle doctrine interdisciplinaire "droit et économie" des Etats-Unis, sans considérer -à mon avis-, suffisamment la théorie de Kliege qui fut un pionnier dans son pays. Je voudrais rappeler et évaluer cette théorie ici une fois encore.

(B) Evaluation de son analyse théorique

(1) Traitement plus général

Kliege a présenté ses opinions pré-cités (II - A) sous la forme d'explications géométriques ou graphiques (22). Ici, je voudrais traiter la même question d'une manière un peu plus générale. Cela nous permettrait de réfléchir à la signification de sa doctrine dans un contexte plus large.

(i) Tout d'abord on peut représenter la courbe de demande (D) à laquelle fait face le monopoleur par :

$$P = D(q) \quad \dots <1>$$

où "P" signifie le prix et "q" signifie la quantité de la production. La recette totale (R) de cette entreprise est :

$$R(q) = P \cdot q = D(q) \cdot q \quad \dots <2>$$

Sa recette marginale (RM) est :

$$RM = R'(q) = D'(q) \cdot q + D(q) \quad \dots <3>$$

(ii) D'autre part, si le coût moyen pour l'entreprise par unité d'output est "A", que le coût total est "C", et que le coût marginal est "CM",

$$C(q) = A(q) \cdot q \quad \dots <4>$$

$$CM = C'(q) = A'(q) \cdot q + A(q) \quad \dots <5>$$

Maintenant si le coût (moyen) par unité d'output est diminué de "a" (francs), à la suite de l'insertion de la clause d'irresponsabilité, <4> et <5> deviennent,

$$\begin{aligned} C(q) &= (A(q) - a) q \\ &= A(q) \cdot q - a \cdot q \end{aligned} \quad \dots <6>$$

$$CM = C'(q) = A(q) + A'(q) \cdot q - a \quad \dots <7>$$

(iii) Or, le profit (B) de l'entreprise est,

$$B(q) = R(q) - C(q) \quad \dots <8>$$

La quantité de production qui entraîne la maximalisation du profit doit satisfaire,

$$B'(q) = R'(q) - C'(q) = 0 \quad \dots <9>$$

$$(B''(q) = R''(q) - C''(q) < 0) \quad \dots <10>$$

Si l'on y substitue <3> et <7>, <9> devient,

$$R'(q) = C'(q) = D(q) - A(q) + q (D'(q) - A'(q)) + a = 0 \quad \dots <11>$$

Pour trouver la relation entre le pris ("P") et "a" au moment de la maximalisation du profit, il convient de savoir la valeur de la différentielle (dP/da) à partir de l'équation <11>.

$$\frac{dP}{da} = \frac{-D'(q)}{2 \{D'(q) - A'(q)\} + q \{D''(q) - A''(q)\}} \quad \dots <12>$$

La formule <12> montre (23) le taux de diminution du prix quand le monopoleur stipule la clause dégageant "a" (francs) de responsabilité par unité. Cette formule implique que ce taux dépend des formes de la courbe de demande et de la courbe de coût. Et si on différencie <11> et qu'on le replace dans <10>, on obtient,

$$R''(q) - C''(q) = 2 \{D'(q) - A'(q)\} + q \{D''(q) - A''(q)\} < 0. \quad \dots <13>$$

Avec <13> et avec l'hypothèse d'une pente descendante de la courbe de demande ($D'(q) < 0$), nous trouvons que la formule <12> est toujours négative. C'est-à-dire que la réduction du prix a toujours lieu.

(iv) Supposons maintenant, comme Kliege, que le coût total (C) soit linéaire,

$$C(q) = u q + v \quad \dots <14>$$

(u : coût variable > 0)
(v : coût fixe > 0).

$$\therefore A(q) = C(q)/q = u + v/q. \quad \dots <15>$$

$$\therefore A'(q) = -v/q, \quad \dots <16>$$

$$\therefore A''(q) = 2v/q = \frac{-2 A'(q)}{q}. \quad \dots <17>$$

Remplaçons, dans <12>, $A'(q)$ et $A''(q)$ par les expressions <16> et <17>.

$$\frac{dP}{da} = \frac{-1}{2 + q \cdot \frac{D''(q)}{D'(q)}} (< 0). \quad \dots <18>$$

La formule <18> implique plusieurs choses ;

① Quand $D''(q) = 0$, i.e. quand la courbe de demande est linéaire,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| = \frac{1}{2}.$$

Ce résultat correspond à celui de Kliege (II - A - ③ - β).

② Quand $D''(q) < 0$, i.e. quand la courbe de demande est convexe par rapport à l'origine,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| < \frac{1}{2}.$$

Par exemple, quand

$$D(q) = w_1 \cdot q^3 + w_2$$

$$(w_1 < 0, w_2 > 0) ,$$

$$\left| \frac{dP}{da} \right| = \frac{1}{4} .$$

③ Quand $D''(q) > 0$, i.e., quand la courbe de demande est concave par rapport à l'origine,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| > \frac{1}{2} .$$

④ Quand la courbe de demande a la forme d'une fonction logarithmique comme :

$$D(q) = -e^k \log q + k'$$

(k, k' : constantes)

(En ce cas l'élasticité (\mathcal{E}) est, $\left. \begin{array}{l} \mathcal{E} = -\log q + \mathbf{K} \quad (\mathbf{K} = k'/e^k : \text{constante}) \end{array} \right)$,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| = 1 .$$

C'est-à-dire que la réduction du coût est la même que celle du prix.

⑤ Quand la courbe de demande est plus concave par rapport à l'origine que celle de ④,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| > 1 .$$

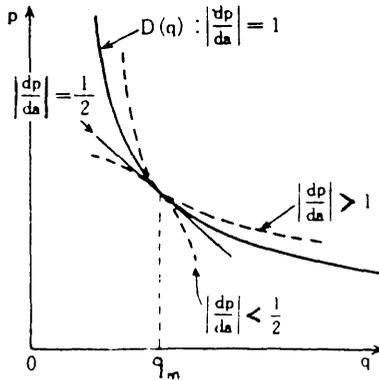
Par exemple, quand

$$D(q) = w_3 \cdot q^{1/2} + w_4 \quad (w_3 > 0, w_4 > 0) ,$$

$$\left| \frac{dP}{da} \right| = 2 .$$

FIGURE - 1 -

Les courbes (D()) et la variété de valeur de $|dp/dq|$

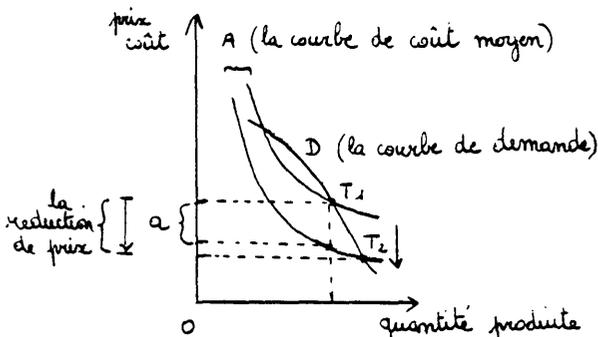


q_m : la quantité qui maximise le profit (où $RM = RC$) avant l'insertion de la clause.

⑥ La formule <18> est indépendante de "v" (le coût fixe). Cette observation correspond à celle de Kliege (II - A - ③ - α).

(v) Si l'objectif de l'entreprise est la couverture des coûts, cette entreprise va utiliser le point d'intersection entre la courbe de demande (D) et celle du coût moyen (A) pour déterminer sa quantité de production -notamment le point d'intersection à droite dans Figure 2 (T1 ou T2), qui correspond au prix et au coût le plus bas et à la quantité produite la plus grande.

FIGURE - 2 -



Maintenant si le coût moyen par unité d'output est abaissé de "a" (francs),

$$\begin{cases} P = A(q) - a \\ P = D(q) \end{cases} \quad \dots <19>$$

Alors:

$$\begin{aligned} \left| \frac{dP}{da} \right| &= \frac{D'(q)}{A'(q) - D'(q)} \\ &= \frac{1}{\frac{A'(q)}{D'(q)} - 1} \end{aligned} \quad \dots <20>$$

Comme par hypothèse la courbe de demande est décroissante,

$$D'(q) < 0 \quad \dots <21>$$

Et aux environs des points T1 et T2, pour satisfaire à la condition d'intersection,

$$A'(q) > D'(q) \quad \dots <22>$$

(ou : $A'(q) - D'(q) > 0$).

Alors, avec <21> et <22>, la valeur de (dP/da) dans la formule <20> doit être toujours négative :

$$\frac{dP}{da} < 0 \quad \dots <21>$$

Cela signifie que la réduction du prix a toujours lieu ici aussi (cf. la fin (iii) pré-cité).

Et en faisant varier la valeur de $A'(q)$ -c'est-à-dire la pente de la courbe du coût moyen aux environs du point d'intersection avec la courbe de demande-, (dP/da) varie de $-\infty$ jusqu'à zéro (non inclus).

Comme dans (iv), si on prend la valeur absolue de (dP/da) , le résultat est le suivant :

TABLEAU - 1 -

	A'	$ d^2P/da^2 $
A' < 0	A' → D'	$ d^2P/da^2 \rightarrow \infty$
	D' < A' < 0	$1 < d^2P/da^2 < \infty$
	A' = 0	$ d^2P/da^2 = 1$
A' > 0	$0 < A' < (-D')$	$\frac{1}{2} < d^2P/da^2 < 1$
	A' = -D'	$ d^2P/da^2 = \frac{1}{2}$
	A' > -D'	$0 < d^2P/da^2 < \frac{1}{2}$
	A' → +∞	$ d^2P/da^2 \rightarrow 0$

(vi) Si, comme Kliege (et comme dans (iv) et <14>), le coût total est supposé linéaire, A'(q) ne devient pas négatif, parce que avec la formule <16>, le coût fixe : $v > 0$ (<14>), et <22>,

$$D'(q) < A'(q) = \frac{-v}{q^2} < 0 . \quad \dots <23>$$

Alors dans ce cas, de par le Tableau 1,

$$\left| \frac{dP}{da} \right| > 1.$$

L'analyse de Kliege (II - A - ④) était exacte quand le coût total est supposé linéaire. Mais on peut noter encore une fois que en faisant varier la forme de la courbe de coût moyen, cette valeur, $|dP/da|$ peut être diminuée jusqu'à 0 (non inclus) au moins théoriquement.

(2) Déplacement de la courbe de demande.

(i) Son analyse théorique (cf. II - A) est limitée dans plusieurs directions. Pourtant l'hypothèse de linéarité des courbes de demande et de coût total a été généralisée dans (1). D'autre part, pour un marché de concurrence parfaite, que Kliege ne traite pas, on peut

facilement utiliser l'analyse précédente, moyennant une petite modification (24).

Alors, je voudrais examiner ici seulement le problème peut-être le plus délicat : celui de la fixation de la courbe de demande (25) malgré un déplacement vers le bas de la courbe de coût, dû à l'utilisation de la clause d'irresponsabilité. Kliege suppose qu'en réalité les clauses dans les conditions générales ne sont pas lues ni comprises par les clients (il appelle cela "l'effet de dissimulation" des conditions générales). Il existe en effet des cas très proches : par exemple les clauses de non-responsabilité affichées seulement dans la chambre d'hôtel, l'autobus, le taxi, etc. ou les clauses dans le bon de garantie que l'on trouve dans la boîte de marchandise commandée.

Mais, d'un côté, il y a certainement des cas où une partie considérable des clients connaît, au moment du contrat, l'existence et la signification de la clause en question. Par exemple, de nombreux acheteurs de voiture ou de montre connaissent la durée de garantie figurant dans le contrat. On peut également trouver des gens qui voyagent et qui sont au courant au moins de l'existence générale de la clause limitative de responsabilité des compagnies aériennes. Et même là, les problèmes typiques des conditions générales ou des clauses abusives existent. En outre, la discussion récente aux Etats-Unis sur le contrat d'adhésion suggère qu'une des clefs du problème réside dans la proportion des clients qui effectuent une comparaison des clauses du contrat imposées par les différentes entreprises (26). Alors, on doit ajouter le cas ici où une partie des clients se rend compte de l'existence (et de la portée) de la clause d'irresponsabilité et où la courbe de demande se déplace alors vers la bas (27).

(ii) Pour évaluer précisément cette influence sur la courbe de demande, il faut examiner le problème du choix en situation d'incertitude -particulièrement celui du comportement du client devant le risque. Pourtant pour montrer la particularité de l'analyse de Kliege, qu'il me soit permis de traiter cette question plus simplement, du point de vue du résultat fondamental de cette influence sur la courbe de demande. Aussi voudrais-je limiter mon étude ici surtout au cas de la maximalisation du profit qui est le point important de son analyse.

En utilisant un coefficient " θ " ($0 \leq \theta \leq 1$), je voudrais supposer qu'à cause de la réaction plus ou moins négative du client face à la clause, la courbe de demande est déplacée vers le bas de " $\theta \cdot a$ ", tandis que la courbe de coût moyen de l'entreprise est déplacée de " a ".

Et à partir du cas présumé de Kliege (où $\theta = 0$), au fur et à mesure de l'augmentation du nombre de clients qui deviennent conscients de la clause et pour lesquels cette marchandise, ou ce service, vaut moins à cause de l'existence de cette clause, la valeur de

θ (et la largeur du déplacement de la courbe de demande ($\theta \cdot a$) s'accroît. Puis enfin, quand tous les clients prennent conscience de cette clause, par simplification, on suppose que la largeur du déplacement ($\theta \cdot a$) devient la même que celle du coût moyen (a) (là, $\theta = 1$).

(iii) Sous cette condition, $P = D(q)$ dans le traitement vu ci-dessus (III - B - <1>) doit être remplacé par :

$$P = D(q) - \theta \cdot a \quad \dots <24>$$

Et la formule <12> concernant (dP/da) de l'entreprise orientée vers la maximalisation du profit devient :

$$\frac{dP}{da} = \frac{-D'(q)}{2\{D'(q) - A'(q)\} + q\{D''(q) - A''(q)\}} + \theta \left[\frac{D'(q)}{2\{D'(q) - A'(q)\} + q\{D''(q) - A''(q)\}} - 1 \right] \quad \dots <25>$$

ou

$$\frac{dP}{da} = \left(1 - \frac{D'(q)}{L'(q)}\right) \cdot (1 - \theta) - 1$$

$$\left(\begin{array}{l} \text{Si } L'(q) = 2\{D'(q) - A'(q)\} + q\{D''(q) - A''(q)\} \\ \quad = R''(q) - C''(q) \end{array} \right) \quad \dots <26>$$

Comme <13>,

$$L'(q) = R''(q) - C''(q) < 0,$$

et par hypothèse d'une pente descendante de la courbe de demande

$$D'(q) < 0, \quad \therefore \frac{D'(q)}{L'(q)} > 0.$$

Alors

$$\left(1 - \frac{D'(q)}{L'(q)}\right) < 1 \quad \dots <27>$$

Avec $\langle 27 \rangle$ et $\theta \leq (1 - \theta) \leq 1$, la formule $\langle 26 \rangle$ devient,

$$\frac{dP}{da} < 0 \quad \dots \langle 28 \rangle$$

La formule $\langle 28 \rangle$ signifie, comme à la fin de III - (B) - (1) - (iii), qu'une certaine réduction du prix sera constamment obtenue. Pourtant on doit noter que, selon $\langle 26 \rangle$, indépendamment de la forme des courbes de coût et de demande, la formule suivante s'établit toujours :

$$\frac{dP}{da} = -1$$

quand $\theta = 1$

(aussi quand $D'(q) = L'(q)$) , $\langle 29 \rangle$

C'est-à-dire que même dans le cas du monopole, si l'information sur la clause est parfaite, l'argument du prix -la réduction du prix de 100%- peut être pleinement retenu (dans la variété des cas envisagés à III - (B) - (1) -(iii) et (iv)).

(3) *Quelques observations*

L'examen ci-dessus (III - (B) - (2)) a montré comment le déplacement de la courbe de demande vers le bas entraîne une réduction du prix, dont Kliege n'a rien dit. Ici je voudrais ajouter quelques observations qui non seulement concernent ce point mais qui en même temps touchent des problèmes plus fondamentaux.

(i) D'abord il est certain que cet effet du déplacement de la courbe de la demande est fonction de la connaissance que la clientèle peut avoir de la clause et des réactions que celle-ci lui inspire. Il serait ici essentiel de rechercher la proportion (28) de clients susceptibles d'exercer une influence, compte tenu du type de marché (29).

Tout cela nous suggère la nécessité d'élargir notre point de vue, lorsqu'il s'agit d'évaluer la clause de tel ou tel contrat. Il importe de ne pas se limiter au problème dans le contexte des deux contractants, mais de l'envisager au regard de la situation du marché dans son ensemble y compris le comportement des autres clients.

On peut trouver là une des raisons qui justifient la possibilité d'un traitement collectif ou objectif des conditions générales du contrat (concernant son inclusion dans le contrat, son interprétation,

etc.), à la différence du traitement individuel et subjectif qu'appelle le contrat traditionnel.

(ii) Deuxièmement la différence de nature entre les clauses des conditions générales doit être prise en considération. Par exemple, la clause concernant la garantie (particulièrement celle de la durée de garantie) va éveiller plus d'intérêt dans le marché que la clause de la juridiction mais naturellement -ou normalement- moins que le prix ou la qualité de la marchandise. La question est de savoir quel sera le degré de sensibilité de l'ensemble des clients à cette clause. Elle a un rapport étroit avec la notion traditionnelle de l'objet du contrat, mais celle-ci semble trop rigide pour traiter cette question. Je voudrais l'appeler provisoirement "la sensibilité" des clients à la clause.

Du point de vue de cette sensibilité des clients par rapport aux clauses du contrat, toutes les clauses dans un contrat peuvent être regroupées en trois catégories :

(α) Les clauses essentielles -qui ont une valeur parallèle à l'objet ou au prix ; par exemple, les clauses dans la police d'assurance pour déterminer l'étendue de l'assurance-.

(β) Les clauses "périphériques" -qui ne sont pas normalement considérées comme éléments de choix dans le marché ; par exemple, la clause de la juridiction et celle du droit applicable-.

(γ) Les clauses intermédiaires -qui deviennent parfois une des causes du choix des clients, mais parfois restent comme les clauses périphériques (par exemple, clauses concernant la garantie ou la responsabilité)-.

Il ne semble pas que la distinction entre (β) et (γ) ait été clairement discutée en droit, au moins dans cette optique (30). Pourtant je pense, comme le suggèrent les recherches interdisciplinaires récentes aux Etats-Unis (31), que cette distinction mérite qu'on y réfléchisse. Et je voudrais proposer de classer le traitement juridique des conditions générales, en utilisant la catégorisation pré-citée, comme suit :

Pour (α) les clauses essentielles, non intervention juridique, en principe, sauf cas exceptionnel (mais l'intervention administrative du point de vue politique, économique ou social ne doit pas être exclue).

Pour (β) les clauses périphériques, intervention juridique (ou législative, du point de vue juridique) nécessaire en principe. (S'il y a négociation concrète sur cette clause, la situation doit s'approcher de (γ) ou (α)). Ici le niveau d'exigence du droit ("impératif" -dans un sens large-) est plus élevé que (γ). Autrement dit, les raisons pour lesquelles l'Etat intervient sont non seulement une assurance minimum des intérêts des clients (\rightarrow (γ)) mais aussi :

① Le souci que la confiance légitime que la clientèle a dans le contrat ne soit déçue, et

② La volonté de préserver la justice contractuelle, comme le font les règles supplétives de volonté.

Pour (ƒ) les clauses intermédiaires : intervention juridique (ou législative) peut être nécessaire, mais avec une certaine souplesse. Dans ce cas, la considération sur le degré de la "sensibilité" à la clause par les clients du marché est importante. Si la plupart des clients -ou même un tiers de ceux-ci, selon Schwartz et Wilde (32)- réagissent en ayant pleine conscience de la clause (par exemple de la durée de la garantie du réfrigérateur ou de la voiture), le jugement sur la clause peut être laissé en gros au marché.

Pourtant, il ne faut pas négliger l'optique juridique de l'intervention de l'Etat. Notamment l'intérêt minimum de la clientèle doit être garanti contre les conditions générales (33). Par exemple, la clause de non-garantie, ne se contente pas de limiter le droit à réparation ou à remplacement mais qui l'exclut complètement sera sanctionnée comme invalide.

(iii) Troisièmement on doit examiner plus précisément la signification de "l'effet de dissimulation" des conditions générales. Kliege parle parfois de "l'ignorance" mais surtout de "l'indifférence" des clients concernant les clauses abusives. Et il ajoute que "l'inintelligibilité" des clauses et "la confiance dans le déroulement de l'affaire sans conflit" sont les raisons principales pour les quelles les clients sont indifférents aux clauses (34). Je voudrais discuter ici, entre autres sur cette inintelligibilité.

D'abord, il me semble utile de distinguer les deux notions suivantes concernant l'ignorance des clients en matière des conditions générales :

Ⓐ "Inaccessibilité" des clauses -la difficulté pour les clients d'avoir accès aux clauses. Il y en a une extrême variété, du cas des clauses impossibles à connaître avant la conclusion du contrat, au cas où, par exemple, les caractères de l'impression des clauses sont petits- ; et

Ⓑ "inintelligibilité" -particulièrement celle sur les cas prévisibles d'accidents et sur les significations juridiques et pratiques des clauses dans ces cas.

Le problème est de savoir dans quelle mesure l'entreprise veut et peut faire des clauses accessibles à la clientèle. Mais même si les clauses sont écrites clairement, le problème du cas Ⓑ n'est pas résolu. Il faut que le client ait des renseignements suffisants pour les comprendre.

Il est évident que ce n'est pas toujours facile. Particulièrement s'il s'agit de la question juridique -comme le cas de la clause du droit applicable ou de la juridiction-, on ne peut pas espérer que les clients

(même les commerçants) comprennent toute la signification de ces clauses.

D'un autre côté comme Schwartz et Wilde l'ont noté (35), même un consommateur ordinaire peut développer considérablement ses connaissances sur le contrat, s'il y a chevauchement du contenu des contrats qu'il expérimente dans sa vie quotidienne. Par exemple, ils écrivent que la clause limitative de garantie à réparation ou à remplacement figure sous des formes similaires dans des contrats de vente de voitures et de réfrigérateurs. On peut soutenir leur opinion, en ajoutant quelques exemples comme la clause de la durée de garantie pré-citée dans III - B - (2) - (i).

Alors ici encore, on doit tenir compte de la distinction entre les clauses et de la différence de qualité de la clientèle (notamment celle qui existe entre le professionnel et le consommateur). Tout ce problème peut entrer dans la catégorie du coût de l'information du point de vue économique. Dans ce cas, où le coût de l'information est très élevé pour la plupart des clients, même si la clause est accessible avant le contrat, le déplacement de la courbe de demande vers le bas (que nous avons vu dans III - B - (2)) ne se réalise pas notablement. Ce serait le cas des clauses périphériques au moins pour les consommateurs. Là la remarque de Kliege est acceptable.

Mais il y aura, d'autre part, le cas où ce déplacement de la courbe de demande peut apparaître considérable. Là, la remarque dans III - (B) - (2), favorable à l'argument du prix, commence à mériter réflexion.

IV - BILAN ET RESUME

① Si l'on compare le résultat d'analyse théorique (II - (A)) de Kliege avec celui du traitement dans III - (B), on s'aperçoit que son analyse manque un peu d'exhaustivité (voir Tableau 2).

TABLEAU - 2 -

Objectif de l'entreprise	Réduction du coût: a	Réduction du prix (valeur absolue): b		
		Analyse théorique de Kuzès (II-A)		Traitement plus général (II-B)
Au cas de maximisation du profit	coût fixe	linéaire $b \geq 0$		linéaire $b = 0$
				autres formes $b > 0$
	coût variable	forme de demande: (concave) $b < \frac{1}{2}$	concave	$0 < b < \frac{1}{2}$
		linéaire $b = \frac{1}{2}$	linéaire	$b = \frac{1}{2}$
	(concave) $b > \frac{1}{2}$	concave	$\frac{1}{2} < b < 1$	
			** $b = 1$	
			plus concave $b > 1$	
Au cas de la couverture des coûts	Forme de coût total: linéaire $b > 1$		linéaire	$b > 1$
			autres formes	$b > 0$

* : Voir III - B - (1) - (iii), particulièrement à la fin.

** : $D(q) = -e^k \log q + k'$ (Voir III - B - (1) - (iv) 4).

Et surtout dans le cas où l'objectif de l'entreprise est la maximalisation du profit, l'impression que donne le résultat de son analyse est que la réduction du prix est moins significative qu'on aurait pu l'escompter.

② On peut aussi imaginer la possibilité d'une réduction du prix jusqu'à 100 % par le déplacement de la courbe de demande causé par la réaction négative de la clientèle à la clause (III - B - (2)). Ici, la proportion des clients qui réagissent négativement et le caractère de la clause en question (particulièrement la "sensibilité" de la clientèle à son égard -qui a un rapport étroit avec l'accessibilité et l'intelligibilité de la clause-) sont des facteurs qui me semblent mériter considération (III - B - (3)) (36).

③ Si l'on distingue entre (α) les clauses essentielles, (γ) les clauses intermédiaires et (β) les clauses périphériques d'une part et le caractère de la clientèle d'autre part, et que l'on applique la variété des sanctions pré-citées dans III - (B) - (3), on peut obtenir un tableau comme ci-dessous.

TABLEAU - 3 -

	(α) clauses essentielles	(β) clauses interme- diaires	(γ) clauses péri- phériques
professionnel	○	○ : △	△ : X
consommateur	○ : △	△ : X	X

X : sanction impérative en général

△ : sanction facultative

○ : non sanction spéciale pour les conditions générales

C'est seulement un exemple de combinaison des catégorisations dégagées précédemment (dans III - B - (3)), mais cela souligne aussi la caractéristique de la théorie de Kliege. Il me semble que son analyse aboutit à favoriser le contrôle global des clauses dans les conditions générales du contrat. Une des conditions principales est qu'elle s'attache surtout à la situation de l'entreprise et qu'elle n'a pas examiné le comportement de la clientèle. Quelques recherches récentes aux Etats-Unis (37) font sentir l'importance des clients pour équilibrer le contenu de la clause. Cette orientation semble digne d'attention.

④ Son analyse théorique a montré les divers cas possibles ; son analyse pratique (II - B) montre que les résultats peuvent être obscurcis par des éléments réels qui ne sont pas prévus dans l'analyse théorique. C'est plutôt son analyse pratique qui permet de comprendre sa conclusion juridique—on ne peut pas vraiment affirmer le rapport causal entre les clauses et les diminutions du prix.

Il me semble qu'ici l'utilité des sciences de gestion est démontrée. Mais s'il n'existait pas dans le livre de Kliege la partie de l'analyse théorique utilisant la micro-économie, il manquerait la charpente du jugement, qui est nécessaire même pour être critiquée.

Pour le développement de la science du droit, une utilisation équilibrée des sciences théoriques et des sciences pratiques -par exemple, économie et marketing- semble pleine de promesses.

⑤ - Dans l'histoire du droit des conditions générales du contrat en Allemagne, l'analyse de Kliege, ou plutôt sa conclusion concernant l'argument du prix, a été acceptée sans discussion notable. Mais, comme ce rapport l'a montré, son analyse doit être le point de départ remarquable d'un débat dans ce domaine. Cela symbolise un rôle et un danger des recherches interdisciplinaires en général.

NOTES

(1) Du côté des juristes, les travaux du Professeur Yoshio Hirai concernant son "Hoseisaku-gaku" (la théorie de la prise des décisions légales) (particulièrement ses articles dans "Jurist" Nos 613-623, 1977, et son cours de doctorat, 1978), et du côté des économistes ceux du Professeur Kooichi Hamada par exemple "Songai-baisho no keizai-bunseki" (L'analyse économique des dommages et intérêts) 1977, ou du Professeur Kenichi Miyazawa par exemple "Gendai Keizai no Seidoteki-kiko" (La structure institutionnelle de l'économie contemporaine) 1978, sont remarquables.

(2) Il y a déjà les travaux par A. Schwartz et L. Wilde, ("Intervening in markets on the basis of imperfect information : a legal and economic analysis" University of Pennsylvania Law Review, vol. 127 ((1979) pp. 630-682 ; "Imperfect information in markets for contract terms : the examples of warranties and security interests" Virginia Law Review, vol. 69 (1983) pp. 1387-1485), M.J. Trebilcock ("The doctrine of inequality of bargaining power" University of Toronto law Journal, vol. 26 (1976) pp. 359-385 ; "An economic approach to the doctrine of unconscionability" in "Studies in Contract Law" par B.J. Reiter et John Swan (Toronto, 1980), pp. 379-421 ; etc.), T.D. Rackoff ("Contracts of adhesion : an essay in reconstruction" Harvard Law Review, vol. 96 (1983) pp. 1174-1284), H. Kötz ("Haftungsausschlussklauseln - Eine juristisch-ökonomische Analyse -" Versicherungsrecht, 1983, pp. 145-152) et H. Kliege (mentionné ci-dessous).

(3) Ulmer, Brandner et Hensen, AGB-Gesetz, 5 Aufl. 1987, p. 383 f. ; Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2e éd., 1984, (Kötz) Rdn. 7.

(4) M. Dietlein, Neue Rechtsmassstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen ?, Neue Juristische Wochenschrift, 1974, p. 973.

(5) Par exemple la cour de cassation a plusieurs fois affirmé la validité de la clause limitative de responsabilité du transporteur en disant : "cette réduction de responsabilité n'est que la contrepartie de l'avantage résultant pour l'expéditeur, du prix réduit du transport" (Comm. 4 juillet 1951, B. Tr., 1952. 934 cité comme un arrêt essentiel dans R. Rodière, Droit des transports, 1977, p. 690). On peut trouver des remarques semblables dans les ouvrages de droit civil français (par exemple, Marty et Raynaud, Droit civil, Tome 2, 1962, p. 590 ; B. Starck (H. Roland et L. Boyer), Droit civil, Obligations 2, 2e éd., 1986, p. 535).

(6) Par exemple dans un article récent précité dans la note (2) sur les contrats d'adhésion, le Professeur Rakoff observe : "les coûts économisés (pour l'entreprise) par le transfert de risque sur le client via les termes du contrat peut très bien être retourné au client à travers des prix moindres" (Harvard Law Review, vol. 96, 1983, p. 1230).

(7) Particulièrement par V. Brunn ("Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft", 1955, (2e éd. 1956) ; "Über unlautere Geschäftsbedingungen" ACP. 159 (1960), p et s., etc.).

(8) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (BGB. I 3317).

(9) Helmut Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse - unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln, Göttingen 1966.

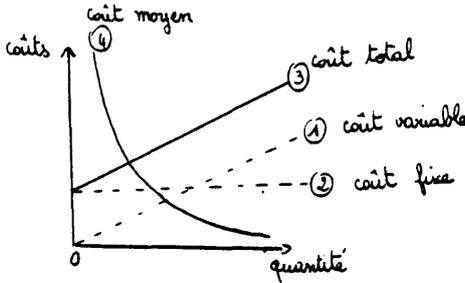
(10) Voir par exemple, J.M. Henderson et R.E. Quandt, Micro-économie, 2e éd., Dunod, 1985, pp. 206-208.

(11) Kliege, op. cit., p. 52 et s. L'explication suivante de (11a) à (11e) suit en gros sa description, mais pas strictement.

(11a) Pour apprécier l'incidence de la clause de non-responsabilité (ou de non-garantie) sur le coût il faut tenir compte des 2 éléments qui entrent dans le calcul du coût.

(α) la fréquence des cas causant la responsabilité et (β) l'étendue du dommage dans chaque cas. Si l'étendue du dommage (β) varie dans certaines limites, on peut calculer le dommage moyen et on peut économiquement considérer que l'entreprise subit dans chaque cas d'accident, ce dommage moyen. En ce cas, la variation du coût dépend seulement la fréquence (α) des accidents. Comme normalement cette fréquence est proportionnelle à la quantité produite, on peut l'appeler le coût "variable", qui peut être présenté par la ligne droite montante (① dans Fig. A). Il y a aussi l'autre type de coût appelé "fixe", qui doit être supporté par l'entreprise mais est indépendant de la quantité de production (la ligne ② dans Fig. A).

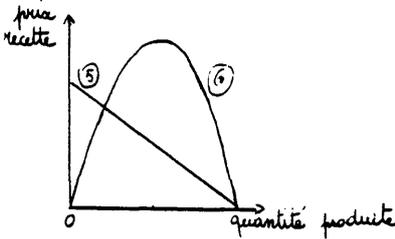
FIGURE - A -



En ajoutant ces deux sortes de coût (①, ②), on obtient le coût total (la ligne ③). Si l'on divise le coût total par la quantité produite correspondante, on obtient le coût moyen (la courbe ④). Dans la discussion suivante, l'insertion de la clause de non-responsabilité ou de non-garantie est considérée comme causant le déplacement de la courbe de coût vers le bas.

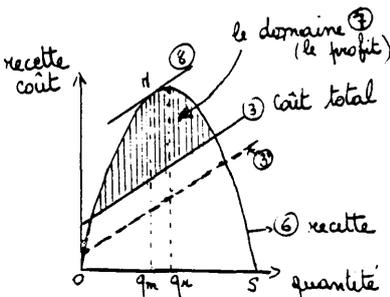
(11b) La courbe de demande pour l'entreprise jouissant d'un monopole est présentée comme une ligne (droite, pour simplifier) descendante (⑤ dans la Fig. B) ("Descendante", parce que si le prix diminue, le nombre de clients qui achètent normalement augmente).

FIGURE - B -



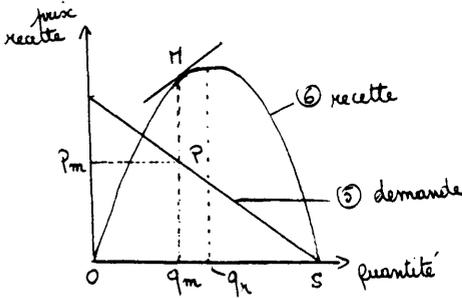
La recette de cette entreprise est calculée par la multiplication de la quantité de la demande par le prix correspondant, qui est représenté par une parabole (⑥ dans Fig. B).

FIGURE - C -



Le profit de cette entreprise est la différence entre sa recette et son coût total, décrit par le segment de droite entre la courbe (⑥) et la ligne du coût total (③) (⑦ dans Fig. C). Le point de maximalisation du profit est M (la quantité correspondante est q_m), où l'inclinaison de la tangente à la courbe de la recette (⑧) est la même que celle du coût total (③).

FIGURE - C' -



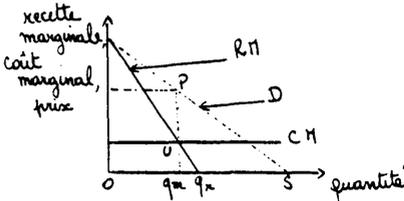
Le prix qui correspond au point M est obtenu par la courbe de demande à la quantité de q_m (le prix du point P i.e. p_m dans la Fig. C').

Même si la ligne du coût total descend parallèlement à cause de la réduction du coût fixe (comme ③ → ③' dans Fig. C), le point de maximisation reste toujours à M. La quantité (q_m) et le prix correspondants ne changent pas non plus.

Cela signifie que la réduction du coût fixe n'entraîne pas la diminution du prix (voir aussi l'explication plus générale ci-dessous dans III - (B) - (i) - (iv)).

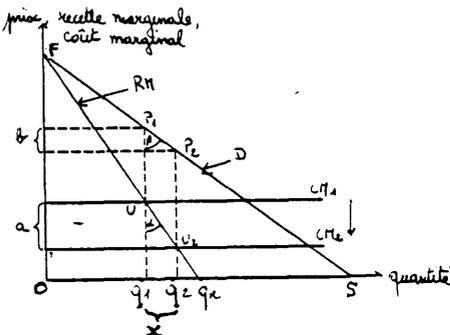
Comme expliqué ci-dessus (11b), au point M (ou à la quantité q_m) où la maximisation du profit se réalise, la pente de la tangente à la courbe de la recette est la même que la pente de la ligne du coût (voir Fig. C). Or, la valeur de la pente de la tangente à la courbe de recette peut être décrite par la fonction (ici la ligne de "recette marginale (RM)") (Voir Fig. D) (la fonction de RM est la dérivée de la fonction de la recette). Et la valeur de la pente de la tangente à la courbe de coût (ici, c'est la ligne même du coût) est exprimée par la fonction (de la courbe) de "coût marginal (CM)" (Cm est la dérivée de la fonction de coût).

FIGURE - D -



Alors la quantité (q_m) qui maximise le profit peut être obtenu par le point d'intersection (U dans Fig. D) entre ces deux fonctions RM et CM (au point U, $RM = CM$). Le prix correspondant peut être obtenu par la fonction de demande (D) à q_m (la valeur du point P dans Fig. D).

FIGURE - E -



Si le coût variable est diminué de "a" (francs) par unité, la pente de la courbe du coût total (voir Fig. C ou A) est aussi diminué de "a". Autrement dit, la valeur de la fonction du coût marginal est diminuée de "a" ($CM_1 \rightarrow CM_2$ dans Fig. E). Alors dans Fig. E, la quantité de la maximisation augmente de q_1 à q_2 (de "x"), et le prix correspondant réduit de "b". La question est quelle est la largeur de "b" en comparaison de "a". Kliege la résoud comme il suit.

- a ... la réduction du coût marginal
- b ... la réduction du prix
- x ... l'accroissement de la quantité produite

Dans Fig. E,

$$\tan \beta = \frac{x}{b} \quad \dots (1)$$

$$\tan \alpha = \frac{x}{a} \quad \dots (2)$$

Et comme,

$\angle \beta$ est identique à $\angle SFO$

$\angle \alpha$ est identique à $\angle qrFO$,

et
le segment de droite \overline{OS} est égal à 2 fois celui \overline{Oqr} ,

$$\tan \beta = 2 \cdot \tan \alpha \quad \dots (3)$$

Alors, avec (1) et (2), (3) devient :

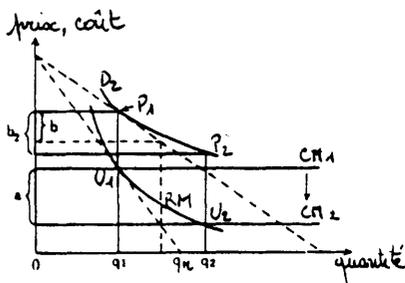
$$\frac{x}{b} = 2 \frac{x}{a}$$

$$\therefore b = \frac{1}{2} a$$

(Plus généralement, voir III - (B) - (1) - (i) \approx (iv)).

(11d) Kliege ne montre pas pourquoi le taux de réduction du prix varie selon la concavité ou la convexité de la courbe de demande. Il ajoute seulement la figure ci-dessous.

FIGURE - F -



(Voir ci-dessous III - (B) - (1) - (i) \approx (iv)).

(11e) Ici Kliege montre quelques figures comme ci-dessous.
FIGURE - G -

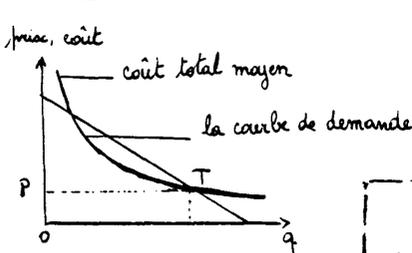
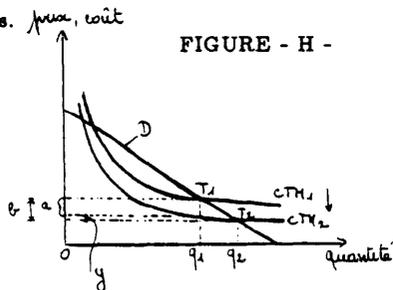


FIGURE - H -



a ... la réduction première du coût ($CTM_1 \rightarrow CTM_2$)
y ... la réduction secondaire du coût
b ... la réduction du prix ($T_1 q_1 \rightarrow T_2 q_2$).

Et il dit que la réduction du prix (de "b") excède la diminution première du coût (de "a") parce que plus la quantité produite augmente plus est "rentable" la part du coût fixe et ainsi une réduction secondaire du coût ("y") est réalisée (voir ci-dessous III - (B) - (1) - (v) et (vi)).

(12) Kliege, op. cit., p. 65 et s.

(13) Kliege, op. cit., p. 67.

(14) Kliege, op. cit., pp. 67-68.

(15) Voir, supra, note (7).

(16) R. Fischer, Betriebs-Berater, 1957, p. 485.

(17) Fischer, Ibid.

(18) Par exemple, W. Weber, Der Betrieb, 1971, p. 180 et s. ; W. Löwe, Betriebs-Berater, 1974, p. 1036 ; M. Dietlein, Neue Juristische Wochenschrift, 1974, p. 973 ; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Vertraglicher Interessenausgleich, 1970, p. 34 (avec un peu de critique sur son observation d'un arrêt) ; Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag (par H. Kötz), Verhandlungen, Band I. Teil A, p. 28 et p. 30.

(19) Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1974, p. 54 et s. ; Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen, Der Betrieb, Beilage Nr. 18, 1974, p. 10 ; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode) Drucksache 7/3919, p. 23.

(20) Par exemple, son travail n'est pas mentionné dans H. Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1980. Pour la tendance actuelle sur l'argument du prix, voir Ulmer, Brandner et Hensen, op. cit., p. 383 f. ; Münchner Kommentar (Kötz), op. cit., p. 1688 et s.

(21) H. Köhler, Vertragsrecht und "Property Rights" - theorie (Zur Integration ökonomische Theorien in das Privatrecht), Zeitschrift für Handelsrecht, 144 (1980), p. 603 et s. ; H. Kötz, Haftungsausschlussklauseln — Eine juristisch-ökonomische Analyse, Versicherungsrecht, 1983, p. 145 et s.

(22) Kliege, op. cit., particulièrement p. 54-62.

(23) $\left(\frac{dP}{da}\right)$ n'est que la fonction dérivée du prix par rapport à la variation de "a". La fonction de la somme de réduction du prix, entraînée par la diminution du coût de "a", est donnée par l'intégration de (dP/da) . Mais cette intégration ne peut pas être formulée de façon aussi simple et explicative que <12>.

(24) H. Hirose, Une vue sur le contrôle des clauses abusives - une analyse micro-économique, Jurist, n. 828 (1985) p. 99 et s. (en japonais).

(25) Comme j'y ai fait allusion (II - A), il a utilisé l'argument de l'effet de l'impôt sur le prix. Normalement les clients d'une marchandise (par exemple une bouteille de vin) réagissent aux variations du prix mais ne sont pas sensibles à la part de taxes dans celui-ci. Mais la réaction des clients à la clause d'irresponsabilité peut être différente. Il me semble que Kliege a trop limité le champs d'exploration.

(26) Schwartz et Wilde, (1979), op. cit., p. 660 et s. ; Schwartz et Wilde (1983), op. cit..

(27) Il est plus exact de dire ce déplacement "vers la gauche". Mais pour mieux faire un parallèle avec le cas du déplacement de la courbe du coût, j'ai écrit comme dans le texte "vers le bas".

(28) Sur ce point, les articles écrits par Schwartz et Wilde (supra note (2)) sont très remarquables. Un exemple simple montre que, si un tiers ou plus des acheteurs d'une certaine marchandise (comme un séchoir électrique de vêtements) cherchent dans plus de deux magasins en comparant les prix, celui-ci devient presque celui de concurrence (Schwartz et Wilde(1979), op. cit., p. 853). Un résultat similaire peut être attendu dans le cas de la clause du contrat (Schwartz et Wilde (1979), op. cit., p. 661).

(29) Dans le cas extrême, un client ignorant totalement l'existence de la clause peut obtenir la réduction du prix grâce à la réaction négative des autres clients envers cette clause.

(30) La distinction de l'interdiction de clauses entre "avec" possibilité d'appréciation et "sans" celle-ci, introduite par la loi de 1976 sur les conditions générales des contrats en Allemagne (entre articles 10 et 11), est intéressante. Mais si l'on examine la liste des articles (articles 10 et 11), on ne peut pas comprendre clairement le critère choisi par cette loi.

(31) Voir Schwartz et Wilde, op. cit., et les recherches de marketing qui y sont citées.

(32) Voir note supra (28).

(33) Il doit y avoir d'autres critères de l'interdiction juridique -par exemple, celui de l'ordre public traditionnel-. Mais je ne peux pas en parler dans cet article.

(34) Kliege, op. cit., p. 27.

(35) Schwartz et Wilde(1983), op. cit., p. 1390 dans la note n. 1.

(36) Voir particulièrement le texte III - B - (3) - (i) et note supra (28).

(37) Voir note supra (36) et (2).

* Je déplore que certaines questions n'aient pu être abordées ainsi par exemple :

- Le raisonnement a été fondé plutôt sur le prix global, ce qui nous a contraint à négliger le prix unitaire.

- La différence entre le prix à court terme et celui à long terme. Les discussions dans le texte sont principalement limitées au cas du court terme, hypothèse sur laquelle les juristes ont généralement raisonné. Mais comme Kliege, on doit élargir notre point de vue aussi au problème du long terme.

- Parmi des problèmes plus concrets qui ont dû être laissés de côté :

a - le caractère d'une clause dans les conditions générales de vente portant sur des lots formés d'objets différents, et

b - la possibilité pour l'entreprise (ou les clients) de diminuer la fréquence des accidents et l'étendue des dommages.

** Je voudrais remercier toutes les personnes qui m'ont aidé et encouragé pour réaliser ce travail en français. Je suis particulièrement obligé de Monsieur le Professeur et Madame Michel BORYSEWICZ, Monsieur Pierre-Yves DENNIEL et Monsieur Christophe GOURJON, d'avoir consacré, malgré leurs occupations, beaucoup de temps à la correction de mon texte. Tout cela deviendra un des souvenirs inoubliables et touchants de nos séjours si agréables à Aix-en-Provence.

II - RAPPORTS D'APPLICATION

1 - Henri LEPAGE,

Distribution sélective : une défense économique des clauses de prix imposés.

2 - Professeur Susan ROSE-ACKERMAN,

L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété.

3 - Professeur François SEUROT,

La fragilité des fondements théoriques des droits de la concurrence.

4 - Professeur Bertrand LEMENNICIER,

Indemnités de licenciement : assurance tous risques, réparation d'un préjudice ou impôt sur la liberté de contracter ?

DISTRIBUTION SELECTIVE : UNE DEFENSE ECONOMIQUE DES CLAUSES DE PRIX IMPOSES

Par

Henri LEPAGE

Quel que soit le droit en cause, les prix imposés font l'objet d'une condamnation a priori unanime. Le texte qui suit conteste la sagesse d'une telle position.

Quel que soit le droit en cause, les prix imposés font l'objet d'une condamnation unanime. La raison est simple : si l'on impose à tous les revendeurs de pratiquer les mêmes prix de vente, cela réduit considérablement la concurrence qu'ils sont susceptibles de se faire entre eux. Un certain nombre de développements théoriques récents suggèrent pourtant que de telles pratiques ne sont pas nécessairement contraires aux intérêts des consommateurs, et que les interdire systématiquement risque au contraire de se retourner contre eux, et contre l'intérêt même de la concurrence. Tout se passe comme si tant le législateur européen que le législateur français n'avaient jamais entendu parler de ces travaux qui, depuis quelques années, sont en train de modifier complètement la politique américaine d'application des lois anti-trust.

La question qu'il faut se poser est de savoir pourquoi des producteurs jugent bon d'imposer à leurs revendeurs des contraintes limitant la concurrence que ceux-ci peuvent se faire. A priori, une telle opération n'est guère rationnelle.

- La marge entre le prix auquel le fabricant cède ses marchandises au distributeur et le prix auquel celui-ci les revend au public ne représente pas autre chose que son "coût de distribution". Comme pour tout autre élément de coût, le producteur a intérêt à ce que ce coût reste le plus bas possible.

- Vendre au public à un prix plus élevé que cela serait possible si le coût de distribution était plus bas, n'est pas dans son intérêt, car cela signifie que les détaillants vendront moins. On ne voit pas pourquoi le producteur prendrait l'initiative d'imposer à ses revendeurs de telles contraintes. Il en serait la première victime. S'imaginer, comme le fait essentiellement, la législation en vigueur, que si les producteurs imposent à tous leurs revendeurs les mêmes barèmes de prix minima obligatoires, c'est pour leur garantir des niveaux de marge supérieurs à la normale, n'est donc pas très réaliste. On ne voit pas pourquoi les producteurs se montreraient à ce point plus altruistes que les autres.

Il est vrai qu'une autre explication possible est d'imaginer que le producteur qui se comporte ainsi, agirait comme l'homme de paille d'un cartel de distributeurs faisant pression sur lui pour le contraindre à se faire leur complice et l'exécuteur de leur accord. Mais même si cela existe, il est difficile d'imaginer qu'il puisse s'agir d'une situation très courante ; ou, à tout le moins, aussi courante qu'il le faudrait pour en faire la base d'une interdiction a priori systématique.

L'analyse économique moderne suggère une autre raison pour laquelle il peut être rationnel pour un producteur d'adopter une politique de prix imposés : lorsqu'il a besoin d'*obtenir de ses revendeurs que ceux-ci fournissent avec le produit vendu un certain niveau et une certaine qualité de service.*

Prenons le cas d'un produit dont le marketing suppose pour être efficace que les revendeurs maintiennent en permanence un niveau de stock relativement important, qu'ils mettent en place des services de démonstration et de promotion relativement coûteux, que cela immobilise un espace assez large pour exposer le produit, qu'en plus celui-ci exige un service après-vente relativement sophistiqué, etc.... Une solution consiste à passer avec les distributeurs des contrats prévoyant l'apport de tels services. Mais cela ne suffit pas pour que l'on soit sûr que ces services seront effectivement produits. Le producteur doit ensuite prévoir toute une série d'opérations de contrôle et de surveillance pour s'assurer que les niveaux de service décrits dans le contrat sont respectés. Ces activités de contrôle ne sont pas gratuites. Elles entraînent des dépenses : les salaires des inspecteurs, leurs frais de route, mais aussi, dans les activités modernes, la mise au point de programmes d'acquisition de données complexes et coûteux. Lorsqu'il s'agit de produits distribués dans un grand nombre d'établissements disséminés sur un large territoire, et qui impliquent la fourniture de services dont il est difficile d'apprécier directement la qualité et le niveau, recourir à des mécanismes d'inspection directe est une technique souvent financièrement trop coûteuse. L'intérêt du producteur est d'essayer d'obtenir le même résultat tout en utilisant des techniques qui lui coûtent moins cher. C'est ici que réapparaît le "prix imposé".

Une autre solution consiste en effet à ne pas se mêler d'aller voir directement sur place comment se comporte chacun de ses distributeurs, mais à leur imposer de respecter un même prix de vente, de manière à les contraindre de se faire concurrence au niveau même de la prestation de service. Si le producteur impose à tous ses agents de respecter un prix de vente uniforme, fixé de telle manière qu'il laisse une marge plus élevée que le coût brut de distribution (sans les services d'accompagnement), et si rien ne limite la concurrence entre les établissements, ceux-ci se trouveront contraints d'augmenter leurs fournitures de service de façon à attirer chez eux une clientèle qui peut aller chez les concurrents et qu'ils ne peuvent plus séduire par une politique de prix plus bas. Produire ces services leur coûte quelque chose, et réduit la marge nette dont pourrait leur faire bénéficier le niveau de prix imposé, mais cela leur permet aussi d'augmenter leur chiffre d'affaires, et donc leur profit total, en séduisant la clientèle des autres. Tout le problème est de bien calculer le montant de la marge à laisser aux distributeurs. Si le fabricant connaît bien son marché, et si la marge est calculée de telle sorte qu'elle couvre tout juste les frais de production du niveau de service souhaité, le seul jeu du marché et de la concurrence entre les revendeurs suffira à assurer la production du niveau et de la qualité des services désirés par l'industriel.

S'il y a effectivement concurrence entre les revendeurs, chacun a intérêt à développer sa production de services jusqu'au point où son coût marginal personnel est égal au prix de vente imposé. Lorsque ce point est atteint, personne ne réalise de profits "excessifs". Ceux-ci ont été dissipés en coûts supplémentaires générateurs de services à la clientèle. Le producteur obtient de la part de son réseau de distribution le niveau de services qu'il juge nécessaire pour assurer la vente de son produit dans des conditions qu'il considère comme indispensables à la réussite de sa politique de mise en place et de marketing. Et il obtient ce résultat sans avoir besoin d'entretenir et de payer une armée d'inspecteurs faisant en permanence la tournée de points de vente. Identifier ceux qui trichent avec ses directives lui coûte moins cher que lorsqu'il faut surveiller directement la production de services difficiles à définir et à mesurer objectivement. Par ailleurs, la négociation et l'établissement des contrats absorbent également moins de ressources. On a un système qui permet d'atteindre les mêmes objectifs de services tout en réduisant ses "coûts de transaction". *Ce qui accroît la productivité globale de la chaîne de production et de vente.*

On peut évidemment se demander pourquoi, si le consommateur est demandeur de tels services, et s'il accorde une certaine valeur à leur production, les distributeurs ne prennent pas sur eux de produire eux-mêmes ces services, quitte à les faire payer par leur clientèle en augmentant, *de leur propre initiative cette fois,*

leurs prix de vente. La raison tient à la présence possible de ce que j'appellerai des Passagers Clandestins ("free riders") -c'est-à-dire de distributeurs qui, eux, négligeraient de produire de tels services et bénéficieraient cependant des dépenses de promotion et de démonstration, ou de service, engagées par leurs concurrents les plus proches-.

Par exemple, imaginons qu'un revendeur "A" installe une magnifique salle de démonstration, y présente en permanence tous les modèles avec le concours de démonstrateurs hautement qualifiés, et accompagne cette action d'un important effort de publicité locale visant à informer la population de l'importance des services de garantie et d'après-vente que le constructeur assure chez ses concessionnaires. A quelques centaines de mètres, un autre revendeur "B" s'installe dans une petite échoppe où il vend les mêmes produits, mais sur catalogue seulement. Il conseille à ses clients d'aller voir et tester d'abord le matériel chez "A", puis de revenir chez lui pour la commande. N'ayant pas à subir les coûts que lui imposeraient l'immobilisation de l'espace de démonstration, la rémunération des techniciens et démonstrateurs, l'investissement en outillage pour assurer les service de garantie et d'après vente, ... il peut se permettre de leur vendre le même produit moins cher. Moyennant quoi on a cette étrange situation où "A" voit son magasin rempli du matin au soir par des gens qui viennent se renseigner, mais n'enregistre pratiquement aucune commande, les clients, une fois découvert ce qu'ils voulaient savoir, se rendant chez "B" pour acheter le produit, à un prix sensiblement inférieur. C'est "A" qui fait le travail, mais c'est "B" qui fait le chiffre d'affaires. "B" est bel et bien en position de Passager Clandestin par rapport à "A", comme le voyageur qui prend le métro sans billet. Moyennant quoi, "A" s'apercevant de ce qui se passe, cesse rapidement de payer pour toute la gamme de services auxiliaires qu'il apporte aux consommateurs mais dont il ne tire aucun profit. S'il n'arrête pas bien vite, il court à la faillite du fait de ce qu'il faut bien appeler la "concurrence déloyale" de "B". Ce qui est vrai de "A", le sera également de "C" qui est situé un peu plus loin et qui, lui aussi, est sensible à la concurrence de "B", et ainsi de suite. Résultat : la présence d'un "passager clandestin" peut suffire à empêcher la production de ces services locaux que le producteur juge indispensable à la bonne mise en place de son produit, et à son succès commercial. De nombreux consommateurs seront privés de l'accès à un produit qu'ils n'achèteront pas parce qu'ils n'ont pas bénéficié à son sujet d'une information suffisante, alors que s'il y avait eu un effort de communication plus important de fait, ils l'auraient acheté, et auraient ainsi bénéficié d'une supplément d'utilité personnelle. La présence de "passagers clandestins" signifie non seulement que le fabricant vendra moins de ce qu'il produit, mais aussi que le niveau de satisfaction de l'ensemble des consommateurs sera moindre que ce

qu'il aurait été si les consommateurs avaient bénéficié des services dont ils ont été ainsi privés.

Pour éviter ces effets en chaîne, il y a plusieurs techniques possibles, dont l'efficacité relative dépend des circonstances (nature du produit, situation du marché, caractéristiques de la concurrence, etc. ...). Parmi celles-ci, l'une consiste pour le fabricant à imposer à l'ensemble de ses distributeurs un système de prix imposés. Une telle stratégie de diffusion commerciale rend par définition impossibles des comportements de "passager clandestin". Chaque revendeur étant contraint de pratiquer le même prix de vente (ce qui, notons le au passage, suppose que le fabricant devrait avoir le droit de refuser de livrer ceux qui ne respectent pas la consigne), le magasin "B" ne peut réussir que s'il se met lui aussi à offrir les mêmes services que "A", en essayant même de faire mieux.

Cette stratégie de réponse est particulièrement adaptée aux problèmes de commercialisation posés par la diffusion de produits vendus simultanément dans un grand nombre de magasins en concurrence effective, peu éloignés les uns des autres, et où il n'y a pas beaucoup d'économies d'échelle à attendre au niveau de la distribution. Elle sera moins efficace là où au contraire la nature des services rendus permet de capter d'importantes économies d'échelle par le regroupement des points de vente -ce qui crée un plus grand isolement géographique des revendeurs, et rend la concurrence entre eux moins sensible-. Dans ce cas, il vaut mieux choisir une autre technique (par exemple l'exclusivité territoriale).

Ceci dit, il existe encore une autre interprétation possible du prix imposé ; une interprétation qui insiste non plus sur les services que le consommateur peut en retirer et qui ne seraient pas produits si les producteurs ne réagissaient pas contre la présence de "passagers clandestins", mais sur les avantages que les fabricants eux-mêmes, cette fois, en tirent lorsque, ayant des produits à mettre en circulation, leur problème est d'identifier les caractéristiques de la demande et de découvrir les circuits de diffusion ou les techniques de marketing les plus appropriées.

Lorsqu'un industriel lance un nouveau produit sur le marché, il le fait toujours dans des conditions d'incertitude très grandes. Il ne sait pas encore quelles caractéristiques il doit mettre exactement dans le produit pour satisfaire au mieux ses clients. Il ne connaît pas non plus quel est le profil exact de sa demande, quelles sont les techniques de diffusion et de vente qu'il vaut mieux adopter, ou encore le prix qui doit économiquement s'avérer le meilleur. Du point de vue, tous ces éléments là sont encore à découvrir. L'argument que je voudrais développer est que c'est précisément l'une des fonctions méconnues du prix imposé que d'aider le producteur à "trouver" ces données qu'il ne connaît pas encore.

L'idée est assez simple. Elle consiste à suggérer que le prix imposé est une méthode de marketing qui permet au fabricant d'un produit nouveau de se livrer *in vivo* à toute une série d'expériences commerciales analogues aux expériences "toutes choses égales par ailleurs" auxquelles les chercheurs se livrent dans leurs laboratoires pour estimer les coefficients de leurs lois scientifiques ; ou encore aux analyses factorielles que développent les économistes lorsqu'il s'attachent les cheveux sur des études multicritères.

Prenons par exemple le cas d'un producteur qui ne sait pas encore quelle est la meilleure méthode pour mettre son produit en vente. Il a le choix entre différentes techniques de distribution, différents réseaux de diffusion, différents modèles de relations contractuelles ... En acceptant de diffuser son produit par plusieurs canaux commerciaux, mais en imposant à tous ses revendeurs de respecter le même prix de vente, il sera mieux à même de percevoir les différentes élasticités de son marché que ce ne serait le cas si chaque distributeur était libre de fixer le prix de son choix. Le producteur y gagne vraisemblablement du temps, une économie de moyens, des informations concernant les réactions des clients face aux différentes qualités qui leur sont présentées, les différences d'attitude selon les classes sociologiques, les régions géographiques, etc. ... qu'il n'aurait probablement pas pu obtenir autrement (sinon à un coût beaucoup plus élevé, et encore !).

En imposant à ses revendeurs un prix élevé, le producteur les empêche d'augmenter leurs ventes en offrant des prix meilleurs. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, cela n'est pas nécessairement à son avantage. Mais il est des circonstances où cette attitude eut être parfaitement rationnelle si en agissant, ainsi, en donnant une meilleure marge au distributeur, tout en lui imposant le même prix de vente qu'aux autres, elle crée chez celui-ci une motivation plus grande pour faire l'effort de rechercher des solutions commerciales originales et plus performantes. Dans cette optique, la technique du prix imposé peut s'analyser comme un moyen particulièrement performant pour *mobiliser le savoir-faire spécialisé des détaillants* dans la recherche des solutions de mise en vente les mieux adaptées à la nature et aux caractéristiques encore mal connues du produit. Là encore il s'agit d'éléments d'information et de savoirs qu'il eut été difficile au producteur d'acquérir dans d'autres conditions, si ce n'est à un coût plus élevé (lorsque, par exemple, on interdit aux entreprises de se livrer à ce genre d'expériences, et que pour obtenir ce qu'elles cherchent elles sont contraintes de se tourner vers d'autres méthodes, comme celle qui consiste à diffuser le même produit, mais sous des marques différentes, ce qui impose des politiques de communications plus diversifiées, et donc plus coûteuses par la perte d'économies d'échelle qui étaient en fait évitables).

Il est vrai que, dans une certaine mesure, cela réduit la concurrence, les détaillants ne pouvant plus s'affronter sur les prix. Mais en contrepartie, indépendamment de tous les problèmes de service et d'environnement évoqués plus haut, il faut tenir compte que empêcher les entreprises de recourir à ce genre de technique pour découvrir ce qu'elles ont besoin de savoir lorsqu'elles proposent un produit nouveau, augmente leurs coûts de développement et de lancement, et freine donc le renouvellement de la concurrence !

Si l'analyse est juste, le mécanisme du prix imposé doit se révéler être *une disposition transitoire*, dont l'utilité est la plus grande tant qu'on a affaire à un produit vraiment neuf, mais dont la valeur pour le producteur doit progressivement diminuer au fur et à mesure qu'il apprend ce qu'il lui fallait découvrir sur les comportements du consommateur, ses réactions aux différentes caractéristiques du produit, aux différents dispositifs de commercialisation, etc. ... Peu à peu, les éléments négatifs du système -l'effet restrictif sur les ventes- vont prendre le pas sur ses avantages. Lorsque son produit est suffisamment implanté et connu, il devient de l'intérêt même du producteur de l'abandonner. Autrement dit, le prix imposé est un *mécanisme essentiellement évolutif*, dont l'utilité industrielle n'est vraiment maximale que pendant les premières phases de vie du produit.

Il se peut, bien évidemment, que, par pure inertie, ou par simple confort, des industriels maintiennent un tel système en vie plus longtemps que sa valeur économique ne le justifierait. Mais l'analyse montre que si tel est le cas, ce sont les commerçants du réseau eux-mêmes qui en précipiteront le déclin. Comment ? La réponse n'est pas compliquée. Tant que le mécanisme remplit sa fonction d'"aide à la découverte" de ce que les producteurs, les distributeurs, mais aussi les consommateurs ont besoin de savoir pour remplir leur rôle avec le maximum d'efficacité, tout le monde a intérêt à le maintenir en place. Plus le produit entre dans sa phase "adulte", plus cette fonction perd de sa valeur -du moins pour ceux qui ont été les premiers à tirer le meilleur parti des informations, savoirs et connaissances ainsi produits. Comme par ailleurs la meilleure connaissance que le public a du produit et de ses caractéristiques conduit à une courbe de demande de plus en plus élastique, il est clair que, pour certains distributeurs, il devient de plus en plus intéressant d'essayer d'échapper aux disciplines du système, et de tricher en pratiquant des prix plus bas pour gagner plus de clients. Ce qui n'était pas vrai tant que ces conditions n'étaient pas réunies. A la limite on peut même considérer que c'est l'industriel qui, pour évoluer sans heurter de front les intérêts de son réseau de revendeurs (généralement moins bien "informés" que lui), encouragera "en douce" les plus dynamiques à ne pas respecter les prix qu'il prétend pourtant leur imposer. Un tel arrangement "contractuel" ne peut se maintenir que si chacun des

participants y trouve son intérêt. A partir du moment où ce n'est plus le cas, il est condamné -sauf si les éléments les plus conservateurs du réseau se tournent alors vers l'Etat pour obtenir par la loi ou le règlement ce qu'ils ne peuvent préserver contre les forces de la concurrence.

Les autorités Communautaires Européennes sont prêtes à admettre qu'une certaine limitation de la concurrence effective par les prix est inhérente au système de la distribution sélective. Mais la Commission prend le problème complètement à l'envers. Elle n'a visiblement aucune conscience des implications profondes qu'apporte la prise en compte par la théorie économique des problèmes de contrôle et de "passagers clandestins".

Pour la Commission il ne saurait être question d'aller jusqu'à autoriser les fabricants à exiger de leurs concessionnaires des engagements fermes en matière de prix, au motif qu'un tel système, dit-elle, n'est pas indispensable pour obtenir les avantages économiques liés à un mode de distribution sélective. Le seul fait que le fabricant ait le droit de sélectionner ses revendeurs en leur imposant des qualifications personnelles particulières, ou encore l'obligation de réaliser certains investissements, explique la Commission, a pour effet de réduire la concurrence sur les prix. La concurrence va donc se faire davantage sur les services liés à la fourniture du produit, ce qui, pour amortir les frais ainsi engagés, conduit à un niveau de prix naturellement plus élevé. Dans ce raisonnement, les prix plus chers sont une conséquence de ce que la concurrence entre les concessionnaires les contraint à investir davantage pour élever le niveau et la qualité des services rendus à la clientèle ; alors que dans le schéma que j'ai présenté, c'est l'obligation contractuelle de respecter des prix imposés par le producteur qui force les distributeurs à produire la qualité et le niveau de services que celui-ci attend d'eux.

La faille dans le raisonnement de la Commission tient à ce qu'elle imagine a priori qu'il suffit que le fabricant impose à ses revendeurs des contraintes de production de services, et qu'il les sélectionne en conséquence, pour que ces services soient nécessairement produits. Elle ne se pose à aucun moment le problème du respect et de l'exécution conforme des contrats signés entre le fabricant et les membres de son réseau. Nulle part n'apparaît un examen des problèmes que pose la présence inévitable de "coûts de contrôle" qui font que, même avec une sélection extrêmement stricte, on ne peut jamais empêcher à 100 % que ne se glisse dans le troupeau une brebis galeuse désireuse de se comporter en "passager clandestin" sur la renommée commerciale du réseau et donc les investissements des autres.

Or précisément, ce que suggère l'analyse est qu'il suffit qu'il y ait dans un réseau un petit nombre de "passagers clandestins", c'est-à-

dire de revendeurs ne respectant pas les obligations contractuelles imposées au réseau, et qui jouent sur la difficulté de les détecter et de les sanctionner immédiatement, pour que se produise une réaction en chaîne qui fait qu'en définitive les objectifs de services souhaités par l'entreprise ne seront pas atteints, chacun ne voyant pas pourquoi il entreprendrait de financer des investissements qui profiteront autant à d'autres qu'à lui.

Ce qui est important n'est pas l'idée qu'il suffirait d'imposer un prix de vente plus élevé aux concessionnaires pour les contraindre à se faire davantage concurrence par la fourniture de services, ce qui permettrait ainsi au producteur d'obtenir ce qu'il désire ; mais le fait que le prix imposé est, dans certaines circonstances, ce qu'il y a de plus efficace comme technique de commercialisation pour réduire les risques de "passagers clandestins". Autrement dit, c'est précisément cette efficacité de la technique quant à la lutte contre les phénomènes de "passagers clandestins" qui fait que ce puisse être un moyen de commercialisation souhaitable dès lors qu'il s'agit d'un produit qui demande d'être accompagné d'un certain niveau et d'une certaine qualité de services, ou encore d'un produit nouveau dont la plupart des caractéristiques économiques restent encore à découvrir.

Ces problèmes ne sont absolument pas perçus par la Commission européenne. Et s'ils ne le sont pas, c'est parce que le contexte théorique dans lequel s'inscrivent ses travaux, comme ceux de pratiquement tous les économistes et juristes qui, en Europe, s'occupent de problèmes de concurrence, est ainsi construit que, par définition, il ne peut pas en rendre compte.

Août 1986

L'INALIENABILITE ET LA THEORIE DES DROITS DE PROPRIETE (*)

Par

Susan ROSE-ACKERMAN (**)

L'inaliénabilité est la belle-fille des recherches en "droit et économie". Trop souvent, les économistes ne constatent l'existence de restrictions relatives à la cessibilité, à la propriété et à l'usage des biens que pour les condamner comme manifestement inefficaces dans les marchés commerciaux. Même Guido Calabresi et Douglas Melamed qui font une place explicite à l'inaliénabilité dans leur théorie des droits la traitent comme une belle-fille analytique qu'il faut justifier par recours au paternalisme et au moralisme (1).

Après examen, le concept d'inaliénabilité se révèle pourtant très complexe et son utilisation légitime peut être clarifiée par une analyse économique conjuguée avec la prise en considération d'idées non économiques, parmi lesquelles plus particulièrement les idéaux de citoyenneté et de justice distributive. L'inaliénabilité peut être définie

(*) Traduction Anna Leszczynski, étudiante de doctorat de droit privé, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. Traduction révisée par Valérie Monso, étudiante de L.L.M., Columbia Law School. Publié initialement sous le titre "Inalienability and Theory of Property Rights", 85 Columbia Law Review 931-969 (juin 1985).

(**) Professeur de droit et d'économie politique, Université de Columbia ; B.A. 1964, Wellesley College ; Ph. D. 1970, Yale Université. Les recherches qui ont permis la rédaction de cet article ont été en partie effectuées par le Centre des Etudes de droit et économie de l'Université de Columbia, l'Institut international des systèmes d'analyses appliquées et le Program on Nonprofit Organizations de Yale University. D'utiles commentaires nous ont été présentés par Bruce Ackerman, Guido Calabresi, Merritt Fox, Alvin Klevorick, Jerry Mashaw, Daniel Rubinfeld, Matthew Spitzer, Christopher Stone et par les participants aux séminaires de Stanford, de l'Université de Southern California, de Yale, de la rencontre annuelle de 1983 de l'American Economic Association et de la conférence organisée par la Faculté de droit de l'Université de Columbia sur les nouvelles directions de recherches en droit et économie. Walter de la Cruz, Katherine Gorove et Tracey Thompson m'ont apporté une aide précieuse.

(1) Calabresi et Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral", 85 Harv. L. Rev., 1089 (1972).

comme toute restriction de la transmissibilité, de la possession ou de l'usage d'un droit. Ainsi conçue, elle est répandue dans les sociétés modernes, dans les pays en voie de développement, comme dans les sociétés passées. La variété et l'omniprésence de ces restrictions suggèrent qu'une analyse plus complète nous aiderait à mieux comprendre le rôle de la propriété privée dans la vie économique et sociale. Cet article débute comme une analyse établissant les catégories possibles de restrictions et continue en présentant les motifs qui peuvent justifier l'instauration de certaines contraintes sur la propriété privée.

Pour ce faire, nous devons avoir une conception du rôle des investitures juridiques, plus large que celle adoptée dans la plupart des travaux de "droit et économie". Beaucoup d'ouvrages mettent l'accent sur la manière dont les règles de droit sont affectées par les caractéristiques techniques des produits et par les coûts du contrôle d'externalité (2). Le poisson, les pâturages, les forêts, les gisements de pétrole et les fonds océaniques minéraux sont seulement une infime partie des ressources qui ont fait l'objet d'analyses portant sur les droits de propriété (3). Les études se concentrent de manière assez étroite sur l'efficacité des systèmes de propriété privée, qui exigent la prise en considération de tous les coûts de l'usage des ressources. La plupart de ces travaux a d'ailleurs trop fait confiance aux résultats d'un marché dans lequel les droits de propriété ont été fermement établis ; ceci peut sûrement expliquer leur scepticisme à l'égard des restrictions à la vente (4).

A l'inverse, Calabresi et Melamed estiment que l'inaliénabilité peut être justifiée ; mais ils n'essaient pas de présenter une analyse complète des restrictions imposées à la transmissibilité, à la propriété

(2) Pour la plupart des articles de base voir *Economic Foundations of Property Law* (B. Ackerman éd. 1975) ; *The Economics of Legal Relationships : Readings in the Theory of Property Rights* (H. Manne éd. 1975) ; voir aussi Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967) ; Furubotn et Pejovich, *Property Rights and Economic Theory : A Survey of Recent literature*, 10 *J. Econ. Literature* 1137 (1972) ; North, *Structure and Performance : the Task of Economic History*, 16 *J. Econ. Literature* 963 (1978).

(3) Voir par ex. Anderson et Hill, *The Evolution of Property Rights : A Study of the American West*, 18 *J.L. et Econ.* 163 (1975) ; Gordon, *The Economic Theory of a Common-Property Resource : The Fishery* 62 *J. Pol. Econ.* 124 (1954) ; Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Sci.* 1243 (1968) ; Sweeney, Tollison and Willett, *Market Failure, the Common-Pool Problem and Ocean Resource Exploitation*, 17 *J.L. and Econ.* 179 (1974).

(4) Voir par ex. *Bureaucracy versus Environment : The Environmental Costs of Bureaucratic Governance* (J. Baden and R. Stroup eds. 1981).

et à l'usage des biens (5). Leur étude met plutôt l'accent sur la distinction à faire entre les règles de propriété et les règles de responsabilité. En vertu d'une règle de propriété, le bien peut être vendu, donné ou abandonné, mais seulement si le propriétaire veut renoncer à son droit et si le bénéficiaire de l'opération veut l'accepter. En vertu d'une règle de responsabilité, d'autres peuvent s'emparer du bien, par exemple, en le détruisant lors d'un accident ; mais ils doivent alors dédommager le propriétaire dans une mesure déterminée par un organe d'Etat. Comme Calabresi et Melamed ont une conception de l'inaliénabilité qui s'attache particulièrement aux échanges, ils n'envisagent qu'une sorte d'inaliénabilité où la propriété est juridiquement définie, mais où les ventes sont interdites. Ils ne parlent même pas des raisons d'être économiques de cette sorte de restrictions.

Dans cet article, je propose une conception plus large qui s'efforce à la fois de déterminer un éventail des restrictions possibles, et de développer les raisons d'être des règles relatives à certaines de ces restrictions. Parce que mon point de vue est fondamentalement nourri de théories économiques, je pars de la supposition que des marchés commerciaux libres sont souhaitables, à moins de trouver une bonne justification à leur restriction. Je refuse l'idée que des marchés commerciaux sont intrinsèquement coercitifs. Néanmoins, certaines formes d'inaliénabilité ont des justifications valables en politique générale dans une société de marché démocratique. Trois grandes analyses sont au centre du débat. D'abord, l'efficacité économique elle-même peut exiger des restrictions imposées à la propriété. Cette cause va au-delà des problèmes familiaux du contrôle d'externalité et inclut l'information imparfaite, "les dilemmes des prisonniers", le problème des "resquilleurs" et les coûts administratifs des autres politiques. Ensuite, certains objectifs particuliers de justice distributive ne peuvent être atteints que grâce à certaines règles d'inaliénabilité. Il se peut qu'un programme général d'imposition et de transferts soit adéquat. Enfin, les procédés d'un marché libre peuvent être incompatibles avec le fonctionnement responsable d'un Etat démocratique.

Dans la première partie, je commence par classer les règles de droit portant sur la possession, l'usage et la transmissibilité. Les classifications mises en oeuvre ici simplifient le droit existant mais rendent mieux compte de sa diversité que les tentatives précédentes telles celles de Calabresi et de Melamed. J'ai pris comme exemples des controverses actuelles telles que celles relatives à la vente du sang, à l'enrôlement militaire, à la protection des monuments historiques et à la protection des espèces en voie de disparition -et des hypothèses

(5) Voir Calabresi et Melamed, *supra* note 1 à 1111 - 15.

historiques tels les "Homesteading Acts" et l'enrôlement pendant la guerre de Sécession. J'espère que la classification que je propose aidera ceux qui étudient ces questions, à reconnaître les points communs et les différences frappantes qui existent entre les très diverses restrictions aux droits actuellement en vigueur. Toutefois, une analyse ne saurait être lue comme une tentative de justifier la totalité des contraintes existantes sur les droits de propriété. Beaucoup d'entre-elles ont leur origine dans les mesures interventionnistes prises pour imposer des valeurs morales et dans les efforts accomplis par des groupes influents pour obtenir un pouvoir monopolistique.

Dans la deuxième partie, je montre les raisons d'être de certaines restrictions existantes tenant à l'efficacité et à l'équité et je fait apparaître les similitudes analytiques existant entre des domaines aussi disparates que le sang et les voitures d'occasion, ou les enfants et la truite d'eau douce. Je démontre que les règles d'inaliénabilité peuvent être des réponses de deuxième ordre aux différentes carences du marché et je fais apparaître à la fois comment certaines restrictions aux droits de propriété servent des buts de redistribution et comment il se peut que d'autres restrictions entraînent des coûts injustes. Enfin, dans la troisième partie, je montre comment chacun des quatre différents concepts de la citoyenneté prescrit la tension existant entre les valeurs d'efficacité et d'égalité.

I - LA CLASSIFICATION DES DROITS.

En examinant les raisons d'être des restrictions légales sur les droits, il faut éviter d'être submergé par la multitude de cas individuels. Par conséquent, pour que cette analyse reste pratique, je me consacrerai, à tour de rôle, aux trois dimensions du problème :

- 1 - Qui peut avoir un *titre juridique* ?
- 2 - Quelles actions le *détenteur du titre* se voit-il obligé d'entreprendre pour conserver son droit et quelles actions lui sont interdites ?
- 3 - Quelles sortes de transferts sont admis ?

Après que les nombreuses possibilités aient été présentées, un petit nombre des cas les plus représentatifs et les plus intéressants seront sélectionnés pour être examinés de manière plus détaillée dans la suite de mon article.

A - Les restrictions portant sur la possession, l'usage et la transmissibilité :

Je commence par la question de savoir qui peut être titulaire du droit. Il se peut que les règles légales permettent à :

- a) tout le monde ;
- b) seulement à certains groupes déterminés ;
- c) à chacun simultanément ;

ou d) à personne ;
de détenir un titre.

Les cas c) et d) représentent les biens qui ne sont pas susceptibles d'appropriation privée ou qui ont été déclarés par l'Etat propriété commune, de telle manière que l'exclusivité est interdite (eaux navigables) ou parce qu'ils sont illégaux (héroïne, alcool au moment de la Prohibition).

Dans le cas b) l'Etat détermine qui peut détenir le titre. Il se peut que la catégorie de propriétaires qualifiés ne comprenne que ceux qui présentent certaines caractéristiques démographiques, telles qu'un âge avancé, le sexe féminin, ou il se peut qu'elle soit limitée à partir d'une sélection, comme un examen ou une loterie.

Ensuite, il se peut que les détenteurs d'un titre connaissent des restrictions sur l'usage de leur bien, destinées à produire un bénéfice ou à éviter une activité indésirable. Nous devons différencier les activités qui sont autorisées des activités qui sont exigées, ou qui sont interdites. Puisque les activités exigées sont un sous-groupe des activités autorisées, les relations légales possibles entre ces distinctions sont les suivantes :

TABLEAU I

LES RESTRICTIONS SUR L'USAGE

	Rien n'est exigé	Toutes les activités autorisées sont également exigées	Certaines activités autorisées sont également exigées
Rien n'est exigé	1	-	-
Rien n'est interdit	2	-	3
Certaines activités sont autorisées et d'autres sont interdites	4	5	6

Le cas n. 1 est extrême : rien ne peut être fait avec le titre. En fait, dans un cas pareil, il semble étrange de parler de droits.

Le cas n. 2 est totalement à l'opposé : tout est autorisé, et rien n'est exigé (6). Le cas n. 3 est quelque peu plus restrictif : tout est permis tant que certaines activités exigées sont effectuées (par exemple une loi de préservation des édifices historiques). Dans le cas n. 4 certaines activités sont interdites mais rien n'est exigé (par exemple un plan d'occupation des sols). Dans le cas n. 5 ceux qui veulent conserver leur titre doivent accomplir certaines activités qui sont également les seules activités permises (par exemple une loi sur les exploitations agricoles). Dans le cas n. 6 une propre sous-partie des activités autorisées est également exigée alors que d'autres sont interdites (par exemple un plan d'occupation des sols qui réglemente aussi les édifices historiques).

En fin, voyons la transférabilité et la cession des titres. Puisque la réglementation des coûts externes imposés par la vente libre des déchets a été relativement bien analysée par d'autres (7), je ne m'appesantirai pas sur ce sujet. Pour insister plutôt sur la différence existant entre les ventes et les donations. Le tableau n. 2 résume les 4 possibilités :

TABLEAU II
LES RESTRICTIONS SUR LA TRANSMISSIBILITE

	Les donations autorisées	Les donations interdites
Les ventes autorisées	A Pure propriété	B Propriété modifiée
Les ventes interdites	C I modifiée	D Pure I*

* I = Inaliénabilité

(6) Il serait possible d'étudier la colonne du milieu du tableau 1 mais ce ne serait pas très réaliste. Sous l'empire d'une telle règle tout ce qu'il est possible de faire avec un titre est légalement exigé.

(7) Voir par ex. Calabresi et Melamed, supra note 1.

Dans le cas A : une règle de pure propriété, tous les transferts volontaires sont autorisés. Dans le cas B : une règle de propriété modifiée, seules les ventes, généralement aux prix de marché, sont autorisées. Le cas C est appelé inaliénabilité modifiée parce que les ventes sont prohibées alors que les donations sont autorisées. Le cas D représente la pure inaliénabilité.

B - La synthèse.

Si l'on juxtapose les trois dimensions, les titres peuvent faire varier les rapports de presque cent manières différentes. Cet article traite du contrôle de la propriété privée, cependant, je ne considérerai ni les biens qui ne peuvent être utilisés ou légalement possédés, ni les biens purement publics. Pour les quarante cas restant, les neuf que j'examine peuvent être divisés en deux catégories générales - ceux qui affectent l'attribution et l'usage des biens et des services et - ceux qui reflètent les différents concepts de la citoyenneté.

Dans la catégorie des biens et services marchands, je commence par étudier deux cas qui limitent la transmissibilité. Sous le concept "d'inaliénabilité modifiée", les ventes sont interdites mais les donations sont autorisées et peuvent même être encouragées par la politique de l'Etat. Les règles d'inaliénabilité modifiée apparaissent dans des contextes aussi divers que la transplantation d'organes humains, l'adoption d'enfants, et la protection des espèces en voie de disparition. Le contraire d'une règle d'inaliénabilité modifiée est la "propriété modifiée". Avec cette règle les donations sont interdites mais les ventes au "juste" prix de marché sont autorisées. Cette règle en principe ne s'applique pas à des espèces particulières de biens mais plutôt à des situations particulières ; par exemple à une personne ou à une entreprise insolvable qui ne peut plus offrir de garanties sérieuses.

Trois autres cas comprennent des limites relatives à la propriété et l'usage. Ainsi la "pure propriété avec des restrictions à la propriété" limite la qualification de propriétaire à des personnes présentant des attributs particuliers, par exemple, des médecins, des personnes de plus de 18 ans ou de plus de 65 ans, des habitants de Guilford, du Connecticut, ou des personnes admises par un comité. La transmissibilité et l'usage ne sont toutefois pas limités : le titre peut être vendu ou donné à toute autre personne présentant les qualités requises, et peut être utilisé sans conditions coercitives. Deux cas aisément compréhensibles comprennent des restrictions quant à l'usage : avec "l'usage exigé", rien n'est interdit mais certains usages sont exigés, alors qu'avec "l'usage limité" rien n'est exigé mais certaines choses sont interdites. Ainsi les lois de préservation des édifices historiques exigent la conservation de certains immeubles

alors que les plans d'occupation des sols, interdisent quelquefois la construction d'appartements ou le développement de centres commerciaux sur certaines parties du territoire.

Enfin, avec les systèmes d'usage obligatoire, toutes les activités autorisées sont également exigées et tous les autres usages sont interdits. Quand de telles exigences sont imposées aux propriétaires il est important de savoir si le droit est transmissible ou s'il existe de sévères restrictions portant sur le droit d'un propriétaire de disposer de son bien. Dans le cas précédent appelé "pure propriété avec usage obligatoire", une concession minière, par exemple, peut être cédée ou donnée mais sera perdue si elle n'est pas exploitée. Sous l'empire de la règle suivante, que j'ai appelée "la coercition conditionnelle", des exigences sont imposées aux propriétaires qualifiés, mais ils peuvent y renoncer s'ils veulent également renoncer à leur titre. Ce genre de règle est plus complexe et restrictive que celle qui permet les ventes. Par exemple, les "Homesteading Acts", en vigueur aux U.S.A. à la fin du siècle dernier, distribuaient la terre aux familles à condition qu'elles la travaillent pendant un nombre d'années déterminé. Dans un contexte totalement différent, beaucoup des programmes gouvernementaux actuels de "transfert" aux nécessiteux sont conditionnellement coercitifs. Les restrictions relatives à la vente sont également imposées quand les gens accomplissent leurs devoirs de citoyens. Ainsi la dernière catégorie représente les concepts alternatifs de citoyenneté.

Ces catégories sont les droits aliénables - analogues aux règles de pure propriété avec des limites sur la possession, les droits inaliénables, les devoirs aliénables - équivalent à l'usage obligatoire -, et les devoirs inaliénables. On peut comprendre ces concepts en étudiant leurs diverses conséquences sur le droit de vote, le service militaire, et le droit du juré. Les "droits aliénables" peuvent être rendus ou transmis et n'exigent pas d'être exercés pour être conservés. Selon ce concept, l'Etat a une armée de volontaires et autorise la vente ou la donation de votes. Les "droits inaliénables" n'ont pas à être exercés mais le droit ne peut être ni vendu ni donné et il se peut que certaines utilisations soient interdites. Quand une personne est qualifiée, elle n'a rien à faire pour conserver son droit. Aux Etats-Unis, le droit de vote est inaliénable et certains avantages sociaux tombent également dans cette catégorie. Les "devoirs inaliénables" sont des activités exigées d'une partie de la population, qui peuvent être transmis à d'autres personnes désirant les accomplir. Par exemple, durant la guerre de Sécession, les personnes enrôlées dans l'armée avaient le droit d'acheter des remplaçants. Enfin les "devoirs d'inaliénabilité" ne peuvent légalement être transmis ni par la vente, ni par la donation, ni par une autre disposition. Un enrôlement militaire sans possibilité de remplacement et le devoir du juré sont des exemples familiers.

Afin de conserver ces catégories en tête, le tableau n. 3 dresse la liste de chaque cas qui sera étudiés à travers certains exemples importants. Les numéros et les lettres majuscules entre parenthèses renvoient aux énoncés des tableaux n. 1 et 2 respectivement, et les lettres en minuscule renvoient aux différentes restrictions portant sur la propriété.

TABLEAU III

Les catégories de droit	Les exemples
1) Les devoirs inaliénables (5Db)	-l'enrôlement militaire, le devoir de juré, le vote en Australie
2) Les devoirs inaliénables (4 Db)	- Vote lors de débats politiques aux Etats-Unis
3) La coercition conditionnelle (5Cb)	- "Homesteading Laws". Avantages sous des programmes gouvernementaux de transferts.
4) L'inaliénabilité modifiée (2Ca)	- Les reins, coeurs, le gibier sauvage, l'adoption d'enfants
5) Propriété modifiée (2Ba)	- Prohibition des donations antérieures à la déclaration de faillite
6) Pure propriété avec des restrictions sur la propriété (droits inaliénables) (2Ab)	- Alcool, taxis dans la ville de New-York, armée volontaire
7) Pure propriété avec usage exigé (3Aa)	- Lois de préservation historique
8) Pure propriété avec usage limité (4Aa)	- Automobile, les plans d'occupation des sols
9) Pure propriété avec usage coercitif (devoirs aliénables) (5Aa)	- Droits portant sur des ressources naturelles devant être utilisées ou perdus. Enrôlement militaire pendant la guerre de Sécession

II - LES RAISONS D'ETRE DE L'EFFICACITE ET DE L'EQUITE :

A - Aperçu des arguments :

Les objectifs de cet article sont principalement normatifs. Je ne tente pas d'expliquer pourquoi aucune restriction légale particulière n'est contenue dans une loi. Je cherche plutôt à savoir si des justifications plausibles peuvent être données pour certains cas légaux fréquemment observés. Cette partie traite essentiellement de 3 grandes questions normatives. D'abord l'existence des coûts de transaction rendra souvent inefficace (8) un simple système de règles de propriété-responsabilité ; de telle manière qu'il se peut que des réglementations plus restrictives, comme les règles d'inaliénabilité, aient des avantages. Deuxièmement, les buts de distribution ne peuvent pas toujours être atteints simplement par des transferts "lump sum" mais il se peut qu'ils exigent une politique plus interventionniste. Troisièmement, même lorsque les règles d'inaliénabilité sont justifiées par des motifs d'efficacité, il se peut que l'indemnisation s'impose pour éviter de concentrer les coûts sur des personnes ou des groupes particuliers.

Les justifications d'efficacité données pour les règles d'inaliénabilité sont des réponses de "second best" aux lacunes du marché qui sont dues aux externalités, à l'information imparfaite, ou aux problèmes de coordination. Il se peut que les réponses appropriées à l'internalisation de l'externalité par des redevances ou des taxes, à la subvention de l'apport d'information, ou à l'aide aux actions concertées, soient, pour une raison ou pour une autre, coûteuses. Dans de tels cas, la possibilité de restreindre les opérations commerciales de marché devient envisageable de manière réaliste. Plutôt que de corriger les lacunes du marché par des politiques qui comptent sur des stimulants des prix et des analyses de marché, les règles d'inaliénabilité abordent le problème par une série d'actions interdites ou exigées qui rendent les stimulants de marché moins importants. J'envisage à tour de rôle les 3 types de carence du marché.

Les externalités figurent en première place dans le débat sur les lacunes du marché, et elles fournissent la justification aux règles d'inaliénabilité les plus couramment admises. Les externalités de production et de la consommation se font lorsque les bénéfices d'une entreprise ou les niveaux de satisfaction des personnes sont affectés par des transactions dans lesquelles ils ne sont pas directement

(8) Voir Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. and Econ. 1 (1960) (déclarant qu'en l'absence des coûts de transaction aucune allocation réduite des droits de propriété ne sera efficace). Voir aussi Coater, *The Cost of Coase*, 11 J. Legal Stud. 1 (1982) (étudie les conséquences de la proposition).

impliqués. Ces tiers voudraient payer pour participer aux bénéfiques, ou pour éviter les pertes qu'on leur impose, mais parce qu'ils ne sont pas partie à la transaction, les bénéfiques sont trop faibles et les coûts trop élevés. Par exemple, en l'absence de réglementation, il se peut qu'une usine, à une étape de sa production, pollue l'eau parce qu'elle n'a pas à tenir compte du préjudice causé par la pollution. Les économistes, en principe, cherchent à contrôler les externalités en créant comme des stimulants de marché, par un système d'impôts et de primes qui incitent les entreprises et les individus à réagir aux mouvements marginaux dans les coûts et bénéfiques (9). Les analystes économiques ont également reconnu qu'il se peut que d'autres alternatives, y compris la définition ou un réaménagement des droits de propriété, soient également satisfaisantes. Ainsi, il se peut que les problèmes d'externalité puissent être résolus en les "internant" ou en fournissant une solution "compartimentée" ("separate facilities solution"). Dans le premier cas, on donne à une seule personne un droit, sur, à la fois, le bien occasionnant l'externalité et le bien affecté par celle-ci. Tant que cela ne crée pas de pouvoir monopolistique, le nouveau propriétaire aura intérêt à agir efficacement (10). Dans le second cas, les rapports entre les biens sont réaménagés de manière à ce que les producteurs de l'externalité soient séparés de ceux qui la supportent (11).

Malheureusement, il se peut que l'optimalité ait du mal à être atteinte dans un monde aux coûts de transaction élevés. Même si un système d'indemnisation rendant responsable la personne qui peut le plus efficacement réduire le préjudice (12) pourrait ne pas être efficace dans tous les cas, et il se peut que les impôts et les primes soient un instrument difficile à manier à cause de l'opposition politique et de l'information inadéquate (13). Dans le monde de

(9) Chaque ouvrage classique de microéconomie ou de Finances publiques traite de la fixation publique des prix des externalités. Voir Musgrave and Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice* 692 -715 (2ème éd. 1976). Pour les applications à la pollution de l'environnement voir *Economics of the Environment* (R. Dorfman and N. Dorfman 2ème éd. 1977) ; A. Freedman, R. Haveman, and A. Kneese, *The Economics of Environmental Policy* (1973).

(10) Voir par ex., Sweeney, Tollison and Willet, *supra* note 3, à 186 - 88 (analysant les champs de pétrole).

(11) Voir E. Mishan, *The Costs of Economic Growth* 80 - 99 (1967).

(12) Voir G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970) préconisant que la responsabilité pèse sur celui qui évite le moindre coût.

(13) Pour une discussion de quelques uns des problèmes relatifs aux politiques de prix, voir Rose-Ackerman, *Effluent Charges : A critique*, 6 *Can. J. Econ.* 512 (1973) ; Rose-

"second-best" envisagé par les régulateurs, il y aura une possibilité de réglementation directe du comportement. Par exemple, supposons qu'il y ait une forte relation statistiquement établie entre certaines caractéristiques de l'utilisateur d'un produit et un coût externe. Ex post, cependant, il se peut que le lien de causalité soit, dans des cas particuliers, difficile à établir. Du reste, même si le lien de causalité peut être établi, il se peut que les personnes n'aient pas les moyens de payer ce qu'on leur réclame. Si une large partie du groupe de personnes est impliquée, alors il se peut que le moyen le plus efficace pour réduire les coûts externes soit d'éviter que le groupe entier (par exemple les non voyants et les enfants) n'utilise le produit (par exemple conduire une voiture). De la même manière, d'autres espèces d'externalités peuvent être évitées en réglementant l'utilisation d'un produit. Les limitations de vitesse et les panneaux de signalisation règlent la conduite en plus des règles de responsabilité sanctionnant un comportement négligent.

Il arrive également souvent que les marchés ne travaillent pas de manière optimale à cause de l'information imparfaite et asymétrique. Cette carence du marché fournit, dans des contextes particuliers, une seconde justification, moins largement admise, aux règles d'inaliénabilité. Voyons d'abord les asymétries de l'information. Si les acheteurs ignorent les défauts des produits, alors les vendeurs de produits de grande qualité ne peuvent exiger des prix plus élevés que ceux des vendeurs de produits de basse qualité, et il se peut qu'il y ait une détérioration générale de la qualité. Un second problème concernant l'information se pose quand deux produits se ressemblent mais que l'un peut être acquis de manière légale alors que l'autre non. Par exemple, les lois protégeant les oiseaux rares interdisent la prise de spécimens après une certaine date, mais permettent que l'on possède ceux qui ont été tués antérieurement. Nous pouvons alors nous attendre à ce que les fournisseurs travaillant en marge de la loi déclarent que les produits de leur fraude tombent en fait dans la catégorie légale.

Les acheteurs n'ont pas à supporter les conséquences de cette présentation erronée des faits, mais la politique n'en est pas moins compromise. Il se peut qu'une règle d'inaliénabilité - permettant les donations mais pas les ventes - résolve ces deux problèmes (14) .

Enfin, il se peut que les problèmes de coordination rendent les ressources à allouer inefficaces. Ce problème est étroitement lié au problème plus répandu des externalités mais comme il présente quelques particularités, je le traite dans une catégorie distincte. Le

Ackerman, *Market Models for Water Pollution Control : Their Strengths and Weaknesses*, 25 Pub. Pol. 383 (1977).

(14) Voir infra notes 25 - 29 et texte annexé.

problème de coordination se pose plus nettement dans le cas de biens purement publics - les jardins publics, par exemples - utilisés en commun par un important groupe : personne n'a intérêt à fournir le montant effectif de ce bien car le fournisseur supporte tous les coûts et ne reçoit qu'une fraction des bénéfices. Prohiber les ventes mais autoriser les donations est un moyen d'obtenir la conservation tout en maintenant une grande liberté pour les initiatives privées (15) .

"Le dilemme du prisonnier" est très proche de ce cas : une action coordonnée serait plus avantageuse mais en l'absence de coercition, l'action indépendante est inefficace. Prenons par exemple le problème de la coordination du développement d'une nouvelle région géographique. Chacun est satisfait si d'autres personnes se sont installées en premier, mais personne n'a intérêt à être le premier colon. Pour résoudre ce problème, il se peut que le législateur exige certaines conditions, comme celle que les propriétaires y vivent effectivement et développent la région, dans le but de parfaire leur titre (16) .

Des problèmes de coordination plus spécifiques se posent pour le contrôle de l'opportunité du comportement d'une personne qui a la prétention d'agir au nom d'une autre personne. Il se peut qu'une règle d'inaliénabilité atténue ce problème quand la loi qui contrôle directement les rapports entre les parties est inadéquate. La loi protège les créanciers, par exemple, en interdisant à une personne qui est au bord de la faillite de faire des donations. De la même manière, il se peut que les concessions minières qui exigent le paiement de royalties correspondant à un pourcentage des bénéfices miniers comprennent des exigences de "due diligence" pour inciter les concessionnaires à prospecter.

Le fait d'imposer des restrictions à l'aliénabilité, bien sûr, aura généralement des conséquences aussi bien distributives que d'efficacité. Alors qu'il se peut que les analystes principalement préoccupés par l'efficacité, voient l'impact d'une politique de redistribution comme un effet pervers, les effets distributifs d'une règle seront quelquefois sa principale justification. A cause du fait que les restrictions sur la transférabilité, la Possession, et l'usage, ne concernent qu'une espèce particulière de bien ou de service, en général ces restrictions ne peuvent être justifiées par des motifs de large redistribution. Le cas de la distribution, pour l'inaliénabilité, est plus étroitement concentré. Si le législateur souhaite avoir recours à des personnes particulières mais ne peut pas les identifier facilement, il peut imposer des restrictions sur le droit, qui sont moins onéreuses

(15) Voir infra notes 21 - 24 et texte annexé.

(16) Voir infra notes 73 - 77 et texte annexé.

pour la catégorie des personnes méritantes que pour les autres. Par exemple, les conditions coercitives d'utilisation de la terre des "Homesteading Acts", peuvent être justifiées comme étant un moyen de s'assurer que la ressource était transférée seulement aux méritants, dans ce cas des gens à l'origine sans terre, voulant vivre sur la propriété et l'exploiter pendant plusieurs années (17) .

Il se peut que les restrictions portant sur l'aliénation aient des effets de redistribution imprévus pour la justification principale de la politique. Les restrictions justifiées par des motifs d'efficacité imposent souvent des coûts sur un groupe petit ou concentré, comme les propriétaires de terrains qui ont été déclarés et donc dévalués, ou les propriétaires de matériel de distillerie au temps de la Prohibition. Par conséquent, le législateur doit décider s'il faut dédommager ces perdants. Dans certains cas, la réponse appropriée aux effets de redistribution sera directe. Quand le législateur croit que le groupe affecté mérite de supporter les coûts de la politique il n'y aura pas d'indemnisation. Il se pourrait que le groupe soit composé de personnes gagnant des gains monopolistiques. Bien que les débats économiques sur le pouvoir monopolistique fassent ressortir les inefficacités des marchés (à) vendeur unique, un principe de base de distribution semble généralement se cacher derrière ces analyses. Le principe est le suivant : exceptée une indemnisation pour la prise de risque, personne n'a de droit sur les gains qui excèdent le taux concurrentiel de rentabilité compétitif, à cause des imperfections du marché. Les profits économiques au-dessus de ce niveau peuvent être confisqués par l'Etat pour être redistribués à d'autres (18) . L'indemnisation n'est pas non plus justifiée si les propriétaires ont accepté le risque de la restriction au moment de l'acquisition. Cette expectative aura été répercutée sur le prix d'achat initial et ce serait trop si on indemnisait à nouveau les propriétaires (19) . Réciproquement, un dédommagement sera approprié lorsqu'il n'y a pas de raison de principe pour que le groupe supporte le coût de la politique et quand, ce faisant, on ne s'aperçoit pas l'efficacité de la restriction. Par exemple, dédommager les propriétaires d'édifices

(17) Voir infra notes 81 - 82 et texte annexé.

(18) Sans ce principe, les lois d'antitrust et les statuts réglementant les utilités publiques demanderaient à l'Etat de compenser les monopoliseurs pour leur perte de pouvoir monopolistique. Voir Rose-Ackerman, *Unfair Competition and Corporate Income Taxation*, 34 *Stan L. Rev.* 1017 (1982) (appliquant cet argument dans le contexte d'une compétition entre les entreprises à but non lucratif et celles à but lucratif).

(19) Voir Blume and Rubinfeld, *Compensation for Takings : An economic Analysis*, 72 *Calif. L. Rev.* 569 (1984) ; Wittman, *Liability for Harm or Restitution for Benefit ?* 13 *J. Legal Stud.* 57, 65, 66 (1984).

historiques pour le coût d'entretien des structures anciennes étendrait ces coûts aux contribuables sans déjouer le but de restreindre l'usage (20) .

Les conflits fondamentaux de politique surviennent cependant, quand un groupe ne mérite pas de supporter les coûts de la restriction mais quand l'indemnisation saperait le but de la restriction. Par exemple, dédommager les donneurs de sang pour le fait qu'ils ne peuvent vendre leur sang, transformerait l'opération en quelque chose de similaire à une opération commerciale et compromettrait l'usage d'une règle d'inaliénabilité modifiée pour assurer des fournitures de sang de haute qualité. Si les coûts de distribution sont supposés être élevés dans de tels cas, le législateur pourrait envisager des alternatives pour les règles d'inaliénabilité.

Ces résultats sont étudiés d'abord dans le contexte de règles qui limitent la transmission des titres (c'est-à-dire les règles d'inaliénabilité modifiées et de propriété modifiée). Puis j'examine les règles qui limitent la propriété et l'usage et qui peuvent exiger certaines actions comme condition pour conserver un droit de propriété. Tout au long de mon analyse, je vais examiner les carences du marché qui peuvent justifier l'usage de règles d'inaliénabilité, puis je vais envisager leurs importantes conséquences sur la distribution.

B - La règle d'inaliénabilité modifiée.

L'inaliénabilité modifiée est un point de départ utile à cause de l'éventail des justifications possibles données pour l'autorisation des donations et l'interdiction des ventes. Les justifications de l'efficacité les plus importantes sont :

- 1) La conversation et l'aménagement de l'offre.
- 2) La réglementation des substituts.
- 3) et La garantie d'une production de haute qualité.

Mon argument est que chacune de ces prétentions d'efficacité a de la valeur dans des circonstances particulières mais que le recours à l'inaliénabilité pour atteindre des buts de distribution n'est pas justifié, sauf pour empêcher des gains monopolistiques.

1 - La conservation et l'aménagement de l'offre.

Quelquefois, la loi interdit le paiement des fournisseurs à cause de la grande élasticité de l'offre par rapport au prix qui est le signe distinctif d'un marché fonctionnant correctement. Le problème est un manque d'efficacité causé par le marché lui-même. Si les marchés commerciaux sont autorisés, l'offre sera plus grande que sous

(20) Voir infra notes 63 - 64 et texte annexé.

une règle d'inaliénabilité modifiée. Supposons cependant que les niveaux élevés de l'offre imposent des coûts externes à la société, qui ne sont pas répercutés sur le prix de marché. Interdire les ventes est alors une manière possible d'améliorer l'allocation de ressources. Deux exemples illustrent ce point : le contrôle démographique et la protection des animaux sauvages et des civilisations primitives.

Il se peut que ceux qui sont concernés par les coûts de la surpopulation souhaitent restreindre la liberté pour les individus de décider du nombre d'enfants à mettre au monde. Il se peut qu'ils ne souhaitent pas seulement un planning familial, des avortements subventionnés et un contrôle des naissances, mais qu'ils s'opposent également à un marché légalisé de l'adoption. Il est possible qu'ils veuillent interdire la vente des enfants de peur que les femmes ne produisent des enfants pour le profit, aggravant ainsi le problème de la surpopulation. Ainsi que Robert Pritchard l'a fait remarquer, l'interdiction a consisté en une pénurie d'enfants nouveaux-nés pouvant être adoptés, et de cette façon, "a privé de nombreux couples des privilèges et des joies que procurent les enfants" (21). Ainsi il soulève aussi le problème des coûts concentrés pour justifier l'utilisation du marché même dans ce contexte. Le problème avec cet argument est que même avec un marché légal de l'adoption, certaines personnes ne pourront pas adopter d'enfant parce que le prix sera trop élevé. Toutes les politiques d'adoption ont des conséquences de distribution à la fois pour les parents et les enfants. Il n'est pas du tout évident, par exemple, que les enfants eux-mêmes s'en trouveraient plus mal, si la vente d'enfants nouveaux-nés était autorisée. Tant qu'un marché de l'adoption ne sera pas réglementé, *ex ante*, sur des bases de moralité, les résultats seront largement empiriques : comment l'offre réagit-elle par rapport au prix ? Quelle serait la conséquence pour les enfants et pour les futurs parents ? Comment seraient distribués les coûts et les bénéfices ?

Voyons ensuite la protection des animaux sauvages. Il se peut que les objectifs de la protection soient atteints en interdisant l'exploitation commerciale des espèces en voie de disparition par des lois qui permettent l'usage de cette ressource pour le plaisir (ou pour

(21) Pritchard, A Market for Babies ? 34 U. Toronto L. J. 341, 342 (1984). Mais voir Landes and Posner, The Economics of the Baby Shortage, 7 J. Legal Stud. 323 (1978) (défendant un marché d'enfants adoptés). La "vente" d'enfant n'est pas totalement illégale. Bien que les ventes illicites soient interdites, "les pactes familiaux" dans lesquels une mère abandonne son enfant contre une promesse de support pécuniaire, ou pour elle-même, ou pour elle-même et son enfant, ont été admis par certaines juridictions, tant que la transaction contribue au bien-être de l'enfant. Voir par ex. Clark ctre Clark, 122 Md. 114, 89 A 405 (1913) (une mère autorisée à abandonner son enfant à son beau-père riche, avec comme condition à son consentement, qu'il entretienne la mère à vie). Ender ctre Ender, 164 Pa, 266, 30 A 129 (1894), admet la promesse d'un grand père d'élever son petit-fils avec, en contre partie, des paiements à sa belle-fille et à l'enfant).

survivre) mais pas pour le profit. Le meilleur exemple américain est la réglementation de la pêche sauvage et des ressources de la chasse. Cela ne porterait pas atteinte à la politique publique relative au respect du poisson et du gibier si un chasseur, étant en vacances, se trouvait à être chanceux, tuait plus de faisans qu'il ne peut utiliser, et en vendait un peu à des amis. Si les ventes sont autorisées, il se peut cependant que d'autres personnes décident de se mettre à chasser à cause des possibilités valables de profit. Ainsi, un certain nombre d'Etats possèdent-ils des règles contre les ventes (22). Ces lois facilitent la protection en empêchant l'apparition de chasseurs ou de pêcheurs recherchant le profit.

Un problème analogue se pose quand l'Etat souhaite préserver le mode de vie d'un groupe. A nouveau une règle d'inaliénabilité modifiée peut aider à atteindre ce but. Des lois fédérales et des traités récents préservent le droit des Esquimaux et d'autres natifs de l'Alaska de chasser certaines espèces de gibier malgré des contrôles plus sévères sur le reste de la population (23). Ces groupes se voient toutefois interdire de vendre leur prise (24). Sans une telle interdiction, il se peut que des étrangers ou des membres de la tribu motivés par le profit, investissent dans les activités du groupe et, de ce fait, détruisent à la fois la vie du groupe et sapent les buts

(22) Voir par ex. Me. Rev. Stat. Ann. tit. 12, parag. 7452 (9) (A), 7456 (5), 7457 (3), 7615 (1964 and supp. 1984 - 85); N.Y. EnvH. Conserv. Law parag. 11 - 0536, - 1319 (2), 1705 (10), - 1729 (Mckinney 1984 & Supp. 1984-85); Tex. Parks & Wild Code Ann. parag. 65. 102, 66. 111, 76. 039 (Vernon 1976 & Supp. 1985); Wis. Stat. Ann. parag. 29.415 (4), 29.48 (West 1976 & Supp. 1964-85); Cf. Mass. Ann. Laws ch. 131, parag. 22, 25, 26 A (Michie/Law Coop. 1972 & Supp. 1985) (excepté quelques animaux à fourrure); Va. Code parag. 29 - 154, 161.1, - 164 (1979 and Supp. 1984) (pareil).

(23) Les Esquimaux sont expressément exemptés de certaines des stipulations du "Endangered Species Act" de 1973, 16 U.S.C. parag. 1539 (e) (1982) et du "Marine Mammal Protection Act" de 1972, 16 U.S.C. parag. 1371 (b) (1982). Certains traités permettent aux indiens Américains d'attraper certaines espèces d'oiseaux migrateurs pour la nourriture et l'habillement mais non pour la vente. Voir la Convention entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne pour la protection des oiseaux migrateurs, Aug. 16, 1916, art. II, parag. (1), (3), 39 Stat. 1702, T.S. n. 628; la Convention Pour la Protection des Oiseaux Migrateurs et des Oiseaux en Voie de Disparition et Leur Environnement, Mar. 4, 1972, art. III, parag.1 (e), 25 U.S.T., 3329, T.I.A.S. n. 7990. Seule une loi fédérale donne aux Indiens une exemption expresse. Voir Bald Eagle Act de 1940, ch. 278, parag. 4, 54, Stat. 251 (codifié après amendement : 16 U.S.E. parag. 668 (a) (1982)) (permettant aux Indiens d'obtenir des permis pour tuer des aigles pour des motifs religieux). Voir en général Coggins et Modroin, Native American Indians and Federal Wildlife Law, 31. Stan. L. Rev. 375 (1979) (étudiant le conflit entre les droits des Indiens et la loi fédérale sur la vie sauvage).

(24) Avec le "Endangered Species Act" et le "Marine Mammal Protection Act", les natifs de l'Alaska peuvent tuer des espèces menacées ou en voie de disparition, si celles-ci sont utilisées principalement pour la subsistance, ou sont utilisées dans "d'authentiques articles de production artisanale et dans l'habillement" 16 U.S.C. parag. 1317 (b), 1539 (e) (1982).

protectionnistes des prohibitions générales.

2 - La réglementation des substituts étroits.

Parfois un marché libre n'a pas d'effets pervers sur la production et la distribution d'un bien, mais complique une autre politique publique. Par exemple, s'il est difficile pour les acheteurs et les fonctionnaires qui appliquent la loi, de faire la distinction entre un bien interdit et un substitut étroit, interdire la vente du substitut peut aider à l'application d'une loi contre la possession et la transmission du bien interdit. Pour illustrer cela, voyons l'usage des règles d'inaliénabilité modifiée dans la loi protégeant les espèces en voie de disparition et les traités relatifs aux oiseaux migrateurs. Puisqu'il n'y a apparemment pas de moyen sûr pour dater les animaux empaillés, la fourrure, le plumage (25) et la plupart des autres produits animaliers, l'application est simplifiée si la loi interdit toutes les ventes d'une espèce et pas seulement la vente d'animaux tués après la date d'entrée en vigueur de la loi (26)

(25) Voir *Andrus ctre Allard*, 444 U.S. 51,58 (1979). Les plaignants, toutefois, prétendirent que même si les plumes ne pourraient pas être datées, "les artefacts en plume" (par ex. les coiffures indiennes) pourraient être datés. Id.

(26) Dans l'affaire *Etats-Unis ctre Richards*, 583, F. 2d 491 (10th Cir. 1978), à la fois la majorité et les juges dissidents reconnaissent qu'une règle du Ministère de l'Intérieur définissant les oiseaux migrateurs, pour y inclure ceux qui vivent en captivité, est administrativement acceptable "puisque'il est impossible dans la plupart des cas de déterminer si l'oiseau trouvé dans le sac du chasseur a été élevé en captivité ou pris dans la nature". Id. à 497 (Logan J., en désaccord). La cour admet la réglementation et rejette l'argument selon lequel la prohibition des ventes d'oiseaux en captivité réduirait l'offre. Id. à 496.

Dans l'affaire *Delbay Pharmaceuticals ctre Department of Commerce*, 409 F. Sup. 637 (DDC 1976), introduite sous le "Endangered Species Act", le Ministère de Commerce a saisi l'inventaire de Delbay, de spermaceti importé. Delbay prétend qu'il serait possible de vendre ce spermaceti car il a été importé avant que la loi n'entre en vigueur. En rejetant la prétention de Delbay, la Cour a insisté sur les problèmes d'administration : "Si le spermaceti du plaignant était admis à prendre part au commerce interétatique cela pourrait augmenter considérablement les difficultés d'exécution. Un banissement total est plus facile à exécuter qu'un banissement partiel. S'il y avait un marché non interrompu de spermaceti dans ce pays, cela pourrait encourager la prise illégale de sperme de baleine pour approvisionner ce marché". id. à 642.

De la même manière, dans l'affaire *Andrus ctre Allard*, 444 U.S. 51 (1979), la Cour Suprême a admis la prohibition de la vente d'aigles et de produits faits de plumes d'aigle même si les aigles avaient été tués avant que la loi n'entre en vigueur. Les donations toutefois, étaient expressément autorisées par la cour. Voir id. 66. Voir aussi *Etats-Unis ctre Hamel*, 534 F. 2 d. 1354, 1356 (9th Cir 1976) (demandant au gouvernement de prouver qu'un oiseau tué avant que le "Migratory Bird Treaty Act" n'entre en vigueur saperait le but de la loi).

Une décision précède du tribunal de District, au contraire, avait rejeté la pratique administrative comme justification au "Migratory Bird Treaty Act". Voir *Etats-Unis ctre Fuld Store Co*, 262 F, 836 (D. Mont. 1920). En admettant le droit d'une personne de prendre et de vendre des articles faits de plumes de héron, la cour déclare que "l'intention de la part du Congrès de proscrire et de détruire de tels biens ne doit pas être admise, à

Quand une règle d'inaliénabilité modifiée rend l'application de la loi peu coûteuse, et sans inconvénients, il y a un argument solide en faveur de l'indemnisation de ceux qui trouvent que leurs biens ont, de manière inattendue, perdu de la valeur. Sans quoi l'Etat n'aurait pas besoin de tenir compte de tous les coûts de sa politique, et un groupe qui manquerait suffisamment de chance pour posséder un substitut étroit du produit réglementé supporterait une partie disproportionnée du coût. L'affaire *Andrus contre Allard* (27) fournit un exemple. Les règlements litigieux interdisaient qu'on tue des aigles après une certaine date. Pour faciliter l'application des règlements, le ministre de l'Intérieur prit des règlements interdisant la vente des aigles tués antérieurement à cette date. Le résultat de l'interdiction fut de réduire la valeur des produits de l'artisanat d'indiens faits de "vieux" aigles, en modifiant le droit légal des propriétaires, en passant d'une règle de pure propriété à une règle d'inaliénabilité modifiée. Les propriétaires contestèrent les règlements, au motif qu'ils constituaient une "saisie" anticonstitutionnelle de leurs biens, nécessitant le paiement d'une indemnité (28).

La Cour suprême admit la justification de la pratique administrative des règlements du Ministère de l'Intérieur, et rejeta les demandes d'indemnisation des propriétaires pour le motif qu'il n'y avait pas eu de "saisie". Le gouvernement n'a pas "empiété physiquement" sur les droits des propriétaires, et a seulement empêché "un moyen de disposer des produits de l'artisanat (29)". La cour pourtant, n'a jamais envisagé de manière directe le problème important de savoir si le paiement d'indemnités aurait sapé les motifs pour lesquels on a placé la règle en première place. En particulier, en

moins qu'il n'y ait une interprétation très claire et équitable de la loi. Il est très douteux que le Congrès ait un pouvoir pareil... Quelques avantages fortuits de l'application d'une loi... ne servent à rien". Id. à 837-38 ; voir aussi "In re *Informations under Migratory Bird Treaty Act*, 281 F - 546 (D. Mont. 1922) (expliquant la loi pour ne pas l'appliquer aux transactions impliquant des oiseaux avant la date d'entrée en vigueur).

(27) 444 U.S. 51 (1979).

(28) Id.

(29) Id. à 65. En plus de la possession et du transfert de leur bien, les propriétaires pourraient aussi "donner ou léguer les oiseaux protégés" ou pourraient "exposer les artefacts contre un prix d'entrée" Id. à 66.

Dans un cas similaire, impliquant un homme qui élevait des faucons, un tribunal a décidé que parce que le défendeur élevait des faucons en vertu d'autorisations - d'abord du Wisconsin et puis de l'Utah - "sa possession autorisée d'oiseaux n'entraînait pas les conséquences traditionnelles des droits de propriété... Au plus les Etats octroyaient un bénéfice partiel de propriété qui ne comprenait pas tous les droits usuels de propriété". *Etats-Unis contre Richards*, 583 F. 2d 491 - 498 (10th Cir 1978). En conséquence la prétention selon laquelle la privation de propriété serait inconstitutionnelle fut rejetée.

instaurant une possibilité d'indemnisation, le Ministère de l'Intérieur aurait envisagé le problème de la distinction entre les propriétaires légitimes de "vieilles" plumes d'aigle, et ceux ayant des prétentions malhonnêtes. En fait, un nombre d'alternatives étaient pourtant offertes au Ministère de l'Intérieur qui auraient permis une forme d'indemnisation sans saper le but de la loi. Avant que la loi de protection n'entre en vigueur, par exemple, les propriétaires d'aigles et de plumes d'aigle auraient pu se voir obligés d'obtenir un certificat attestant de la légalité de leur détention. Les ventes auraient alors été légales seulement si les propriétaires avaient un certificat. Alternativement, le gouvernement aurait pu se tenir prêt à acheter tous les spécimens qui lui auraient été présentés à une certaine date ou les détenteurs auraient pu conserver leurs biens mais en étant indemnisés.

3 - Le contrôle de la qualité.

Dans un ouvrage de large audience sur le sang humain, Richard Titmuss (30) argumente en faveur de l'inaliénabilité modifiée, sur la base d'un contrôle de qualité. L'argumentation, développée plus tard par Kenneth Arrow (31), voit l'inaliénabilité modifiée comme une réponse aux problèmes généraux créés par les marchés avec l'information imparfaite. S'il est difficile aux hôpitaux de juger si le sang contient le dangereux virus de l'Hépatite, alors que les individus connaissent leurs propres antécédents médicaux, l'idéal serait de mettre au point un système de collecte qui fasse que les donneurs aient intérêt à révéler tout cas passé d'hépatite (32). D'une part, si on paye les gens pour leur sang, il se peut qu'ils essaient de cacher les informations dangereuses. D'autre part, si on les incite à donner leur sang pour des raisons d'altruisme, ceux qui ont eu l'hépatite ne donneront probablement pas leur sang. Bien sûr, il est possible qu'il y ait d'autres systèmes de droits de propriété, comme la

(30) R. Titmuss, *The Gift Relationship : From Human Blood to Social Policy* (1971).

(31) Arrow, *Gifts and Exchanges*, 1 *Phil and Pub Aff* (1972).

(32) De nouveaux tests permettent d'éviter l'hépatite A et B mais les procédés existants ne sont toujours pas efficaces pour l'hépatite Non-A et Non-B. Voir Non-A, Non-B Hepatitis, 2 *The Lancet* 1077 (1984). Les préoccupations récentes concernant la transmission du SIDA par la transfusion sanguine ont donné les résultats semblables même dans le cas de sang donné. Voir Chase, "Gift of Life" May be Also an Agent of Death in Some AIDS Tests, *Wall St. J.*, Mar. 12, 1984, à 1, col. 1 ; *Résultats of AIDS Tests*, *N.Y. Times*, Mar. 26 1985, à C2, col. 5 (décrivant un nouveau test qui n'est toujours pas complètement digne de confiance).

vente suivie de la responsabilité pour dommages (33), la désignation de la source (34), ou une sélection plus soigneuse des donateurs (35), qui répondent au problème de la qualité du contrôle : mais un système purement volontaire est, pour le moins, une méthode méritant une grande attention (36).

L'argument en faveur de l'inaliénabilité modifiée n'est pourtant pas sans failles. D'abord, les avantages du contrôle de la qualité des donations ne fonctionnent que du côté "offre" du marché. Ainsi, une fois que le sang a été collecté, il n'y a pas d'argument de contrôle de qualité contre la vente du sang aux malades (37). On ne peut affirmer que les clients payants ont généralement moins de chance de faire un usage effectif des transfusions sanguines que d'autres usagers. Il se peut pourtant qu'un tel système double ne soit pas possible. Il se peut, tout simplement, que les dons ne se fassent plus si les donateurs savent que le bureau de collecte vend leurs dons

(33) Voir Kessel, *Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem*, 17 J.L. and Econ. 265 (1974).

(34) La réglementation de la Food and Drug Administration exige que le sang soit étiqueté "donneur payé" ou "donneur volontaire". R. Scott, *The Body as Property* 194 (1981).

(35) Voir M. Cooper and A. Culyer, *The Price of Blood* (1968) ; Sapolsky and Finkelstein, *Blood Policy Revisited - A New Look at "The Gift Relationship"*, 46 Pub. Interest 15 (1977).

(36) La loi sur ce sujet varie. Le "Uniform Anatomical Gift Act (U.A.G.A.), 8 A ULA 15 (1983), qui a été adopté par les 50 Etats et par le District de Columbia, traite seulement des donations de corps ; elle ne résoud pas le statut légal des ventes du vivant ou du mort. Une note d'un commissaire au parag. 3 déclare "Les statuts dans quelques Etats spécifient que le donneur ne pourra pas demander d'indemnisation et que le donataire ne pourra pas en recevoir. D'autre part, la plupart des Etats ont choisi de ne pas trancher cette question. Le "Uniform Act" suit cette dernière direction à cet égard". Id. à 41 ; voir aussi Stason, *The Uniform Anatomical Gift Act*, 23 Bus. Law 919, 927 - 28 (1968) (notant que le UAGA ne concerne pas le problème du paiement pour les donations d'organes). Cf. Note, *Retailing Human Organs under the Uniform Commercial Code*, 16 J. Mar. L. Rev. 393 (1983) (plaidant en faveur d'amendements au UAGA pour permettre la vente d'organes).

Russell Scott rapporte qu'en 1960, les états du Nevada, Delaware, Hawai, New York et Oklahoma ont passé des lois bannissant tout paiement à une personne en vie pour des parties de son corps après sa mort, mais ces lois n'interdisent pas la vente des organes par le plus proche parent. R. Scott, supra note 34, à. 190. En 1969, le Mississippi "a autorisé ses citoyens à vendre leurs organes aux hôpitaux, qui avaient le droit d'en prendre possession après la mort. La rupture du contrat entraînait la restitution de l'argent plus les intérêts à 6 %". Id.

(37) Voir M. Cooper et A. Culyer, supra note 35 ; cf. G. Calabresi et P. Bobbitt, *Tragic Choices* 19 - 22 (1978) (distinguant entre les décisions de 1er et de 2ème ordre c'est-à-dire entre quelle quantité sera produite et qui l'obtiendra).

(38) . Ils ne considèrent plus alors le bureau de collecte comme une oeuvre de bienfaisance méritante (39) . Puis, même si le sang est de haute qualité, il se peut que l'offre de dons ne soit pas suffisante pour satisfaire la demande. Ce problème peut être atténué en payant les dépenses des donneurs (40), en les assurant contre des complications médicales futures (41) ou en fournissant d'autres formes d'indemnisation qui réduisent le coût de la donation sans permettre aux individus de tirer un profit financier de leur sang (42) . Bien que de tels procédés ne puissent pas être toujours efficaces, il est possible que l'insuffisance de l'offre continue à être un problème potentiel sérieux.

Du reste, même si un système de don de sang volontaire s'avérait fonctionnel, la proposition de Titmuss ne pourrait pas être généralisée à la légère. Le sang est une marchandise très spéciale. En effet, une personne qui donne ou vend du sang en produit davantage "automatiquement" aussi longtemps qu'elle n'en a pas vendu ou donné au point de nuire à sa santé. La qualité du sang fourni n'est pas affectée par le prix auquel il peut être vendu, et la quantité à l'intérieur des veines est toujours suffisante pour satisfaire la demande. Ainsi, le seul problème du contrôle de la qualité est la

(38) Voir R. Titmuss, *supra* note 30, à 151 ("On peut difficilement s'attendre à ce que les donneurs altruistes donnent leur sang aux hôpitaux faisant du profit.").

(39) Ce problème n'est pas insoluble. On pourrait, par exemple, imaginer des églises ou des crèches se procurant de l'argent en vendant le sang donné comme ils vendent de nos jours de la nourriture, des vêtements donnés, et des ustensiles. Les banques du sang pourraient fusionner avec des oeuvres de charité.

(40) Voir Conseil de l'Europe, Conseil des ministres, Harmonisation des législations des Etats membres sur les greffes et les transplantations de substances humaines : Résolution (78) 28 adoptée le 11 mai 1978 et memorandum explicatif 29. L'article 9 déclare qu'"il n'est pas possible de proposer des substances pour le profit. Toutefois, la perte de salaire et toutes les dépenses causées par la transplantation ou l'examen la précédent peuvent être remboursées".

Conseil de l'Europe, Conseil des ministres, Echange international et transport des substances humaines, recommandation R (79) 5 adoptée le 14 mars 1979 et memorandum explicatif, favorise l'interdiction des ventes de tissus humains mais autorise le paiement des frais de transport.

(41) Voir : Comment, California's Response to the Problem of Procuring Human Remains for Transplantation, 57 Calif. L. Rev. 671, 692 (1969) (conseillant que les donneurs et les patients soient assurés).

(42) Il est possible dans le futur que l'indemnisation prenne la forme de promesses d'offre de sang à tenir si les donneurs ou leur famille en ont besoin, ou de faire des donations au nom du donneur à des oeuvres de charité de leur choix. R. Titmuss, *supra* note 30 à 78-88.

"sélection" convenable des donneurs. Par ailleurs, à l'exception de quelques personnes ayant des groupes sanguins rares, il n'y a pas de problème de pouvoir monopolistique (43). Supposons, au contraire, que le marché des voitures d'occasion soit interdit, et que l'Armée du Salut ait incité les gens à donner leur voiture en vue d'une distribution aux nécessiteux. Puisque les voitures ne se régénèrent pas spontanément dans les garages des altruistes, il apparaît improbable que beaucoup de voiture de haute qualité seront données. Cependant, les voitures sont comme le sang ; en ce que les propriétaires individuels en savent plus sur la qualité de leur voiture que ce que les acheteurs et les donataires pourront facilement découvrir (44). Même si un système purement volontaire incitait les gens ayant des voitures anciennes et de mauvaise qualité à les jeter plutôt qu'à les donner, la quantité et la qualité globales des voitures d'occasion serait basse (45). Comme par exemple, supposons que l'armée ne veuille que des patriotes pour entrer dans les forces armées, mais n'ait pas de bon moyen de tester le patriotisme. Il se pourrait qu'elle essaie par conséquent de mettre sur pied une armée de volontaires ne percevant qu'un salaire de subsistance. Il est peu probable que ce système attire plus que quelques super-patriotes, et il se peut que la plupart des volontaires sans cela seraient sans emploi, avec un niveau de qualification très bas.

4 - Le sang, les organes et la justice.

Beaucoup de personnes s'opposent à la vente du sang aux patients, soutenant qu'il est injuste de soumettre un besoin vital fondamental à la capacité de payer. Dans un marché concurrentiel cet argument semble difficile à soutenir pour deux raisons. Premièrement, les arguments de justice distributive contre les ventes peuvent ne pas être assez forts pour venir à bout de l'inefficacité des transactions non marchandes. Rendre libre un bien qui a effectivement un coût

(43) Cf. Etats-Unis ctre Garber, 607 F. 2 d. 92 (5th cir. 1979) (imposition des salaires d'une femme dont le plasma sanguin contenait un rare antigène utile aux fabricants de médicaments).

(44) Le problème de la mauvaise qualité des voitures d'occasion laissant les bonnes voitures en dehors du marché est analysé dans : Akerlof, The Market for "Lemons" Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q.J. Econ. 488 (1970).

(45) Cf. Rottenberg, The Production and Exchange of Used Body Parts, in 2 Toward Liberty: Essays in Honor of Ludwig von Mises 322 (1971). Rottenberg critique les médecins qui refusent de transplanter des organes achetés ou d'utiliser du sang acheté. "C'est comme si une coalition de plombiers avaient décidé qu'aucun d'eux n'installerait des meubles de salle de bain achetés mais seulement ceux donnés de manière altruiste par les fabricants d'appareils". Id. A 327.

d'opportunité entraînera une demande excessive puisque la valeur du bien pour les consommateurs marginaux excèdera son coût marginal. Si en plus les fournisseurs ne sont pas remboursés, la quantité sera beaucoup trop faible. Deuxièmement, il se peut qu'il n'y ait pas de motif de distribution pour traiter le bien en question différemment des substituts étroits. Des membres artificiels sont en vente, mais pas de vrais reins. Pour des motifs de pure justice distributive, il semble inadmissible de traiter les gens dont le problème exige une solution mécanique ou chimique différemment de ceux qui ont besoin de tissus vivants. Dans le domaine de la santé, de telles distinctions semblent particulièrement problématiques, puisque la plupart des personnes sont couvertes par une assurance-santé publique ou privée (46).

Si le marché n'est pas concurrentiel, il se peut toutefois que les arguments de distribution contre les ventes n'aient pas plus de valeur. Le problème du pouvoir monopolistique se pose plus clairement avec l'approvisionnement de tissus humains. En raison du fait que l'offre globale n'est pas affectée par la structure du marché, le pouvoir monopolistique affecte seulement la distribution des profits entre le donneur et le receveur. Ainsi, si la classification des tissus montre que votre rein est le meilleur pouvant être transplanté à votre cousin, une situation de monopole bilatérale est créée (47), et si les ventes sont autorisées, il se peut que vous attendiez un paiement important pour avoir sauvé la vie de votre cousin. De la même manière, certains types d'anticorps peu communs, ne peuvent être fournis que par quelques personnes et sont extrêmement précieux dans la fabrication de certains produits pharmaceutiques (48). Dans

(46) Même si un argument persuasif existe contre la vente du droit aux usagers, il serait toujours possible d'obtenir une part des bénéfices des transactions de marché en faisant acheter le bien ou le service par l'Etat, aux offrants, pour une distribution libre au public basée sur un critère non marchand. Ainsi, s'il y a une offre inadéquate d'organes de cadavres à transplanter dans un système totalement volontaire, les gens pourraient être payés par l'Etat pour permettre de donner leurs organes avec une allocation basée sur un jugement médical. Bien sûr, si ce changement, en pratique, augmente substantiellement l'offre, alors la nécessité de choix difficiles de distribution par les hôpitaux et les médecins sera réduite puisque l'offre sera presque égale à la demande. Pour les propositions dans ce sens voir Brams, *Transplantable Human Organs: Should Their Sale be Authorized by State Statutes?* 3 *Am. J.L. and Med.* 183 (1977); Dukeminier, *Supplying Organs for Transplantation*, 68 *Mich. L. Rev.* 811 (1970); Sanders and Dukeminier, *Medical Advance and Legal Lag: Hemodialysis and Kidney Transplantation*, 15 *U.C.L.A.L. Rev.* 357 (1968); Note, *Compulsory Removal of Cadaver Organs*, 69 *Colum. L. Rev.* 693 (1969); Note, *The Sale of Human Body Parts*, 72 *Mich. L. Rev.* 1182 (1974).

(47) Voir Strunk ctre Strunk, 455 *S.W. 2d.* 145 (Ky 1969); McFall ctre Shimp, 10 *Pa. D. and C.* 3d 90 (1978).

(48) Voir *Etats-Unis ctre Garber* 607 *F. 2d* 92 (5th cir. 1979).

de tels contextes, un marché entièrement non réglementé pourrait avoir des conséquences indésirables sur la distribution si les gens exercent leur monopole sur les tissus humains et les anticorps rares aux dépens du malade. Interdire les ventes n'est pas toutefois la seule réponse au problème. On pourrait, à la place, adopter la politique suivie dans des cas plus conventionnels de pouvoir monopolistique en permettant les ventes mais en réglementant les prix de telle manière qu'ils répercutent les coûts marginaux et les risques pris par le donneur (49).

C - La règle de propriété modifiée.

A la différence des règles d'inaliénabilité modifiée, les règles de propriété modifiée sont relativement peu communes et s'appliquent à des situations particulières plutôt qu'à des sortes de biens et services. Avec de telles règles, il se peut que le bien puisse être vendu au prix de marché mais ne puisse pas être donné. D'une manière générale, les règles de propriété modifiée ont été appliquées à des personnes qui sont ou insolvable, ou mourantes. Dans les deux cas, ces règles résolvent les problèmes qui surviennent quand quelqu'un qui a un intérêt dans le bien, n'a pas de droit légal formel jusqu'à ce qu'un événement, la faillite ou la mort, ne survienne.

Ces difficultés sont des exemples des "agency-principal" problèmes d'intervention familiers aux analystes économiques dans des contextes aussi différents que le contrôle des actionnaires sur les dirigeants sociaux, et la relation entre les compagnies d'assurance et leurs clients (50). La restitution sur les donations remplace les lois qui contrôlent directement les rapports entre les parties. La règle de propriété modifiée est un pis-aller permettant de reconnaître les intérêts des créanciers sur les biens, ceux des héritiers et des percepteurs dans des cas où il se peut que le propriétaire initial choisisse de négliger leurs droits.

Voyons d'abord la loi sur les faillites. Les donations faites avant la déclaration de faillite sont condamnées comme "étant des transferts frauduleux" mais les ventes d'actifs sont légales tant "qu'une

(49) Bien sûr, d'autres attributs personnels qui donnent aux gens des revenus monopolistiques ne sont pas tant réglementés : les grandes beautés, les athlètes très talentueux, et les génies gagnent fréquemment des gains monopolistiques. Le problème avec l'imposition des profits tirés de la beauté, de la force et de l'intelligence, est que les individus auraient intérêt à développer leurs dons naturels. Au contraire, même si les gens peuvent être indemnisés pour le temps, le souci et le risque de la transplantation d'organe, ils ne peuvent pas influencer sur leur type de tissus.

(50) Voir Ross, *The Economic Theory of Agency : the Principal's Problem*, 63 Am. Econ. Rev. (Papers and Proceedings) 134 (1973) ; Shavell, *Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship*. 10 Bell. J. of Econ. 55 (1979).

valeur équivalente raisonnable" est perçue (51) . Sans ces restrictions sur les donations, une personne qui devient insolvable pourrait tout simplement donner tous ses avoirs à sa famille ou à ses amis, faire faillite, et ensuite accepter des donations réciproques de leur part. Cette pratique introduirait un élément de risque dans l'obtention des emprunts qui ne servirait pas un but productif. *Ex ante*, le volume des emprunts serait beaucoup trop bas et les taux d'intérêt beaucoup trop élevés, pour tenir compte de la possibilité de cacher des biens aux créanciers.

Au contraire, les interdictions de donations faites juste avant la mort peuvent être justifiées principalement par des motifs de justice distributive. A l'origine, de telles règles protégeaient les héritiers contre les pressions exercées par les prêtres et les médecins sur les parents mourants (52) . A présent, les lois de la plupart des Etats et le Gouvernement Fédéral n'interdisent pas les donations faites peu avant le décès. Pourtant, une formule faible de la règle de propriété modifiée reste la norme légale pour les transactions liées à la mort : certaines donations faites dans les trois années précédant la mort sont considérées comme une partie du patrimoine d'une personne pour l'imposition. Le but de cette règle est de protéger l'Etat contre les agissements évitant l'imposition des personnes mourantes et de leurs héritiers (53) .

(51) 11 U.S.C. parag. 548 (a) (1982). Voir en général J. Hanna and J. MacLachlan, *Cases and Materials on Creditors' Rights and Corporate Reorganization* 204-22, 233-55 (1957) (discute le "Uniform Fraudulent Conveyance Act" et fournit des exemples des principaux cas).

(52) En Louisiane par exemple, les dons aux médecins ou aux membres du Ministère du Culte ne peuvent être faits par une personne malade décédée du fait de sa maladie. Il est possible toutefois que la personne paye pour les services rendus. La. Civ. Code Ann. 1489 (West 1952). En Georgia, une personne avec un conjoint ou un enfant ne peut léguer plus d'un tiers de son patrimoine aux institutions charitables ou religieuses si sa volonté est exprimée dans les 90 jours de la mort de la personne. Ga. code Ann. parag. 53 - 2 - 10 (1982). De la même manière, les anciens traités sur les donations font remarquer qu'une donation à un "conseiller spirituel" sera considérée avec suspicion par les tribunaux, particulièrement si elle a été faite *Mortis causa*. Voir W. Thornton, *A Treatise on the Law Relating to Gifts and Advancements* 456 (1893).

(53) Durant ces dernières années, aux Etats-Unis, la consolidation de la donation et le système d'imposition des biens ont soulevé le problème de la détermination de l'intention. Cependant, depuis que le gouvernement fédéral impose les donations différemment des ventes, il est important de définir la vente. Durant les trois années précédant la mort, le IRS surveillera sévèrement les ventes pour être sûr qu'une "compensation suffisante" en argent ou en valeur a été reçue. Si le IRS n'est pas satisfait, le solde sera imposé comme si c'était une donation. Voir T. Englebrecht, M. Moore and A. Fowler, *Federal Taxation of Estates, Gifts and Trusts* 61 - 66 (1981).

D - Les limites sur la possession et l'usage.

Les limitations relatives à la possession et à l'usage seront quelquefois de réels substituts de "second best" pour des systèmes plus souples, et plus orientés vers l'incitation de contrôle des externalités. Dans cette section, je couvre un large éventail de telles restrictions, des limites sur les conducteurs potentiels d'automobiles, aux contrôles sur l'usage des édifices historiques et des régions non développées. En pratique bien sûr, le contrôle des externalités n'est pas la raison principale des nombreuses limitations existantes. Elles sont plutôt fondées sur des motifs paternalistes ou sont destinées de manière évidente à créer des revenus monopolistiques. Mon but n'est pas de justifier de telles restrictions mais plutôt d'indiquer la gamme étroite des cas où il est possible que l'efficacité économique puisse être atteinte en limitant ceux qui peuvent utiliser ou posséder un produit et ce qui peut être fait avec.

1 - Les restrictions sur la possession.

Les restrictions sur la possession fonctionnent concurremment avec le système de responsabilité pour éviter les conduites dangereuses pour les tiers (54). Elles empêchent des groupes de personnes, par exemple les gens de moins de 16 ans ou les diabétiques, de posséder certains biens, ou d'exercer certaines activités, par exemple, acheter de l'alcool, conduire une voiture ou obtenir un brevet de pilote. Les règles d'inaliénabilité de ce genre sont des méthodes de contrôle de "second best" car elles traitent tous les membres de la même manière ; ainsi, ces restrictions incluent préalablement trop ou trop peu. Au contraire, un système de responsabilité, exigeant une indemnisation ex-post, peut être sensible aux différences individuelles de comportement mais il se peut qu'il soit coûteux et long à appliquer. En pratique, nous avons un système mixte qui combine des restrictions *ex ante* avec la responsabilité *ex post*. Une loi d'indemnisation met l'accent sur ces pratiques qui sont plus difficiles à mesurer *ex ante*. Par exemple, alors que l'examen de l'aptitude à conduire, la connaissance du code de la route, et le daltonisme déterminent ceux qui obtiendront un permis de conduire, il est probable que l'éventualité de l'engagement de la responsabilité à la suite d'un accident incite les gens à conduire plus prudemment.

L'utilisation d'indications statistiques pour sélectionner les candidats est efficace si le critère est directement lié au

(54) Voir d'une manière générale Calabresi, Torts - The Law of the Mixed Society, 56 Tex. L. Rev. 519 (1978) (examinant le rôle du système de responsabilité, et la réglementation directe du comportement dans le contrôle du risque).

comportement. Des procurations sont toutefois souvent utilisées à cause des difficultés de mesure. Un simple critère, tel que l'âge, peut souvent être considéré comme un substitut d'un critère plus complexe tel que l'état de santé ou l'aptitude où les problèmes de mesure *ex ante*, et la détermination de la causalité *ex post* sont probablement sérieux. Aussi s'il y a un rapport statistique important entre l'âge d'un conducteur d'automobile et la probabilité d'être impliqué dans un accident, l'état peut interdire aux gens au-dessous d'un certain âge de conduire une voiture, plutôt que d'instituer un test individuel coûteux pour sélectionner les enfants prudents. Les coûts sont imposés aux enfants prudents par cette méthode de prévention des accidents, mais ils doivent être stabilisés par rapport aux coûts des tests plus discriminatoires (55) .

Il y a toutefois des limites à cette méthode. Nous semblons réticents à utiliser les statistiques pour différencier les personnes sur la base d'un critère démographique, en dehors de leur contrôle. Ainsi, nous ne permettons pas aux femmes blanches de conduire à un âge plus jeune que les hommes et les noirs, même si les statistiques indiquent que les femmes blanches sont plus prudentes (56) . L'âge, pourtant, est moins suspect que la race ou le sexe, et par conséquent est fréquemment utilisé comme base pour la distribution des bénéfices et des charges. De plus, même si une caractéristique démographique est une chose sur laquelle un individu n'a pas de contrôle, on peut toujours l'utiliser pour faire une distinction entre les personnes si le lien causal est bien établi et est pratiquement déterminant. Ainsi, il se peut que les diabétiques ne puissent passer le brevet de pilote, ou conduire des camions avec des chargements dangereux, et les

(55) Un autre facteur est celui de savoir si, en fait, les tests constitueront un écran efficace. Certains Etats tentent de filtrer les conducteurs plus jeunes et plus prudents en exigeant que les 16-17 ans terminent leurs leçons de conduite avant d'obtenir le permis. Voir Cal. Veh. Code parag. 12057 (West 1971). A 18 ans, toute personne qui réussit l'examen obtient le permis. Voir Id. parag. 12512. Deux commentateurs ont déclaré que de tels règlements atteignent précisément le résultat inverse : augmenter le nombre des conducteurs de 16 et 17 augmente le taux de décès par accident automobile. Voir Robertson and Zador, Driver Education and Fatal Crash Involvement of Teenaged Drivers, 68 Am. J. Pub. Health 959 (1978).

(56) Voir Underwood, Law and the Crystal Ball : Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment, 88 Yale L. J. 1408, 1434 - 42 (1979) (distinguant les mesures étant au-delà du contrôle des gens et celles qui peuvent être affectées par leur comportement). Les critères les plus suspects sont la race, le sexe et l'origine nationale. Voir U.S. Const. amend. XVI, parag. 1. ; Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. parag. 2000a (1982) ; Equal Employment Opportunity Act, 42 U.S.C. parag. 2000e (1982). D'autres critères incluent l'âge, voir : Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. parag. 621 (1982), Age Discrimination Act of 1975, 42 U.S.C. parag. 6101 (1982), et l'handicap physique, voir Rehabilitation Act of 1973, 29 U.S.C. parag. 701 (1982), Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act, 42 U.S.C. parag. 6000 (1982).

daltoniens ne puissent obtenir le permis de conduire (57) .

L'idéal serait que les gens soient indemnisés pour les charges injustes résultant de l'utilisation de la statistique plutôt que du comportement individuel. L'indemnisation est toutefois impossible pour la seule raison que la statistique est initialement utilisée pour limiter la propriété et l'usage ; les distinctions individuelles sont coûteuses ou impossible à faire.

Même si j'avais considéré les restrictions sur la possession comme une réponse de "second best" au contrôle des externalités j'aurais idéalisé leur rôle. En pratique de telles restrictions sont fréquemment destinées à donner un pouvoir monopolistique à certaines professions ou emplois. Il est par exemple très difficile de démontrer que les lois d'autorisation professionnelle se préoccupent surtout du contrôle de la qualité (58) . De simples restrictions sur le nombre des participants au marché sont également généralement des octrois explicites de pouvoir monopolistique à un groupe limité. Alors qu'il se peut que la limitation du nombre des taxis dans une ville réduise les encombrements, elle bénéficie également aux propriétaires d'une licence (59) ; la restriction du nombre des établissements bancaires dans un Etat (60) n'a même pas comme justification une

(57) A cause d'une préoccupation des risques d'accident, la "Federal Highway Administration" interdit aux diabétiques sous insuline de conduire des camions dans les transports internes à un Etat et entre Etats. Voir Hricko, *Drivers of Hazardous Cargoes.- Legal Aspects of a Maximum Age and Increased Physical Requirements*, 31 Fed'n Ins. Couns. 126, 130 (1981). Les chauffeurs de taxi de New York sont restreints de la même manière. N.Y. City Admin. Code, ch. 65 parag. 2305 (1975).

(58) Cf. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Econ. and Mgmt. Sci. 3, 13 - 17 (1971) (le fait d'accorder des permis professionnels utilise le procédé politique pour améliorer les conditions économiques d'un groupe) ; Brill, *Protection for the Hard of Hearing : State and Federal Regulation of Hearing Aid Dealers*, 27 DePaul L. Rev. 45, 86 - 87 (1977) (les comités "dominés par des membres de l'industrie" contrecarrent l'intention de réglementer la protection des mal entendants).

(59) Etant donné le caractère temporaire des courses individuelles en taxi, la réglementation de certains aspects de la qualité s'avère justifiée. Ainsi, Chicago et New-York exigent que les véhicules soient en état pour fonctionner. A New-York, des inspections sont obligatoires tous les quatre mois et les véhicules doivent être équipés de mécanismes de contrôle d'émission. De la même manière, dans les deux villes, les conducteurs doivent avoir une licence spéciale de chauffeur de taxi qui exige d'eux qu'ils soient en bonne santé et de bonne moralité. A New-York, les lois déclarent que les candidats seront examinés sur leur connaissance de la ville. Voir N.Y. City Admin. Code, ch. 65, parag. 2301 - 2319 (1975). Bien que ces restrictions sur la propriété et l'usage des voitures de taxi semblent justifiées par des motifs d'efficacité, les limitations des enregistrements les accompagnant sont moins faciles à justifier. Voir Kitch, Isaacson and Kasper, *The Regulation of Taxicabs in Chicago*, 14 J.L. and Econ. 285 (1971).

(60) Voir de manière générale : Note, *Bank Charters, Branching, Holding Company and Merger Laws : Competition Frustrated*, 71 Yale L.J. 502 (1962) (résumant les lois qui gouvernent l'entrée dans les professions bancaires). Certains règlements et décisions de

limitation d'une carence du marché. Ainsi, alors qu'il est possible qu'une combinaison du contrôle des externalités et des pratiques administratives justifie certaines restrictions, la possibilité d'une telle justification ne créerait pas une présomption favorable à ces réglementations.

2 - L'usage exigé.

Certaines réglementations exigent un petit nombre d'actions alors qu'elles permettent un large éventail d'autres usages. Comme condition pour conserver sa propriété, il se peut que la loi ordonne des actions qui produisent des externalités positives. Ces réglementations remplacent les systèmes à tendance de marché qui rapportent un ensemble de primes égales aux bénéfiques externes, comme le rendement des actions.

Deux exemples sont particulièrement intéressants : la préservation historique et la protection de l'habitat des espèces en voie de disparition. Les statuts de la préservation historique exigent que les propriétaires protègent au moins les façades de certains immeubles. Une autorisation est exigée pour tout changement des parties affectées du bâtiment et la démolition est soumise à des conditions très strictes. Par exemple la "Landmarks Preservation Law" de la ville de New York met l'accent sur la protection et la préservation des caractéristiques architecturales externes et internes, telle que les vestibules ou les parloirs, qui sont ouverts au public et elle n'autorise que très rarement la démolition (61) . De la même manière, il se peut que la loi de protection des espèces en voie de disparition exige que les propriétaires fonciers évitent de détruire l'habitat des espèces en voie de disparition (62) . Ces deux politiques

justice cherchent toutefois à stimuler la concurrence. Voir Moran ctre State Banking Comm'r, 322 Mich. 230, 243, 33 N.W. 2d 772, 778 (1948) (le règlement de la charte serait utilisé "non pour éviter la concurrence et encourager le monopole mais pour protéger le public et l'intérêt général des opérations de banque imprudentes") (citant : State ex. rel. Dybdal ctre State Sec. Comm'n, 145 Minn. 221, 224 - 25, 176 N.W. 759, 760 (1920)) ; Central Bank ctre State Banking Bd., 509 S.W. 2d 175, 184 (Mo Ct. App. 1974) (les commodités et les besoins de la norme ne projettent pas d'empêcher les nouvelles banques "d'entrer sur le marché au motif que les banques existantes rendent un service suffisant") ; Bank Holding Company Act of 1957, parag. 1, Ill. Ann. Stat. ch. 17, parag. 2501 (Smith - Hurd 1981).

(61) N.Y. City Admin. Code, ch. 8-A, parag. 207 - 1.0 (g), (m), (n), -5.0 (a), -6.0, -10.0 (1976). Le but principal de la loi est souligné au parag. 205 - 1.10 (b).

(62) Une décision récente d'une cour d'Appel peut être vue comme soutenant cette opinion même si elle traite avec l'Etat d'Hawaï plutôt qu'avec les propriétaires privés. Voir Palila ctre Hawaïi Dep't of Land and Natural resources, 639 F 2d 495 (9th Cir. 1981) ; Note, "Palila v. Hawaïi Department of Land and Natural Resources. A New interpretation of "Taking" Under the Endangered Species Act of 1973", 19 Idaho L. Rev. 157 (1983) (plaidant en faveur d'une interprétation large du cas Palila).

peuvent être justifiées par les avantages externes au maintien du bien affecté dans sa forme originale.

Deux problèmes plaident contre les statuts régulateurs qui exigent la préservation. D'abord il se peut qu'ils conduisent à trop ou trop peu de préservation, parce que le critère de valeur du gouvernement n'égale par les coûts d'opportunité du développement prévu. Deuxièmement, en l'absence de primes compensatoires, le coût de la préservation est supporté par ceux qui possèdent le bien au moment où la loi est promulguée à moins, bien sûr, que la loi augmente effectivement la valeur du bien (63) . Mais le problème de la préservation inefficace et le problème des coûts concentrés peuvent être évités par une loi qui octroie aux propriétaires une prime pour préserver leur terre ou leurs bâtiments. Ce système pourrait être plus efficace qu'une interdiction totale si la prime était égale aux bénéfices externes de la préservation. Les édifices historiques ne seraient démolis et les habitats détruits que si leurs bénéfices externes étaient trop bas pour justifier leur préservation étant donné les utilisations possibles de la terre (64) . Quoiqu'en pratique il est très difficile de quantifier ces bénéfices, les tentatives pour le faire seront souvent préférables aux réglementations de l'usage exigé lorsque l'effet de ces dernières est d'imposer tous les coûts au producteur des bénéfices sociaux.

3.- Les limites à l'usage.

Réciproquement, d'autres lois interdisent certaines activités afin de tenter de limiter les externalités négatives. Par exemple, les plans d'occupation des sols peuvent empêcher les propriétaires d'affecter leur terre à certains usages tels que l'usage commercial ou industriel mais peuvent permettre les constructions d'appartements jusqu'à ce que les exigences de densité maximum soient atteintes et les canalisations installées (65) . Les plans d'occupation des sols ("zoning laws") ne requièrent pas le développement comme une

(63) D. Listokin, *Landmarks Preservation and the Property Tax* (1982), résume la recherche récente incluant la preuve des augmentations et des diminutions des valeurs des biens sous les règlements de préservation historique - Rose, *Landmarks Preservation in New York*, *Pub. Interest*, Winter 1984, à 132, 142 plaide en faveur de l'indemnisation. Les estimations approximatives de cette politique sont les réductions de l'impôt foncier et une dépréciation rapide des dépenses de reconstruction.

(64) Voir Wittman, *supra* note 19 à 75.

(65) Voir en général E. Roberts, *The Law and the Preservation of Agricultural Land* (1982) (résumant le développement des lois d'urbanisme aux Etats-Unis).

condition de propriété ; leur fonction économique est plutôt de contrôler les externalités du développement s'il y a lieu de le faire.

Ici aussi les réglementations sont des substituts de "second best" d'une politique qui mesure les bénéfices et les coûts du développement dans des cas individuels (66) . Elles ont également les mêmes coûts de distribution indésirables que les lois exigeant certaines actions. Encore une fois, ceux qui possèdent la terre au moment où la loi répartissant en zones entre en vigueur supportent le coût avec ceux qui en auraient tiré profit si le bien avait été utilisé de la manière la plus avantageuse. L'acquisition des droits de développement par le gouvernement est une alternative non coercitive pour la répartition en zone qui oblige l'Etat à tenir compte des coûts de restriction de l'usage de la terre. Cette politique a été appliquée dans quelques juridictions aux Etats Unis aux exploitations agricoles (67) .

E. - L'usage obligatoire.

J'utilise le terme "usage obligatoire" pour avoir recours à des situations dans lesquelles toutes les activités permises sont aussi exigées. Quand le gouvernement vend, loue ou donne un bien aux individus privés, il se peut que l'Etat impose des restrictions pour tenter de contrôler l'usage du bien. Si le bien est vendu au plus offrant, les réglementations affecteront de manière contraire les revenus du gouvernement si elles exigent des propriétaires de restreindre leur occupation à des opportunités avantageuses. Comment, alors, peut-il être dans l'intérêt général d'imposer de tels contrôles ? Alors que quelques restrictions semblables ont peu à leur recommander au point de vue normatif, d'autres peuvent être

(66) Parce que le plan d'occupation des sols est une fonction d'administration départementale dans les Etats Unis, elle peut toutefois produire elle-même des coûts externes. Une large répartition en lots dans les banlieues combinée à une répartition sélective pour l'industrie contribue à l'agglomération des industries polluantes et des familles pauvres dans des villes importantes ou dans de vieilles villes industrielles alors que certaines banlieues restent elles-mêmes des enclaves riches ; celles-ci se protègent des externalités négatives en vivant près des pauvres, mais en conséquence de quoi elles imposent les coûts aux pauvres en limitant leurs choix d'installation. Ni l'efficacité, ni l'équité ne sont à la base de ce genre de zones résidentielles. Voir Mills, *Economic Analysis of Urban Land Use Controls*, in *Current Issues in Urban Economics*, 511 (P. Mieszkowski and M. Straszheim eds. 1979).

(67) Par exemple, le gouvernement du comté de Suffolk de Long Island achètera "les droits de développement" des exploitants agricoles jusqu'à la limite de son budget. La valeur de ces droits est égale à la différence entre la valeur de la propriété pour son plus grand et meilleur usage, et sa valeur selon les buts de l'agriculture. Voir E. Roberts, *supra* note 65, à 76. Les programmes les moins ambitieux se trouvent en réalité dans le Connecticut, le Massachussets, New Hampshire et New Jersey Id. à 83 - 87.

justifiées par le recours à l'efficacité et à la justice distributive. Je traite, à tour de rôle, de quatre justifications : les "agency-principal" problèmes d'organisation qui proviennent de la nature de la situation contractuelle, la disparition du "dilemme du prisonnier", l'information insuffisante des détenteurs de titres et leur incapacité à se débrouiller seuls, et la distribution de rares bénéfices aux méritants. Trois applications sont étudiées : les programmes fédéraux de concessions des ressources naturelles, les "Homesteading Acts" du 19^{ème} siècle et les transferts gouvernementaux aux nécessiteux.

1 - Les problèmes contractuels : les concessions minières.

Le gouvernement fédéral vend, (ou donne) des concessions qui permettent aux individus et aux entreprises privées d'exploiter les ressources naturelles sur les terres fédérales et sur la côte continentale. La plupart de ces concessions - par exemple pour le charbon et le pétrole - stipulent que les concessionnaires perdront leurs droits s'ils n'extraient pas effectivement les ressources (68) . Un concessionnaire qui ne souhaite pas extraire de minéraux peut toutefois céder ou sous-louer à quelqu'un d'autre (69) . Ces concessions, ainsi, sont des

(68) Voir le "Federal Land Policy and Management Act" de 1976 parag. 302, 43 U.S.C. parag. 1732 (1982) ; Outer Continental Shelf Lands Act, ch. 345, 67 Stat 462, parag. 6 (10), 43 U.S.C. parag. 1337 (b) (2) (B) (1982) ; Mineral Leasing Act of 1920, ch. 85, 41 Stat. 437 parag. 7, Stat. 30 U.S.C. parag. 207 (1982) ; Kalter and Tyner, Disposal Policy for Energy Resources in the Public Domain, dans Energy Supply and Government Policy 51 (R. Kalter and W. Vogely eds. 1976) ; Nelson, Undue Diligence : The Mine - It-Or - Lose - It Rule for Federal Coal, 7 Reg 34 (Jan - Feb 1983). Les doctrines juridiques régissant la gazéification du charbon minier présentent des conclusions semblables. Note, Implied Covenants and the Duty to Develop in Underground Coal Gasification, 59 Tex. L. Rev. 1303 (1981). The Federal Coal Leasing Amendments Acts of 1975, Pub. L. n. 94 - 377, 90 Stat. 1083 (1976) (codifié en plusieurs sections du 30 U.S.C. (1982)), exige le développement des futures concessions minières dans un délai de 10 ans, id. parag. 6, 1087 (codifié à 30 U.S.C. parag. 207 (1982)) mais ne couvre pas les concessions d'avant 1976 à moins que le concessionnaire ne l'accepte Id. parag. 5 (b) (5) 1086 (Codifié à 30 U.S.C. parag. 202 a (5) (1982)).

Les concessions pétrolières et gazeifères font l'objet d'une résiliation automatique de la concession en cas de non-paiement à moins qu'il n'y ait un puits sur la propriété, capable de produire du pétrole ou du gaz dans des quantités rentables. 30 U.S.C. parag. 188 (b) (1982). Toutefois, le loyer est généralement fixé à un montant minimal par acre de telle manière que cette exigence n'est pas onéreuse. En pratique, les concessions sont rarement résiliées pour cessation d'exploitation. Council on Economic Priorities, Leased and Lost : A Study of Public and Indian Coal Leasing in the West, 5 Econ. Priorities Rep., n. 2 (1974) (appelé plus tard Council on Economic Priorities). Même si on n'observe pas d'application active il est toutefois possible que la loi affecte à la fois le comportement des concessionnaires et les prix offerts pour les contrats tant que les enchérisseurs pensent que la stipulation a une chance d'être acceptée.

(69) Le sous-locataire doit être agréé par le Secrétariat de l'Intérieur. 30 U.S.C. parag. 187 (1982). Au moins pour les concessions pétrolières et gazeifères, les cessions ou les sous-locations peuvent être désapprouvées "pour défaut de qualification du cessionnaire ou du sous-locataire ou pour défaut de garantie suffisante". 30 U.S.C. parag. 187 a (1982).

titres de pure propriété avec un usage obligatoire.

Les conditions coercitives ne deviendront efficaces que si elles apportent une réponse correcte aux principaux problèmes d'administration de la concession. Dans la plupart des concessions fédérales, les concessionnaires doivent payer des royalties de X pour cent du montant des ventes (70). Les principaux problèmes d'administration surviennent parce que 100 \$ de valeur des ventes ne valent plus que $(1 - x) 100$ \$ pour le preneur. Mettre à la charge du preneur les coûts, mais pas tous les gains marginaux, lui laisse trop peu d'intérêt à prospecter et à exploiter les ressources. La royauté est inefficace, *ex post*, mais il se peut qu'elle soit souhaitable *ex ante*, comme un moyen de partage des risques d'exploitation entre le gouvernement et l'entreprise privée. Si un tel partage des risques est jugé souhaitable, alors une exigence de "due diligence" aidera correctement l'inefficacité créée par le procédé des royalties (71).

Les arguments en faveur des clauses restrictives sont toutefois plus difficiles à développer quand la concession est rémunérée en retour par un paiement fixe. De telles stipulations se justifient quand les imperfections du marché, tel un pouvoir monopolistique ou une information systématiquement déviée nuisent à la production courante (72). En l'absence d'imperfections du marché, la "due diligence" dans de telles concessions incite à un excès de production, contrôlé seulement par la décision du gouvernement relative à la quantité de concessions à rendre disponibles chaque année.

2 - Les "dilemmes du prisonnier"

Il est difficile d'être un pionnier dans une région déserte. La vie est plus facile avec des voisins qui peuvent aider en cas d'urgence,

(70) Des royalties peu élevées, de 8 % à 12,5 %, sont courantes. La royauté peut être réduite si le concessionnaire prouve que les conditions de la concession rendent le développement d'une nappe non rentable. Kalter and Tyner, *supra* note 68, 56 - 57.

(71) Les concessions pétrolières et gazifères privées contiennent également souvent des stipulations de participation aux bénéfices associées à des clauses exigeant du concessionnaire de prospecter et d'exploiter les ressources s'il y en a. Pour un résumé de la situation législative courante dans cette région voir : Comment, *The Implied Covenant to Reasonably Develop : Should Hard-Mineral Applications Follow Oil and Gas Precedent ?* 20 Hous. L. Rev. 883 (1983) ; Note, *Oil and Gas : Preservation of Leaseholds Following Well Failure*, 36 Okla. L. Rev. 151 (1983). Pour un aperçu historique voir Swenson, *Legal Aspects of Mineral Resources Exploitation*, dans P. Gates, *History of Public Land Law Development* 699 (1968).

(72) Nelson, *supra* note 68, 36 - 38. Le Ministère de l'Intérieur n'a toutefois apparemment pas fait appliquer ces stipulations de manière vigoureuse. Council on Economic Priorities, *supra* note 68, à 28.

qui partagent l'outillage de la ferme et qui participent aux projets fondamentaux, comme une construction. De surcroît, plus il y aura de personnes qui s'installeront sur un territoire donné, plus il y aura d'artisans plus spécialisés, tels les forgerons et menuisiers, qui emménageront, et des villages seront bâtis. Comme il est plus facile de développer sa terre quand les autres sont proches, chacun a intérêt à attendre quelqu'un d'autre. Il se peut que les spéculateurs qui n'ont pas d'intérêt dans l'agriculture achètent de la terre et la gardent en vue de la revendre. Dans certains marchés, les spéculateurs peuvent servir une fonction économique utile, mais ici ils peuvent rendre le "dilemme du prisonnier" plus aigu (73) . Chacun est plus satisfait si tout le monde, plutôt que personne, s'installe, mais si les autres ne s'établissent pas, alors il est préférable pour chacun d'attendre que les autres aient surmonté les premières difficultés.

Une manière de résoudre ce dilemme est d'imposer une règle de droit coercitive de manière conditionnelle afin d'encourager l'émigration. Les "Homesteading Acts" du 19^{ème} siècle, par exemple, donnaient de la terre aux gens pour un prix nominal, après qu'ils aient certifié qu'ils travailleraient la terre pendant 5 ans (74) . La terre ne pouvait être ni vendue ni donnée à des personnes privées durant cette période. Si un colon ne remplissait pas son terme de résident agricole, la terre était confisquée au profit de l'Etat. Les gens

(73) Le "dilemme du prisonnier" entre les individus A et B a la forme suivant, où les gains nets de B sont d'abord inscrits dans chaque case.

		A	
		Développement maintenant	Développement plus tard
B	Développement maintenant	10,10	6,12
	Développement plus tard	12,6	7,7

Si tous deux développent maintenant, ils partagent les frais généraux sociaux et maximisent des bénéfices globaux. Si tous deux attendent ils partagent aussi les coûts et perdent les bénéfices d'une exploitation rapide. Si A exploite plus tardivement alors que B exploite maintenant, B doit supporter tous les coûts de mise en marche et ne peut pas éviter que certains des bénéfices de cet investissement n'accroissent A. Les bénéfices globaux sont moins importants avec une exploitation successive ou parce que le débutant plus rapide sous-investit dans le capital social général ou à cause de l'échelle des économies à partir d'une production jointe.

Si on substituait (0,0) à (7,7) dans la matrice ci-dessus, cela créerait une situation appelée "leader". Dans ce cas, chaque participant essaierait d'être le premier à annoncer qu'il développera plus tard dans le but d'inciter l'autre participant à développer maintenant.

(74) Voir "Act of May 20, 1862", ch. 75, 12 Stat. 392 ; P. Gates, supra note 71, à 393 - 99.

attirés vers cette région rendaient à la fois le futur développement économique plus facile et aidaient les ambitions politiques des résidents initiaux qui cherchaient à transformer leur territoire en un des Etats de la Fédération. Ainsi, selon moi, la règle de droit était conditionnellement coercitive et plus restrictive que les concessions minières transférables, vues ci-dessus (75) .

A présent, il est tout à fait possible que le dilemme du prisonnier fournisse une justification importante aux programmes de logements subventionnés comportant des conditions coercitives. L'absence de maintenance des logements affecte la valeur des propriétés voisines avec le résultat net que personne ne pensera que cela vaut la peine d'engager des dépenses d'entretien. Si tout le monde pouvait être incité à améliorer son bien, tout le monde en bénéficierait. Des subventions pourraient être accordées aux propriétaires de terrains et de logement à condition qu'ils améliorent leur bien. Cependant, si les propriétaires peuvent vendre leurs biens améliorés au plus offrant, un programme de subvention de ce genre n'est pas conditionnellement coercitif. Il y a coercition conditionnelle lorsque le gouvernement ne souhaite pas seulement améliorer la qualité du voisinage mais souhaite également rendre possible pour les précédents résidents de rester dans les logements récemment rénovés. Ainsi, il se peut que l'on interdise aux propriétaires d'expulser les locataires et il se peut que les locataires aient droit à une subvention seulement s'ils vivent dans des appartements qui remplissent les normes du Code de l'Habitation (76) . De la même manière, les programmes de "Homesteading" urbains, qui ont volontairement copié les programmes de "Homesteading" du XIXème siècle, incitent les gens aux revenus bas ou modiques à restaurer de vieux logements et imposent des restrictions sur les reventes pour s'assurer que les immeubles rénovés fourniront du logement aux familles ayant des revenus bas ou modiques (77) .

(75) Voir P. Gates, *supra* note 71, à 393 - 99. Finalement les caractères conditionnellement coercitifs des "Homesteading Acts" furent affaiblis par l'ajout d'une clause commutative. Les "Homesteaders" pouvaient acheter leur titre forfaitairement après une résidence de 14 mois. Act of Mar. 3 1891, ch. 561, parag. 6, 26 Stat. 1095, 1098 ; F. Shannon, *The Farmers' Last Frontier, Agriculture, 1860 - 97*, à 51 - 75,5 *The Economic History of the United States* (1945). Comme un auteur contemporain l'a fait remarquer, cette clause a transformé la loi en un peu plus qu'une manière de redistribuer le revenu aux personnes voulant faire un investissement minimal dans la terre. Voir Hughes, *The Abuse of the Homestead Law*, 14 *Am. Law*, 350 (1906). Cette conséquence s'ensuivit car les sociétés immobilières et les chemins de fer se tinrent prêts à avancer le prix d'achat aux gens en retour d'une promesse de vendre la terre à la société. *Id.* à 351.

(76) Voir par ex. U.S. Housing Act of 1937 parag. 8, 42 U.S.C. parag. 1437 f (a) (1976).

(77) Voir : Department of Housing Preservation and Development, the City of New York, *Urban Homesteading, Request for Proposals*, Dec. 9 1983, 4 (inédit) (copies sur dossier

La justification donnée au dilemme du prisonnier est moins facilement applicable aux concessions de ressources naturelles, mais il se peut qu'elle soit valable dans des cas particuliers. Il se peut que les retardataires aient des coûts inférieurs aux premiers locataires parce que ceux qui ont en premier développé l'exploitation supportent les coûts qui auraient dû être partagés avec les retardataires. Des routes doivent être construites pour tirer du bois de régions inaccessibles, et il se peut que l'exploitation de pétrole par une entreprise dans une région fournisse des renseignements aux propriétaires ou aux concessionnaires des régions voisines. Dans de tels cas, des clauses de "due diligence" peuvent venir à bout de l'envie de rester en retrait et laisser les autres s'installer d'abord.

3 - Manque d'information et paternalisme.

Beaucoup de commentateurs, suivant Charles Reich, voient des programmes gouvernementaux de transfert comme créant une espèce de "nouvelle propriété" (78). Si c'est le cas, les nouveaux droits de propriété sont souvent conditionnellement coercitifs. En général, les gens ne peuvent ni vendre ni donner à d'autres leurs avantages et pour certains biens, comme le logement public, les gens perdent leur droit d'accès à un service, en ne l'utilisant pas. Même le droit de recevoir directement des subventions en espèces grâce à un programme de sécurité sociale sans restrictions sur l'usage n'est pas un droit de pure propriété. Une personne y ayant droit peut donner les sommes qu'elle reçoit à n'importe qui mais ne peut transférer le droit de recevoir ces paiements. De tels programmes fournissant des avantages comme le logement, la nourriture ou la garderie restreignent aussi fréquemment à la fois l'usage et la transférabilité de l'allocation elle-même. Une telle coercition est justifiée comme étant un moyen de palier la carence du marché due au manque d'information aux opportunités d'achat (79), ou à un souci

aux bureaux de Columbia Law Review).

(78) Voir Reich, *Individual Rights and Social Welfare : The Emerging Legal Issues*, 74 *Yale L.J.* 1245 (1965) ; Reich, *The New Property*, 73 *Yale L.J.* 733 (1964).

(79) Barlow ctre Collins, 397 U.S. 159 (1970) illustre un cas dans lequel les bénéficiaires du programme eux-mêmes plaidèrent en faveur des restrictions sur la transférabilité de leurs titres. Les requérants étaient des fermiers locataires, qualifiés pour une rémunération sous les programmes de coton dans les régions montagneuses. La loi les autorisait seulement à affecter leurs paiements "au financement des récoltes". Id. à 160. En 1966, le sens de cette phrase a été modifié pour payer le loyer. Les locataires déclarèrent que cette augmentation apparente de la flexibilité, diminuait en réalité leurs bénéfices sous ce programme car les propriétaires fonciers pouvaient maintenant considérer ces affectations comme une condition pour obtenir une concession pour travailler la terre. Id. at 163.

paternaliste concernant les enfants pauvres et leur famille (80) . Les programmes d'allocations sociales peuvent inciter les gens à consommer de la nourriture, à se loger, à se soigner, ou à l'éducation en rendant ces services relativement peu coûteux et prohibant les transferts.

Un argument similaire peut être utilisé pour justifier les "Homesteading Acts". Ceux qui souhaitent encourager le développement des terres de l'Ouest pourraient bien avoir cru que les colons, s'ils étaient abandonnés à eux-mêmes, n'auraient pas eu une vue assez prospective des choses. La coercition conditionnelle encourageait les colons à supporter les premières années difficiles, en subventionnant les coûts fixes de manière à leur donner un intérêt à rester sur cette terre. Eventuellement leur habileté s'améliorait et les risques de l'exploitation diminuaient. Ici aussi, la justification d'efficacité fondée sur l'information imparfaite se confondait avec une espèce de paternalisme.

4 - La distribution "aux méritants"

Supposons que pour une raison, l'allocation par le marché libre d'un profit public peu abondant n'est pas acceptable. Supposons encore que le nombre de personnes qualifiées, utilisant une norme claire, comme le revenu, ou le statut de l'emploi ou la composition familiale excède l'offre disponible. Ainsi les administrateurs du programme ont un problème de distribution qui peut être résolu de différentes manières, y compris par les queues "premier arrivé, premier servi", l'agrément des demandes, les dessous de table ou une loterie. Il se peut que, de manière alternative, des restrictions soient imposées qui sont moins coûteuses pour ceux qui méritent le plus de bénéficier de l'avantage. Si la détermination des méritants par des tests ou l'agrément des demandes est coûteuse et incertaine, les restrictions sont un substitut de classification. De telles conditions peuvent être particulièrement souhaitables si elles servent aussi un but de production comme l'ont fait les lois de "Homesteading" rurales et urbaines.

Voyons d'abord les "Homesteading Acts". Au centre du programme, il y avait l'idée qu'une nouvelle ressource disponible (par exemple la terre de l'Ouest, servant à l'agriculture) n'irait pas à ceux qui avaient déjà un capital mais à ceux qui n'avaient pas d'autre bien (81) . Ceci toutefois n'était qu'un argument pour, en premier lieu,

(80) Voir en général Rose-Ackerman, *Social Services and the Market*, 83, Colum. L. Rev. 1405 (1983) (traitant des justifications de ces programmes).

(81) Voir par ex. Seymour et Sanders, 21 F. Cas. 1133, 1135 (C.C.D. Minn. 1874) (n. 12 690) ("un des buts principaux de la loi était de bénéficier à l'homme pauvre qui ne

donner de la terre aux pauvres, et non pour exiger d'eux qu'ils la travaillent. Pour justifier les conditions coercitives et les restrictions sur le transfert nous devons ajouter un second facteur : en pratique, le nombre d'emplacements de valeur était inférieur au nombre de personnes sans terre, tant que l'Etat prit en compte à la fois les économies de production et les coûts de transactions pour faire une exploitation agricole d'une multitude de petits titres. Ainsi, on avait besoin d'une méthode permettant d'attribuer les emplacements autre que la volonté de payer, alors que les ventes de marché pourraient déjouer le but de redistribution. Dans ce contexte, le "Homesteading" apparaissait comme un choix possible. C'est un système d'allocations plus efficace que le système de la queue "premier arrivé premier servi" alors que le temps dépensé n'est pas perdu à attendre dans les files mais est utilisé pour des activités productives. Vu sous cet angle, une règle coercitive de manière conditionnelle peut utiliser la bonne volonté au travail pour déterminer qui parmi les pauvres peut le mieux développer les ressources. Bien sûr, cette politique signifie également que le très pauvre, sans aptitude pour l'agriculture ne bénéficiera pas du programme. Cela représente un compromis entre l'accomplissement des buts de redistribution et le développement efficace des ressources.

Une justification similaire est sous jacente à de nombreux programmes d'assistance sociale. Lorsque le nombre des personnes nécessiteuses excède le nombre de biens de subvention, il semble prudent de rationner l'offre peu abondante seulement pour les gens qui effectivement utilisent eux-mêmes l'avantage. Vendre des appartements subventionnés aux plus offrants compromettrait les buts de redistribution du programme. Etant donné que le prix n'est pas fixé pour absorber le marché, la demande excèdera l'offre même lorsque la transférabilité est restreinte. Par conséquent, il se peut que des conditions coûteuses soient ajoutées, comme la volonté d'accomplir les travaux d'entretien dans l'immeuble ou de passer du temps à rénover le bâtiment. La ressemblance avec les "Homesteading Acts" est particulièrement frappante en ce qui concerne les programmes de redistribution qui ont également comme but secondaire le développement ou la croissance économique. Les restrictions sur l'usage et la transmission dans ces programmes peuvent à la fois atteindre les objectifs de redistribution quand la

pouvait pas acheter les terres aux prix fixés par le gouvernement qui recevait son titre tout de suite, et sans conditions) réédité : J. Lewis, *Leading Cases on the Public Land Laws of the United States* 219 (1879). Cependant, le "Homesteading" était responsable au plus "de moins du sixième de la superficie" aux Etats-Unis entre 1860 et 1900. F. Shannon supra note 74, à 51. Gates fait référence au mélange des ventes et du "Homesteading" dans les Etats de l'Ouest comme un système foncier inapproprié". Gates, supra note 71, à 435. Bien que Shannon déclare que les lois avaient un petit impact de redistribution, Gates souligne le rôle de la loi dans la limitation de l'absence du titulaire de propriété dans les grandes régions.

demande excède l'offre au prix subventionné et encourager la protection du voisinage exactement de la même manière que les "Homesteading Acts" qui incitaient les gens à supporter les dures épreuves de l'agriculture.

A nouveau cependant, ce mélange de buts d'efficacité et de distribution ne peut être indéfiniment étendu. Par exemple, il ne peut être utilisé pour justifier les conditions coercitives contenues dans les programmes fédéraux de concessions minières. La plupart des concessions sont vendues aux plus offrants, et non données à ceux jugés particulièrement méritants, indépendamment de leur volonté de payer. Les concessions non compétitives qui sont données au "premier" candidat qualifié, ont des conséquences de distribution, mais pas une qui ait un sens normatif (82). De plus étant donné les capacités particulières nécessaires pour exploiter des ressources minières, il semble peut probable que ces programmes soient destinés à servir un but de redistribution.

III - L'INALIENABILITE ET LA CITOYENNETE.

L'analyse de l'inaliénabilité permet d'éclairer un sujet qui a préoccupé ceux qui ont étudié les démocraties capitalistes : Comment l'Etat pourrait-il être isolé des pressions du marché ? (83). Cette section développe un des aspects d'un problème plus large : quand les droits seraient-ils transférables et quand doivent-ils être exercés par tout ceux qui les possèdent ? Les gens pourront-ils contracter, en dehors, des devoirs et les devoirs seraient-ils imposés même si les services exigés pourraient être achetés sur le marché ? Mon intention ici n'est pas d'apporter une réponse exhaustive à ces questions. Il s'agit plutôt de montrer de quelle manière toute réponse exige de faire face à la complexité de l'idée de citoyenneté. Pour rendre cette analyse concrète, je montrerai comment les différentes conceptions de la citoyenneté ont des implications différentes sur le vote, le service militaire et la sélection du jury. L'analyse se concentre sur la distinction entre les droits et les devoirs, et entre l'aliénabilité et

(82) 26 U.S.C. parag. 226 (c) (1982) ; 43 C.F.R. parag. 3111.1-.7 (1984). Council on Economic Priorities, *supra* note 68, à 22 - 23, décrit l'adjudication de concessions de charbon antérieures à la loi de 1976. Sur 242 offres de concession durant la période 1921 - 1973, 10 % n'attirèrent pas d'enchérisseurs réguliers et ainsi furent accordés à des taux peu élevés au candidat initial à la vente. Dans 59 % des ventes concurrentielles, seulement 2 enchérisseurs y participèrent. L'offre moyenne fut de \$ 3,31 par acre. Le Council on Economic Priorities déclare que les prix payés, même lorsque le loyer et les royalties sont élevés, étaient bien en dessous de la valeur réduite actuelle des ressources minérales. Id. à 27 - 28.

(83) Voir par ex., G. Brennan et J. Buchanan, *The Power to Tax : Analytical Foundation of a Fiscal Constitution* (1980) ; C. Lindblom, *Politics and Markets* (1977) ; S. Rose-Ackerman, *Corruption : a Study in Political Economy* (1978).

l'inaliénabilité.

A - Les droits aliénables et les droits inaliénables.

Sous le concept plus faible de responsabilité de citoyen, les services de citoyenneté sont obtenus sous un régime de droits de propriété aliénable. Les votes peuvent être vendus, donnés, ou non utilisés. Les soldats et les jurés sont tous deux recrutés sur le marché du travail courant, en offrant une compensation aux personnes voulant participer. Il est possible que des qualifications soient imposées aux soldats et aux jurés afin d'assurer une offre de bons soldats et de "jurés" qualifiés, mais à l'intérieur de ces groupes les contraintes du marché opèrent. Ce système atténue la différence qui existe entre le gouvernement et l'économie. L'impact des pressions économiques peut toutefois être atténué, en optant pour un système de droits inaliénables.

1 - Les votes.

Quand le vote est un droit aliénable, tout ceux qui remplissent les exigences d'âge et de citoyenneté se voient accorder un droit de vote libre de la part du gouvernement, mais alors les gens peuvent vendre ou donner leurs votes à d'autres. Le cas affirmatif pour l'aliénabilité provient de la recherche sur le comportement du vote qui révèle que beaucoup de votants sont peu informés, et indifférents (84) . Des conditions similaires, après tout s'appliquent aux droits de vote dans les sociétés. Bien que les propriétaires ne puissent pas vendre leurs procurations (85) , il se peut qu'ils donnent leur vote à

(84) Voir W. Miller, A. Miller et E. Schneider, *American National Selection Studies Data Sourcebook 1952 - 1978* (1980) (appelé plus tard *Data Sourcebook*).

(85) Bien sûr les procurations peuvent être vendues si les actions auxquelles elles sont attachées sont également vendues. Manne, *Some Theoretical Aspects of Share Voting*, 64 *Colum. L. Rev.* 1427 (1964). Robert Clark a déclaré que les ventes de votes seraient autorisées en particulier dans les batailles pour le contrôle de la société. Voir Clark, *Vote Buying and Corporate Law*, 29 *Case W. Res. L. Rev.* 776, 790-801 (1979). Frank Easterbrook et Daniel Fischel affirment que cet argument néglige les coûts d'administration du vote séparé de la propriété. Easterbrook et Fischel, *Voting in Corporate Law*, 26 *J.L. and Econ.* 395, 410 - 11 (1983).

Alors que la vente de procurations est illégale sous la loi de New York, N.Y. *Bus. Corp. Law* parag. 609 (e) (McKinney 1963), aucun règlement fédéral n'interdit un tel comportement. Voir Clark, *supra*, à 777 n. 9. De plus, la donation de procurations peut en principe être révoquée à volonté. 5 W. Fletcher et O. Smith, *Fletcher Cyclopedic of the Law of Private Corporations* parag. 2062, à 256 (Rev. perm. ed. 1976). Les procurations peuvent être transférées de manière irrévocable à d'autres si elles sont doublées "d'un bénéficiaire". Id. Il se peut qu'un créancier par exemple demande le droit de voter pour une partie des actions d'une société avec en contrepartie une augmentation des fonds. Id. A 20 - 21 (Cum. Supp. 1984). Parce que ce schéma se rapproche de la vente d'une procuration, il a fait régner une certaine confusion dans les tribunaux. Id. parag. 2052, à 209 n. 5, et est une méthode apparemment peu commune de contrôle du créancier.

la direction ou à quiconque qui propose d'agir avec procuration de l'actionnaire (86). Ceux qui ont étudié ces questions ont justifié cette délégation du pouvoir de voter par le motif que les actionnaires ont un peu intérêt à être bien informés des politiques d'entreprise (87). Pourquoi ne pas alors étendre cette analogie à l'Etat ?

Je ne veux pas aller aussi loin que de plaider en faveur de la vente du vote dans la vie politique. La vente du vote est largement reconnue comme étant incompatible avec les principes d'égalité et de démocratie car elle influence les décisions politiques en faveur des riches (88). Toutefois, dans une démocratie directe dans laquelle les décisions sont prises à l'unanimité, l'achat du vote assure les choix qui bénéficient à tous les citoyens étant donné la distribution des ressources existantes (89). Cela ne peut être qu'une conséquence souhaitable si toutefois la distribution existante est jugée loyale (90). Et même cette défense limitée de vente des votes ne survit pas au mouvement vers un système représentatif faisant les choix par une règle de majorité (91).

La prohibition actuelle concernant les donations ne peut toutefois pas être si facilement supprimée. Puisque les votants qui restent scrupuleusement dans la ligne du parti ou suivent les conseils du "New York Times" de facto donnent leurs votes, pourquoi ne pas permettre des donations plus formelles qui, comme les procurations dans les entreprises, peuvent être révoquées à tout moment avant l'élection ? Malgré une croyance générale que les gens devraient utiliser leur propre jugement en décidant comment voter, nous n'imposons aucun test à l'électorat pour déterminer le niveau de connaissance des candidats et des problèmes. Nous sommes alors partagés entre deux conceptions possibles de la démocratie. Même lorsque l'aliénabilité, par le marché, est illicite, ce conflit à l'intérieur

(86) A cause des possibilités d'abus par la direction, le Securities and Exchange Commission réglemente les demandes de procurations. Les réglementations promulguées sous le "Securities and Exchange Act" de 1934 prohibent la fraude, permettent aux actionnaires de demander des procurations et d'inclure certaines de leurs propositions dans le rapport de procurations et exigent la divulgation des groupes concurrents dans les débats des mandataires. Voir 17 C.R.F. parag. 240.14.a (1984). La réglementation étatique des demandes de procuration est toutefois pratiquement inexistante. Voir Eisenberg, *Access to the Corporate Proxy Machinery*, 83 Harv. L. Rev. 1489 (1970).

(87) Voir par ex. Clark, *supra* note 85, à 779 - 84.

(88) Par exemple, même les ardents défenseurs du marché acceptent cet argument. Voir J. Buchanan and G. Tullock, *The Calculus of Consent* 270-76 (1962).

(89) *Id.* à 276 - 77.

(90) Pour une critique récente de la position de Buchanan en faveur de la distribution telle qu'elle existait, voir Rose-Ackerman, *A New Political Economy* ?, 80 Mich. L. Rev. 872 (1982).

(91) J. Buchanan and G. Tullock, *supra* note 88, 270 - 76.

de la théorie de la démocratie demeure. D'une part, il y a le fait qu'on croit que le vote est un acte individuel, privé qui ne devrait pas être examiné de trop près par l'Etat. D'autre part, la valeur d'une démocratie représentative dépend des citoyens faisant des choix responsables et en connaissance de cause. Ce conflit est éclairé mais non résolu en essayant de déterminer si les droits de vote devraient être gouvernés par une règle d'inaliénabilité modifiée.

2.- Les soldats et les jurés.

En dépit du consensus contre la vente des votes, il n'y a pas de croyance générale que le gouvernement devrait être isolé des forces économiques. L'Administration généralement paye au prix du marché le capital et autres apports. Plus discutée, l'entrée des militaires sur le marché du travail pour obtenir des soldats reflète une pratique américaine actuelle et a été largement soutenue par les analystes économiques (92). Une armée faite de volontaires demande au gouvernement de tenir compte du coût d'opportunité du personnel (93). Les services armés décident quelle sorte de gens ils désirent recruter mais les gens qui décident effectivement de servir sont ceux qui croient que le service militaire, avec une solde effective et des avantages, est au moins aussi bien que leur meilleur choix dans le secteur privé. A l'inverse d'un enrôlement avec une échelle de solde fixe, l'armée de volontaires fait payer aux contribuables les coûts sociaux du personnel militaire (94), faisant déplacer cette responsabilité de citoyenneté des jeunes vers le grand public.

Certains commentateurs, cependant, ne sont pas d'accord avec ce déplacement de responsabilité pour des motifs de citoyenneté. Ils déclarent que choisir les soldats qui préfèrent le service militaire à leurs possibilités dans la vie civile n'est pas souhaitable dans une démocratie. Deux sortes de personnes peuvent se porter volontaire : ceux avec un salaire relativement bas, des perspectives de travail non intéressantes dans le secteur privé, et ceux qui aiment le combat et préfèrent le service militaire aux emplois civils qui payent aussi bien ou mieux. Le budget du personnel répercute le coût d'opportunité des recrues sur la marge, mais il est possible qu'une telle armée ait des conséquences, à long terme, pour la stabilité de la société. Il se peut

(92) Voir par ex. Amacher, Miller, Pauly, Tollisson and Willet, *The Economics of the Military Draft*, dans *The Military Draft* 347 (M. Anderson éd. 1982) (appelé Amacher, *Military Draft*).

(93) Id. à 366 - 75.

(94) Bien sûr, tant que les salaires sont fixés de manière à attirer suffisamment de recrutés et tant que certaines personnes auront été volontaires à des niveaux de salaires moins élevés, certains soldats gagnent un excédent supérieur à leur espérance de salaire, et les registres de salaires exagèrent le coût économique d'une armée volontariste.

qu'il y ait de très grandes chances pour que le pays s'engage dans des aventures militaires si ses soldats sont des gens qui aiment se battre plus que la plupart d'entre nous (95). Une autre possibilité, il se peut que le potentiel de violentes confrontations entre les riches et les pauvres soit augmenté si les forces armées sont composées de personnes sans qualification qui apprennent peu de choses à part l'usage des armes pendant le temps passé sous les drapeaux (96).

Les analystes ont rarement envisagé le devoir de juré, contrairement au service militaire, comme un travail comme un autre qui devrait être à la portée des candidats qualifiés. Cependant, il est difficile de voir pourquoi une nette distinction devrait être faite entre les soldats et les jurés. Utiliser le marché pour obtenir des jurés ferait que ce serait le grand public plutôt que des individus sélectionnés au hasard qui supporteraient le coût du service des jurés (97) et cela est compatible avec une analyse économique qui met l'accent sur l'échange possible entre le coût d'opportunité du temps des jurés et leur capacité à trouver des faits (98). Les objections cependant sont semblables à celles faites pour l'enrôlement. D'abord, le service de juré est vu par beaucoup comme un devoir de citoyen que les gens ne devraient pas pouvoir abandonner à cause de meilleures occasions privées. Deuxièmement, il se peut que le procédé lui-même soit sapé si les jurés étaient totalement recrutés parmi les volontaires. A l'intérieur de catégories démographiques le jury serait non représentatif parce que ceux qui appartiennent à la catégorie des

(95) Voir Janovitz, *The Logic of National Service*, dans *The Military Draft* 403, 431 (M. Anderson éd. 1982). ("Si les services armés, par une sorte d'enrôlement de grandeur nationale, font continuellement face à la mission d'attirer des recrues pour qui la manière de vivre militaire est fondamentalement ingrate, ou même repoussante, il y a là un obstacle pratique au développement d'un génie opposé au civil et très différencié"). De la même manière, McNeill fait une critique de l'enrôlement qui exempte les étudiants. Il estime que "la politique existante d'exemption des futurs leaders de la vie civile du service militaire entraîne certainement des divergences de point de vue et semble presque suicidaire dans une démocratie... Ce sont précisément ceux qui vont à l'Université et sont destinés aux places privilégiées dans notre société qui devraient être enrôlés". McNeill, *The Draft in the Light of History*, in *The Military Draft* 59, 64 - 65 (M. Anderson éd. 1982).

(96) Voir Amacher, *Military Draft*, supra note 92 à 377 - 78 (étudiant l'argument selon lequel une armée volontariste sera composée de manière disproportionnée de noirs et de membres d'autres groupes minoritaires désavantagés).

(97) Aujourd'hui, la solde est très en dessous des coûts d'opportunité pour la plupart des personnes. Dans l'Etat de New York, les jurés ne sont pas payés plus de \$ 12 par jour, plus la nourriture et les frais de transport, et \$ 1,50 pour chaque séance en soirée. Une indemnisation supplémentaire est autorisée pour les procès durant plus de 30 jours. Par conséquent, bien que les employeurs ne puissent pas libérer ou empêcher les employés d'être juré, ils n'ont pas à les payer pour les journées manquées. N.Y. Jud. Law parag. 519, 521 (McKinney Supp. 1984).

(98) Klevatorick, *Jury Composition: An Economic Approach*, dans *The Interaction of Economics and the Law* 81 - 99 (B. Siegan éd. 1977).

salaires élevés ne se présenteraient pas. Il est possible que cette tendance détruise le caractère représentatif du jury (99) .

Pour le service militaire et le jury, utiliser le marché impliquerait que ces activités sont des droits plutôt que des devoirs. Toutefois, mise à part le vote, la distinction entre l'inaliénabilité et l'aliénabilité n'est pas centrale. Les gens ont le droit de servir si le gouvernement les juge qualifiés et personne ne servira s'il ne trouve pas les conditions de travail convenables. Comme la plupart des rapports privés de travail, ces emplois ne peuvent pas être vendus par leurs titulaires. Comme nous le verrons, la distinction entre l'aliénabilité et l'inaliénabilité ne devient nette que lorsque ces activités sont des devoirs assignés par l'Etat.

B - Les devoirs inaliénables et les devoirs aliénables.

Sous le puissant concept des devoirs inaliénables, l'Etat exige certaines actions de certains ou de tous les citoyens et interdit le transfert à d'autres de ces devoirs. Chaque citoyen en âge de voter doit voter. L'armée utilise l'enrôlement ou a un service universel de demandes, et le devoir de juré est une obligation pour ceux appelés à servir. La nature coercitive de ces devoirs de citoyenneté peut être réduite en les rendant aliénables. Ainsi, par exemple, les personnes enrôlées dans les forces armées pourraient ou acheter des substituts, ou trouver d'autres personnes voulant prendre leur place.

1 - Les votes.

Considérons d'abord le vote. Dans certains pays démocratiques, comme l'Australie, le vote est non seulement inaliénable mais également exigé. La loi est renforcée en imposant une amende à ceux qui ne se sont pas rendus aux urnes (100) . Ainsi, en pratique, l'Etat a fixé un prix pour le fait de ne pas voter. Il est possible que des personnes avec un coût d'opportunité de temps très élevé décide de ne pas aller aux urnes. Une amende relativement basse serait toutefois suffisante pour assurer un large rendement.

(99) Cet argument, bien sûr, suppose que la représentativité est souhaitable. Le cas pour cette situation, se présente de deux manières très différentes. D'une part, G. Calabresi et P. Bobbit, supra note 37, à 57 - 64, estiment que les jurés peuvent être utilisés pour opérer des choix tragiques qui puisent à la structure de la société. D'autre part, certains observateurs croient qu'un jury représentatif entraînera des décisions plus correctes particulièrement quand "la raison" ou "les normes de la société" sont en question. Voir par ex. Weiner, *The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, 54 *Calif. L. Rev.* 1867, 1876 - 94 (1966). Sur le comportement des jurés voir H. Kalven, Jr. et H. Zeisel, *The American Jury* (1966) ; Severance et Loftus, *Improving the Ability of Jurors to Comprehend and Apply Criminal Jury Instructions*, 17 *L. and Soc'y Rev.* 153 (1982).

(100) Voir H. Emy, *The Politics of Australian Democracy : Fundamentals in Dispute* 596 - 97 (2d éd. 1978).

Que peut-on dire en faveur de telles conditions au nom de la citoyenneté ? Un argument est fondé sur le problème des "resquilleurs" qui survient en politique. Bien que le coût du vote soit normalement bas, la chance qu'il a d'être décisif est, même dans une petite ville, quasiment inexistante (101). Lorsque la loi n'exige pas le vote, comme aux Etats-Unis, le rendement est de loin inférieur à 100 % même dans les élections d'importance nationale (102), et il est possible qu'il soit inférieur à 25 % pour des bureaux de vote relativement peu importants ou dans des élections où l'enjeu est peu important. Tant que l'indifférence peut être enregistrée, faire du vote un devoir inaliénable assure que toutes les préférences des citoyens sont prises en compte et semblerait produire un résultat démocratique plus légitime (103). Toutefois, si beaucoup de personnes sont oisives, ou ennuyées par la politique, et n'ont que de vagues préférences, il est possible qu'elles ne se dérangent pas pour voter sans coercition et si elles y sont obligées elles pourraient bien voter au hasard, ou par caprice. Même si on permettait aux électeurs d'afficher leur indifférence, cela ne résoudrait pas ce problème puisque celui qui est réellement indifférent votera toujours au hasard. Ils n'auraient pas plus d'intérêt à afficher leur indifférence qu'à voter pour un des candidats. Le problème pour eux n'est pas le fait qu'ils réalisent qu'un vote n'affecte probablement pas le résultat, mais c'est le fait qu'ils ne se soucient tout simplement pas du candidat élu. Par conséquent, il est possible qu'éviter la coercition soit la meilleure manière de préserver les valeurs démocratiques plutôt que de faire du vote un devoir inaliénable. Lorsque le vote est un droit inaliénable dont l'exercice est fort peu coûteux à cause du temps et du souci d'aller aux urnes, les gens qui votent doivent sentir qu'ils ont une obligation de le faire en dépit de l'absence d'impact marginal (104). Par conséquent, ils devraient probablement mieux connaître les candidats que les citoyens en général (105).

L'autre possibilité, de considérer le vote comme un devoir aliénable, n'a pas beaucoup plus à lui recommander. Cela permettrait à l'indifférent et à l'indécis de déléguer leurs choix à quelqu'un d'autre, par la vente ou par une donation. Cela comporte tous les

(101) Voir B. Barry, *Sociologists, Economists and Democracy* 13 - 23 (1970).

(102) Voir *Data Sourcebook*, supra note 84, à 303 - 28.

(103) Voir Miller, *A Program for Direct and Proxy Voting in the Legislative Process*, 7 *Pub. Choice* 107 (1969).

(104) Benn, *The Problematic Rationality of Political Participation*, dans *Philosophy, Politics and Society* (P. Laslett and J. Fishkin eds. 1979).

(105) Voir Shubik, *On Homo Politicus and the Instant Referendum*, 9 *Pub. Choice* 79 (1970).

problèmes évoqués ci-dessus des droits aliénables, amplifiés par le fait que les votes doivent être utilisés ou transférés. Avec à la fois des droits inaliénables et des devoirs aliénables, moins de 100 % des votants votent mais la politique précédente limite l'influence des connaissances en politique sur leur propre vote et ne donne pas aux gens qui ont de l'argent un avantage indû. Bien sûr, comme chaque étudiant en science politique le sait, faire du vote un droit inaliénable n'élimine pas l'influence de la richesse sur les résultats électoraux, mais il semble que ce soit une condition minimale.

2 - Les soldats et les jurés.

Les arguments en faveur d'un devoir de juré obligatoire et du service militaire sont quelque peu différents : mise à part le vote, toutes les personnes qualifiées ne sont pas appelées en même temps. Par conséquent, l'Etat doit décider qui le sera. Si le service militaire et le devoir de juré sont considérés comme des devoirs de citoyenneté, plutôt que comme des emplois semblables aux autres, un enrôlement basé sur une loterie sans possibilité d'achat semble imposer ce devoir plus équitablement. Toutefois, il est nettement plus coûteux, somme toute, pour la société puisque certaines personnes ayant des possibilités de salaire élevé dans le secteur privé ou ayant peu d'aptitude pour le métier de soldat ou la fonction de juré seront appelés. Le coût sera supporté ou par l'enrôlé, si les salaires ne sont pas liés aux coûts d'opportunité, ou par les contribuables, s'ils le sont. Les ressources du travail du pays sont utilisées non efficacement, mais d'une manière qui considère les risques du service militaire et les inconvénients du devoir de juré comme des devoirs de citoyenneté que chaque personne qualifiée doit vouloir accepter.

Supposons toutefois que ces devoirs sont imposés équitablement mais sont rendus aliénables. En d'autres termes, les personnes sont assignées à ces devoirs par l'Etat mais peuvent inciter d'autres à les remplir pour de l'argent, ou bien pour des raisons d'altruisme. Ainsi les gens sont enrôlés ou appelés pour être juré mais il est possible qu'ils achètent des substituts ou essaient d'inciter leurs amis ou parents à servir à leur place. Un tel système de devoirs aliénables apparaît comme ayant peu de chose en sa faveur. Plutôt que de donner un poids à des valeurs concurrentes il réduit à la fois l'équité et l'efficacité du système.

Pour le voir, prenons une situation dans laquelle le service militaire était un devoir aliénable. Durant la guerre de Sécession, un compromis fut cherché entre le manque d'efficacité de l'enrôlement et son recours comme un moyen équitable d'imposer un devoir de citoyenneté. Les enrôlés du Nord et du Sud purent, ou acheter leur

libération, ou acheter un substitut (106) . Le système se montait à une armée de volontaires financés par les enrôlés riches plutôt que par les contribuables en général. Tandis qu'il était possible que les soldats étaient payés le coût d'opportunité de l'enrôlement, le gouvernement, en décidant de son activité militaire, n'avait pas à tenir compte de ces coûts d'opportunité. Par conséquent, cela présentait un intérêt à utiliser trop de main d'oeuvre. La plupart des critiques, toutefois, notèrent l'injustice du système qui (comme l'armée volontaire de nos jours) permettait aux riches d'éviter le service. En fait, le système fut rapidement abandonné dans le Nord, quand les localités et les Etats premièrement firent passer des lois attribuant de l'argent à toute personne ne pouvant acheter sa libération et deuxièmement commencèrent alors à payer des primes aux enrôlés (107) . Dans le Sud, l'achat de substituts fut lourdement critiqué et fut aboli peu après son début (108) .

Si nous abandonnons la possibilité d'un choix entre devoirs aliénables, alors nous avons le choix entre un système de marché dont le service militaire et la fonction de juré sont des droits qui sont volontairement acceptés, et un système de devoirs inaliénables. Chaque solution a quelque chose de positif, et il est possible qu'un système mixte soit souhaitable. Ainsi, une armée de volontaires pourrait être indiquée en temps de paix lorsque les emplois militaires ne sont pas plus dangereux que beaucoup d'autres formes d'emploi, mais pourrait être remplacée par un enrôlement basé sur une loterie en temps de guerre. Les jurés, dans les cas exigeant des connaissances spéciales et l'investissement substantiel de temps et d'énergie, pourraient être choisis en versant aux volontaires qualifiés un salaire suffisamment élevé pour égaliser l'offre et la demande. Pour les situations dans lesquelles un échantillon représentatif de la population est appelée, le service de juré pourrait devenir un devoir inaliénable avec des niveaux de salaire fixés approximativement au même niveau qu'un salaire moyen.

(106) Voir E. Murdock, *Patriotism Limited : 1862 - 1865 : The Civil War Draft and the Bounty System* (1967) ; J. Randall, *Constitutional Problems Under Lincoln* (rev. ed. 1963). Pour une vision relativement favorable à cette pratique voir Wittman, *supra* note 19, à 78.

(107) E. Murdock, *supra* note 106 ; J. Randall, *supra* note 106.

(108) A. Moore, *Conscription and Conflict in the Conderacy* (1924). Selon Moore, à l'origine la substitution fut soutenue dans le Sud, comme un moyen "de réserver l'habileté et le talent pour leur emploi dans les activités principales" Id. à 27. La critique s'éleva lorsqu'il fut établi que beaucoup de ceux qui cherchaient des substituts non seulement étaient riches mais également étaient des profiteurs de la guerre. Id. à 27 - 29. Le prix de marché d'un substitut passa de 1 500 \$ à 6 000 \$ vers la fin de l'année 1863. Id. à 29 - 30.

IV - CONCLUSION.

La classification des droits développée ici comporte un large éventail de rapports de propriété et analyse les justifications incluant mais allant au-delà des arguments purement économiques. Les justifications économiques elles-mêmes sont largement parcourues et incluent les problèmes d'information imparfaite et de prévision aussi bien que les coûts administratifs et les externalités. Néanmoins, j'ai également tenté d'y inclure des arguments de distribution et de montrer comment les différentes conceptions de la citoyenneté affectent l'analyse des règles de droit. Mon but n'est pas de justifier toutes les restrictions existantes mais d'isoler les justifications plausibles de certaines.

Nous avons vu comment les restrictions sur la transférabilité, la possession et l'usage peuvent être justifiées par une gamme de différentes suppositions relatives à la structure du monde et au coût des solutions. J'ai également tenté de montrer l'applicabilité limitée de certaines sortes de règles d'inaliénabilité. Les généralisations hâtives sont fréquemment fausses. Alors qu'un argument peut tenir en s'appuyant sur les donations de sang, il ne peut pas être généralisé à d'autres produits tels que les voitures d'occasion, même s'ils présentent des caractéristiques similaires. Les actionnaires, mais pas les citoyens, peuvent donner leur vote. Les lois fédérales de "Homesteading" et les concessions fédérales minières peuvent sembler semblables dans leur forme mais ont des justifications très différentes. La vente de sang et de "vieux" aigles pourrait être autorisée si certains aménagements institutionnels n'étaient pas trop coûteux à réaliser.

L'inaliénabilité est fréquemment justifiée non comme une politique idéale mais comme une réponse de "second best" au désordre et à la complexité du monde. Il est généralement possible de concevoir une autre politique qui serait supérieure si les coûts de transaction étaient moins élevés. La principale exception concerne l'idéal de citoyenneté, où il est possible que l'isolation des forces du marché soit souhaitée dans son principe, et le résultat principal est de compter sur les donations volontaires, ou sur la coercition pour atteindre les objectifs publics. Ainsi, même dans un monde sans coûts de transaction, peu de personnes plaideraient en faveur de la vente des votes politiques. Au contraire, si l'argument contre la vente de sang porte principalement sur des motifs du contrôle de la qualité, un test peu coûteux et efficace de la contamination saperait cet argument. Cette confiance dans l'information imparfaite et dans les coûts de transaction pour justifier les règles d'inaliénabilité ne pourrait toutefois pas être considérée comme une faiblesse de l'analyse. Il s'agit plutôt d'un moyen de sauver le concept d'inaliénabilité de son rejet simpliste par les économistes de marché orienté ou de l'enthousiasme total des moralistes interventionnistes.

LA FRAGILITE DES FONDEMENTS THEORIQUES DES DROITS DE LA CONCURRENCE

Par

François SEUROT
Professeur de Sciences Economiques ()*

I - LES FONDEMENTS GENERAUX DES POLITIQUES DE CONCURRENCE.

- Le droit, la morale et la théorie de la firme.

Le droit de la concurrence est lié à la pensée économique et politique du législateur et des magistrats et souvent la jurisprudence reflète leur scepticisme à l'égard de l'analyse économique. Si certaines propositions de théorie économique sont modifiées par les progrès de l'analyse, le droit peut rester inchangé et trouver son fondement dans une théorie économique abandonnée plutôt que dans la théorie courante (1).

A un moment donné le droit de la concurrence repose donc sur un mélange de théories économiques démodées, de théories nouvelles et de conceptions politiques ou morales (pratiques loyales par exemple). Cela explique les contradictions et les incertitudes de tout droit national de la concurrence ainsi que les divergences que l'on observe entre les législations nationales.

Les contradictions entre les bases économiques et morales du droit antitrust se trouvent particulièrement illustrées dans l'analyse du rôle de la taille d'une firme. La grande entreprise est souvent accusée de tendance au monopole sur un fondement économique fragile et d'être nuisible à l'existence de petites firmes considérée comme un bien selon une conception éthique contestable. La petite entreprise est

(*) Institut de Démographie, de Droit et d'Economie sociale et médicale. Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Nancy II.

(1) Cf. A. Director, E. Levi : *Law and the Future : Trade regulation.* Northwestern Un. Law Review, 1956.

jugée bonne et doit être protégée contre la grande firme jugée mauvaise.

Cette doctrine a été clairement énoncée dans l'arrêt Alcoa (2). Le juge Hand suggéra que le vote du Sherman Act n'était pas seulement dicté par des considérations économiques. "Il est possible, en raison de ses effets indirects, moraux ou sociaux, de préférer un système de petits producteurs, le succès de chacun dépendant de ses capacités, à un système où la grande masse des agents qui y sont engagés doit accepter d'être dirigée par quelques uns".

Comme l'ont écrit Bork et Bowman, la rhétorique de Hand est contestable en tant que description de l'intention du législateur, douteuse en tant que politique sociale, inacceptable en tant que doctrine antitrust (3). En ce qui concerne la loi Royer, en France, l'intention du législateur n'est pas ambiguë, il s'agit de protéger le petit commerce même s'il est inefficace. Le même objectif peut être atteint par deux voies : une législation spéciale (loi Royer) ou une perversion du droit général de la concurrence (arrêt Alcoa). Cet objectif n'a rien à voir, de toutes façons, avec les enseignements de la théorie économique.

- La théorie de l'équilibre de la firme et l'approche dynamique du processus de compétition.

Comme l'a remarqué Demsetz, la théorie de la firme et des marchés nous apprend ce qui résultera d'un contrôle des prix ou de mesures fiscales nouvelles. L'assistance qu'elle nous offre en matière de politique de concurrence est beaucoup moins évidente (4)

La raison essentielle nous paraît être l'ambiguïté du concept économique de concurrence. Il n'est pas certain que les modèles d'équilibres concurrentiel et monopolistique soient utilisables pour l'étude du degré de concurrence d'un marché donné.

Les critères relatifs au nombre d'entreprises, à la transparence de l'information, à l'allure plus ou moins horizontale de la courbe de demande à la firme comme les mesures qui en dérivent (indice du pouvoir de monopole de Lerner) ont été utilisés comme principes de l'analyse de la concurrence. Ces critères sont de plus en plus considérés comme des bases erronées pour une législation antitrust (5).

En effet, la théorie de l'équilibre de concurrence nous dit quels sont les avantages d'une situation de concurrence et nous donne le moyen de savoir si on est ou non en présence d'un marché de

(2) Un. States, V. Aluminium Co. of America, 148, F.2 d 416 (2 cir. 1945).

(3) R. Bork, W. Bowman : The Crisis in antitrust, *Colombia Law Review*, 1965/3 p. 369.

(4) Cf. H. Demsetz : Economics as a guide to antitrust regulation. *Journal of Law and Economics*, 1976

(5) Cf. par exemple Demsetz (1976), p. 373.

concurrence (le prix est égal au coût marginal) ; mais elle ne montre pas comment réaliser la concurrence, elle est muette sur les moyens de favoriser l'esprit de compétition. La théorie dynamique de la concurrence, d'inspiration autrichienne, voit dans la concurrence un processus dynamique de recherche et de création d'informations suscité par la possibilité d'acquérir une position de monopole et par certaines structures des droits de propriété. Une politique de concurrence ne doit pas chercher à réaliser les conditions statiques de l'équilibre de concurrence ; on ne légifère pas sur les coûts marginaux. Elle doit appuyer les forces qui incitent les firmes à rivaliser entre elles. Certaines législations ont bloqué ce processus dynamique, en réglementant trop étroitement la concentration verticale ou le pouvoir sur le marché, parce qu'elles étaient aveuglées par certaines conditions de l'équilibre statique de concurrence comme le grand nombre de firmes.

On a ainsi souvent confondu l'absence de concurrence avec l'absence de concurrents. Certes la présence de nombreux offreurs en concurrence est un signe de compétition, mais certaines politiques antitrust en ont fait trop hâtivement une condition sine qua non de concurrence (6).

La concurrence dans une approche dynamique, héritée de Cantillon, Turgot et Smith, est une force qui pousse les prix vers le coût marginal (7). Cette conception insiste sur les comportements et non pas sur les conditions d'équilibre. En équilibre de concurrence, au contraire, le producteur suppose que son offre n'affecte pas les comportements des autres vendeurs et qu'il peut vendre toutes les quantités qu'il désire au même prix. Une telle attitude n'a évidemment rien à voir avec un comportement de compétition.

On est donc amené, dans une approche statique à définir la concurrence parfaite comme une situation de marché où la demande à la firme est parfaitement élastique (8). Dans une approche dynamique, en revanche, on insistera sur la rivalité qui oppose les entreprises. Une législation antitrust principalement inspirée par la conception statique de la concurrence visera à réaliser dans la vie économique les relations marginales de l'équilibre alors qu'une législation, guidée par une vision dynamique de la concurrence, s'attachera à ne mettre aucun obstacle à l'esprit de compétition et de rivalité de chaque entrepreneur. Il peut y avoir contradiction entre des mesures dictées par des conceptions différentes de la concurrence.

(6) Cf. P. Mc Nulty : "Economic Theory and the meaning of Competition". Quarterly Journal of Economics, 1968.

(7) Adam Smith ne raisonnait pas en termes de coût marginal mais considérait la concurrence comme la force qui fait tendre le prix du marché vers son niveau "naturel" en réduisant les profits au minimum.

(8) C'est la définition de R. Harrod : "Doctrines of Imperfect Competition" Quarterly Journal of Economics, may 1934 et de J. Robinson : "What is perfect Competition" Quarterly Journal of Economics, Novembre 1934.

- La concurrence est-elle socialement préférable au monopole ?

La première proposition théorique sur laquelle se fonde toute législation antitrust est que la concurrence est socialement supérieure au monopole. La démonstration retenue est celle, graphique ou algébrique, de la réduction de quantité offerte et de l'augmentation du prix qui caractérisent le monopole par rapport à la concurrence parfaite. L'intersection du coût marginal et de la recette marginale du monopoleur est à gauche de celle de la demande et du coût marginal, la quantité offerte est donc réduite par la monopolisation. Le prix de demande correspondant à cette offre réduite est supérieur au coût marginal, le prix de monopole est donc plus élevé.

Cette démonstration est logiquement parfaite mais elle ne démontre à peu près rien quant à la nécessité de combattre les monopoles. En effet, cette démonstration repose sur l'hypothèse que la courbe de demande et la courbe de coût sont les mêmes en monopole et en concurrence. Cela n'est ordinairement pas le cas. Il y a souvent des coûts de maintien du monopole et alors la courbe de coût du monopoleur est au-dessus de celle de la firme concurrentielle; cette hypothèse renforce la présomption de nuisibilité du monopole puisque le prix est encore plus élevé. Il se peut aussi que le monopole, ne se sentant pas menacé, ne fasse aucune dépense de conquête et de prospection des marchés, les coûts du monopoleur sont alors plus bas que ceux d'une entreprise en compétition dynamique. Il est tout à fait possible que, pour atteindre une situation de monopole, la firme ait influencé les demandeurs en les informant ou en les séduisant, la demande au monopoleur est alors à droite de la demande de concurrence ; dans ce cas, le prix de monopole peut être inférieur à celui d'une concurrence statique.

La clause "toutes choses égales par ailleurs" de la démonstration classique est donc une approximation qu'il faut justifier, marché par marché, car elle ne s'impose pas d'elle-même.

Il est curieux de constater que même les auteurs qui se défont de la généralisation des législations antitrust, comme Bork ou Posner, n'ont jamais remis en cause cette démonstration pourtant contestable. Le monopole n'est formellement inférieur à la concurrence que dans une situation idéale où Dieu Tout-Puissant donne le choix entre une concurrence parfaite qu'il s'engage à maintenir gratuitement et un monopole, s'adressant aux mêmes clients pareillement informés, qu'il protège tout aussi gratuitement. C'est à cette situation que correspond l'identité des courbes de coût et de demande dans les deux formes de marché.

Il est toutefois admissible, dans un bon nombre de marchés réels, de considérer que les coûts de monopolisation sont positifs. Ainsi, du point de vue des coûts, le monopole mène à des prix plus

élevés que la concurrence. C'est un monopole qui n'a pas la tranquillité d'esprit dont le gratifiait Hicks (9). Il faut cependant, pour retenir la thèse de l'infériorité sociale du monopole dans la réalité, supposer que la monopolisation du marché a peu déplacé la courbe de demande, ce qui est une hypothèse empirique que seule l'observation empirique peut permettre de retenir.

Nous acceptons ici, mais à titre d'approximation et dans certains cas sous réserve d'inventaire, la thèse de la supériorité sociale de la concurrence.

Comme le souligne Hayek, ce n'est pas le monopole en soi qui est nuisible, mais la suppression de la concurrence. Si un monopoliste maintient ses prix assez haut pour faire de gros profits mais assez bas pour qu'aucune firme ne lui fasse concurrence, son monopole est socialement efficace puisqu'il utilise moins de ressources que d'autres pour produire la même quantité de bien (10). Il est nécessaire de souligner que cela n'est vrai que si le monopole a été obtenu par la supériorité d'une firme et non par des entraves apportées à l'activité des autres.

Deux types de comportements opposés peuvent être considérés comme des entraves à la concurrence :

1) Lorsque les entreprises s'entendent pour supprimer toute rivalité entre elles,

2) Lorsqu'une entreprise cause des dommages à ses rivales en employant des méthodes considérées comme déloyales. On parle alors de politiques d'agression de la firme.

Ces deux arguments tirent les politiques de concurrence dans deux directions opposées (11). Il ne faut pas que les firmes éteignent leur rivalité mais il ne faut pas que cette rivalité soit trop vive. La première approche est à l'origine du droit des cartels et de la concentration horizontale, la seconde a donné naissance à la réglementation des concentrations verticales, de la discrimination des prix, de la vente à perte, etc... Les deux approches reposent sur deux théories économiques différentes ; la seconde étant beaucoup plus incertaine que la première.

II - L'ANALYSE ECONOMIQUE ET LE CONTROLE DE LA COLLUSION.

- L'information sur les prix et les accords de prix.

Une situation concurrentielle peut se caractériser (et même se définir) à partir du rôle paramétrique des prix. Les prix ne sont pas

(9) J. Hicks : "Annual Survey of Economic Theory : The Theory of Monopoly", *Econometrica*, 1935.

(10) F. Hayek : *Droit, Législation et Liberté*, T. 3, P.U.F., 1983, p. 98.

(11) Cf. R. Bork : *The antitrust Paradox*, Basic, New York, 1978, p. 134.

un objet de décision pour la firme mais un paramètre lorsque le marché est concurrentiel. Comment transcrire cette proposition (ou cette définition selon l'approche) de la théorie dans le domaine législatif et réglementaire ? Les législateurs ont répondu à cette question de façon variée selon les époques et surtout selon les traditions juridiques nationales (12).

Ce qui nous intéresse ici, c'est le désir du législateur de traduire en dispositions juridiques une proposition de théorie de la firme. Il y a donc reconnaissance, de la part du législateur du moins, du contenu empirique potentiel de cette proposition théorique.

On touche d'ailleurs tout de suite les limites de la portée pratique d'une affirmation théorique aussi générale. La théorie ne dit pas si ce rôle paramétrique est lié à l'absence de communication entre les firmes ou si il est compatible avec une bonne information sur les prix (13).

On peut montrer théoriquement que si le nombre de firmes est élevé, les firmes ont intérêt à adopter un comportement concurrentiel (14). Dans ce cas l'échange d'informations entre les firmes sur les prix ou sur les quantités n'est plus un obstacle à la concurrence. La Cour suprême des U.S.A. a ainsi permis des échanges d'informations sur les quantités lorsque le nombre d'entreprises lui paraissait assez grand (15).

Soulignons que le grand nombre d'agents peut être considéré, sous certaines réserves, comme une condition suffisante de la concurrence mais en aucun cas comme une condition nécessaire.

La bonne information des consommateurs est une condition de la concurrence. Mais quelle est l'information minimale strictement nécessaire pour que le prix du marché soit le prix de concurrence ? La théorie ne répond pas clairement à cette question et n'ajoute pas grand chose à ce que découvre le simple bon sens. Ainsi la simple information qu'il y a plus d'un offreur potentiel semble le strict minimum indispensable (16).

Le paradoxe de l'information dans un marché de concurrence tient à l'asymétrie des conditions d'information. Si l'acheteur doit être informé de l'existence et des conditions d'offre des vendeurs, chaque

(12) Cf. J.P. Olsem : Pour un ordre concurrentiel, Paris, Economica, 1983.

(13) La Cour suprême des U.S.A., l'Office allemand des cartels, la Cour de justice des Communautés européennes et les Autorités japonaises penchent pour une interdiction de toute communication, de firme à firme, des barèmes de prix alors que la commission technique des ententes en France et la loi canadienne interprètent plus soupagement les principes de la théorie de la concurrence, cf. Olsem, op. cit., p. 38-39.

(14) W. Novsheek et H. Sonnenschein : Cournot and Walras Equilibrium, Journal of Economic Theory, 1978.

(15) Olsem, op. cit., p. 46.

(16) Cicéron estimait qu'il était du devoir moral d'un marchand de blé, arrivé le premier dans un lieu touché par la famine, de signaler que d'autres marchands le suivaient avant de discuter le prix. Cf. Olsem, op. cit., p. 159.

vendeur doit être lui-même dans l'incapacité de prévoir les réactions de ses concurrents.

L'information des consommateurs est toujours assurée par une large communication des informations sur les prix. Les producteurs ne peuvent pas être exclus de cette diffusion. On arrive alors au paradoxe suivant : une politique d'amélioration de l'information des consommateurs aboutit parfois à stabiliser les cartels et les ententes de prix et donc à maintenir les prix à un niveau élevé au détriment des consommateurs que cette politique est supposée protéger. En effet, une entente de prix est stable si chaque participant à l'entente est capable de déceler, sans coûts particuliers, les violations de l'entente que pratiquerait un autre participant (sous forme de rabais, de discrimination de prix, etc...). Si chacun sait qu'il ne peut violer l'entente sans être identifié, tous respecteront l'entente et le prix sera élevé. La publicité des prix, qu'assure par exemple une association d'acheteurs ou de consommateurs, informe chaque vendeur des prix que pratiquent ses complices. La police de l'entente est assurée à coûts nuls pour les participants à l'entente. Personne ne violera l'entente et le prix sera celui de monopole. Il est donc impossible de soutenir que la bonne information des consommateurs soit une condition nécessaire à la concurrence. Dans un marché déjà cartellisé, l'information publique sur les prix renforce, au contraire, le cartel. Il faut briser l'entente de prix avant de publier l'information sur les prix. Si l'accord de prix demeure, l'opacité du marché laisse une possibilité de violation de cet accord et c'est la mauvaise information des uns et des autres qui peut déstabiliser l'entente et mener de fait à la rivalité dans les baisses clandestines de prix, c'est-à-dire à la compétition.

- La concentration horizontale.

Il est certain que tout accord de prix ayant pour but de contrôler le prix du marché doit être proscrit. Peut-on en déduire que la concentration horizontale, qui réduit le nombre de firmes et favorise de ce point de vue les ententes de prix, doit-elle être contrôlée ?

La concentration horizontale n'est pas en soi un obstacle à la concurrence. Moins de firmes ne signifie pas moins de concurrence et l'arrêt *Brown Shoe* (17) repose sur une analyse économique inexacte. Si il est vrai que la réduction du nombre d'entreprises favorise l'apparition d'ententes monopolistiques, il existe de nombreux cas de concentrations horizontales qui ont rendu plus vive la compétition. La concentration horizontale renforce la puissance économique sur le marché.

La puissance économique n'est pas en soi un obstacle à la concurrence dans la mesure où elle est souvent le résultat d'une

(17) *Brown Shoe Co v. Un. States*, 370 US 294 (1962).

concurrence dans l'indépendance. "Enfin, la concurrence est une forme de l'activité humaine qui suppose la liberté des partenaires. Cette liberté peut être implicitement ou explicitement menacée par la puissance économique de quelques-uns. Ceci n'est pas absolument indubitable. La puissance économique peut s'expliquer par des considérations techniques qu'il serait dangereux et déraisonnable de contrarier. L'entreprise qui en dispose peut ne pas enfreindre les règles morales de la concurrence, ou encore rester isolée aux milieux d'ententes, ou encore voir sa puissance contrebalancée par d'autres forces avec lesquelles elle se trouve en concurrence réelle" (18).

C'est une conception dynamique de la compétition qui fonde l'analyse de Houssiaux lorsqu'il retient comme moteur de la concurrence l'indépendance des entreprises. Le pouvoir de monopole est, au fond, la possibilité pour une entreprise de réduire l'indépendance des autres sans que la sienne soit réciproquement limitée. "Les actes qui réduisent l'indépendance des entreprises doivent être catalogués, contrôlés et le cas échéant, interdits" (19).

Constater qu'une firme détient une position dominante sur un marché ne donne pas le moyen d'y remédier sans réduire l'efficacité de cette firme. La démanteler ou la soumettre à des contraintes et à des contrôles publics ne peuvent que détruire le dynamisme qui lui a permis de parvenir à la situation qu'elle occupe. La seule façon de limiter son pouvoir sans restreindre son efficacité serait de susciter l'apparition d'un concurrent aussi dynamique. Aucune législation n'a ce pouvoir.

Ce n'est pas la puissance économique qu'il convient de combattre mais certaines conséquences possibles de cette puissance. Ainsi, lorsqu'une firme use de sa puissance pour influencer le comportement de ses concurrents ou des clients et fournisseurs de ses concurrents d'une façon qui restreigne la concurrence, il faut la sanctionner.

Les pouvoirs publics ne doivent pas entraver le développement du pouvoir économique pas plus qu'ils ne doivent le protéger. Toute politique dans un sens ou dans l'autre n'a aucun fondement économique. Elle peut être cependant motivée par des considérations morales (*small is beautiful*) ou électorales dont l'économiste n'a à juger que pour permettre aux pouvoirs publics d'apprécier le coût, en termes d'efficacité économique, de cette politique.

III - L'ANALYSE ECONOMIQUE ET LE CONTROLE DES PRATIQUES AGRESSIVES.

Des pratiques d'agression ne sont un moyen de monopolisation que dans deux cas. Le premier est celui où les firmes agressées sont

(18) J. Houssiaux, *Concurrence et Marché commun*, Génin, 1960, p. 72-73.

(19) J. Houssiaux, *op. cit.*, p. 73.

trop faibles pour résister parce qu'il leur manque les capitaux nécessaires pour tenir bon. C'est donc une situation où le marché des capitaux est loin d'être concurrentiel. Le second cas est celui où l'agresseur réussit à imposer tout de suite des coûts plus élevés à ses rivaux qu'à lui-même (20).

Toute législation ou réglementation visant à policer les pratiques d'agression doit donc reposer sur une théorie du marché des capitaux fondée sur l'hypothèse de la rigidité de ce marché, ou sur une analyse des dommages causés aux concurrents en termes de coûts évalués par rapport à ceux que s'impose l'agresseur.

Sans ces bases, le droit de la concurrence risque de proscrire des politiques de prix dont l'effet est de dynamiser le marché et non de le monopoliser.

- L'intégration verticale.

Il y a intégration verticale lorsqu'une firme transmet de l'un de ses services à un autre un bien ou un service qui pourrait être vendu, sans difficulté particulière, sur le marché.

Le droit de la concurrence a toujours considéré avec méfiance l'intégration verticale qui paraît une entrave à la concurrence dans la mesure où elle lie un offreur à un demandeur. Elle peut donc être suspectée d'avoir les mêmes conséquences pour d'autres firmes qu'un refus de vente.

Les progrès de la théorie de la concurrence et de l'analyse de la concentration verticale (21) ont montré que l'hostilité des magistrats, notamment aux U.S.A., à l'égard des opérations d'intégration verticale, avait souvent conduit à un gaspillage de ressources.

En France, la loi du 19 juillet 1977 soumet au contrôle public toute concentration verticale lorsque le chiffre d'affaires réalisé sur le marché national a excédé, pour deux au moins des contractants, 25 % de la consommation nationale. La législation française ne précise pas de quelle façon ce contrôle doit être mené. La commission de la concurrence dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation et il est trop tôt pour porter une appréciation sur l'attitude de cette commission.

Des firmes qui maximisent leurs profits ne gagnent rien à réduire la concurrence en procédant à une intégration verticale à moins de créer des économies d'échelle (22). Soit une firme qui vend en gros et au détail ; elle maximise son profit global en fixant

(20) R. Bork : *Contrasts in antitrust Policy*. Colombia Law Review, 1965.

(21) R. Bork : *Vertical Integration and the Sherman act : The Legal History of an Economic Misconception*. U. of Chic. Law Review, 1954. R. Schmalensee : *A note on the Theory of Vertical Integration*, Journal of Political Economy, 1973.

(22) Cf. J. Mc Gee, L. Bassett : "Vertical Integration revisited", Journal of Law and Economics, 1976.

sur chaque marché (de gros et de détail) son offre de façon que le coût marginal soit égal au prix si les marchés sont concurrentiels. Si la firme a un monopole sur un des marchés, elle fixera sur ce marché son offre au niveau qui maximise son profit de monopole et restera au niveau de l'offre de concurrence sur l'autre marché. L'intégration verticale n'accroît ni ne restreint l'offre. Celle-ci est déterminée par la structure de chaque marché. Cette analyse de Bork a influencé la doctrine économique en matière de recommandations sur les concentrations industrielles.

Il est donc dangereux de mettre l'intégration verticale sur le même pied que la concentration horizontale car la première n'a pas d'effets monopolistiques en elle-même et résulte de la découverte d'économies d'échelle potentielles. Interdire ces économies d'échelle revient à rejeter l'efficacité économique. La réalisation de ces économies d'échelle peut réduire les coûts de production de telle façon que la firme distance ses concurrentes. Il y a là le jeu normal de la compétition et l'élimination des firmes les moins performantes ne résulte pas d'une stratégie de monopolisation mais d'une organisation plus efficace engendrée par l'intégration verticale.

- La discrimination de prix.

La discrimination de prix ne mène pas toujours à une réduction de la production. Elle n'est donc pas toujours inefficace socialement.

Un exemple important de discrimination qui accroît la production est celui de la conquête d'un marché nouveau grâce à la cession du monopole d'exploitation d'un brevet (23). Supposons qu'un brevet soit exploité sur un marché relativement restreint et que les coûts de transport soient trop élevés pour justifier la vente du produit dans des régions ou des pays lointains. Vendre la licence d'exploitation du brevet à des producteurs éloignés à un prix plus bas que celui payé par les producteurs déjà installés permet d'accroître la production. Un marché lointain peut être trop restreint pour que l'achat de la licence au prix "normal" soit rentable.

Prohiber la discrimination de prix risque de limiter la concurrence effective. Or toutes les législations sont sévères en ce domaine. Ainsi la législation française interdit la discrimination de prix (art. 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945) quoique l'ordonnance du 28 septembre 1967 ait permis aux pouvoirs publics de réglementer la pratique des prix différenciés (24).

Si la discrimination de prix est une tactique de concurrence, elle ne doit pas être interdite. Si elle est l'indice révélateur d'une

(23) Cf. W. Bowman : Patent and antitrust Law, Un. of Ch. Press, 1973, p. 116.

(24) Cf. F. Jenny et A.P. Weber : L'entreprise et les politiques de concurrence, Editions d'organisation, Paris, 1976, p. 92.

position de monopole, elle n'a pas créé le monopole et elle disparaîtra lorsque le monopole aura été supprimé.

- La vente à perte.

Une firme ayant un certain pouvoir monopolistique peut influencer le prix du marché en faisant varier son offre ; le prix est toujours supérieur au coût marginal. La vente à perte, au sens de fixation d'un prix inférieur au coût marginal, ne peut être le fait d'une telle entreprise.

Les prix supérieurs au coût marginal ne peuvent être considérés comme des prix d'agression même s'ils sont inférieurs au coût moyen (25). Ils correspondent à une politique de minimisation des pertes, si ils se situent entre le coût moyen variable et le coût moyen total.

Si le prix est inférieur au coût marginal mais supérieur au coût moyen, il est possible qu'il y ait là une tentative d'écarter des rivaux du marché. Il est en tout cas vraisemblable que ces prix rendent peu attrayante l'entrée sur le marché de nouveaux producteurs. En général cependant de telles politiques de prix sont tolérées. Il y a deux raisons à cela. La première est qu'il est difficile de mesurer le coût marginal et les tribunaux seraient noyés dans des querelles de comptes. La seconde raison est que les ventes "en promotion", qui conduisent souvent à ce type de prix, sont admises comme moyen d'attirer de nouveaux clients et donc de déplacer la courbe de demande qui n'atteindra sa position réelle qu'après la promotion. Le type de vente peut donc être considéré comme un moyen d'informer les consommateurs.

D'un point de vue théorique, ces justifications semblent assez faibles et les politiques de prix inférieur au coût marginal restent une barrière à l'entrée même si elle n'est pas toujours très haute.

Il existe des situations où la notion de coût marginal n'est pas utilisable pour juger de la politique de prix d'une firme. Les biens qui ne sont pas reproduits industriellement mais vendus de façon spéculative en sont un exemple. Supposons qu'un antiquaire ait acheté 50.000 F une commode Louis XV qu'il pensait revendre 70.000 F à un client déterminé. Pour une raison ou pour une autre ce client ne désire plus ce type de commode ; l'antiquaire risque de conserver longtemps ce meuble en magasin. Une opportunité nouvelle se présente, un bureau lui est proposé pour 40.000 F et l'antiquaire est certain (à tort ou à raison) de pouvoir le revendre 80.000 F. Il a intérêt à vendre sa commode à perte pour 40.000 F et à acheter ainsi le bureau. La vente à perte est incontestable mais elle découle d'un

(25) Cf. P. Areeda, D. Turner : *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman act.* *Harv. Law Rev.*, 1975. Cf. aussi le tome III de leur magistral traité : P. Areeda, D. Turner : *Antitrust Law*, Little Brown, 1978 (5 tomes).

comportement spéculatif de compétition. De telles pratiques ne sont d'ailleurs pas vraiment rejetées par la plupart des législations sur la vente à perte.

IV - LA THEORIE NOUS PERMET-ELLE D'APPRECIER L'EVOLUTION DES MARCHES VERS LA CONCURRENCE OU LE MONOPOLE ?

- Concentration et concurrence.

L'événement le plus important des cinquante dernières années en matière de concurrence a été la révolution des moyens de transport et de communication. Les marchés se sont étendus, acheteurs et vendeurs accèdent à des marchés lointains pour des coûts très faibles. Les conditions de la concurrence se sont développées sous cette pression beaucoup plus que les tendances à la monopolisation qu'ont pu provoquer la concentration financière et la concentration industrielle, elles aussi facilitées par cette révolution des moyens de communication et d'information. Chaque acheteur a devant lui une très large gamme de produits substituables dans la plupart des secteurs. Le nombre de produits croît sans cesse, ce qui prouve que la tendance à la concurrence l'emporte sur la tendance à la monopolisation, sauf dans quelques secteurs comme l'automobile où le nombre de marques tend plutôt à se réduire.

Retenant comme critère de concurrence le degré de concentration de la production, G.W. Nutter a calculé que si on considère comme monopolistique un secteur où les quatre plus gros producteurs vendent au moins la moitié de la production, les industries monopolistiques représentaient 32 % du revenu d'origine industrielle en 1900, 28 % en 1937 et 24 % en 1947 (26).

Une conclusion d'une très grande importance ressort des études de ce type : l'accroissement général de la taille des entreprises n'a pas provoqué de recul du degré de concurrence. Au contraire, de grandes firmes ont pu étendre leurs marchés et, grâce à la chute des coûts de transports, s'introduire dans des marchés qui leur étaient fermés.

La concentration industrielle s'accompagne souvent de taux de profit élevés. On en conclut généralement que des taux de profit plus élevés dans les industries les plus concentrées signifient que la concurrence y est limitée. Des études plus approfondies révèlent cependant que ces profits élevés résultent souvent de performances supérieures de ces entreprises. Plutôt que le niveau des profits, la stabilité de ces hauts profits est un signe de l'existence de barrières à

(26) G.W. Nutter : The extent of Enterprise Monopoly in the United States (1899-1939), Un. of Chic. Press, 1951. G.W. Nutter : Is Competition decreasing in our economy, Journal of Farm Economics, 1954, December.

l'entrée. En situation de concurrence, une entreprise très dynamique réalise des profits élevés et occupe une part importante du marché.

Les profits les plus élevés ne sont pas les plus stables. Bain a montré, en 1951, que les profits étaient les plus grands dans les industries les plus concentrées. Reprenant les mêmes industries en 1970, Brozen a constaté que ces industries n'avaient pas su (ou pas pu) barrer l'entrée sur leurs marchés. Les industries où les taux de profit étaient les plus hauts en 1940 avaient rejoint, en moins de quinze ans pour la plupart, la moyenne des taux de profits industriels. Il en a été de même d'ailleurs pour les industries qui connaissaient, selon l'étude de Bain, les taux de profit les plus bas (27). En France, les études empiriques ont montré que les taux de profit étaient d'autant plus faibles que les entreprises étaient grandes quoique la concentration reste positivement corrélée au taux de profit (28).

Les accords de prix et les ententes sur les prix ou les parts de marché sont certainement des entraves à la concurrence qui réduisent le bien-être de la société parce qu'en augmentant le prix elles réduisent la production. Des ressources qui seraient utilisées dans ce secteur vont être détournées vers d'autres branches dont le produit est moins apprécié par les consommateurs. Le marché n'est pas concurrentiel à court terme. Cependant, à long terme, ces ressources détournées vont revenir vers le secteur cartellisé car de nouvelles firmes seront attirées par le taux de profit élevé qu'elles finiront bien, le temps aidant, par constater. Si le cartel ne réussit pas à obtenir l'aide de l'Etat pour barrer l'entrée à de nouveaux offreurs nationaux ou étrangers, la tendance à la concurrence l'emporte sur la cartellisation. Il est donc permis de prédire qu'à long terme les marchés sont beaucoup plus nettement concurrentiels que monopolistiques.

CONCLUSION.

La portée empirique de la théorie traditionnelle de la firme est considérable dans la mesure où aucune théorie plus générale ou plus sophistiquée ne fournit de prédictions plus précises quant aux réactions de la firme en face de variations des conditions d'offre ou de demande. Le contenu empirique de la théorie ne va pas cependant jusqu'à fournir les principes généraux d'une politique de concurrence. De ce point de vue, il est permis d'être inquiet devant la multiplication des références à la théorie statique de la firme dans des

(27) J.S. Bain : *Relation of profit Rate to Industry concentration* : American Manufacturing 1936-1940, *Quarterly Journal of Economics*, 1951. Y. Brozen : *Bain's Concentration and Rates of Return Revisited*, *J. Law Ec.*, 1971.

(28) F. Jenny, A.P. Weber : *Concentration et politique des structures industrielles*, Documentation Française, 1974, p. 133.

appréciations sur le niveau de concurrence des marchés. Nous voyons, avec Buchanan (29), dans cette mode un véritable détournement de fonction de la théorie de la firme. Celle-ci est un instrument d'analyse des limites et des dangers d'une loi, elle ne donne aucune base sérieuse à l'élaboration d'une législation antitrust. L'intrusion de l'analyse économique dans la pratique judiciaire présente un grave danger potentiel. Les juges risquent de se laisser guider par des concepts aussi vagues que celui de "valeur maximale pour les consommateurs" ou celui "d'efficacité dans la production". La jurisprudence ne peut se laisser conduire par des concepts économiques trop vagues et dont le contenu analytique n'est pas entièrement défini pas plus qu'elle n'a retenu des principes éthiques aussi imprécis que celui de justice sociale (30).

La théorie de la firme peut aider à analyser les résultats d'une législation antitrust ainsi qu'à apprécier l'évolution concurrentielle ou monopolistique des marchés. Elle ne peut être investie de plus hautes ambitions.

(29) J. Buchanan : "Good Economics - Bad Law", Virginia Law Review, 1974.

(30) Sur ce point, cf. Buchanan, op. cit.

INDEMNITES DE LICENCIEMENT : ASSURANCE TOUS RISQUES, REPARATION D'UN PREJUDICE OU IMPOT SUR LA LIBERTE DE CONTRACTER ?

Par

Bertrand LEMENNICIER (*)

RESUME

Les indemnités de licenciement sont habituellement interprétées de deux manières différentes :

1) à la façon des juristes (Camerlynck et Lyon Caen (1982)) ou des économistes, théoriciens des droits de propriété, (Klein (1984)) qui perçoivent l'indemnité comme un dédommagement ayant pour but de réparer un préjudice consécutif à la rupture unilatérale du contrat par l'employeur. Ce préjudice résulterait des problèmes de "quasi-rentes" ou de "hold up" sous jacent au contrat de travail.

2) à la façon des économistes du travail qui prétendent reconnaître dans les indemnités de licenciement un moyen de gérer plus efficacement la mobilité de la main d'oeuvre face aux fluctuations de la demande compte tenu de la nature quasi-fixe du facteur travail (Hall et Lazear (1984)) et de la rigidité des salaires.

La première doctrine fait référence à des indemnités par suite d'une violation du droit de propriété de l'employé sur le capital de la firme (ou de l'employeur sur le capital humain de l'employé). La seconde fait référence à des indemnités comme incitation à des démissions ou à des licenciements qui minimisent les coûts de la firme.

Les pages qui suivent ont pour but de contester ces deux points de vue en soutenant une hypothèse plus conforme à la réalité du code du travail : les indemnités de licenciement ressemblent beaucoup plus à un impôt sur la liberté de contracter qu'à un dédommagement pour le préjudice subi par l'employé au moment de la rupture du contrat de travail ou bien à un moyen de rendre plus efficace la gestion du personnel de la firme face aux fluctuations de la demande. La démonstration de cette affirmation repose sur le célèbre théorème de Coase appliqué au problème de la rupture du contrat de travail et sur la comparaison entre la façon dont les conventions collectives évaluent l'indemnité et la manière correcte dont elle devrait être évaluée si elle correspondait à un préjudice.

(*) Séminaire Jean Baptiste Say, Université de Paris IX-Dauphine.

INTRODUCTION.

Quand le salaire versé à l'employé est égal à la valeur de la productivité marginale et qu'il est identique au salaire observé dans les autres emplois, l'employeur et l'employé n'ont aucune incitation à rompre le contrat de travail. Introduire alors la possibilité d'une indemnité de licenciement en cas de rupture unilatérale du contrat de travail est inefficace. En revanche dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où la valeur de la productivité marginale s'écarte durablement du salaire, l'une ou l'autre des parties est incitée à rompre le contrat. L'indemnité pourrait jouer un rôle important pour induire des comportements efficaces de rupture. C'est le point de vue avancé par Lazear (1982).

Il existe deux raisons principales pour lesquelles la valeur de la productivité peut être, de façon durable, supérieure ou inférieure au salaire. L'une provient de la productivité marginale de l'employé. Elle est avant tout individuelle. Elle peut résulter des investissements de la firme dans le capital humain de ses employés, grâce à une formation spécifique ou générale ou bien encore à une sélection poussée au moment de l'embauche. La valeur de la productivité marginale des premières périodes est diminuée du coût de la formation de telle sorte que le salaire versé excède celle-ci. Dans les autres périodes, pour rattraper cette perte, l'employeur verse un salaire inférieur à la valeur de la productivité marginale. A tout moment la firme peut voir son employé bénéficier du salaire élevé dans la période de formation et la quitter pour une autre entreprise au moment où le salaire devient inférieur à la valeur de sa productivité marginale. L'employé s'approprie le capital de la firme en quittant celle-ci prématurément. L'employé peut avoir passé les tests de sélection avec succès mais se révéler être inapte au travail qui lui a été proposé. Le salaire versé excède alors la valeur de sa productivité marginale.

Elle peut aussi résulter de la coopération entre employeur et employé. Celle-ci conduit souvent à des quasi-rentes appropriées par les uns ou les autres. Ainsi un représentant de commerce constitue une clientèle pour le compte de son patron. Celui-ci détient le fichier d'adresses mais son représentant tisse des liens privilégiés avec les clients. Il a une connaissance des hommes, de leurs préférences et du produit qu'il pourrait vendre à un prix élevé à un concurrent. Il pourrait aussi exploiter ce capital social lui-même en se mettant à son compte après avoir fait une copie du fichier. La valeur de sa productivité marginale mesurée par les revenus qu'il pourrait obtenir en dehors de l'entreprise excède largement le salaire versé car une fraction importante du capital de la firme est incorporé dans son propre capital humain. A contrario, la réputation d'une firme peut résulter d'une nouvelle machine qui est le produit du savoir faire ou de capital humain d'un employé. Or, une fois la réputation de

l'entreprise établie et le produit ou le service parfaitement rodé, le patron peut licencier cet ingénieur brillant et embaucher à sa place un autre employé moins exigeant sur le salaire mais capable de faire fonctionner la machine. La firme s'approprie le capital humain de l'employé et lui verse un salaire inférieur à la valeur de sa productivité marginale. Ces arguments, qui ont été avancés par Marshall (1906), Becker (1964), Klein, Crawford et Alchian (1978), offrent une explication d'une part de l'intégration verticale entre fabricants et distributeurs et d'autre part de la présence d'une indemnité en cas de rupture du contrat de travail. En présence de quasi-rentes, l'indemnité (conjointement avec une obligation d'une durée minimale du contrat de travail) préserve les intérêts de celui qui voit la plupart de ses investissements être incorporés dans l'autre partenaire (capital de la firme ou capital humain de l'employé) en le pénalisant s'il a un comportement de "free rider". L'indemnité répare un préjudice si l'un des partenaires rompt unilatéralement le contrat en créant un dommage à l'autre partenaire.

L'autre provient du prix auquel peut être vendu le supplément de production. Ce prix résulte de l'interaction des offreurs et demandeurs sur le marché où l'entreprise exerce son activité. Une variation de ce prix affecte naturellement la valeur de la productivité marginale des employés. En période de basse conjoncture pour le service ou le produit offert la valeur de la productivité marginale est inférieure au salaire. Dans le cas inverse elle excède le salaire. Si cette variation à la baisse est *transitoire* et si la firme ajuste le salaire à la valeur de la productivité marginale, l'employé quitte l'entreprise pour une autre firme ou pour une autre occupation. Mais si cette période est courte, dans la phase d'expansion il devra réembaucher d'autres employés et supporter les coûts fixes qui y sont associés. En période de fluctuations transitoires de la demande de travail, la firme maintient les salaires pour économiser ces coûts. Elle offre implicitement un mécanisme d'assurance aux employés. En effet lorsqu'en période de baisse, le salaire excède la valeur de la productivité marginale l'employé bénéficie d'un revenu plus élevé et lorsqu'il reçoit un salaire inférieur à la valeur de sa productivité marginale en période faste, il paye pour ce salaire plus faible une prime d'assurance à l'employeur. Cependant, en offrant un salaire plus élevé en période de récession et plus faible en période d'expansion, si cette conjoncture n'est pas généralisée, l'employé est incité à bénéficier des hauts salaires de la firme dans la période de récession et à la quitter en période d'expansion pour profiter simultanément des hauts salaires offerts par les autres entreprises. En revanche, en cas de variation de la demande de travail par suite d'une baisse ou d'une hausse *permanente* de la valeur de la productivité marginale, l'intérêt de l'entrepreneur ou de l'employé est d'ajuster le salaire à la valeur de la productivité pour allouer ses ressources à des

usages plus rentables. C'est la thèse avancée par Oi (1962), Azariadis (1975) et tous ceux qui développent la théorie des contrats implicites dont un auteur comme Rosen (1985) vient de donner un aperçu général dans un article récent. La rigidité des salaires et l'indemnité de rupture constituent un mécanisme d'assurance contre les fluctuations transitoires ou permanentes de la demande au profit des salariés. Le contrat de travail et l'indemnité de licenciement devraient avoir pour but de réaliser un équilibre subtil entre les intérêts des parties à l'échange en présence de quasi-rentes et d'encourager les séparations lors d'un changement permanent de l'environnement et de les décourager lorsque celui-ci est transitoire.

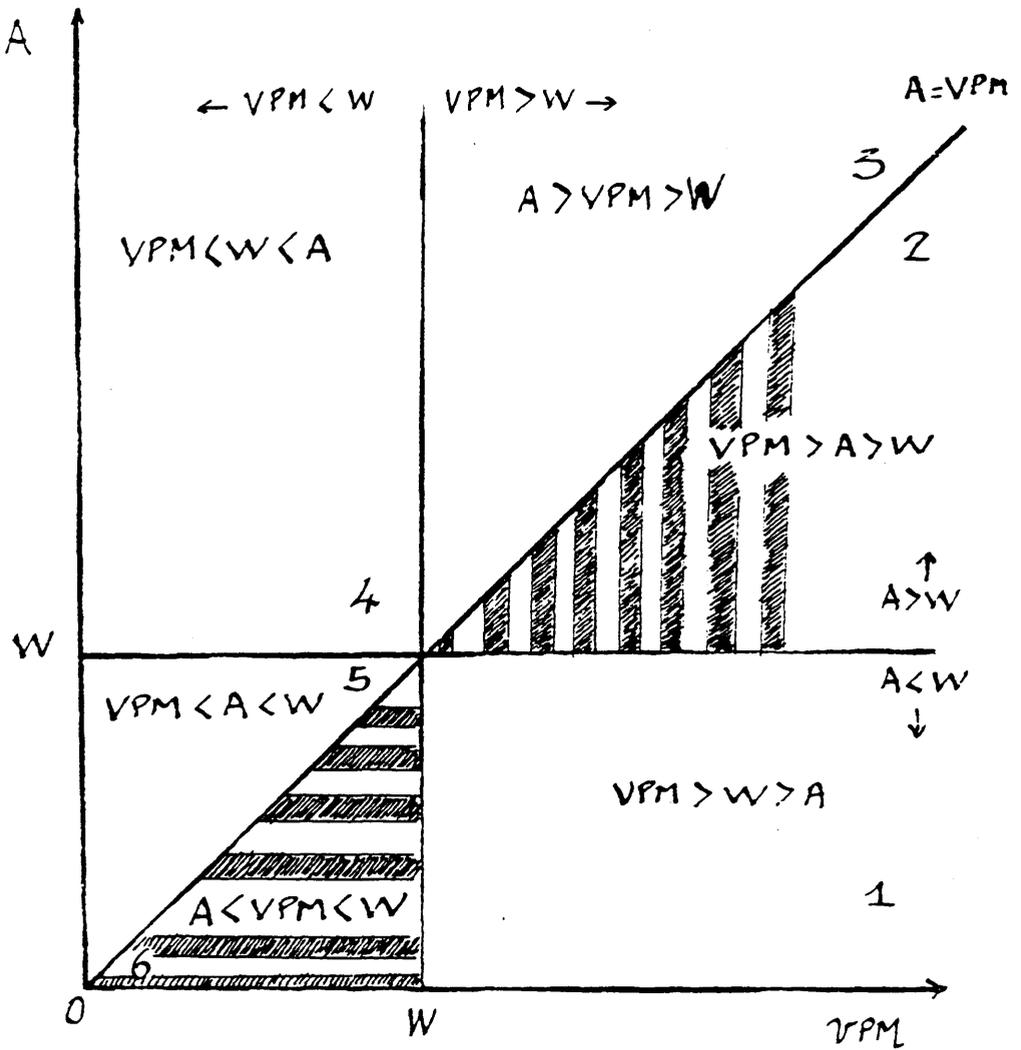
L'indemnité aurait alors pour but d'une part de réparer un préjudice et d'autre part d'assurer à l'employé un maintien de son niveau de vie indépendamment des aléas de la conjoncture économique. Ces deux arguments ne nous semblent pas convaincants pour une raison essentielle : chacun d'entre eux conduit à une façon de voir l'indemnité de licenciement qui n'est pas conforme aux faits. L'objet de ce texte est de démontrer pourquoi il en est ainsi.

LE POINT DE VUE DE L'EFFICIENCE ECONOMIQUE.

Appelons, VPM , la valeur attendue de la productivité marginale d'un employé sur son cycle de vie et A l'ensemble des revenus actualisés qu'il peut obtenir dans un autre emploi ou dans une autre occupation. Appelons, W , l'ensemble des salaires perçus dans l'entreprise ou l'employé a été embauché pour une durée indéterminée. Si la valeur de la productivité marginale excède de façon permanente le salaire versé, l'employé est incité à démissionner s'il peut trouver, dans une autre entreprise ou un autre emploi, des revenus, A , correspondant à cette productivité marginale. A l'inverse l'employeur est incité à licencier son employé si la valeur de sa productivité marginale est inférieure, de façon durable, au salaire versé.

Pour mieux comprendre ce dont il s'agit, reportons-nous au graphique 1 emprunté à Lasear (1982) ou à Hall et Lazear (1984) (nous empruntons à ces auteurs leur graphique et non leur analyse).

GRAPHIQUE - 1 -



Sur l'axe horizontal, on porte la valeur de la productivité marginale, VPM, et sur l'axe vertical les revenus actualisés susceptibles d'être acquis dans un autre emploi ou une autre activité, A. Traçons sur ce graphique le salaire, W, versé à l'employé dans l'entreprise où il a été embauché. On délimite ainsi des aires pour lesquelles le salaire est inférieur ou supérieur à la productivité marginale et où les revenus dans un autre emploi sont supérieurs ou inférieurs au salaire versé par l'employeur actuel. Dans la zone 1 l'employé n'est pas incité à démissionner car le salaire qu'il obtiendrait sur le marché serait encore plus faible. L'employeur, quant à lui, ne désire pas licencier ses employés puisque la valeur de la production de ses employés excède largement le salaire qu'il verse. Dans la zone 2 l'employé est incité à démissionner, en revanche l'employeur n'a pas intérêt à cette démission. Dans la zone 3 l'employé démissionne mais, cette fois, l'employeur n'a pas intérêt à empêcher la démission. En effet, dans le cas contraire, il devrait payer l'employé au dessus de la valeur de sa productivité marginale. Dans la zone 4 l'employeur est incité à licencier son employé. Ce dernier accepte le licenciement puisque le salaire dans une autre activité ou une autre entreprise sera plus élevé. Dans la zone 5, la firme est incitée à licencier ses employés si ceux-ci refusent une baisse de salaire au niveau de la valeur de leur productivité marginale. L'employé accepte le licenciement puisque les revenus perçus dans une autre activité sont supérieurs au salaire qui correspondrait à la valeur de productivité marginale. Dans la zone 6, la firme licencie ses employés mais ceux-ci ont intérêt à ajuster leur salaire à leur productivité car les revenus attendus dans une autre occupation ou une autre entreprise sont encore plus faibles. Les aires 1 et 4 constituent des zones où, en dépit du dommage, le licenciement comme la non démission seront volontaires et efficaces. En revanche, les zones 3 et 5 constituent des situations telles que l'employeur et ou l'employé, en dépit du dommage créé, ne peuvent échapper à la démission ou au licenciement. Par contraste, les deux autres zones, qui sont hachurées sur cette figure, sont des situations où une renégociation des salaires, c'est-à-dire une flexibilité des salaires, à l'intérieur de la firme peuvent éviter la démission ou le licenciement.

Lorsque la valeur de la productivité marginale est inférieure au salaire versé et que les revenus dans les autres emplois ou les autres entreprises ne permettent pas de compenser la perte du salaire (zones 5 et 6), une situation particulière apparaît : si le droit de licencier unilatéralement l'employé est accordé à l'employeur, l'employé supporte un dommage ; si on interdit à l'employeur de licencier unilatéralement ses employés, c'est lui qui supporte un dommage. De manière identique lorsque la valeur de la productivité marginale excède le salaire versé (zones 2 et 3), l'interdiction faite à l'employé de démissionner lui crée un dommage. En revanche, la possibilité de démissionner unilatéralement crée un dommage à

l'employeur ! Par contraste les zones 1 et 4 sont des situations où chaque partenaire consent à rompre le contrat ou au contraire à le prolonger.

D'une façon générale les situations que nous venons de décrire valent pour n'importe quel contrat d'échange fût-ce un contrat de mariage ou un contrat commercial d'achat et de vente d'une automobile. VPM représente la valeur du service rendu par l'automobile ou par une épouse, W le prix payé pour obtenir ce service et A le prix qu'il aurait fallu payer pour obtenir un service substitut ou le même service offert par une autre personne ou un autre commerçant. La différence entre la valeur de la productivité marginale et le prix de marché, A, pour le service offert par l'employé, mesure une rente de marché qui est appropriée par l'employeur si VPM est supérieur à A ou par l'employé si VPM est inférieur à A. Si W est supérieur à A la rente est partagée entre les parties prenantes au contrat. Si W est inférieur à A l'une des parties s'approprie une rente en excès de celle du marché. Ces différences entre la valeur de la productivité marginale et les salaires dans l'entreprise ou sur le marché signalent aux employeurs comme aux employés qu'il existe des opportunités de profit qui bénéficient à l'une des parties si celle-ci réalloue ses ressources. Dans la zone 1 et 4 l'employeur doit embaucher ou mettre au chômage son personnel. Dans les zones 2 et 3 l'employeur doit faire quelque chose pour *retenir* ses employés. Dans les zones 5 et 6 l'employé doit faire quelque chose pour *rester* dans l'entreprise. Mais comme nous venons de le voir ces zones sont telles que tout ajustement, démission ou licenciement, crée un dommage à l'une ou l'autre des parties. Ce dommage constitue un coût de transaction qui empêche l'une des parties de saisir des opportunités de profit en licenciant ses employés ou en démissionnant de son emploi car par définition l'autre partie s'opposera à la rupture du contrat.

C'est cette *réciprocité du dommage* au moment de la rupture unilatérale du contrat qui pose un problème. Ce n'est pas la divergence permanente, anticipée ou non anticipée par les acteurs économiques, entre salaire et productivité ou bien l'origine de cette divergence comme un comportement de passager clandestin de la part du partenaire ou une faillite de l'entreprise, un déplacement de la demande de travail vers un autre emplacement ou une autre région, l'obsolescence des services offerts, une modification durable de la demande, etc.. qui soulève un problème crucial.

Un contrat de travail efficient, si l'on suit Posner (1977), pourrait être vu comme une tentative d'accroître la valeur de l'utilisation du facteur travail en attribuant les droits de propriété au partenaire qui en fera le meilleur usage pour l'ensemble de la collectivité. Or comme le juge n'est pas un être surnaturel et ne dispose pas de toutes les informations nécessaires pour satisfaire un

tel critère d'efficience, ce dernier est difficile à mettre en oeuvre. Aussi une façon simple de procéder est de laisser les parties prenantes mettre en oeuvre ce critère d'efficience d'une part en définissant clairement les droits des uns et des autres et d'autre part en laissant aux parties la possibilité de transférer par achat et vente ces droits à l'autre. C'est la leçon du théorème de Coase.

Ce théorème repose sur trois hypothèses simples : a) la réciprocité du dommage ; b) la possibilité de transférer les droits d'un partenaire à l'autre et c) l'absence de coûts de négociation. Ces trois principes permettent d'avancer l'idée suivante : il est indifférent du point de vue de l'allocation des ressources d'autoriser ou de ne pas autoriser l'employeur à licencier ses employés car la possibilité d'acheter le droit de licencier ou de ne pas être licencié conduit la firme à se débarrasser des salariés les moins productifs.

Pour utiliser cet argument prenons un exemple simple. Un employé est à vingt ans de sa retraite et a déjà passé 20 ans de son activité professionnelle dans l'entreprise qui nous intéresse. Pour une raison ou une autre la valeur de la productivité marginale (VPM) de cet employé devient inférieure à son salaire (W) qui est de 10.000 F par mois ou de 120.000 F par an. Elle tombe par exemple à 4.000 F par mois c'est-à-dire à 48.000 F par an. Si l'employé est licencié il lui faut en moyenne 1 an pour retrouver un emploi ou une autre entreprise qui lui offre un salaire (A) de 8.000 F par mois ou de 96.000 F par an.

Les points cruciaux ici sont les suivants : a) la baisse de la valeur de la productivité marginale est-elle transitoire ou permanente ? b) Cette baisse est-elle circonscrite à la firme ou à l'industrie ou à l'ensemble de l'économie ? c) Le salaire attendu en moyenne sur le marché dans un autre emploi après la période de chômage est-il identique, supérieur ou inférieur au salaire précédent ? C'est l'existence d'un dommage réciproque qui transforme un problème plus ou moins complexe d'assurance en un problème de droit. Or celui-ci ne peut vraiment apparaître qu'avec une baisse (ou une hausse) permanente de la valeur de la productivité marginale (VPM) au-dessus du salaire (W) et un salaire attendu sur le marché (A) plus faible.

Si l'employeur ne reçoit pas l'autorisation de licencier l'employé, il supporte un dommage annuel équivalent à 120.000 F moins 48.000 F c'est-à-dire à 72.000 F. Si l'employeur doit payer cette somme chaque année jusqu'à la retraite de l'employé le coût d'opportunité de garder cette personne est très élevé car chaque année l'employeur est privé d'une économie de 72.000 F.

Or, les 72.000 F de la première année aurait pu rapporter au bout de vingt ans la bagatelle de 2.700.000 F ; ceux de la deuxième année sur 19 ans aurait pu rapporter 2.450.000 F, etc... Si l'employeur a le droit de licencier unilatéralement l'employé ce dernier est privé

chaque année d'un revenu équivalent à 24.000 F en plus de la perte des 120.000 F de l'année correspondant à une période de chômage. Ces sommes auraient pu être, elles aussi, placées par l'employé et rapporter des revenus futurs. Supposons un taux d'intérêt réel nul pour simplifier les choses.

Le dommage pour la firme, si elle n'a pas le droit de licencier unilatéralement ses employés, s'élève à 1.440.000 F. Le dommage pour l'employé, quand l'employeur peut licencier n'importe lequel de ses employés comme il désire, s'élève à 600.000 F. La firme est alors incitée dans le cas où elle n'a pas le droit de licencier un employé à *acheter sa démission* en lui versant une indemnité supérieure ou égale au dommage encouru c'est-à-dire ici juste supérieure à 600.000 F.

Séparons maintenant les employés en deux : les plus productifs dont la baisse de la valeur de la productivité marginale ne descend pas au-dessous de 24.000 F par an et les moins productifs dont la valeur de la productivité marginale descend au-dessous de 48.000 F par an. La perte par employé pour la firme des salariés les plus productifs est de 480.000 F. Elle est inférieure à la perte supportée si ceux-ci sont licenciés. L'employeur ne peut donc acheter le droit de les démissionner car ces derniers refuseront cette démission. En revanche les employés les moins productifs dont la perte encourue lorsqu'ils sont mis à pied par la firme est bien inférieure au coût qu'ils font supporter à l'employeur en continuant à travailler pour lui seront licenciés avec une indemnité qui sera supérieure au dommage qu'ils encourrent. Ils accepteront alors de démissionner. Le transfert des droits élimine parmi les employés ceux qui sont les moins productifs.

Observons maintenant le cas inverse. L'employeur a parfaitement le droit de rompre unilatéralement le contrat de travail et de licencier ses employés sans indemnité. La perte supportée par les salariés licenciés est de 600.000 F par employé. Pour tous les employés dont la baisse de la valeur de la productivité marginale en restant dans l'entreprise n'entraîne pas pour l'employeur un dommage supérieur à 600.000 F, il existe une incitation à *acheter, par une baisse de salaire, le droit de rester dans l'entreprise*. Seuls, alors, les plus productifs d'entre eux pourront échapper au chômage et au changement irréversible de situation.

Si l'une ou l'autre attribution des droits est indifférente quant au résultat économique (quel que soit le cas de figure la firme se sépare de ses employés les moins productifs), en revanche elle n'est pas indifférente quant à la distribution des revenus. Dans le premier cas le fardeau de l'ajustement est supporté par l'employeur qui doit acheter le droit de licencier les employés les moins productifs, tandis que dans le second cas le fardeau est supporté par les employés. Les moins productifs se retrouvent licenciés sans indemnité et les plus productifs conservent leur emploi en ayant accepté une baisse de

salaires. Or, toute modification de la distribution des revenus n'est pas sans effet sur l'allocation de ressources. Comme pour un impôt, lorsque le fardeau est attribué à l'une des parties, ce n'est pas elle qui va nécessairement en faire les frais. L'interdiction de licencier les employés, avec possibilité d'acheter les démissions, rend plus coûteux pour la firme la séparation. Les coûts fixes du travail augmentent et réduisent les embauches. Ce sont les nouveaux entrants sur le marché du travail et les chômeurs qui paieront l'addition. A l'inverse, si le droit de licencier unilatéralement est attribué aux firmes, les employés vont s'efforcer d'éviter le dommage en s'assurant contre le risque de chômage et en cessant d'investir spécifiquement dans la firme pour éviter de ne pas retrouver un emploi équivalent sur le marché. Ces comportements entraînent une productivité marginale plus faible par employé et une mobilité plus forte pour l'ensemble des salariés ! Ce seront les firmes et les consommateurs qui supporteront finalement ce fardeau (1).

Revenons au graphique 1. VPM-W est le dommage créé à la firme si l'interdiction de licencier le personnel est effective. A-W est le dommage créé à l'employé si le licenciement unilatéral est autorisé. Admettons l'interdiction de licenciement. Si A-W est inférieur à VPM-W, la firme achète par une indemnité la démission du salarié (zone 5). Dans le cas contraire (zone 6), elle garde ses employés. Admettons l'autorisation unilatérale de licenciement. Si A-W est supérieur à VPM-W l'employé achète par une baisse de son salaire le droit de rester dans l'entreprise (zone 6). Dans le cas contraire (zone 5) les employés sont licenciés sans indemnité.

La flexibilité des salaires et la liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail ont pour conséquence de faire supporter par les employés les moins productifs le fardeau de l'ajustement. Ce raisonnement vaut pour les zones 2 et 3 où la valeur de la productivité marginale excède le salaire et où les démissions peuvent être ou bien interdites (auquel cas les employés achètent leur démission (zone 3)) ou bien autorisées et l'employeur achète par une hausse de salaire le maintien de ses employés dans son entreprise (zone 2). La possibilité pour l'employé de rompre unilatéralement et la possibilité pour l'employeur d'élever les salaires résoud le dilemme au dépens des firmes les moins productives (zone 3).

Avec les hypothèses du théorème de Coase, l'apparition d'une indemnité est le résultat d'une interdiction de licencier ou de démissionner. Elle se substitue à la flexibilité des salaires dans le cas où il est impossible pour l'employeur de rompre unilatéralement le contrat. Or, cette interdiction, elle-même, est le produit d'une intervention du législateur. Quelle raison peut-on invoquer pour

(1) L'interdiction ou l'autorisation de licenciement ne modifie pas le taux de chômage mais sa durée. Dans le cas de l'interdiction, la durée du chômage est longue, dans l'autre cas elle est courte.

introduire une distribution des droits qui incite à dédommager entièrement les firmes les moins productives ou les employés les moins productifs du fardeau de l'ajustement au détriment d'un tiers (le chômeur, le consommateur ou le contribuable) ?

L'indemnité comme la variation des salaires sont deux moyens d'échapper à une distribution rigide des droits de rompre ou non le contrat de travail. Cette interdiction est alors justifiée par les utilitaristes de la façon suivante. Comme le dommage est réciproque, il s'agit de le minimiser en choisissant une distribution des droits appropriée. Si la collectivité économise des ressources en faisant supporter le fardeau aux employés parce que ceux-ci ont les moyens de se protéger contre ce dommage à moindre frais, la liberté de rompre unilatéralement le contrat sera laissée aux employeurs et l'ajustement se fera par une variation de salaire de la part des employés ; en revanche, si le dommage est plus facilement réduit par les firmes, celles-ci seront contraintes de ne pas licencier unilatéralement leurs employés et l'ajustement se fera par une indemnité incitant les employés à démissionner. L'évaluation de cette indemnité sera telle qu'elle compensera exactement l'écart de salaire entre celui de l'entreprise et celui que l'employé est susceptible de trouver sur le marché.

Le montant de l'indemnité est mesuré ici par l'achat de la démission. Il équivaut à la différence entre $A-W$ lorsque la firme achète le droit de licencier son personnel et à $VPM-W$ lorsque le salarié achète le droit de démissionner. A ne dépend pas de la firme mais des opportunités de revenu qui se présentent à l'employé hors de l'entreprise. L'existence sur le marché d'un emploi comparable, facile d'accès ou d'un salaire d'appoint, élève A ; en revanche la faible probabilité de retrouver un emploi aussi bien payé diminue A . La qualification de l'employé et son expérience élève W mais aussi A , sauf si l'expérience et cette qualification sont spécifiques à la firme. L'indemnité dépend donc des facteurs individuels propre à l'employé et non à la firme. Inversement quand l'employé veut acheter sa démission, le montant de l'indemnité varie avec l'écart $VPM-W$. Or VPM dépend fondamentalement de la firme et du marché.

Pour les économistes (utilitaristes) l'écart entre A et W comme celui entre VPM et A ou W conjointement avec le nombre d'employés qui expérimente ces diverses situations décident de l'attribution efficiente des droits. Pour démontrer ce point reportons-nous au tableau 1. Nous avons représenté, selon la façon dont les droits sont distribués, le dommage individuel supporté par chaque partie au contrat et la somme de ces dommages pour les deux partenaires. La règle de droit qui sera adoptée sera celle qui minimisera le montant du dommage pour les partenaires pris dans leur ensemble.

Supposons N employés dont la valeur de la productivité marginale, VPM , est inférieure au salaire versé, W . Dans la premier

cas le droit interdit le licenciement et l'achat des démissions. Le fardeau est entièrement supporté par l'entrepreneur et son montant est de $(VPM-W) \cdot N$. Autorisons l'achat de démission. n employés ont un salaire alternatif A supérieur à VPM . La firme achète par une indemnité égale ou inférieure à $A-W$ leur démission. Cela lui coûte un montant d'indemnité inférieur ou égal à $(A-W) \cdot n$. Cependant ceux qui ne sont pas démissionnés restent dans la firme et causent un dommage équivalent à $(VPM-W) \cdot (N-n)$ de telle sorte que la somme de ces deux dommages restent toujours à la charge de l'employeur. Mais cette somme est inférieure à $(VPM-W) \cdot N$. En effet, le produit de l'écart entre VPM et A avec le nombre n d'employés dont le revenu alternatif excède la valeur de la productivité marginale, $(VPM-A) \cdot n$, mesure les économies réalisées par l'achat des démissions. En effet faute de "démissionner" ces employés l'entreprise aurait supporté une perte de productivité équivalent à ce montant.

Abordons maintenant le cas où l'autorisation de licenciement est accordée avec dans un premier temps une impossibilité pour les employés de négocier une baisse de salaire. L'entrepreneur licencie tous les N employés pour lesquels VPM est inférieur à W . La charge du fardeau est allouée aux employés et se mesure par $(A-W) \cdot N$. Admettons maintenant la possibilité de négocier une baisse de salaire pour rester dans la firme. k employés ont une VPM supérieure à A . Ceux-ci vont donc accepter une baisse de salaire et supporter un coût de $(VPM-W) \cdot k$. Les autres ne peuvent rester dans l'entreprise et supportent une perte équivalente à $(A-W) \cdot (N-k)$. Les salariés supportent entièrement le fardeau mais celui-ci est diminué du montant équivalent à $k \cdot (A-VPM)$ qui représente l'économie réalisée en achetant par une baisse de salaire le droit de rester dans la firme. La règle qui serait finalement adoptée par les contractants serait celle pour laquelle le dommage global est le plus faible. Le choix est donc entre l'interdiction de licencier avec achat des démissions ou entre l'autorisation de licencier et la libre négociation des salaires. L'écart entre A et W ou A et VPM et VPM et W conjointement avec la proportion d'employés pour lesquels A excède VPM ou VPM excède A décident de l'attribution spontanée des droits. Or, ces différences peuvent varier avec le secteur industriel ou la nature du produit offert, avec la technologie ou la qualification des employés voire leur âge. Le nombre d'employés d'une catégorie ou d'une autre dépend des conditions du marché, de la technologie et des préférences individuelles. Ce qui vaut pour une firme ne vaut pas nécessairement pour une autre.

TABLEAU 1

INDEMNITE DE LICENCIEMENT ET THEOREME DE COASE

<u>Licenciement</u>	Employeur	<u>Domages</u> Employé	Ensemble
<u>Interdit</u> sans achat de démission	$(VPM-W).N$	0	$(VPM-W).N$
avec achat de démission	$(VPM-W)(N-n.)$ $+ (A-W).n.$	0	$(VPM-W).N$ $- n.(VPM-A)$
<u>Autorisé</u> avec rigidité des salaires	0	$(A-W).N$	$(A-W).N$
avec flexibilité des salaires	0	$k.(VPM-WW)$ $+(N-k).(A-W)$	$(A-W).N$ $-k.(A-VPM)$
<u>Autorisé</u> avec indemnité automatique	$I(N-y.)$ si $I=A-W$ $y.=0$ alors : $(A-W).N$	$(A-W)(N-y.)-I(N-y.)$ $+y.(VPM-W)$ 0	$(A-W)N$ $-y.(A-VPM)$ $(A-W).N$

Naturellement en présence de coûts de transaction ou de négociation l'attribution des droits peut évoluer dans un autre sens. Le coût principal de transaction ici provient de la difficulté à estimer d'une part la nature transitoire ou permanente, spécifique ou générale du dommage et d'autre part sa gravité attendue. Nous avons supposé implicitement que chaque partie a une connaissance parfaite de la valeur de la productivité marginale (VPM) ou des opportunités de revenus (A) en dehors de l'entreprise. Il n'en est rien.

Si A ou VPM sont incertains, ou mieux connus par l'une des parties, l'employeur, ou bien si l'employé connaît mieux A et l'employeur VPM, il existe d'une part un coût supplémentaire de recherche de cette information pour chacune des parties et d'autre part une incitation à ne pas révéler cette information pour bénéficier d'une indemnité plus élevée (ou payer une indemnité plus faible) que ne le voudrait une séparation efficiente. L'un est un coût d'information l'autre un coût de contrôle ou de révélation des

véritables préférences. Ces coûts de transaction s'ajoutent au dommage créé par la séparation. On peut donc préférer une attribution différente des droits en direction du partenaire dont le coût à acquérir cette information et à la contrôler est le plus bas.

Deux autres difficultés peuvent être mentionnées. Que se passe-t-il lorsque les deux parties n'estiment pas de la même façon le caractère transitoire ou permanent de l'écart constaté entre le salaire et la valeur de la productivité marginale ? La gravité attendue du dommage vient d'une part de l'écart entre le salaire et la valeur de la productivité marginale mais aussi de la probabilité avec laquelle ce dommage peut survenir. Lorsque les employés ont une aversion pour le risque plus forte que celle des employeurs (la différence est habituellement expliquée par la difficulté que l'on a à diversifier le capital humain dans plusieurs emplois contrairement au capital humain dans plusieurs emplois contrairement au capital physique ou financier), pour un même dommage attendu, ils préféreront une mise à pied plus fréquente associée à un faible dommage à une mise à pied rarissime mais occasionnant un dommage très important. Une mobilité volontaire plus forte associée à un moindre investissement spécifique dans le capital de la firme aura leur faveur. Les salariés s'opposeront vivement à toute interdiction de démissionner. S'il est impossible d'éviter un dommage important par suite d'investissement spécifique dans la firme, ils mettront en avant une règle qui diminue fortement la probabilité d'apparition de l'évènement redouté. Ils seront en faveur d'une interdiction de licenciement ! Une aversion pour le risque modifie l'attribution des droits.

LE POINT DE VUE DES DROITS DE PROPRIETE SUR LES ETRES HUMAINS.

Comme pour toute location, la relation d'emploi est un contrat synallagmatique : chacune des parties joue le double rôle de créancier et de débiteur. L'employeur s'oblige à verser un salaire en contrepartie de l'utilisation du temps de l'employé. L'employé s'oblige à fournir le service, objet de la transaction, en contrepartie de ce revenu. *Le droit du travail* ou les droits de propriété sur les êtres humains codifient alors les rapports entre les hommes à propos non pas des choses (droit des obligations) mais des hommes eux-mêmes ou des services qu'ils rendent. Un droit de propriété sur les êtres humains devrait se composer (et se compose) de trois éléments : 1) le droit de disposer du temps de l'employé comme l'on veut ; 2) le droit de bénéficier des revenus tirés de celui-ci ; 3) le droit de louer, de vendre ou de transférer les deux droits précédents (et non pas de vendre ou acheter, voire donner ou détruire le capital humain de l'individu sinon ce serait un contrat d'esclavage ou, au grand mécontentement des défenseurs des animaux, un contrat type

ressemblant fort à celui proposé aux animaux de labour) ; 4) tous ces droits sont exclusifs (ou quasi-exclusifs). Ces droits ne sont pas sans limite. Chaque employé est propriétaire de son propre corps humain. L'employeur se heurte donc au droit de propriété de l'individu sur lui-même. Or, ce droit de propriété implique : 1) le droit de disposer de son temps et de son corps comme on l'entend et d'interdire à quiconque d'utiliser celui-ci contre sa volonté (ceci renvoie à des libertés civiles fondamentales comme la sureté personnelle, le respect de la personne physique, la protection de la vie privée, etc...) ; 2) le droit aux bénéfices de l'activité de ce corps humain et des services qu'il rend ; 3) le droit de transférer, détruire, vendre en partie (mais pas en totalité de son vivant) ce corps humain ou de le louer. La confrontation de ces deux droits se heurte à deux difficultés. Dans l'échange de services entre les hommes ou entre un homme et une femme (contrat de mariage) : 1) qui de l'offreur ou du demandeur aura les droits sur l'autre ; 2) que se passe-t-il lorsque l'employeur investit dans le capital des employeurs ou de la firme ?

Dans le contrat de travail, l'employeur désirerait une pleine jouissance des droits de propriété comme avec une machine ou un animal de labour. Mais alors l'employé n'est plus le propriétaire de son propre capital humain ! Le droit naturel (en opposition au droit positif) a imposé l'exclusivité des droits de l'individu sur lui-même en prohibant l'acte de vendre en *totalité* ou pour une durée *indéterminée* son corps humain à autrui. C'est donc l'offreur qui a pleine jouissance de ce droit. Il peut *louer* ce corps humain à quelqu'un d'autre et par un contrat librement négocié spécifier lui-même les droits du locataire (l'employeur ou l'époux) sur son capital humain. A l'image du propriétaire d'un appartement qui désire préserver en louant cet appartement la valeur de son capital et qui exige du locataire de retrouver son appartement à la fin du bail dans le même état qu'il l'a trouvé, l'employé exige de l'employeur un respect de sa personne physique, de sa vie privée, de sa santé. La liberté de contracter ou de s'en abstenir impose l'absence de vice du consentement ou d'adhésion forcée. Les clauses du contrat doivent être fixées librement entre les parties et non limitées par un contrat type prévu par la loi. Le contrat peut être explicite ou implicite. Les motifs ou les mobiles des contractants sont indifférents au juge et ce contrat a force obligatoire. Il s'impose aux parties au juge et au législateur et n'a pas d'effet sur des tiers non contractant. (Weill et Terré (1975)). Naturellement les clauses du contrat de travail vont différer de celles d'un contrat commercial compte tenu du caractère particulier de la relation employeur - employé.

En effet cette relation d'une façon ou d'une autre suscite des "quasi-rentes" qui entraînent un écart entre le salaire de l'employé dans la firme où il a été embauché et les opportunités de revenu qui lui sont offertes sur le marché. Ces quasi-rentes proviennent

explicitement des investissements de l'employé dans le capital de la firme et incorporés à son nom ou à sa réputation et de ceux faits par l'employeur dans le capital humain de ses employés. Ceux-ci peuvent être spécifiques ou généraux. Ils améliorent la productivité marginale individuelle en permettant aux employés de produire plus pris ensemble que pris séparément. Ces phénomènes de quasi-rentes sont souvent accompagnés d'un comportement de passager clandestin ou de "hold up" (Klein, Crawford et Alchian (1978)) qui peuvent entraîner des séparations prématurées dommageables pour l'une ou l'autre des parties. L'indemnité de licenciement joue alors le rôle d'une pénalité freinant ces comportements ou d'une réparation d'un préjudice dont l'origine est une faute de l'une des parties qui viole implicitement les droits de propriété de l'autre sur les investissements incorporés dans son capital.

Mais le contractant a-t-il droit aux rendements des investissements faits dans la firme et qui au moment de la séparation ne sont pas transférables dans une autre entreprise ? L'employeur a-t-il droit aux revenus des investissements faits dans ses employés et qui sont incorporés aux travailleurs eux-mêmes ? Aura-t-il un *droit de propriété sur la firme* ? On peut nier la légitimité d'un tel droit comme le fait Rothbard (1982). En *absence de droit de propriété* sur le capital investi dans les êtres humains ou dans un objet immatériel comme peut l'être le nom ou la réputation d'une firme, chacune des parties n'a pas intérêt à investir dans le capital de l'autre. Les deux parties renoncent alors à une opportunité de profit. Pour pallier cette difficulté l'entreprise pourrait payer un salaire au-dessus de la valeur de la productivité marginale de l'employé pour l'inciter à investir son temps et son savoir faire dans la firme. Dans le cas contraire où l'employé incorpore une fraction du capital de l'entreprise, celle-ci offrirait un salaire inférieur à la valeur de la productivité. En cas de séparation la firme comme l'employé ne serait pas redevable d'une indemnité. Mais cette façon d'agir incite l'employé dans le premier cas à prolonger sa présence au-delà de ce que pourrait désirer l'employeur et dans le second cas à quitter prématurément la firme. L'indemnité conjointement avec l'obligation de ne pas quitter la firme avant une date déterminée sont les clauses spontanément introduites dans les contrats pour parer à ses inconvénients. Elles définissent un droit de propriété sur le capital de son partenaire.

L'employeur, comme le rappelle Polinsky (1983) à propos d'un contrat commercial, peut rembourser à l'employé les sacrifices qu'il a fait en investissant dans la réputation de la firme à l'image d'un étudiant qui se fait financer ses études par une entreprise et qui lui doit les frais s'il rompt prématurément le contrat. Chacune des parties se retrouvent dans la position qu'ils avaient avant de contracter. On peut aussi imaginer de restituer au propriétaire des investissements les bénéfices attendus de ceux-ci. Avec cette solution le partenaire lésé

bénéficie intégralement des revenus des investissements faits et le juge fait comme si le contrat avait été satisfait par le partenaire qui rompt unilatéralement le contrat. Une autre manière de résoudre ce problème consiste à interdire la rupture unilatérale ou à en imposer une durée minimale du contrat de travail. Celui qui veut reprendre sa liberté achète alors à l'autre son consentement. Ou bien encore avant de contracter l'employeur et l'employé s'entendent pour bloquer une somme à un compte bancaire qui sera restituée (intérêt compris) une fois le contrat rempli et si aucune faute n'a été commise. Cette caution peut prendre la forme d'un prélèvement sur le salaire dont le paiement sera différé à la rupture du contrat (Lazear interprète l'effet des pensions de retraite sur la mobilité des employés implicitement de cette manière, tandis que le droit français pendant longtemps a vu dans l'indemnité un complément de salaire capitalisé (si l'on en croit Camerkyneck et Lyon-Caen (1982)). On peut aussi imaginer une solution où la firme (resp. l'employé) assure à son employé (à son employeur) un niveau de vie (de profit) identique à celui qu'il aurait eu si le contrat de travail n'avait pas été conclu. Ces différentes solutions ne conduisent pas au même montant de l'indemnité.

Si la firme (ou l'employé) doit rembourser les sacrifices, elle doit payer $(VPM-W) \cdot 100/R$ où R est le rendement de l'investissement incorporé au capital de la firme (ou de l'employé). Si l'entreprise doit assurer les bénéficiaires elle rembourse $VPM-W$. En revanche, les deux autres solutions amèneront la firme à payer la différence entre A et W . Dans la conception des droits de propriété sur les êtres humains l'indemnité est justifiée en réparation à une violation de la propriété de l'un des partenaires sur l'autre. En effet, l'un des deux profite des circonstances pour s'approprier des revenus qui ne lui appartiennent pas. Une *faute* est commise. Mais lorsque l'employé, dont l'entreprise finance les études, échoue à son diplôme il n'est pas redevable de cette somme même si le dommage est identique à la situation où ayant obtenu le diplôme, il se fait embaucher par une autre firme. De la même manière lorsque l'employé investit dans le capital de la firme et que celle-ci fait faillite, elle n'est pas tenue de rembourser les sacrifices consentis par les employés. Dans un cas comme dans l'autre chaque partenaire ne fait que *promettre* de réussir. Or une promesse ne peut pas être contraignante. L'employeur n'est donc pas, en cas de licenciement consécutif à la conjoncture économique, tenu d'assurer à l'employé un niveau de vie identique à celui qu'il aurait obtenu dans une autre firme car aucun viol de propriété n'a eu lieu. Dans cette optique l'indemnité en cas de rupture unilatérale du contrat sanctionne un droit de propriété et n'est pas une assurance tous risques ou une incitation à une quelconque efficacité dans la mobilité de la main d'oeuvre. La façon dont on doit évaluer l'indemnité exclue de solutions comme rembourser les sacrifices faits ou assurer un niveau de vie équivalent quel que soit le risque pris en investissant

dans l'employé ou dans la firme car il s'agit de réparer un préjudice à la suite d'un vol. Naturellement cela n'interdit pas aux uns ou aux autres de s'assurer contre ces risques, mais l'indemnité n'a pas pour rôle de maintenir un même niveau de vie. Elle a pour objet d'interdire ou de freiner des comportements mal intentionnés (dans un cadre de liberté contractuelle les cocontractants résolvent spontanément ce type de problème par des "performance bonds" ou par des clauses spécifiques comme une durée minimale du contrat et une indemnité dissuasive calculée selon la nature et la gravité attendue du dommage).

LES FAITS ET LEUR INTERPRETATION.

On peut confronter ces deux thèses avec les faits. Les faits ici sont les clauses ou les règles du jeu que les parties prenantes à un contrat s'imposent à eux-mêmes. Le contrat de travail d'adhésion type proposé par le droit français est-il conforme à ces deux thèses ?

Le code du travail est instructif à cet égard. L'article L.122-9 précise : tout salarié comptant au moins deux ans d'ancienneté *a droit*, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement, dont le taux et les modalités de calcul en fonction de la rémunération antérieure sont fixés par voie réglementaire ou par convention collective. Ainsi "les juges ne peuvent reconnaître à un salarié le droit à une indemnité de licenciement contestée par l'employeur sans se référer à une convention, à un texte législatif ou réglementaire, ou un usage précisé" (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 juin 1958, cité dans le code du travail). Son mode de calcul est fonction du salaire moyen des trois derniers mois et de l'ancienneté dans l'entreprise. L'article L.122-4 signale que tout contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application d'un certain nombre de règles, mais l'article L.321-7 affirme : "Quelle que soit l'entreprise ou la profession et sauf cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, tout licenciement, individuel ou collectif, *fondé sur un motif économique*, d'ordre conjoncturel ou structurel, est subordonné à une autorisation administrative compétente." ! Par ailleurs la "démission" d'un salarié à la suite d'un versement d'une prime par l'employeur (ou à la suite d'un départ volontaire en contrepartie de diverses indemnités) constitue un licenciement économique par voie détournée, opérée sans autorisation administrative en violation des articles 321-7 et 321-9 (arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 janvier 1980 et du 3 juin 1981 cité dans le code du travail, p. 283).

On nage en pleine confusion. L'indemnité est un *droit* à partir de deux ans d'ancienneté et en absence de faute grave, mais simultanément le licenciement pour cause économique est interdit

(sauf autorisation ou exemption de l'administration (et non pas du juge)) et l'achat des démissions est poursuivi pour licenciement économique déguisé ! Comme par ailleurs les conventions collectives interdisent tout contrat de travail individuel qui proposerait des salaires inférieurs à ceux négociés par les syndicats, toute possibilité pour l'employeur d'ajuster la valeur de la productivité marginale avec le salaire est exclue.

Heureusement ou malheureusement selon les opinions politiques de chacun, la demande d'autorisation de licenciement, si elle est obligatoire, ne conduit pas nécessairement à une interdiction de licencier. La loi n'est pas appliquée. Admettons cette interprétation. S'il y a liberté de licencier unilatéralement les employés, l'obligation de verser une indemnité est-elle conforme aux arguments cités plus haut ? L'indemnité est-elle comme l'affirme Camerlinck et Lyon Caen (1982) un moyen de freiner les licenciements ?

Normalement nous sommes dans le cas où l'ajustement devrait être à la charge de l'employé. Celui-ci renégocie son salaire et accepte de réduire ses prétentions salariales s'il désire ne pas être licencié. La possibilité de bénéficier d'une indemnité modifie ce comportement. L'indemnité s'ajoute aux revenus A que l'employé peut trouver ailleurs. Si $A + I$, où I mesure l'indemnité, excède VPM , la baisse de salaire que l'employé est prêt à accepter diminue et devient juste égale à $A + I - W$. D'un autre côté si I est inférieur à $A - W$ et A supérieur à VPM l'employeur est tout heureux de se débarrasser à moindre frais d'employés dont il aurait dû acheter la démission à un taux plus élevé avec une autre distribution des droits. Cette distribution implicite des droits bénéficie aux employés les moins productifs qui auraient été licenciés sans indemnité et décourage les plus productifs d'acheter à leur employeur le droit de ne pas être licencié en négociant individuellement une baisse de salaire pour rester dans la firme. Elle freine l'échange des droits entre les salariés et patrons. Paradoxalement elle accroît le nombre de licenciements.

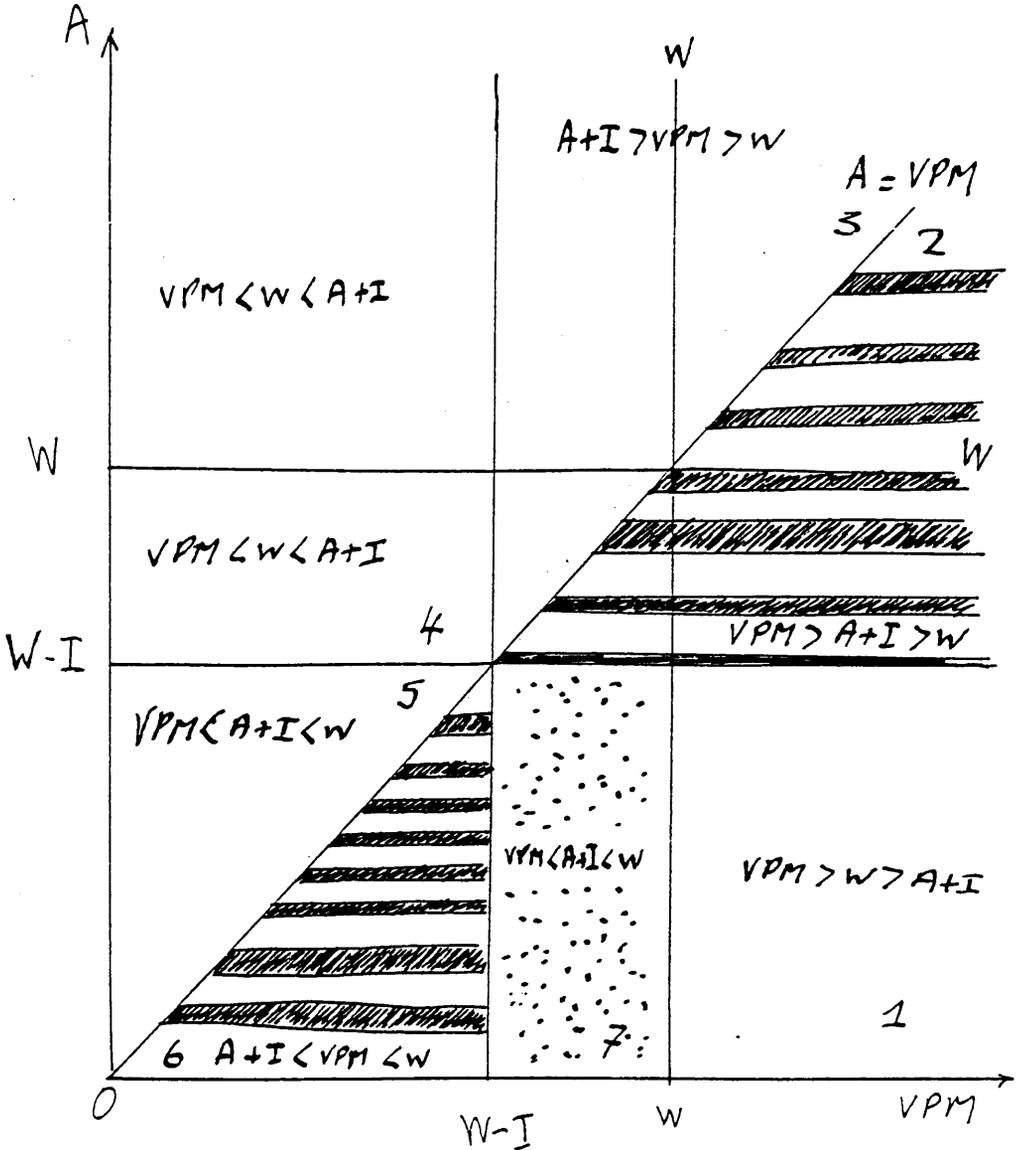
Le coût supporté, en absence d'indemnité, par les employés les moins productifs est mesuré par $(A - W)N$. Si la possibilité de négocier une baisse de salaire est offerte, k employés parmi les plus productifs seraient restés dans la firme à un salaire plus faible pour un coût de $k(VPM - W)$ et les autres $(N - k)$ supporteraient un coût de $(N - k)(A - W)$. Une indemnité de licenciement en élevant le revenu alternatif A réduit le nombre de salariés prêts à négocier la baisse de salaire pour rester dans la firme et réduit le dommage de ceux qui sont licenciés au détriment de l'entrepreneur qui prend en charge une partie du dommage supporté par les salariés. D'une certaine façon la présence de cette indemnité quasi-automatique revient à faire partager le fardeau entre les parties prenantes. Mais cela se fait au prix d'un plus grand nombre de licenciés et d'un coût plus élevé de l'ajustement

pour les deux partenaires pris dans leur ensemble. Reportons-nous d'abord au tableau 1. On peut démontrer ce point très simplement. Si le montant de l'indemnité est juste supérieur à $A-W$ aucun employé ne désire acheter le droit de rester dans la firme. Comme il y a N employés dont la valeur de la productivité marginale est inférieure à W et que dans leur ensemble ils supportent un dommage équivalent à $(A-W)N$. Une indemnité équivalente ou supérieure à $(A-W)$ oblige la firme à supporter ce dommage. Le fardeau que les employés auraient dû supporter dans leur ensemble est transféré aux employeurs. Naturellement la firme peut préférer cette solution à celle où le licenciement est interdit sans achat de démission si $VPM-W$ excède $A-W$. Mais cette solution reste globalement inférieure à celle d'un licenciement unilatéral sans indemnité mais avec flexibilité des salaires. Même si pour les employés le dommage dans ce cas est plus faible voire nul comme avec une interdiction de licenciement.

L'indemnité est habituellement bien inférieure à $A-W$ de telle sorte que le dommage supporté par les employés est à mi-chemin entre un dommage nul et un dommage identique à celui encouru quand il n'existe pas un système d'indemnité automatique. En revanche globalement par le fait même que l'indemnité réduit le nombre de personnes prêtes à négocier une baisse de salaire et accroît le nombre de licenciés (par rapport aux autres solutions qui s'établiraient spontanément sur le marché du travail) le dommage total est plus élevé.

Reportons-nous maintenant à la figure 2 qui est une réplique de la figure 1.

FIGURE - 2 -



La présence d'une indemnité automatique de licenciement modifie les aires de la façon suivante. Puisque l'autorisation de licencier

unilatéralement est accordée, à condition qu'elle soit assortie d'une indemnité automatique, la firme se sépare de ses employés si et seulement si la valeur de la productivité marginale est inférieure à $W - I$. Simultanément les salariés qui auraient accepté une baisse de salaire pour rester dans l'entreprise sont moins nombreux puisque $A + I - W$ est plus faible. D'autre part ceux pour qui $A + I$ excède W ont une incitation à cacher une démission sous forme de licenciement ! Si une fraction importante de la main d'oeuvre reste dans l'entreprise alors qu'elle aurait été licenciée autrement, en revanche une forte incitation à être licenciée est créée pour des employés qui ne l'auraient pas été autrement. La fraction du personnel qui se trouve dans chaque zone joue alors un rôle déterminant dans l'évaluation du dommage engendré par cette solution. Comme le souligne Hall et Lazear (1984) l'indemnité peut créer des incitations perverses qui provoquent des démissions ou des licenciements en excès de ce que l'on aurait observé sans elle.

L'indemnité de licenciement automatique au lieu de permettre une meilleure gestion de la main d'oeuvre comme le pense Lazear (1982) ou Hall et Lazear (1984) est en réalité un moyen de déplacer le fardeau sur d'autres épaules au détriment de tous. D'une certaine façon elle est comparable à un impôt sur la liberté d'échanger les droits de propriété d'un partenaire à l'autre. On comprend mieux cette taxe sur la liberté contractuelle si l'on n'a pas une vision angélique des syndicats et qu'on les considère pour ce qu'ils sont : des ententes entre travailleurs.

Comme pour toute entente, le syndicat doit faire face à des comportements "individualistes" et de "passagers clandestins" qui réduisent considérablement l'efficacité de l'action collective et ruinent à terme le pouvoir syndical. Ces comportements font l'objet de la part des professionnels du syndicat d'une répression qui sera d'autant moins coûteuse que l'Etat, par l'intermédiaire du droit du travail, fera la police au lieu et place du syndicat lui-même. En effet, beaucoup d'employés seraient prêts à négocier une baisse de salaire pour rester dans l'entreprise et conserver leur emploi, d'autres accepteraient facilement d'être démissionnés si cela leur rapporte plus d'argent que de rester dans l'entreprise. L'achat de démission comme la négociation individuelle d'une baisse de salaire brisent les ententes entre employés plus sûrement que ne peut le faire l'interdiction par la législation de constituer un syndicat. La jurisprudence en interdisant l'achat de démission et les comportements "individualistes" de baisse de salaire au profit d'indemnités automatiques préserve les ententes au lieu d'inciter les contractants à choisir une distribution efficace des droits.

La façon dont l'indemnité est calculée permet aussi de rejeter l'interprétation proposée par les juristes à savoir celle d'une indemnité-réparation d'un préjudice. En effet, le montant du préjudice tel qu'il est estimé, c'est-à-dire en fonction d'une moyenne

des salaires des trois derniers mois et du nombre d'années d'ancienneté dans l'entreprise, n'a rien à voir avec l'écart durable entre les opportunités de revenu qui s'offrent à l'employé une fois licencié et son salaire dans l'entreprise ou avec le montant des pertes en capital incorporé dans l'entreprise. Dans l'exemple numérique présenté plus haut la perte pour l'employé d'être licencié a été estimée à 600.000 F. L'indemnité qui serait allouée dans ce cas avec un salaire de 10.000 F et une ancienneté de 20 ans aurait été d'un montant de 200.000 F. Cette somme n'a rien à voir avec le montant du préjudice. On a supposé dans l'exemple que l'employé ne retrouvait pas un salaire équivalent avant sa retraite. Mais s'il en retrouve un au bout de 2 ans de travail dans la nouvelle entreprise qui l'a embauché, le montant de son préjudice est de 120.000 F pour l'année de chômage et de 48.000 F pour les deux années de travail à un salaire de 8.000 F. Les 200.000 F d'indemnités excèdent largement les 168.000 F de préjudice. Ces indemnités n'ont rien à voir non plus avec une quelconque appropriation des "quasi-rentes" comme l'exemple de cet arrêt de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation du 13 novembre 1959 le démontre : "il ne peut être accordé à un directeur une indemnité supérieure à celle prévue par la convention collective pour un motif tiré de l'importance de ces attributions".

Une autre façon d'interpréter les faits est de se reporter aux taux de démission ou de licenciement entre secteurs syndiqués où le contrat de travail est explicite et ceux non syndiqués où le contrat est implicite et à la "volonté" des parties. Si l'argumentation développée plus haut n'est pas fautive, dans le secteur "libre" lorsque le salaire excède la valeur de la productivité marginale on devrait observer des licenciements et simultanément une baisse de salaire pour les employés restant. En revanche lorsque la valeur de la productivité marginale excède le salaire on devrait observé des démissions et simultanément une hausse de salaire pour les employés n'ayant pas démissionné. Si ce même secteur est syndiqué, l'ajustement à la baisse des salaires étant exclu (au moins à court terme), on devrait donc observé dans le cas d'un salaire en excès de la valeur de la productivité marginale des licenciements plus nombreux et dans le cas inverse des hausses de salaire accompagnées de taux de démission plus faible. La comparaison des deux secteurs en France est inexistante. Par contraste Freeman et Medoff (1984) pour les Etats Unis ont mené un programme de recherche imposant depuis un certain nombre d'années sur cette comparaison. Ils ont mis à jour un grand nombre de faits stylisés dont l'un nous intéresse plus particulièrement pour notre discussion : dans les secteurs non syndiqués les démissions excèdent les licenciements. La première interprétation est de dire que dans les secteurs syndiqués les salaires (y compris les bénéfices non monétaires) sont plus élevés. Les employés sont donc moins incités à quitter volontairement leur entreprise pour une autre aux salaires plus

faibles. Freeman et Medoff (1984) dans leurs travaux respectifs se sont efforcés de maintenir constant ce facteur et ont montré qu'indépendamment du salaire et d'un ensemble d'autres facteurs individuels ou non individuels, le syndicat réduisait de façon extrêmement significative les démissions par rapport aux licenciements. Dans les périodes où le salaire excède la valeur de la productivité marginale les syndicats préfèrent le licenciement à la baisse de salaire ou à la réduction des heures de travail contrairement aux secteurs non syndiqués.

CONCLUSION.

La littérature économique sur les contrats implicites perçoit le contrat de travail comme un instrument permettant aux contractants de réduire des coûts de transaction propres aux échanges qu'ils veulent réaliser. L'indemnité de licenciement est avec une rigidité des salaires l'un des moyens de faire partager les risques encourus par les partenaires au contrat face aux fluctuations de la demande et de les rendre "équitables" au sens où la prime d'assurance est juste égale à la valeur attendue du dommage. A cette vision nous pouvons en opposer une autre où le contrat de travail n'est pas élaboré pour réaliser à un moindre coût les fins poursuivies par les cocontractants mais pour délimiter clairement leurs droits de propriété. Chacun poursuit les fins qu'ils désirent avec les coûts de transactions associés à celles-ci. L'indemnité apparaît comme la réparation d'un préjudice à la suite d'une faute commise par l'un des partenaires qui n'a pas respecté les droits de l'autre et non pas comme une prestation compensatoire ayant pour but d'assurer à chacun un même niveau de vie que le climat économique soit bon ou mauvais. Ces deux théories ne sont pas conformes aux faits. Les indemnités de licenciement dans notre droit du travail ne reflètent pas un mécanisme d'assurance ni la réparation d'un préjudice. Entre l'interprétation assurance tous risques qui a les faveurs de la littérature économique moderne et celle du respect des droits de propriété sur les êtres humains qui est avancée par les juristes ou les économistes développant la théorie économique des droits de propriété, il peut en exister une autre, beaucoup plus classique et conforme aux faits tels que les législations les révèlent : celle où les indemnités servent avant tout à préserver les ententes entre travailleurs des comportements individualistes de leurs propres membres.

BIBLIOGRAPHIE.

- AZARIADIS, C. :
 - "Implicit Contracts and Underemployment Equilibria", *Journal of Political Economy*, (december 1975) 83 (6) 1183-1202.
- BECKER, G. :
 - *Human Capital*, 1ère éd. (2ème éd.) New York, Columbia University Press (National Bureau of Economic Research) 1975.
- CAMERLYNCK, G. et LYON-CAEN, Gérard :
 - *Droit du Travail* (11ème éd.) Paris, Dalloz 1982.
- KLEIN, B. :
 - "Contract Costs and Administered Prices : An Economic Theory of Rigid Wages", *American Economic Review*, (Mai 1984) 74 (2) 332-338.
- KLEIN, B. et CRAWFORD, R. et ALCHIAN, A. :
 - "Vertical Integration, Appropriable Rents, and Competitive Contracting Process" *Journal of Law and Economics* (octobre 1978) 21 297-326.
- FREEMAN, R. et MEDOFF, J. :
 - *What Do Unions Do ?*, New York : Basic Books 1984.
- HALL, R. et LAZEAR, E. :
 - "The Excess Sensitivity of Layoffs and Quits to Demand" *Journal of Labor Economics* (Mai 1984) 2 (2), pp. 253-258.
- LAZEAR, E. :
 - "Severance Pay, Pensions, and Efficient Mobility" Working Paper n. 854 Cambridge Mass. : NBER (février 1982).
- MARSHALL, A. :
 - *Principes d'Economie Politique*, Paris : Giard et Brière 1906.
- OI, W. :
 - "Labor as a Quasi-Fixed Factor", *Journal of Political Economy* (décembre 1962) 70 (6), 538-555.
- POLINSKY, M. :
 - "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies" *Journal of Legal Studies*, (janvier 1983) 12 (2) pp. 427-444.
- POSNER, R. :
 - *An Economic Analysis of Law* (2ème éd.) Boston et Toronto Little, Brown and Company 1977.
- ROSEN, S. :
 - "Implicit Contracts : A Survey" *Journal of Economic Literature*, (septembre 1985) 23 (3) pp. 1144-75.
- ROTHBARD, M. :
 - *The Ethics of Liberty*, Atlantic Highlands, Humanities Press 1982.
- WEILL, A. et TERRE, F. :
 - *Droit Civil* (4ème éd.) Paris, Dalloz 1979.

III - RAPPORT GENERAL

Professeur Jacques GARELLO,
Droit et économie : quel droit ? quelle économie ?

DROIT ET ECONOMIE :

QUEL DROIT ? QUELLE ECONOMIE ?

Par

Jacques GARELLO

*Professeur à la Faculté d'Economie de l'Université
de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille
Président de l'Association pour les libertés économiques
et le progrès social*

Organiser un débat sur les relations entre droit et économie n'est pas chose facile, surtout si ce débat se déroule

- entre juristes et économistes
- entre universitaires anglo-saxons et français.

Il nous faut en effet surmonter les difficultés du langage, qui sont plus que les difficultés de la langue. Le Pr. E. Mackaay a fait remarquer que l'on ne convaincra pas des juristes français des bienfaits de l'analyse économique du droit en leur faisant commenter des travaux d'économistes américains ! Si les études de droit et d'économie ont été étroitement associées, aux Etats-Unis comme en Europe jusqu'aux années trente, la rupture est souvent consommée, notamment aux Etats-Unis. Pourtant, on voit reparaître ici ou là des universités de "Droit et Economie" (1) : promesse d'une réconciliation ou restauration ponctuelle d'un passé révolu ?

D'ailleurs, quand les juristes américains s'intéressent aux relations du droit et de l'économie, ils n'en attendent pas tous les mêmes apports, comme le fait remarquer le Pr. B. Ackerman (2). Pour les uns, ils s'intéressent surtout à l'analyse économique du droit au sens strict, c'est-à-dire aux conditions dans lesquelles le droit est

(1) Henri Manne, aujourd'hui doyen de la George Mason University, a été un pion en créant les Universités de "Law and Economics" à Miami d'abord, à Atlanta ensuite. Il semblerait que l'origine première de "Law and Economics" a été l'obligation faite à l'économiste Aaron Direktor d'enseigner à Chicago dans le département de Droit.

(2) Bruce A. Ackerman "Deux sortes de recherches en "Droit et Economie"" Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, 1986-1, p. 31.

produit, distribué et consommé (pour parodier Jean Baptiste Say (3)). Cela suppose l'hypothèse -forte- qu'il existe un marché du droit, au sens d'une demande et d'une offre, avec des consommateurs et des producteurs. Peu de juristes sont disposés à accepter cette hypothèse ; s'ils reconnaissent à la limite l'apport de l'économiste pour comprendre la règle de droit, ils repousseront la prétention réductiviste des économistes et voudront rendre leur place aux historiens, aux sociologues et aux anthropologues ; ils voudront surtout reprendre leur place !

Pour d'autres juristes (et ils sont les plus nombreux), l'économie est seulement en mesure d'éclairer les situations concrètes que le juriste (et le juge) a à traiter. L'économie peut permettre de connaître avec plus de précision la logique d'une décision de justice, et d'éclairer ainsi le décideur, le praticien du droit. Le juriste-économiste, comme le dit B. Ackerman, est porteur d'un nouveau langage, qui a du mal à se frayer un chemin dans le dialogue juridique, mais qui progressera sans doute.

Pour l'instant, les juristes français n'ont pas les mêmes soucis. D'une part, une division du travail s'est instaurée, réservant l'étude de la loi et de sa production aux publicistes, et la rédaction et la pratique de la loi aux privatistes. A vrai dire, comme le note le Pr. Linotte, la distinction n'a aucun sens. Elle ne s'explique que par la "nationalisation" du droit qui a accompagné l'Etat Providence, et le dirigisme économique a multiplié des législations aussi diverses que médiocres. S'il est vrai que d'éminents spécialistes du droit public ont défini la hiérarchie des normes et fixé le rôle de la loi (depuis Hobbes jusqu'à Kelsen et Eisenmann), les publicistes ne peuvent en rien prétendre au monopole de la philosophie du droit, ni de son analyse. Fort heureusement, la philosophie du droit appartient à tous les juristes, sinon aux économistes, et Michel Villey ou Christian Atias témoignent de la pertinence des approches historiques et privatistes de la philosophie du droit. On ne peut donc taxer les privatistes d'être des "positivistes" et les publicistes d'être "philosophes" : en France presque tous les juristes sont positivistes, et la distinction entre privé et public dénote simplement la puissance de l'Etat, qui est sujet et objet de droit à lui seul, et justifie que des juristes spécialisés s'en occupent. D'autre part, les juristes français sont encore gênés par la distinction qui s'est établie entre droit des personnes et droit des biens. Là aussi on peut contester, comme le fait Ch. Atias, la distinction. Mais elle a abouti, dans la pratique, à former des juristes qui ont quelque compétence dans les affaires patrimoniales, et qui touchent ainsi aux choses de l'économie, à côté des juristes qui s'intéressent à la veuve et à l'orphelin. Le drame est évidemment qu'il

(3) Jean Baptiste Say "Traité d'Economie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses" 1803.

y a des intersections permanentes entre ces deux domaines, comme en atteste notamment tout le droit de la responsabilité.

Enfin, les juristes français ont beaucoup de mal à transposer des analyses qui se sont forgées autour du droit anglo-saxon, dominé par la "common law". L'analyse économique du droit est née Outre-Atlantique, parfois Outre-Manche, mais elle peut être aussi mystérieuse pour un Français que les règles du cricquet ou du football américain. Le rôle du juge n'est pas compris ni connu de la même façon en France, et ce n'est pas un juge français qui aurait pu écrire ce qu'a écrit le juge R. Posner (4).

A la limite, dans ce débat, il n'y a peut-être que les économistes français qui soient tout à fait à leur aise. D'abord parce qu'ils ne sont pas choqués par une approche anglo-saxonne dont ils ont l'habitude (puisque la science économique est secrétée aux Etats-Unis depuis cinquante ans). Ensuite parce qu'ils ne connaissent pas assez de droit pour voir les difficultés des relations entre droit et économie !

C'est à l'abri de cette insouciance que confère l'ignorance que je me permets de développer ce qui me paraît être la difficulté de langage la plus importante. Car que sont les obstacles de la langue, qu'importe les divers points de vue des juristes américains et européens, qu'importe la spécificité des traditions anglo-saxonnes et continentales du droit ? Toutes ces incompréhensions sont peu de choses, comparées au fait qu'il n'y a entente ni sur ce qu'est le droit, ni sur ce qu'est l'économie. Et, de mon point de vue, les difficultés que rencontre l'analyse économique du droit proviennent, (et les débats m'en ont persuadé) du fait qu'il n'y a accord ni sur le droit, ni sur l'économie.

DROIT STATIQUE OU DROIT DYNAMIQUE ?

La première conception du droit est la conception positiviste. Première, puisqu'elle est la plus couramment acceptée en France. Le droit est une construction du législateur, qui a reçu mission de définir les règles qui régissent les rapports sociaux. La légitimité du droit n'est autre que la légitimité du législateur. Lui-même se réfèrera à une règle de droit supérieure, constitutionnelle. Le positivisme suppose ainsi que la règle de comportement est faite par la société, dans la plus pure tradition de Hobbes pour lequel l'intervention publique est indispensable pour discipliner les appétits individuels. Evidemment la grande faiblesse de l'approche positiviste est qu'elle ne nous dit rien sur la façon de discipliner le législateur, et qu'elle nous laisse sans défense devant "l'arbitraire légal". Par là même nous ne savons rien sur la façon dont le droit peut évoluer. Faut-il suspendre

(4) Richard Posner "Economic Analysis of Law" Little, Brown, Boston 1972.

l'évolution du droit aux alternances politiques ? C'est ce qu'a exprimé avec pertinence le député socialiste français Laignel en disant à un contradicteur : "Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire".

Faire dépendre la légitimité du droit de la référence au vote, au suffrage universel et à la volonté populaire conduit à une perversion de la démocratie, comme l'a bien noté Hayek. La démocratie ne saurait donner un label de légitimité, elle n'existe que pour permettre aux minorités (et aux autres) de s'opposer à ceux qui violent le droit ("Law", par opposition à "Législation") (5). Mais adopter le point de vue de Hayek est évidemment admettre un droit au-dessus des lois, au-dessus des législateurs.

On en vient donc à la conception d'un droit immanent, et la tâche du législateur, dans ces conditions n'est pas de faire le droit, mais de le dire quand c'est nécessaire (mais est-ce toujours nécessaire ?) (6). Quel est ce droit immanent ? Saint Thomas nous conduit jusqu'à la loi éternelle. Mais il est d'accord pour admettre que, pour leurs rapports sociaux, les hommes ont simplement besoin de la loi naturelle, et il rejoint ainsi Héraclite, Sophocle et Aristote. La loi naturelle servira de référence à la conception libérale du droit, depuis Locke jusqu'à la Déclaration des Droits, en passant par Montesquieu. Aujourd'hui l'Eglise se réfère aussi aux droits de l'homme, conçus comme droits attachés à la nature humaine mieux : comme procédant du droit naturel (qui n'est pas une dotation initiale de l'individu, mais qui est la reconnaissance et le respect de l'individu).

Mais une telle conception du droit n'est-elle pas tout aussi statique et figée que la précédente ? Comment la législation pourrait-elle évoluer ? N'est-on pas condamné au conservatisme des Athéniens, qui désignaient comme tyran celui qui prétendait modifier la loi ? N'y a-t-il pas un droit construit une fois pour toutes ? Hayek nous donne la clé du problème, en mettant en lumière le processus de sélection sociale naturelle. Cette sélection se fait sans qu'aucun individu n'ait la possibilité de la maîtriser, voire même de la comprendre. Tout ce que l'on sait du processus, c'est qu'il élimine les lois qui sont contraires au droit naturel. Des règles juridiques ne peuvent prétendre contraindre durablement la nature humaine. Ou alors, pour s'imposer, ces règles ont besoin d'anéantir l'homme lui-même ; le produit s'appelle le totalitarisme. Par là-même est défini le juste : c'est ce qui est conforme à la dignité de l'homme (7). Un des

(5) Friedrich A. Hayek "Law, Legislation and Liberty", Routledge & Kegan, Londres 1976, 3 tomes trad. franç. par R. Audouin "Droit, législation et liberté", P.U.F., Paris, 1980-1984.

(6) La question me paraît singulièrement se poser à propos de la "Déclaration des Droits de l'Homme".

(7) Raoul Audouin "La justice s'appelle dignité de l'homme", document ronéoté, Université d'Été de la Nouvelle Economie, Aix-en-Provence, sept. 1986.

critères qui permettent de déceler le juste est le bien commun, ou la paix sociale, ou le consensus (8). On entend par là une situation où les esprits des hommes sont apaisés, où l'accord général se fait sur la règle de vie en commun. Il va de soi qu'aucune loi "artificielle" (c'est-à-dire non conforme au droit naturel) ne saurait obtenir un tel accord. Il va de soi également, comme le note Hayek, que l'accord au sein d'une communauté élargie (de type "grande société") (9) ne peut se faire sur des résultats, mais seulement sur des procédures. Une règle juridique qui prétend organiser ou atteindre un résultat est nécessairement arbitraire, et ne rencontrera aucun accord. Les gens ne peuvent s'entendre que sur une règle qui établit une procédure. Par exemple, pour la plupart des rapports sociaux, le marché est la procédure type, parce que le marché n'introduit aucune inégalité entre les personnes en présence ; il traduit des inégalités, il ne les crée pas (10).

Ces considérations expliquent que l'une des formes les plus appropriées à l'évolution des règles juridiques est le contrat. Il est le plus adapté aux conditions concrètes de la vie en société, et il a le plus de chance d'être respecté. Le contrat se suffit à lui-même. Le juge n'a pas à l'apprécier en fonction des résultats qu'il produit, puisque ces résultats étaient inconnus au moment de la conclusion, mais en fonction de la procédure qui a permis sa conclusion. Dans cet esprit, il n'appartient pas au juge de rétablir l'équité, et de refaire un contrat conformément à ce que le juge croit être le juste. Si des erreurs sont commises par ceux qui concluent des contrats, ils en tireront tôt ou tard les leçons, et leur expérience constituera une information utile pour les autres. Aussi bien la responsabilité qui peut peser sur un individu ne peut-elle naître des fautes qu'il a commises ("strict liability") (11).

Peut-on aller plus loin dans le processus permanent d'auto-production du droit, et d'évolution des règles sociales ? Des juristes comme B. Ackerman veulent faire du droit une méthode de dialogue permanent. En fin de compte, le droit ne serait qu'une forme de langage social. Si tout le monde parle la même langue, on pourra trouver des solutions satisfaisantes. On en arrive ainsi à une sorte de "happening juridique".

Cette version évoque le modèle autrichien du droit parce qu'elle est dynamique, encore plus dynamique peut-être. D'autre part, comme dans le modèle autrichien, les acteurs ignorent les règles du jeu et les définissent au fur et à mesure que les événements se

(8) Sur la conformité entre bien commun et paix sociale, cf. Jean Yves Naudet "Le libéralisme devant la doctrine sociale de l'Eglise", UNI Paris 1987.

(9) Karl Popper "La grande société et ses ennemis", P.U.F. Paris 1980.

(10) Ludwig von Mises "L'action humaine" trad. franç. de "Human Action", P.U.F. Paris 1985.

(11) Richard A. Epstein "A theory of Strict Liability" Cato Paper n. 3 Cato Instit. 1980, Remarques par Mario Rizzo.

déroulent. Mais le critère du dialogue est-il suffisant ? Peut-on admettre qu'il faut et suffit que les hommes s'entendent pour avoir un résultat (ou une procédure ?) satisfaisante ? On en revient à la règle de l'absolue autonomie de la volonté, et à un individualisme radical. A moins que l'on reconnaisse que l'accord ne peut être juste que s'il est conforme à une règle supérieure, auquel cas on est renvoyé à la théorie autrichienne. De mon point de vue, seule la théorie autrichienne permet d'expliquer qu'en dépit des erreurs commises, en dépit des tâtonnements permanents et de la sélection historique, il y a un sens à l'évolution, il y a une permanence dans l'histoire : sens et permanence de la nature humaine.

On pourra objecter à l'analyse précédente qu'elle est déjà l'analyse d'un économiste, donc d'un ignorant en droit. Aussi vais-je m'empresser de passer à une discussion sur l'économie, domaine que je pourrais éventuellement un peu mieux connaître.

ECONOMIE DU CALCUL OU ECONOMIE DE LA LIBERTE ?

J'ai été frappé par l'idée que les juristes, comme le Pr. Mackaay, se font de l'économie à travers ce qu'ils disent de l'analyse économique du droit. Je dois dire que la plupart des économistes comme F. Seurot par exemple (12) partageraient cette conception de l'économie, et que R. Posner lui-même illustre parfaitement cette même conception, c'est-à-dire la conception utilitariste.

Ainsi l'économie est-elle aux yeux d'un grand nombre de personnes et d'universitaires la science du calcul individuel. C'est la grande tradition anglaise de l'utilitarisme, du jeu de l'intérêt personnel.

Dans cet esprit, on attend de l'économiste qu'il indique le chemin de l'efficacité. L'homme des économistes, le célèbre "homo oeconomicus" est un homme rationnel, capable de calcul, et toujours à la recherche de la solution la plus efficace, que nous appelons optimale. Pour peu que cette solution suppose l'intervention d'un autre, et amène à comparer les fonctions d'utilité de plusieurs agents, grâce à l'échange nous trouvons une formule "efficiente" que nous appelons encore pareto-optimale.

Il va de soi que tous les actes de tous les décideurs peuvent être passés au crible de l'utilité et de l'efficacité, mais que nous pouvons aussi soumettre les institutions et les règles de droit à ces critères. Alors l'analyse économique du droit se ramène à la question : quelles sont les règles de droit les plus efficaces, quelles sont les moyens efficaces d'avoir les règles de droit les plus efficaces, quelles sont les applications que le juge peut donner de règles de droit efficaces pour avoir encore plus d'efficacité ? Ainsi le juge est-il

(12) François Seurot "La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique" Communication aux Journées de Micro-économie appliquée (Paris, Mai 1985).

autorisé à se prononcer "en équité", et les analyses de Posner aboutissent en effet à donner au juge un pouvoir vraiment "efficace" !

Dans l'analyse économique du droit, l'utilitarisme vient au secours du droit pour résoudre les problèmes que le marché ne peut pas (ou ne pourrait pas) résoudre. C'est la raison de l'insistante référence aux travaux de Coase. Si les solutions "économiques" et "marchandes" sont reconnues plus efficaces dans le cas où les droits de propriété sont correctement attribués et où les coûts de transaction sont minimes, il y aurait des situations dans lesquelles, faute de droits de propriété assez précis, ou à cause de coûts de transaction élevés, les formules marchandes seraient inefficaces, et il faudrait une intervention du législateur pour régler le problème. On se réfère notamment au célèbre cas des "externalités", des dommages non voulus causés à autrui par un acte volontaire. Aussi bien le droit des obligations que le droit de la responsabilité et des assurances ne poursuivraient pas d'autre but que de trouver une solution collectivement optimale. Il appartient donc à la règle juridique de trancher tous les problèmes que le marché et le contrat ne pourraient pas régir.

Cette conception de l'économie, et les implications qu'elle peut avoir pour la lecture du droit, sont fortement contestées à l'heure actuelle, comme le rappelle le Pr. J.-P. Centi. Elles reviennent en effet à prétendre connaître ce qui est socialement préférable. Ce serait prêter aux économistes beaucoup de génie que de croire qu'ils savent définir un résultat social optimal. Pas plus les économistes que les hommes "ordinaires" ne connaissent le résultat des milliers de décisions volontaires qui sont prises chaque jour.

Mais alors, qu'est-ce que l'économie, si elle ne tend plus à l'efficacité ? On serait tenté de reprendre ici la célèbre formule de Saint-Simon (avant qu'il ne devint socialiste !) : "L'économie, c'est la science de la liberté !". Et, face à l'utilitarisme, on doit prôner le propriététarisme.

Il s'agit d'une toute autre tradition intellectuelle. Elle remonte peut-être à Adam Smith, mais sûrement à Saint Thomas et Aristote, et elle nous a été transmise par les libéraux français du XIXe siècle, et en particulier par Bastiat. H. Lepage (13) a bien marqué ce qui caractérisait le propriététarisme. La légitimation du droit de propriété n'est pas son efficacité (car qui peut connaître ce qui est socialement efficace ?) mais sa conformité à la nature de l'homme. Comme cela sera proclamé, la propriété est de droit naturel. La propriété n'est pas seulement la condition de la liberté de l'homme, elle est la liberté de l'homme. Etre libre signifie en effet affirmer sa personnalité. Affirmer sa responsabilité implique un système de responsabilité, et il n'y a pas de responsabilité sans propriété. Par ses caractéristiques

(13) Henri Lepage "Pourquoi la propriété", Hachette, Pluriel, Paris 1985.

indissociables, l'exclusivité, la transférabilité, la propriété fait que l'homme est libre. Cela ne suffit pas pour faire de chaque homme un "propriétaire", au sens où nous l'entendons. Mais cela suffit d'abord à poser le principe que tout homme a une vocation à la propriété (et que nul ne peut être exproprié sans sa volonté - conséquence qui n'est pas mineure). Cela suffit surtout à poser le principe de la propriété de l'homme sur lui-même. B. Lemennicier fait à juste titre remarquer que le droit de propriété sur soi-même, sur son capital humain, sur ses idées, sur ses initiatives, est l'un des attributs les plus précieux de la personnalité ; d'ailleurs la considération du capital humain permet de trouver une vraie solution aux problèmes difficiles et aussi différents que les indemnités de licenciement, la bio-éthique, le divorce et l'éducation des enfants (14).

En faisant du système de droit, et notamment du droit de propriété (dont tous les autres découlent, si on y réfléchit bien), le prolongement nécessaire de la nature humaine, l'économie propriétaire s'en remet complètement à trois principes d'ordre social : l'action humaine (15), le marché, l'état de droit. L'action humaine est la base de toute économie ; les individus sont dotés d'un pouvoir de choix, et ils cherchent avec plus ou moins de bonheur à améliorer leur sort, et surtout à s'améliorer eux-mêmes. Cette quête permanente du mieux se fait le plus souvent par le marché, qui est un merveilleux moyen d'information, qui nous fait découvrir les autres, et qui nous permet d'affiner en permanence nos décisions. Marché et choix se font non pas dans l'anonymat, mais dans un système de responsabilité personnelle, et le droit de propriété prend ici son véritable sens de passeport pour l'échange, c'est-à-dire de passeport pour la vie sociale. Aucun de ces principes d'ordre social ne peut exister sans les deux autres. Sans pouvoir de choix, l'homme n'est pas libre ; sans marché l'homme n'est pas libre ; sans propriété l'homme n'est pas libre.

Il est inutile, je pense, de préciser que cette conception de l'économie converge avec la notion naturaliste du droit. La synthèse est évidemment exprimée dans l'oeuvre de Hayek (16). Je crois à l'inverse utile de préciser, en conclusion, que la philosophie autrichienne en droit et économie s'oppose aux autres lectures du droit et de l'économie par une vision tout à fait différente -et originale- de la nature de l'homme, et du processus de la connaissance. L'homme que nous plaçons au coeur de notre analyse n'est pas ce décideur parfaitement rationnel et parfaitement informé cher aux néo-classiques, il n'est pas occupé uniquement d'efficacité.

(14) Bertrand Lemennicier "Indemnités de Licenciement : assurance tous risques, réparation d'un préjudice ou impôt sur la liberté de contracter ?" doc. ronéoté, Université d'Été de la Nouvelle Economie, Aix-en-Provence sept. 1985.

(15) Pour reprendre l'expression de Ludwig von Mises "L'action humaine", loc. cit.

(16) Friedrich A. Hayek "Droit, Législation et Liberté" loc. cit.

Pas davantage n'est-il juste et équitable, ni conforme à la règle qu'on lui prescrit. Faut-il définir l'homme, à la manière de la Déclaration des Droits de 1795, comme "l'individu qui obéit aux lois en vigueur" ?

L'homme qui mérite toute notre attention est un être créatif, capable d'initiative sans doute, toujours à la recherche du progrès, toujours en quête d'un épanouissement personnel, mais c'est aussi un homme limité. Limité par son expérience, qui est incomplète, par son information, qui est partielle. Et cet homme ne cesse d'apprendre, de changer. Et cela se traduit dans ses efforts maladroits pour définir des règles de vie en commun qui lui permettent de faire reconnaître sa personnalité, c'est-à-dire de se sentir libre. Et les hommes ont un devoir absolu les uns à l'égard des autres, qui est de se reconnaître mutuellement le droit au droit (17).

Chez les esprits scientifiques les plus brillants, il y a toujours la tentation de tout embrasser, de tout expliquer. Aujourd'hui, la science économique se reconnaît dans une science de l'imparfait, dans une science de la finitude, dans une science de l'ignorance (18). Il me semble qu'une prochaine étape de nos réflexions communes sur l'économie et le droit devra consister à régler le préalable de la définition de chacune des deux sciences. Peut-être découvrirons-nous alors qu'économie et droit ont une convergence inéluctable ; et peut-être reconnaitrons-nous que cette convergence est inéluctable parce qu'elle fait référence à la même image de l'homme. Droit et économie : même humanisme ?

(17) C'est le titre de l'ouvrage de Jean Marc Varaut "Le droit au droit", P.U.F., Paris 1985.

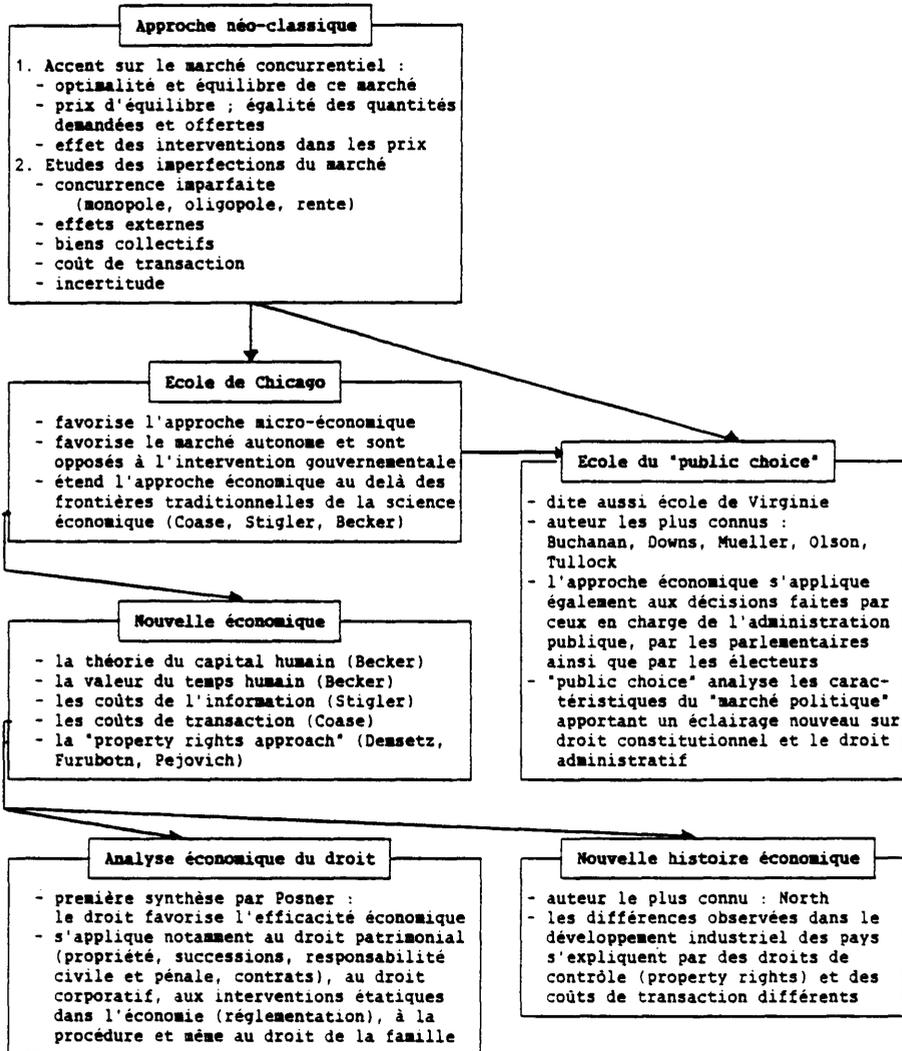
(18) Gérald O'Driscoll Jr & Mario Rizzo "Economics of time and Ignorance", Basil Blackwell, Londres 1985.

IV - TABLEAUX SYNOPTIQUES

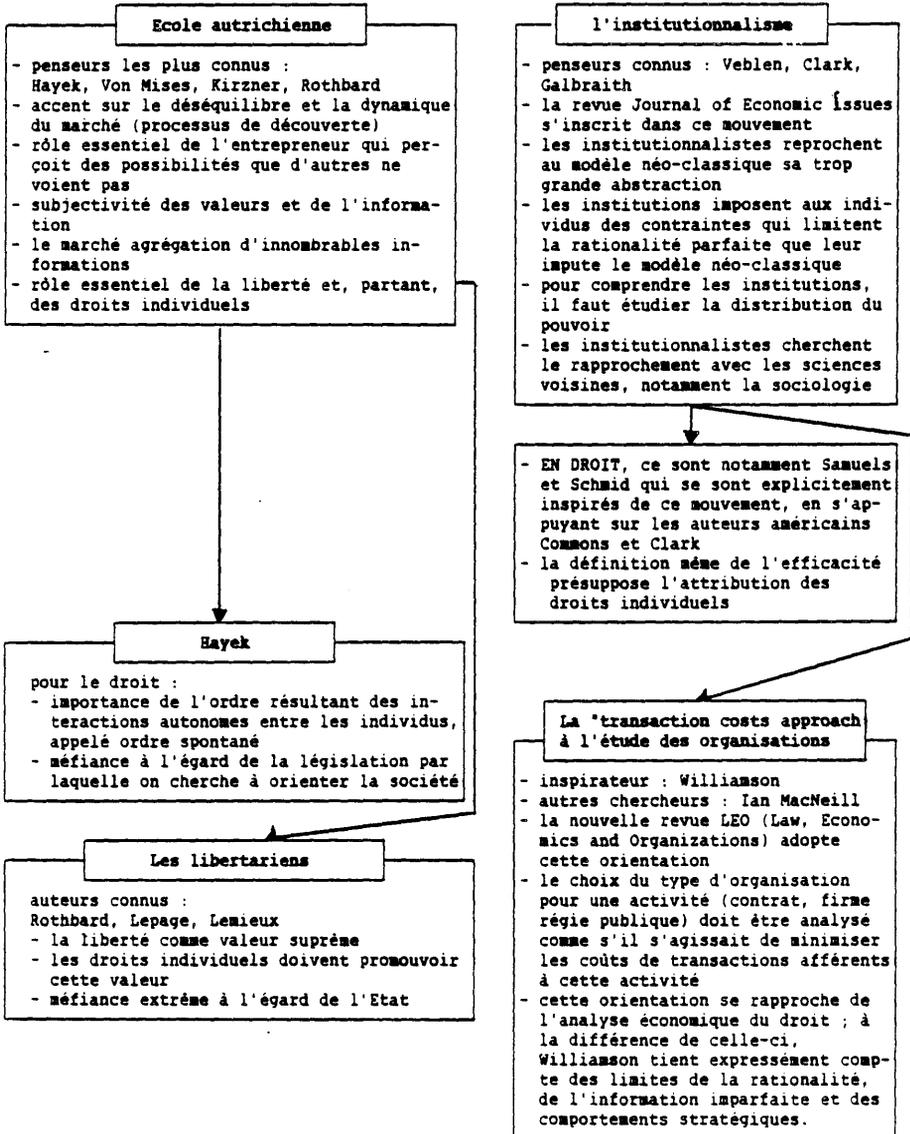
**1 - Professeur Ejan MACKAAY,
Courants de pensée à l'origine de l'analyse économique du droit.**

**2 - Professeur Ejan MACKAAY,
Tableau synoptique de l'analyse économique du droit.**

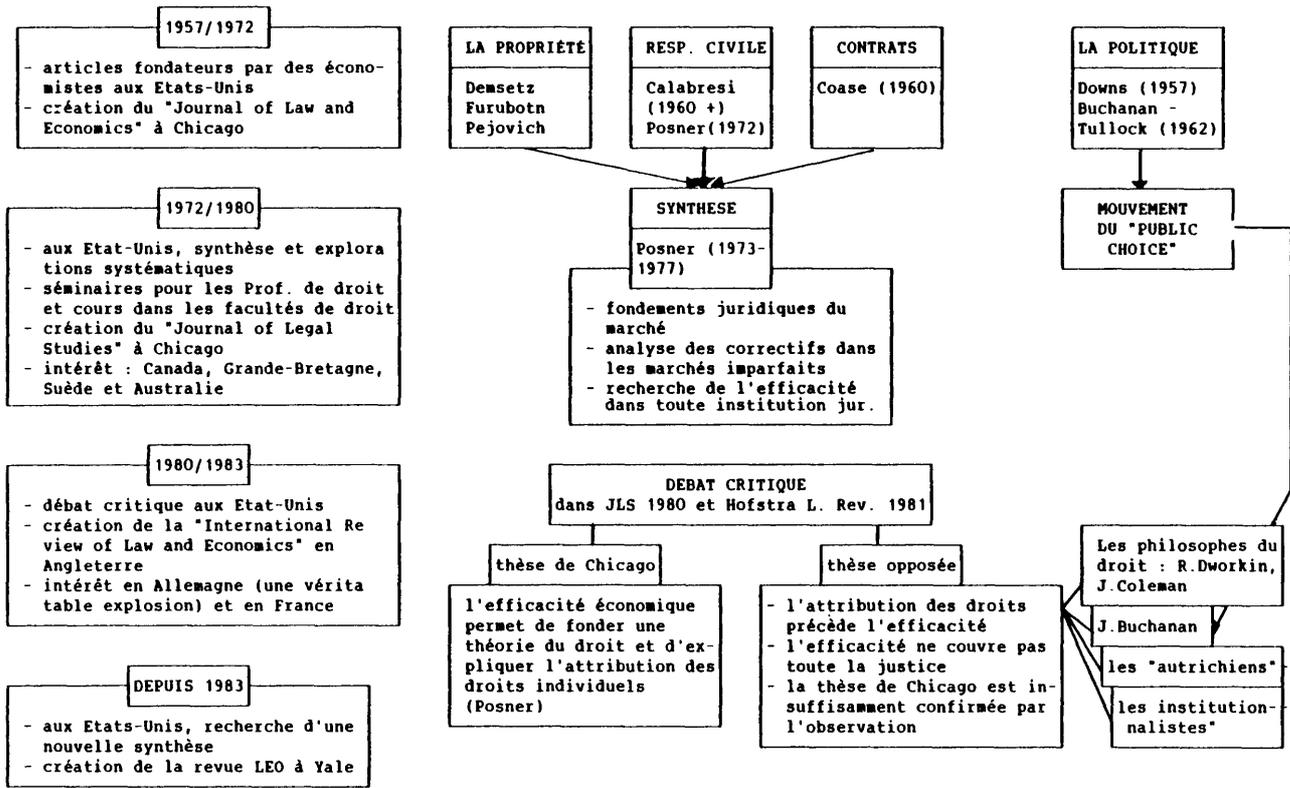
COURANTS DE PENSÉE
à l'origine de l'analyse économique du droit



COURANTS DE PENSÉE
(suite)



**TABLEAU HISTORIQUE
DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT**



LA DECENTRALISATION

Colloque organisé à Corte le 30 janvier 1986

Par

*le Centre d'Analyse Juridique de la Faculté de Droit et d'Economie de
l'Université de Corse*

AVANT-PROPOS

Dans l'analyse économique du droit l'analyse de la réglementation occupe la place la plus ancienne. L'analyse économique de la réglementation des transports, de l'environnement sont parmi les premières expressions de l'approche économique du droit (1).

La théorie du droit s'est beaucoup étendu depuis 1960 et surtout depuis 1970. Adoptant des concepts plus généraux elle a abordé l'ensemble des aspects du phénomène juridique, le droit de la responsabilité, le droit des biens, le droit pénal, le droit processuel, l'étude même des droits fondamentaux. Mais l'analyse économique de la réglementation reste une branche importante dans l'approche économique appliquée au droit (2).

Cette branche de l'économie du droit a d'ailleurs été fortement renouvelée. L'approche économique ne se borne plus à justifier les réglementations par les défaillances du marché, elle applique à la production des réglementations publiques les concepts de base de la théorie des choix collectifs. La politique de déréglementation est fondée sur ces nouvelles approches en même temps qu'elle conduit à les faire connaître et à les enrichir.

Aussi était-il souhaitable de publier certains des rapports du colloque "Déréglementation" de l'Université de Corse (Centre d'analyse juridique) avec ceux du colloque "Analyse économique du droit" de l'Université d'Aix-Marseille III. Les premiers constituent un complément et une illustration particulière de l'application de concepts économiques à l'étude des règles de droit (3).

(1) Pour la réglementation des transports aérien voir "L'économie des transports aériens" de Jacques Pavaux, Paris, Economica 1984. Pour l'économie de la réglementation de l'environnement voir M. Prieur, Droit de l'environnement, p. 170 et s. ; sur le principe pollueur-payeur, Paris, Dalloz 1984.

(2) Voir les importants développements consacrés à l'analyse économique des réglementations publiques par R.A. Posner dans son ouvrage Economic Analysis of Law, Boston, Little Brown, 3e éd. 1986, pp. 247 à 427.

(3) Tous les rapports du colloque de Corse ne sont pas reproduits ici. Ont été intégrés dans ce numéro, de la Revue de la Recherche Juridique, consacré à l'analyse économique du droit les seuls rapports mettant le raisonnement économique au coeur de leur démarche. Les autres rapports ont d'ailleurs été presque tous publiés ailleurs : voir L. Dubouis, "Le droit communautaire et la déréglementation", Revue française de droit administratif, 1986, n. 3 ; Y. Madiot, "Déréglementation et liberté", Revue de la Recherche Juridique, 1986, n. 3 ; R. Romi, "Le droit contre la déréglementation", Les

Les trois premiers rapports définissent les éléments d'une théorie générale de la réglementation à l'aide des concepts économiques. Jean-Pierre Centi et Claude Jameux utilisent, en exploitant toutes ses potentialités, le concept de coût de transaction ou de coordination pour comparer la méthode de la réglementation à celle du marché. Pour mettre en évidence chez Jean-Pierre Centi un biais défavorable à la réglementation. Pour Jean-Pierre Centi si la réglementation n'ignore par l'enjeu de l'efficacité économique, son objectif ultime, implicite ou explicite est la répartition des revenus et non l'efficacité ; il ne peut pas en être autrement du fait du fonctionnement du marché politique. Jean-Pierre Centi ajoute que si les erreurs au regard de l'efficacité sont présentes dans le processus du marché économique comme dans la réglementation "en ce qui concerne la réglementation publique les erreurs ont des effets plus graves à l'égard du critère d'efficacité en ce sens que la correction des erreurs est elle-même défaillante. Celle-ci peut être retardée, ou plus précisément encore, elle peut ne jamais faire apparaître spontanément des possibilités qui étaient jusque là négligées". Claude Jameux cherche à dépasser l'opposition entre les deux formes de coordination des activités humaines que sont la réglementation et le marché en montrant quelles sont les conditions de leur complémentarité. Jean-Yves Chérot montre également qu'il est nécessaire de dépasser l'opposition absolue entre marché et règles de droit et après avoir proposé de classer les réglementations dans une typologie des droits et des modes de régulation juridique il intègre l'étude de la réglementation dans la théorie économique des choix collectifs.

Suivent trois études de réglementations particulières : les réglementations des relations de travail (étude de J.-Y. Lesueur et étude de Gilbert Benhayoun) et les réglementations des activités agricoles (étude de J. Vercherand et F. Casabianca). Toutes mettent en évidence les effets non voulus (effets pervers) des réglementations étudiées. Elles confirment toutes l'intérêt du paradigme de l'individualisme méthodologique pour la compréhension du comportement de l'homme analysé non comme un serviteur de la loi et l'esclave des desseins collectifs mais comme une personne agissant à la poursuite de ses propres objectifs et valeurs et capables de subvertir les réglementations les mieux pensées et les plus généreuses. J.-Y. Lesueur propose de dépasser les difficultés grâce au concept de contrat implicite substitut de la réglementation. L'analyse démontre l'intérêt d'une telle approche dans la régulation correcte et efficace des relations de travail. Mais on peut se demander si cette méthode peut être appliquée à d'autres types de coordination sociale. les relations de travail s'exercent dans une organisation c'est-à-dire dans

petites Affiches, à paraître, 1987 ; voir également Ph. Dandrieu, "La réglementation des transports extérieurs de la Corse", rapport dactylographié, Corte, Centre d'analyse juridique, 1986.

un ensemble social où les rôles sont bien définis et aisément contrôlables ce qui limite les coûts et accentue les avantages du contrat implicite. Il n'en irait peut-être pas ainsi pour la régulation des relations humaines dans la société ouverte.

J. Vercherand et F. Casabianca proposent d'améliorer la réglementation en l'adaptant et en décentralisant les sources de décision. Ils retiennent surtout les effets positifs que la réglementation a pu avoir dans le secteur agricole.

Le rapport de J.-Y. Coppolani sur l'histoire du tarif douanier de la Corse est le seul à ne pas faire application des concepts économiques auxquels l'ensemble de ce numéro de la revue a habitué le lecteur juriste. Mais en réalité le rapport de J.-Y. Coppolani est une remarquable étude de cas d'un dysfonctionnement de ce que les économistes appellent le marché politique : il montre comment une réglementation est produite indépendamment de toute référence à l'efficacité de l'économie pour satisfaire les convenances de l'administration douanière et des demandes particulières.

Jean-Yves CHEROT

Directeur du Centre d'analyse juridique de l'Université de Corse

ELEMENTS POUR UNE THEORIE DE LA REGLEMENTATION

Par

Jean-Yves CHEROT

*Professeur de Droit Public à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

La politique dite de déréglementation, par laquelle certains Etats, dont la France, cherchent à donner plus de place au jeu de la concurrence pour susciter des choix économiques efficaces et permettre des adaptations plus rapides dans un monde qui les impose, devrait contribuer à susciter une réflexion soutenue sur le rôle, le contenu et les sources de la règle de droit. La politique de déréglementation doit permettre d'observer avec d'autres yeux le phénomène juridique. La déréglementation provoque notamment un besoin de définition de la notion de réglementation (1).

Déréglementer ne peut pas être la disparition des règles de droit dont le rôle est fondamental dans une société libre. Une société totalement régulée par l'Etat peut être dotée d'un droit rudimentaire. Une société libre a besoin d'un droit développé. La déréglementation ne peut être que la disparition de certaines catégories de règles de droit au profit du développement d'autres règles de droit. S'agit-il alors d'un changement dans la nature des règles, dans leurs sources, dans leur efficacité ? Tous ces aspects sont impliqués dans le concept de déréglementation.

Une théorie de la déréglementation suppose de situer la réglementation dans une typologie des modes de régulation puis dans la théorie de la démocratie libérale.

(1) Le Professeur L. Dubouis (1986, 484) fait état de l'imprécision de la notion de déréglementation. "Cette imprécision rejaillit, poursuit L. Dubouis, sur la notion de réglementation dont on aurait pu croire que les contours avaient été précisés par une longue tradition juridique. Incertitudes fâcheuses dès lors que l'on désire procéder à une analyse scientifique, car la première règle du discours scientifique est de n'utiliser que des mots dont le sens ait été précisé".

1 - Réglementation et typologie des modes de régulation par la règle de droit

On oppose couramment la réglementation au marché et à la concurrence (2). Cette opposition possède une large part de vérité. Mais elle reste sommaire comme si le marché fonctionnait en dehors des règles de droit alors qu'il est constitué d'un ensemble de règles de droit et que (comme nous l'avons montré dans un autre article (3)) ces règles influencent, quoi qu'il arrive, le résultat de l'échange sur le marché.

C'est le caractère concret des règles de droit qu'elle contient qui caractérise la réglementation. La réglementation ne se borne pas dans l'édition de principes laissant l'affectation des biens se réaliser concrètement sur la base des échanges libres ou des décisions de justice : elle affecte elle-même l'usage des biens directement. Techniquement elle peut se réaliser par l'octroi de droits concrets, par l'édition de limitations précises à l'exercice des droits de propriété privée (régime d'autorisation, régime d'interdiction, régime de prescriptions). En général les droits qui résultent d'une réglementation sont non transférables ; il ne peuvent donc pas soutenir un marché pour les biens qu'ils protègent ou qu'ils créent (le locataire d'un immeuble d'habitation ne peut céder à personne son droit au maintien dans les lieux). Mais ce n'est pas une règle absolue (patrimonialisation de certains droits nés de la réglementation) (4).

Aussi l'opposition entre réglementation et marché n'est-elle pas parfaitement absolue ?

- 1) parce que le marché est affecté par le contenu de règles de droit,
- 2) parce que les règles de droit contenus dans la réglementation peuvent fonder un marché.

Il faut donc plutôt opposer la réglementation à d'autres règles de droit essentiellement aux règles contenues dans le droit commun civil et commercial, celles qui définissent le fonctionnement de la propriété privée et les obligations. En tant que mode de régulation des rapports entre les hommes quant à l'usage des choses la réglementation se distingue des règles de la propriété privée et du droit général des contrats ainsi que des règles générales de la responsabilité quasi-délictuelle. Elle se présente comme un substitut de ces règles dans certaines circonstances.

Dans une société libre les rapports des hommes quant à l'usage des choses (biens patrimoniaux) sont régulés idéalement par les règles

(2) Dans ces conditions on distingue les réglementations qui limitent le libre accès au marché de celles qui freinent le libre échange sur le marché.

(3) Voir notre rapport sur l'analyse économique du droit dans ce même numéro de la Revue de la Recherche Juridique, J.-Y. Chérot (1987).

(4) Voir notamment l'article de A. Bernard (1987) qui étudie les contrats portant sur des autorisations administratives.

de la propriété privée. La propriété privée est un ensemble de droits exclusifs sur les choses de telle sorte qu'elle permet aisément de dire qui peut faire quoi légitimement.

Cependant cette régulation par la propriété privée trouve deux séries de limites (présentées comme telles habituellement). La propriété ne conduit les propriétaires à exercer leurs droits avec efficacité que s'ils sont poussés par la compétition et la concurrence. Faute de concurrence suffisante (adjectif qui ne signifie volontairement rien de précis) rien ne pousse les propriétaires à faire un usage efficace de leurs biens. La réglementation devient alors un substitut de la concurrence défaillante pour imposer un résultat qui aurait été atteint si la concurrence avait joué. De nombreux exemples peuvent être cités de tels types de réglementation :

- Réglementation de la location des immeubles à usage d'habitation pour tenir compte de ce que l'offre d'immeuble à louer est insuffisante par rapport à la demande de location et pour empêcher les propriétaires d'abuser de leur situation prééminente sur les locataires.

- Réglementation du crédit inter-entreprise qui tient compte de la force de négociation des grands distributeurs en mesure d'imposer aux producteurs des charges de trésorerie abusives.

- Réglementation des activités de monopole naturel telle que la distribution de l'eau, du gaz, de l'électricité, ou des images par réseau câblé ou encore les transports collectifs (5).

- Réglementation des prix dans certains secteurs où le jeu de la concurrence est insuffisant. C'est d'ailleurs à une telle hypothèse que se réfère désormais l'ordonnance du 1er décembre 1986 pour permettre au Gouvernement de réglementer les prix "dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est

(5) La théorie des rendements croissants justifie classiquement la réglementation publique. Les rendements sont croissants tant que le coût de la dernière unité produite est inférieur au coût moyen de production. La croissance de la firme permet alors de réaliser une économie (dite économie d'échelle). Cette loi des rendements croissants joue pour tous les biens au début du cycle de production. En général, après une phase plus ou moins longue de rendements croissants succède une phase de rendements constants ou décroissants. mais, pour certains biens, la loi joue constamment. Alors, moins il y a de producteurs plus la loi peut jouer et moins les produits sont chers. L'idéal est la présence sur le marché d'une seule firme. D'ailleurs, c'est ce qui se produit inévitablement puisque l'entrepreneur qui prend le premier l'avantage dans la compétition bénéficie de la loi et accentue son avantage jusqu'à l'élimination des concurrents. La tendance du marché est donc l'instauration d'un monopole (dit pour cette raison monopole naturel). Une fois installée l'entreprise, disposant du monopole, bénéficie du fait des rendements croissants, d'une protection ; il existe une barrière naturelle à l'entrée sur le marché.

On estime alors que l'entreprise protégée de la concurrence va s'écarter des comportements les plus efficaces pour l'économie et qu'elle va abuser de sa position. On admet que l'intervention de la puissance publique est efficace. La soumission des activités de monopole naturel à un régime d'autorisation, la réglementation des produits et des prix, l'octroi de subventions, voire pour couronner le tout la transformation de l'activité en service public sont les réactions de l'Etat dans ces secteurs tels le secteur des transports collectifs, de la distribution de l'électricité et du gaz, de l'eau, etc.

limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement soit de dispositions législatives ou réglementaires".

La régulation par la propriété privée trouve une autre limite lorsque les biens ou valeurs désirés par le public ne sont pas susceptibles d'appropriation privée c'est-à-dire lorsque aucun droit exclusif n'est techniquement en mesure d'être reconnu sur un bien. Il s'agit de ce que les économistes appellent les biens publics. Ceux-ci, mis à la disposition d'un seul, sont *automatiquement* mis à la disposition de tous. Personne n'est incité à les créer puisque personne ne peut s'approprier le bénéfice de son effort. Personne n'est incité à relever ses préférences pour ce type de biens puisque chacun espère pouvoir en profiter gratuitement lorsqu'il aura été obtenu par un autre (phénomène dit du passager clandestin). Personne n'est incité à en faire, lorsqu'ils existent, un usage rationnel puisque mis à la disposition de tous chacun peut craindre que les autres en tirent un profit plus que proportionnel à leur place dans la société (ce que l'on peut appeler la tragédie des biens communs) (6).

Dans ces conditions, à côté d'autres modes d'intervention de la puissance publique (service public notamment) la réglementation vient définir des droits et des obligations permettant de protéger ou de créer ce type de biens (la réglementation de protection de l'environnement en constitue l'exemple le plus simple à donner).

A vrai dire l'impossibilité ou les défauts de l'exclusivité dans la définition des droits peut être surmontée par les règles de la responsabilité. Le droit permet de sanctionner les comportements créant un préjudice à autrui soit pour faute, soit sans faute. Ce mécanisme peut être laissé entre les mains du juge judiciaire qui cas par cas appréciera. Ce n'est que lorsque ce mécanisme s'avère à son tour insuffisant parce que les effets des comportements sont trop diffus ou trop mêlés à d'autres effets pour qu'un lien de causalité entre le comportement fautif et le préjudice puisse être établi sans coûts insurmontables que le recours à la réglementation apparaît à nouveau utile. La réglementation remplace le grand nombre de décisions judiciaires rendues a posteriori. Elle présente un caractère de continuité par opposition à la suite de décisions judiciaires qui présente un caractère de discontinuité (7).

La réglementation n'est à vrai dire pas encore absolument indispensable dans tous ces cas. Il existe encore d'autres modes de

(6) Voir H. Demsetz (1987).

(7) L'existence d'une réglementation n'empêche pas en principe de se fonder sur sa violation pour demander réparation du préjudice subi du fait du non respect de la réglementation (cette solution n'est pas cependant nécessairement adoptée ; elle a été refusé dans le passé par la chambre commerciale de la Cour de cassation pour les réglementations d'ordre public économique). Nous pensons simplement à la capacité du juge à élaborer une jurisprudence et à trancher cas par cas sans règle détaillée et concrète en se fondant sur le droit commun des obligations.

régulation tel que l'association des personnes privées cherchant à créer sans l'aide de l'Etat par un accord librement consenti par chacun et surmontant les paradoxes de l'action collective, un bien public (la société civile).

2 - Réglementation et démocratie libérale

Ce dont nous avons besoin c'est de replacer l'analyse de ces divers mécanismes de régulation dans une théorie de la démocratie libérale. Les théoriciens favorables à la démocratie libérale mettent plus facilement leur confiance dans les mécanismes de régulation par la propriété privée, par la décision judiciaire ou par l'association libre des citoyens (encore que ces modes de régulation soient très différents les uns des autres) que dans la régulation par la réglementation (8).

Ces dernières années ont été marquées par la défense vigoureuse sur le plan intellectuel d'un ordre social spontané élaboré à partir des décisions individuelles libres des propriétaires (la société ouverte de F.A. Hayek (1980)), par une défense et illustration de la common law (R.A. Posner (1986)) et par une critique de la réglementation présentée par l'école dite du "public choice" comme un moyen idéal pour les groupes de pression d'obtenir, sur le marché politique, des avantages immérités obtenus plus facilement que par la compétition sur le marché économique.

L'intérêt de ces approches théoriques est considérable. Il nous reste cependant beaucoup à apprendre sur les modes de régulation privilégiés par les libéraux ; en particulier sur les comportements du juge judiciaire et sur ce que l'on peut attendre de la société civile. Il nous reste également beaucoup à apprendre sur la production des réglementations : les modèles théoriques proposées par G.J. Stigler (1971), R.A. Posner (1974) et S. Peltzman (1976) pouvant encore être affinés et confrontés à la réalité (9).

L'analyse qui suit ne prétend pas répondre aux questions de cet ambitieux programme. Elle contribue cependant à articuler des concepts et des théories qui permettent un développement de la démocratie libérale.

Si les réglementations ont souvent pour objet d'assurer la protection de biens publics elles constituent elles-mêmes des biens publics (elles profitent à tous ceux qui n'ont rien fait pour obtenir son édicition et personne ne peut s'en réserver la propriété) et subissent dès lors, dans leur économie, les paradoxes de l'action collective. On peut s'attendre à ce que se produisent dans le processus d'édiction de la

(8) Voir par exemple la remarque de R.A. Posner (1986, p. 345) "Direct regulation tends to be more politicized than common Law because it relies more heavily in the public sector and because judges, although public officials, are more protected from political reward and retribution administrators are".

(9) Voir notamment pour l'analyse empirique des comportements des agences régulatrices aux Etats-Unis, l'ouvrage collectif dirigé par J.Q. Wilson (1980).

réglementation les phénomènes bien connus qui, s'agissant de la production de biens publics, faussent le jeu de la raison. On peut s'attendre notamment à ce que plus les groupes intéressés par une réglementation potentielle sont grands plus le phénomène démobilisateur du passager clandestin joue fortement. Les grands groupes seront le plus souvent des groupes latents grands perdants sur le marché politique. Les petits groupes, plus facilement organisables sauront se faire entendre par les élus et négocier entre eux (explicitement ou implicitement) l'octroi d'avantages réciproques (phénomène de l'échange d'influence) (10) qui détruit la volonté générale (11). Les réglementations ont ainsi des chances d'être adoptées au profit d'intérêts particuliers et d'engendrer plus de coûts que d'avantages pour la collectivité.

Cette analyse générale peut être prolongée et précisée plus concrètement (sinon vérifiée) en examinant plus attentivement que nous ne l'avons fait plus haut les fondements des réglementations. Nous avons distingué deux types de réglementations, celles qui sont fondées sur l'insuffisance de la concurrence dans certains secteurs au point que l'on peut y craindre des abus (des accaparements, des bénéfices excessifs) (12) de la part des propriétaires privés (ce sont les réglementations sectorielles) et les réglementations fondées sur la présence de biens publics sur lesquels on ne peut concevoir techniquement de droits exclusifs et donc pour lesquels ne peuvent pas jouer les règles de la propriété privée (ce sont les réglementations fonctionnelles). Ces fondements sont eux-mêmes affectés par le fonctionnement du marché politique. La référence à la défaillance de la concurrence dans un secteur peut être utilisée pour privilégier des intérêts particuliers incapables de résister à la compétition et des situations acquises qu'aucun bien commun ne justifie. De même la théorie des biens publics peut servir de prétexte à répétition pour une extension sans limites de l'Etat au profit des intérêts collectifs les plus divers, mais pas nécessairement impliqués par le bien commun. Ce sont ces deux points qu'il faut examiner plus longuement.

(10) Sur le concept d'échange de vote et son application en science politique, voir J.-Y. Chérot (1984, pp. 121-134-144-149-165).

(11) La référence au concept de volonté générale peut surprendre le lecteur habitué à ce que l'on oppose volonté générale et démocratie libérale. Or, la volonté générale est l'un des piliers de la démocratie libérale à condition de respecter le concept tel que J.-J. Rousseau le présente. La volonté est générale parce qu'elle émane de tous mais également parce qu'elle a pour objet non les intérêts particuliers mais les intérêts communs. Chaque vote est une opinion "émise par chaque citoyen sur ce qu'il estime être l'intérêt de tous. Or qu'est-ce qui est commun à tous si ce n'est la liberté ?

(12) On peut trouver ces notions d'accaparement et de bénéfices excessifs dans le droit positif. "En son principe la notion de bénéfices excessifs n'est pas inconnue du droit français. Les contrats de concession de service public qui contiennent souvent des clauses qui permettent à l'administration concédante de partager avec le concessionnaire les "superbénéfices" c'est-à-dire la tranche des profits obtenus qui dépassent un certain seuil de rémunération indiqué au contrat" Claude Impériali (1979, p. 700).

a) La théorie contemporaine de la concurrence abandonne la conception jugée trop statique et étroite de la concurrence chez les néo-classiques (que ce soit la fameuse concurrence pure et parfaite ou la concurrence praticable) pour lui substituer une conception dynamique dans laquelle les éléments de monopole tant redoutés par les néo-classiques sont vus comme des avantages partiels et temporaires (rémunérant des efforts et des progrès et sans lesquels ces efforts et ces progrès ne seraient pas réalisés), toujours contestables (13). Même dans un secteur économique concentré la concurrence joue fortement comme le montre le fait que sur la longue période les entreprises dominantes des secteurs concentrés sont elles-mêmes remplacées par d'autres entreprises (14). Dans ces conditions l'intervention de l'Etat fondée sur la faiblesse de la concurrence est à la fois une erreur, un risque pour le fonctionnement du processus concurrentiel sur le moyen terme et le plus souvent le résultat de l'intervention de groupes qui subissent dans le court terme les conséquences défavorables de la compétition. Il est peut-être socialement et politiquement insupportable d'accepter la remise en cause constante des situations acquises "Dans le long terme nous serons tous morts" faisait déjà valoir J.M. Keynes. Mais ce faisant, la société entre dans un processus qui ne connaît pas de limites et qui freine sa capacité de réponse aux défis.

Le fonctionnement des réglementations sectorielles vient sinon confirmer du moins ajouter à ces critiques relatives à leur production. Les systèmes d'autorisation administrative pour accéder au marché ou de police administrative (contrôle des prix, contrôle de la concentration économique) donnent prise à des pressions et le comportement de l'administration, peut être rationnel du point de vue des administrateurs, est défavorable à la rationalité économique et aux consommateurs, mais protecteur des industries et des salariés des secteurs protégés. Les études empiriques menées aux Etats-Unis sur le comportement des agences régulatrices sans confirmer toujours la "capture" de ces agences par les industries censées être contrôlées par elles (15) montrent des comportements bureaucratiques peu compatibles avec la rationalité économique prônée par les défenseurs (au demeurant de moins en moins nombreux) de ces réglementations. On attend que des études de ce type soient menées sur le comportement de la direction française de la concurrence et de la consommation en matière de fixation des prix ou en matière de contrôle de la concentration économique ou sur le comportement de la

(13) Pour une présentation non défavorable du comportement des entreprises dans les secteurs concentrés voir H. Lepage (1981) et surtout H. Demsetz (1963) (1974).

(14) Pour un exposé clair sur les critiques des réglementations sectorielles fondées sur les défauts de la concurrence voir Claude Michaud (1983). Sur l'intervention de la puissance publique en cas de monopole naturel voir H. Demsetz (1968).

(15) Voir les travaux de J.Q. Wilson (1980).

direction de l'aviation civile dans l'application discrétionnaire qu'elle fait de la réglementation des transports aériens.

b) Il est tout à fait légitime que l'Etat intervienne par des réglementations, des aides ou des services publics pour assurer ou fournir des biens qui faute de faire l'objet d'une appropriation privée ne sont pas fournis par le marché et qui, mettant en cause un trop grand nombre d'intérêts, ne peuvent être également créés et défendus par la société civile alors qu'ils sont par ailleurs souhaités par une large majorité de citoyens et qu'ils correspondent à d'incontestables besoins collectifs. L'Etat se présente grâce à l'usage de la contrainte comme le remède aux paradoxes de l'action collective. L'intervention de la puissance publique est alors conforme aux normes de la société libre : la puissance publique ne fait que rendre possible ce que les citoyens souhaitent mais ne peuvent atteindre eux-mêmes par l'échange marchand ou par l'association dans la société civile.

Pendant ce remède n'est pas pour autant idéal. Comme nous l'avons déjà souligné la réglementation ou l'aide publique constitue également un bien public. L'Etat n'a pas les moyens, plus que le marché, de faire révéler à chaque citoyen ses préférences individuelles (sauf dans le référendum ?) et de fixer la quantité et le prix (l'impôt payé par chacun) comme l'aurait fait le marché s'il avait pu fonctionner. Il faut en particulier s'attendre à ce que le concept de bien public soit invoqué par certains pour justifier leur demande de réglementation et par l'Etat pour justifier son intervention. Tous les biens sur lesquels il n'existe pas d'appropriation privée ne sont pas nécessairement désirés par l'ensemble de la collectivité. Sous le concept de bien public il est facile de loger les intérêts collectifs les plus variés pour obtenir de l'Etat des avantages particuliers pour un groupe (16). Cela est d'autant plus grave que la théorie des biens publics ou des externalités constitue un prétexte d'extension sans fin pour l'intervention de l'Etat (17).

(16) "On suggère souvent à tort que tous les intérêts collectifs sont d'intérêt général pour la société ; mais dans bien des cas donner satisfaction aux intérêts collectifs de certains groupes peut être décidément contraire aux intérêts généraux de la société" écrit F.A. Hayek (1981, p. 3).

(17) Voir P. Pascallon : "La théorie des externalités qui sert dans la perspective parétienne d'optimalité à autoriser et à borner l'intervention des pouvoirs publics institue en fait une source inépuisable de motifs d'extension de l'Etat réglementaire" (1985) et B. Jacquillat (1985) : "Le concept de bien public peut être étendu à des notions immatérielles ... La croissance, la réduction du chômage, la stabilisation sont des biens publics dans la mesure où ces objectifs engendrent des problèmes de non appropriabilité. Personne ne peut ni s'approprier entièrement l'usage de ces bienfaits, ni en être exclu. Dans l'incapacité dans laquelle se trouve chaque entreprise, considérée isolément, de s'approprier complètement les avantages qui résulteraient de sa contribution à la remise en marche de l'activité économique sous forme par exemple d'un programme d'investissement ou de l'embauche de travailleurs supplémentaires. Dans une économie de marché il n'existe aucune procédure qui permette aux entrepreneurs de faire payer ceux qui profitent d'une telle politique. Ce serait à l'Etat d'y pourvoir".

Faute de pouvoir trouver de critère objectif de ce que veulent les citoyens tout l'effort doit être porté sur la recherche de procédures permettant de s'assurer que les citoyens dans leur majorité sont d'accord avec une réglementation *pour elle-même* et de dépasser les politiques d'échange d'influences par des politiques d'idées. Les procédures habituelles de la démocratie représentative, pourtant fondées sur la loi de la majorité absolue, ne garantissent pas de tels objectifs. La restauration de la démocratie libérale passe par plusieurs méthodes. Une large information sur les réglementations, leurs coûts pour ceux qui en subissent le poids financier, leurs bénéficiaires. L'utilisation du référendum pour activer les groupes latents. Certains théoriciens proposent l'adoption de majorité qualifiées : la discussion de cette thèse est trop longue pour être menée ici ; les majorités qualifiées ne sont pas nécessairement une bonne méthode : elles garantissent la survie du statu quo contestable et empêchent la déréglementation. Une solution voisine mais non identique consiste à donner plus d'importance au texte constitutionnel pour n'admettre les réglementations que dans la mesure où elles assurent la défense et la protection ou la garantie de libertés ou de droits constitutionnels. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité deviendrait le moyen sinon de déréglementer du moins d'encadrer le phénomène de la réglementation (18).

(18) Pour une étude du rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle de la déréglementation, voir R. Romi (1987).

REFERENCES

BERNARD A. :

- (1987) - "L'autorisation administrative et le contrat de droit privé", *Rev. trim. de dt. commercial*, 1987, n. 1, p. 1 s.

CHEROT J.-Y. :

- (1984) - *Le comportement parlementaire*, Paris, Economica, 1984.

- (1987) - "Trois thèses de l'analyse économique du droit - Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques", *Revue de la Recherche Juridique*, 1987, n. 2.

DUBOUIS L. :

- (1986) - "La déréglementation et le droit communautaire", *Rev. franç. de dt administratif*, 1986, n. 3, p. 483 s.

DEMSETZ H. :

- (1963) - "Industry structure, market rivalry and public policy", *Journal of law and Economics*, 1963.

- (1967) - "Toward a theory of property rights", *American Economic Review*, 57, 1967, p. 347 s.

- (1968) - "Why regulate utilities", *Journal of Law and Economics*, 11, 1968.

- (1973) - *The market concentration doctrine* (an examination of evidence and a discussion of policy), American Enterprise Institute 1973.

HAYEK H. :

- (1980 ...) - *Droit, législation, liberté*, Paris, PUF, trad. franç., 3 tomes.

IMPERIALI Cl. :

- (1979) - "Les bénéfices excessifs - Une pratique limitée et controversée", *Annuaire Franç. de dt intern.*, 1978, Paris, C.N.R.S.:1979, p. 678 s.

JACQUILLAT B. :

- (1985) - *Désétatiser*, Paris, Robert Laffont, 1985.

LEPAGE H. :

- (1981) - "L'école de Chicago et la concurrence", *Revue concurrence et consommation*, 1981, n. 14, p. 3.

MICHAUD CL. :

- (1983) - "Théorie et pratique de la déréglementation - L'exemple des Etats-Unis", *Politique et management public*, 1, 1983, n. 2, p. 3 s.

PASCALLON P. :

- (1985) - "La croissance des activités étatiques, en système libéral, est-elle irréversible ?" dans J.P. Giran et al. *La déréglementation*, Paris, Economica, 1985, p. 28 s.

PELTZMAN S. :

- (1976) - "Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics*, 1976, p. 211 s.

POSNER R.A. :

- (1974) - "Theories of economic regulation", *Bell Journal of Economics*, 5, 1974, n. 2, p.335 s.

- (1986) - *Economic analysis of law*, Boston, Toronto, Little Brown, 1986, 3e éd.

ROMI R. :

- (1987) - "Le droit contre la déréglementation", *Les petites Affiches*, 1987, à paraître.

STIGLER G.J. :

- (1971) - "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics*, 2, 1971, p. 3-21.

WILSON J.Q. :

- éd. (1980) - *The politics of regulation*, New-York, Basic Book, 1980.

POURQUOI LA DEREGLEMENTATION ?

Par

Jean-Pierre CENTI

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

I - INTRODUCTION

Lorsque les économistes considèrent les interventions de l'Etat, ils ont l'habitude de les classer de manière schématique selon trois critères. Tout d'abord, le critère d'efficacité qui concerne l'affectation des ressources productives. Ensuite, le critère d'équité, qui concerne la répartition des revenus. Enfin, le critère de stabilité, qui concerne la stabilisation de la conjoncture. Cette classification, proposée par R. Musgrave (1979), est souvent désignée par l'expression : "théorie des trois bureaux". Il est largement reconnu que malgré son caractère pédagogique la séparation des trois bureaux est contestable en raison de l'interdépendance inéluctable des trois phénomènes : affectation, répartition, stabilisation. Nous voudrions souligner ici que de surcroît les définitions des trois critères invoqués sont elles-mêmes contestables. Plus précisément, pour une part non négligeable, ces trois critères reposent sur des pétitions de principe et finissent par servir d'alibi à l'expression de jugements de valeur qui s'écartent toujours davantage du principe constitutionnel d'unanimité ou de quasi-unanimité au sens de Wicksell ou de J. Buchaman (1949 - 1977). Telle est l'idée générale de notre propos. Nous tenterons d'en donner une démonstration en prenant le cas de la réglementation.

Il ne s'agit pas ici de remettre spécialement en cause la gestion de la réglementation et de la politique de la concurrence par les juristes (1). Ceux-ci n'ont d'ailleurs pas toujours été bien éclairés par les économistes (II). Et ces derniers se sont eux-mêmes laissés enfermer dans le contexte théorique de l'Equilibre Général qui

(1) Au demeurant il semble indispensable de se rétablisse le dialogue entre juristes et économistes, notamment en France et surtout à une époque qui exige des réformes fondamentales.

pourtant, pour reprendre l'opinion de F. Hayek (1937) exprime "un état si communément admis comme factice".

Les limites de l'Équilibre Général de concurrence pure et parfaite à l'égard de la réalité des économies de marché ont suscité toute une ligne de recherches sur la signification réelle de la concurrence. L'information s'est vue ainsi attribuer une place cruciale dans l'analyse des comportements économiques, et la théorie de la réglementation a elle-même connu des développements tout à fait nouveaux et pertinents. En situant notre propos sur le terrain de l'efficacité, comme cela est fréquemment invoqué dans l'analyse de la réglementation, nous soutenons le point de vue que le raisonnement en termes de coûts propres aux réglementations n'est *en théorie* ni suffisant ni nécessaire pour justifier la réglementation (III).

Notre démarche paraîtra peut-être choquante au vu des nombreuses études empiriques qui ont été menées sur les coûts des réglementations, notamment aux Etats-Unis (2). Notre but n'est pas de critiquer ces évaluations, qui sont fort utiles. Elles contribuent d'ailleurs à expliquer pourquoi beaucoup de pays se livrent aujourd'hui à une déréglementation toujours plus étendue des activités économiques. Il n'est pas sans intérêt de rappeler sommairement quelques faits récents.

La libération du transport aérien sur l'Atlantique Nord (provoquée par la concurrence des compagnies de charters) a ensuite été étendue aux Etats-Unis, faisant voler en éclats la réglementation de 1938 qui attribuait au CAB ("Conseil de l'Aviation Civile") le contrôle des lignes, tarifs, et accès au marché. Le "Airline Deregulation Act" de 1978 avait pour objet d'accroître la concurrence entre les compagnies aériennes dans un pays où existait un grand nombre de compagnies privées. Depuis 1981, les compagnies peuvent décider elles-mêmes des lignes sur lesquelles elles voleront. En 1983, les tarifs aériens ont été complètement libérés, et en 1985 le CAB fut démantelé. Le prix de revient par passager des petites ou nouvelles compagnies n'atteint parfois que le moitié de celui des grandes, lesquelles se trouvent contraintes à rechercher des gains de productivité. Le prix de revient plus élevé des grandes compagnies est sans conteste une conséquence de la réglementation très stricte des quelques quarante années précédentes. En outre une différenciation des tarifs a pu être appliquée selon la nature des trajets et les désirs des clients, ce qui aboutit à une formation des prix plus rationnelle, mieux adaptée aux besoins et aux préférences. Même si cette adaptation exige du temps, un résultat remarquable est que les

(2) Consulter entre autres études les évaluations des frais directement liés à la mise en oeuvre des réglementations, telles qu'elles ont été effectuées par M. Weidenbaum et R. Defina (1978). Voir aussi les mesures de coûts indirects de ces mêmes réglementations fédérales par R. Litan et N. Nordhaus (1983) ; ou encore les évaluations de pertes émanant des réglementations dans l'industrie qu'ont tenté de réaliser S. Carron et P. Mc Avoy (1984).

voyageurs qui font du tourisme ne subventionnent plus les voyageurs d'affaires.

De manière générale les politiques de type corporatiste datant du New Deal aux Etats-Unis -telle la réglementation financière- ou remontant à la fin du XIXe siècle -telle la réglementation des transports terrestres établie en 1887- ont été supprimées. La déréglementation des services financiers a permis des innovations offensives. Les transports routiers n'ont pu résister à la concurrence des sociétés de chemins de fer. Dans le domaine des télécommunications, avec le démantèlement d'A.T.T. en 1983, les utilisateurs professionnels ne subventionnent plus les abonnés particuliers. L'industrie de l'énergie a connu le même type de "révolution". Dans tous les cas, les résultats se sont traduits par des prix plus bas sans détérioration de la qualité des services, une accélération du changement technologique, et une amélioration de la compétitivité (3).

Les avantages de la déréglementation ont été tels que d'autres pays ont emboîté le pas aux Etats-Unis. En plus du transfert au secteur privé de tâches et d'activités traditionnellement confiées à l'Etat, la déréglementation a gagné du terrain un peu partout. Le Canada a supprimé le contrôle des prix du pétrole et du gaz naturel. La Grande-Bretagne a déréglementé le marché financier (4), l'Allemagne Fédérale, la Suisse et la France favorisé des expériences identiques dans le secteur financier (5). De même, il y a une pression croissante en Europe pour déréglementer les transports aériens, quoique les facteurs nationaux et politiques tendent à freiner le mouvement.

Le constat de la reconnaissance généralisée du bien-fondé de la politique de concurrence laisse penser que l'abandon et le rejet des réglementations ne répondent pas forcément à des questions d'idéologie. L'on assiste à une prise de conscience de plus en plus grande :

- des entraves à la liberté d'action et des effets pernicious qu'engendrent les réglementations ;
- de la défaillance du critère sur lequel reposait le principe des réglementations ;
- du fait que la déréglementation constitue un moyen indispensable d'abattre le Léviathan ;
- du fait enfin que la déréglementation n'exclut pas l'équité dans la mesure où elle permet aux entrepreneurs de trouver les moyens les plus profitables de servir les consommateurs.

(3) Voir notamment E. Browman et B. Mc Williams (1986).

(4) Pour la Grande-Bretagne, on peut se reporter à l'étude de J. Kay et Z. Silberston (1984).

(5) Sur la déréglementation financière en France, cf. J.P. Centi (1985). De manière plus extensive, cf. l'ouvrage dirigé par J.P. Giran (1985).

A notre sens, si l'ampleur de ce mouvement est confortée par l'identification des coûts directs et indirects des réglementations, le biais défavorable aux politiques de réglementations ne provient pas spécialement des coûts. Le biais réside dans le fait que ces politiques correspondent à des stratégies de redistribution des revenus qui ne disent pas leur nom (IV). C'est pourquoi le critère d'efficacité auquel l'on a fréquemment recours est en fait un alibi pour les bureaucrates ou les pouvoirs publics. La priorité est le plus souvent donnée à la répartition des revenus qu'à l'efficacité. Une restauration de ce dernier critère doit selon nous nécessairement se fonder sur une analyse en termes de *droits de propriété*, car d'eux dépendent les structures d'incitations (V).

L'approche que nous adoptons ci-après est délibérément conceptuelle. En montrant que le critère d'efficacité est le plus souvent l'arbre qui cache la forêt dans le domaine de la réglementation, nous posons aussi le problème de savoir quel doit être le critère d'efficacité pertinent. La réponse à cette question exige d'amples développements qu'il est impossible de mener ici. En attirant toutefois l'attention sur les droits de propriété, il n'est pas impossible que soient soulignés les conditions minimales nécessaires pour valider le critère d'efficacité et justifier ainsi la déréglementation.

II - LA VISION IDYLLIQUE DE LA REGLEMENTATION PUBLIQUE

II-1 - La réglementation, correctrice du "laissez-faire"

Selon l'argumentation traditionnelle, développée par des économistes défenseurs *a priori* de l'économie de marché et largement acceptée par les économistes planificateurs, l'affectation des ressources qualifie un domaine d'analyse : l'économie publique. La démarche se décompose alors en quatre étapes qui s'organisent d'après le canevas suivant.

Première étape : l'on définit un critère de non gaspillage des ressources, *i.e.* d'efficacité. La référence généralement retenue pour ses "vertus" d'unanimité est l'optimum de Pareto.

Dans la deuxième étape, l'on démontre que la concurrence "pure et parfaite" donne des résultats "efficients", correspondant précisément à un optimum de Pareto (6). Cependant, existent des optima de Pareto différents de la concurrence pure et parfaite.

Comme les hypothèses de la concurrence pure et parfaite sont rarement vérifiées *-en réalité elle ne le sont jamais-* on considère qu'il y a une imperfection, un échec fondamental du marché (un

(6) Rappelons les hypothèses de la concurrence "pure et parfaite". Atomicité du marché ; multiplicité des participants ; mobilité totale et gratuite ; homogénéité totale du produit ; publicité -c'est-à-dire information- gratuite.

échec du "laissez-faire"). Le laissez-faire entraîne des gaspillages ou au contraire un certain malthusianisme qui nous écartent de l'optimum social. C'est le propre de la troisième étape que d'identifier les cas-types à l'origine d'une défaillance du marché. Ils sont eux-mêmes au nombre de quatre :

- l'existence d'atteintes à la concurrence ;
- la manifestation d'effets externes (positifs ou négatifs), encore appelés externalités techniques ou directes ;
- le constat de biens collectifs (*i.e.* de biens pour lesquels il n'y a ni rivalité ni exclusivité) ;
- la présence de rendements d'échelle croissants.

La réalité est telle que, bien souvent, les quatre cas précédents se combinent. Cependant l'on s'efforce aussi souvent de les séparer pour des raisons pédagogiques.

Quatrième étape : lorsque l'un ou l'autre des cas-types d'échec du marché se produisent, l'Etat doit intervenir. Il appartient évidemment à l'Etat d'appliquer des mesures appropriées pour "corriger" la défaillance du marché : réglementations, taxations, subventions, nationalisations.

Quand souligne-t-on la nécessité des réglementations ? les cas fréquemment invoqués sont notamment :

- l'existence d'atteintes à la concurrence,
- la manifestation d'effets externes.

Nous allons tenter de préciser le contenu de l'argumentation et de l'illustrer.

La sagesse conventionnelle considère qu'il y a deux grandes catégories d'infractions à la concurrence :

- (a) les accords d'entente ou de cartels d'une part ;
- (b) les pratiques discriminatoires appliquées d'autre part.

La même sagesse recommande donc l'usage de réglementations imposées dans le but d'éliminer les imperfections de marché.

(a) En ce qui concerne les *accords d'entente ou de cartels*, une illustration célèbre nous est donnée par les origines de la législation antitrust américaine. Le Sherman Act (1890) déclara en effet comme illégaux les accords de fixation de prix, de limitation de la production, et de partage des marchés, bref *toutes sortes d'accords* qui aux yeux de l'opinion publique et de la classe politique représentaient un mouvement de concentration excessif, symbole du "capitalisme sauvage" (7). L'on trouve le même état d'esprit lorsqu'en 1911 la justice américaine ordonna le démantèlement de l'empire Rockefeller : le quasi-monopole de la Standard Oil avait mauvaise presse.

(7) Cf. la thèse de R. Ely (1887), cité par T. Di Lorenzo (1985).

La théorie économique des années 1930 sur la concurrence imparfaite (8), puis celle des années 1950 consistant à dire que la concentration engendrait une rigidité des prix et limitait le degré effectif de concurrence (9), sont venues apporter de l'eau au moulin des pouvoirs publics pour réprimer ententes et monopoles. Notre propos n'est pas bien sûr d'entrer dans les détails de ces théories. Nos références ne sont qu'indicatives. Mais que ces théories soient acceptées ou contestées, il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui encore le sentiment général des économistes est favorable à l'application des lois antitrust, certains les considérant comme garantes de la liberté d'entreprendre. Il est d'ailleurs frappant de constater que, d'après une étude récente menée sur un échantillon aléatoire d'économistes publiés dans l'*American Economic Review*, quatre-vingt-trois pour cent d'entre eux estiment nécessaire la mise en oeuvre de telles lois "dans le but de réduire le pouvoir de monopole" (10).

(b) Les grandes entreprises sont à nouveau mises en accusation à l'occasion des *pratiques discriminatoires*, car elles abuseraient des avantages que leur procureraient leurs grandes tailles et leurs pouvoirs. Ce sont de telles pratiques que le Clayton Act (1914) ou le Robinson-Patman Act (1936) voulaient réprimer en les considérant comme des actes de concurrence déloyale. Dans le même sens en France, avec les circulaires Fontanet (1960) et Scrivener (1977), ont été mises à l'index les pratiques commerciales visant :

- l'introduction dans les contrats entre producteurs et distributeurs de clauses qualifiées de "restrictives", à l'instar des clauses d'exclusivité ou des clauses de renoncement à des prix d'appel ;
- l'intervention des producteurs dans la politiques des prix des distributeurs, sous menace d'arrêt des approvisionnements.

Là encore la théorie économique est venue conforter et soutenir la répulsion de l'opinion publique à l'égard de pratiques qui paraissaient défavorables aux consommateurs, et donc justifier l'intervention des pouvoirs publics. C'est précisément la théorie des effets externes qui est ici invoquée. L'existence d'externalités dans *l'information* entraîne, selon la théorie traditionnelle, une divergence entre le "laissez-faire" et l'"optimum social". Pour être correct, il faut ajouter qu'apparaît en ce domaine qu'est celui de l'information, un phénomène de bien collectif. Toutefois, à titre de simplification et sans risque d'invalidité du raisonnement, l'on peut considérer uniquement la manifestation d'externalités.

(8) Cf. en particulier J. Robinson (1933), et E. Chamberlin (1933).

(9) Voir par exemple la théorie des prix administrés de J. Bain (1952).

(10) Cf. l'étude de B. Frey, W. Pommerehne, F. Schneider et G. Gilbert (1984).

II-2 - Le caractère dual de la réglementation publique

Prenons le simple exemple d'un fabricant qui fait une campagne publicitaire sur sa propre marque. De nombreux distributeurs tireront alors profit de cet investissement en capital-marque du producteur sans avoir pour autant contribué au financement. Il existe ainsi un effet externe favorable aux distributeurs. Le fabricant tentera de récupérer une partie de ces avantages en négociant des arrangements avec les distributeurs à moins qu'il ne réduise son investissement. Si l'on considère que de tels arrangements renchérissent les prix de vente des distributeurs au détriment des consommateurs, alors l'on empêchera la conclusion de tels accords : on les dénoncera comme des entraves à la concurrence.

Un exemple analogue au précédent, qui nous est donné par H. Lepage (1980) concerne la technique du "prix d'appel" pratiquée par un gros distributeur sur un produit d'une certaine marque X dans le but de favoriser la vente des autres articles vendus par ce même distributeur. D'ailleurs, en ce cas, le distributeur aura avantage à réduire les services associés à la vente du produit X pour les transférer sur les autres articles. Résultat : le fabricant du produit X subit un effet externe défavorable, d'autant plus que par son propre budget publicitaire il contribue à financer la publicité du distributeur sur l'ensemble des autres articles. Le fabricant sera tenté de pratiquer le refus de vente. Si l'on considère que le refus de vente se fait au détriment des consommateurs (des clients du distributeur mis dans l'impossibilité de bénéficier des services offerts par celui-ci), alors la réglementation l'interdira, ce qui favorisera le distributeur aux dépens du fabricant. Mais l'on pourrait aussi bien considérer que le producteur est injustement atteint par l'interdiction du refus de vente ; la réglementation pourrait donc plutôt interdire la technique du prix d'appel, ce qui désavantagerait le distributeur. Cet exemple est très significatif car il révèle que *toute réglementation a un caractère asymétrique* qui provient de la reconnaissance des *droits de propriété* des parties concernées.

Un dernier exemple, que nous empruntons encore à H. Lepage (1980) retiendra notre attention. En ce cas, un fabricant conclut un accord avec un distributeur de grande taille. Le premier assure la promotion nationale de son produit et forme le personnel chargé des ventes et du service après-vente. Le second prend en charge la démonstration, la commercialisation, et l'installation du produit qui bénéficie de surcroît de la publicité locale menée par le distributeur. Evidemment, cela coûte au distributeur, et le prix du produit s'en trouve d'autant relevé. Or voilà qu'un tiers, un magasin de petite taille sis dans un voisinage suffisamment rapproché du gros distributeur, vend le même produit à un prix plus faible que ce dernier en raison de frais de gestion nettement inférieurs. Le

distributeur de grande taille voit toujours autant de clients s'informer auprès de ses vendeurs des qualités du produit, mais ses ventes baisseront car les clients achètent au petit magasin. Celui-ci bénéficie donc d'un effet externe. L'on comprend alors que le distributeur de grande taille tente de récupérer une partie des avantages dont il est l'auteur et qu'il essaie de conclure des arrangements spécifiques avec le fabricant :

- le fabricant peut pratiquer le refus de vente au magasin de petite taille ;
- il peut aussi établir un contrat d'exclusivité avec le gros distributeur ;
- à moins que le fabricant n'applique une discrimination des prix en fournissant le magasin de petite taille à un prix plus élevé.

Si l'on considère que les consommateurs sont finalement lésés par de telles pratiques, alors on préconisera l'adoption de réglementations visant à les refuser et les condamner.

Dans les trois exemples qui viennent d'être donnés, une certaine vision idyllique de la réglementation publique, destinée à promouvoir certains aspects d'intérêt général, a dû finalement être amendée. Il a bien fallu reconnaître les droits de propriété des parties liées par un effet externe. Dès lors, l'on s'est aperçu également que la réglementation publique était de *nature duale*.

Il y a nature duale de la réglementation publique parce qu'elle *contrôle et protège tout à la fois*. Si elle protège le distributeur (en le favorisant) -notamment dans les deux premiers exemples ci-dessus- elle contrôle le fabricant, et inversement. Clairement, aussitôt que les droits de propriété sont mis en évidence, la réglementation publique apparaît comme un *procédé de distribution des droits de propriété*.

La réforme de la réglementation apparaît elle-même comme fonctionnellement équivalente à une réforme des droits de propriété. Dès lors, l'enjeu est le suivant : quels intérêts doivent être protégés, à travers quelle réglementation, et selon quelle réforme ? Remarquons qu'en posant cette problématique, l'on fait de la réglementation une partie intégrante du *processus d'évolution* de la société. Au cours de ce processus, le pouvoir est redistribué en même temps que le sont les droits. La dimension politique de la réglementation ne peut plus alors échapper à personne. Le schéma du despote bienveillant et omniscient n'est plus de mise, et cela d'autant plus que l'on a pris conscience des coûts de la réglementation publique.

II-3 - Les coûts de la réglementation

L'on prend conscience aujourd'hui que la réglementation est fondamentalement un outil imprécis et émoussé, qu'elle cause des dommages. La réglementation publique entraîne des coûts directs : ce

sont les frais liés à la préparation des règlements, à leur exécution, et au contrôle de leur application.

Il faut aussi tenir compte de toute une série de coûts indirects (11). Ce sont ceux qui surviennent lorsque les acteurs économiques ne peuvent faire autre chose que ce qui est prescrit par les règlements, surtout lorsque ceux-ci sont prohibitifs. Ce sont aussi les coûts issus d'une complexité croissante des règlements aux yeux des acteurs économiques. Voyez par exemple les différents régimes de prix que la réglementation publique a appliqués en France (la taxation, les cadres de prix, les prix sur devis, les marges commerciales limitées en valeur absolue ou en pourcentage, la liberté contrôlée, la liberté surveillée). En France, pendant quarante ans, il y a eu un contrôle des prix tel qu'il a favorisé l'essor d'organisations professionnelles puissantes, qui sont devenues les seules interlocutrices de l'Administration Publique. Ces organisations ont introduit des contraintes supplémentaires dans l'activité économique des coûts supplémentaires pour la société. Le contrôle des prix et des marges, et les réglementations en général, incitent les entrepreneurs à consacrer de plus en plus de ressources pour faire du "lobbying" administratif plutôt qu'à rechercher des gains de productivité et à faire des efforts en ce sens.

D'autres coûts indirects doivent être signalés dans la mesure où la réglementation peut produire des effets exactement contraires à ceux recherchés, ou des effets pervers. Dans le cas des prix des médicaments en France, le dirigisme et la politique des prix ont mené à une situation telle que l'industrie pharmaceutique française n'est plus considérée aujourd'hui comme une industrie de pointe. Le système de prix plafond est tel que le médicament français est aujourd'hui le moins cher du monde industriel, ce qui a pour conséquence immédiate une moindre capacité de recherche et d'innovation.

De manière générale, il faut reconnaître que l'intervention étatique ne débouche pas seulement sur une tentative de remédier à un échec du marché, mais qu'elle encourage les firmes privées à protéger leurs intérêts par des méthodes qui produisent des distorsions supplémentaires sur les marchés. Il est finalement devenu de plus en plus apparent que les *échecs de la réglementation publique* ne sont pas moins fréquents que les échecs du marché. Les institutions de l'Etat, dans le monde réel, ne se conforment jamais à des institutions idéalisées ou idylliques.

A cela, l'on a rétorqué que le marché fonctionne lui-même avec des coûts positifs non négligeables. Rien n'est plus vrai en effet : il s'agit des coûts de transaction que l'on rencontre sur tous les marchés, bien qu'ils puissent différer dans leur montant d'un marché

(11) Voir note (2) supra.

à l'autre. Le marché de concurrence pure et parfaite n'existe pas et n'existera jamais -pas plus d'ailleurs que l'Equilibre Général à la Walras- et c'est heureux ! Par conséquent l'on a soutenu que l'alternative marché ou Etat, en l'occurrence l'alternative "laissez-faire" ou réglementation publique, doit être examinée comme elle est : avec des échecs et des coûts dans chacun des deux cas. L'idéal serait bien sûr en pareilles conditions de comparer les coûts de la réglementation publique et les coûts de marché, et de choisir en conséquence la solution la moins coûteuse. Mais le problème est que la comparaison des deux coûts *n'est pas* chose facile. Admettons pourtant provisoirement que la comparaison soit aisée.

Sous cette dernière hypothèse, l'on est autorisé à dire que les deux procédés, la réglementation publique et le marché, sont potentiellement équivalents pour réaliser l'optimum économique et social. En d'autres termes nous dirions qu'il y a un biais favorable à la réglementation publique -entendons : la réglementation publique la plus étendue possible compte tenu des coûts sus-mentionnés.

III - LA VISION FAUSSEMENT IDEALISEE DE LA CONCURRENCE

III-1 - Deux conceptions de la concurrence

La thèse favorable à la réglementation publique a toujours reposé et repose souvent encore sur une version fausement idéale du marché. Bien que tout le monde admette l'existence de coûts de transaction, et que l'on intègre ces coûts dans le concept de l'optimum économique, la plupart du temps le législateur et ses conseillers économiques (ou peut-être davantage ceux-ci que celui-là) continuent de raisonner avec une définition erronée de la concurrence, et par conséquent de l'optimum économique lui-même.

Par définition, l'économie de marché suppose l'existence d'un monde imparfait. Comme l'expliquent F. Hayek (1978) et I. Kirzner (1973, 1979), la concurrence n'est pas seulement un mécanisme dont le rôle est d'assurer la sélection des entreprises les plus performantes. Plus essentiellement encore, la concurrence est une *procédure de découverte*. Les possibilités de satisfaire de nouveaux besoins ne se présentent pas d'elles-mêmes automatiquement aux acteurs économiques. Elles doivent être découvertes parce que le savoir est tout à la fois émietté et incomplet. Les acteurs économiques facilitent leurs propres découvertes par leurs capacités de vigilance et leurs aptitudes à identifier des circonstances particulières. Au-delà de cette vigilance, ils peuvent délibérément rechercher, de manière individuelle, de nouveaux moyens d'atteindre des fins, ou rechercher des fins non encore découvertes, voire rechercher des procédés encore inconnus pour découvrir des moyens et des fins. Bref, ils peuvent

délibérément rechercher le savoir. Toutefois, cela ne signifie en aucune manière qu'une augmentation du savoir entraîne de plus grandes possibilités de contrôle ou une plus grande prévisibilité.

La concurrence comme procédure de découverte attribue à l'information une place cruciale. La concurrence est ainsi appréhendée comme un mécanisme de création, de mobilisation, et de diffusion de l'information nécessaire à la coordination des activités humaines dans les sociétés complexes et dans un monde soumis à une incertitude radicale (12). C'est tout le rôle de l'entrepreneur que d'assurer la mobilisation des informations et des connaissances. C'est aussi tout le rôle de la concurrence que d'assurer qu'un maximum d'individus aient le plus grand intérêt personnel à corriger leurs propres projets afin de résorber les difficultés naissantes, telles les externalités. Ainsi que le souligne Mc Nulty (1967), cette notion de concurrence comme processus est conforme à la conception smithienne de la "compétition" et n'a rien à voir avec le modèle contemporain de concurrence parfaite qui définit un état (statique) de l'économie d'où est exclu tout processus (dynamique) intégrant des comportements de découverte. Les deux concepts de concurrence sont incompatibles.

III-2 - La liberté contractuelle réhabilitée

Aujourd'hui, un grand nombre d'économistes ont montré que les procédés habituellement incriminés comme des atteintes à la concurrence sont bien au contraire des antidotes que le marché a lui-même sécrétés pour corriger spontanément ses propres imperfections. De tout temps, les économistes de l'Ecole Autrichienne qui ont mis l'accent sur la notion de concurrence potentielle, comme ceux de l'Ecole de Chicago (13), ont soutenu que la présence d'oligopoles privés ne constitue pas une entrave fondamentale à la concurrence, lorsque celle-ci est considérée dans son authenticité, c'est-à-dire en dynamique. Des travaux très récents sur la notion de "marché contestable" vont encore dans ce sens (14). Mais en outre il a été montré que les techniques commerciales appliquées dans les cas d'effets externes précédemment examinés ne sont en fait que des *institutions sociales*, c'est-à-dire des pratiques sociales auto-sélectionnées par le fonctionnement du marché.

Une fois en effet reconnus les droits de propriété privée, le rôle des pratiques institutionnelles est d'internaliser les effets externes et donc d'atteindre des résultats efficaces. Toutefois, notons qu'il s'agit ici d'un *optimum relatif de connaissance* (15). L'efficience

(12) Voir notamment G. O'Driscoll et M. Rizzo (1985).

(13) Cf. en particulier E. Fama et A. Laffer (1972).

(14) Cf. W. Baumol, J. Panzar et R. Willig (1982).

(15) En d'autres termes, le critère habituel d'optimum parétien ne semble plus satisfaisant dans un tel contexte.

pour un acteur économique (pour une firme) n'a de sens que *ex ante* compte tenu des connaissances au moment de l'établissement des projets et cela n'a rien à voir avec l'efficacité en tant que concept global normatif. Il a été montré que, dans nos sociétés complexes, les pratiques commerciales correspondent toujours à des investissements en information (16). Plus précisément, elles constituent des arrangements contractuels qui contribuent à assurer la rentabilité des investissements en information, et donc à réduire les pertes d'efficacité économique et sociale issues des externalités.

Il est vrai que, comme l'ont montré nombre d'auteurs, les pratiques commerciales en question ne sont *ni parfaites ni gratuites* (17). Il est vrai aussi que, de façon temporaire, certains consommateurs se voient dans l'impossibilité d'acquérir des produits à des prix plus faibles que ceux qui prévalent lorsque de telles pratiques existent. Mais si elles sont interdites par la réglementation, c'est l'ensemble des consommateurs potentiels qui sont victimes de celle-ci. La raison est qu'ils ne bénéficient plus de l'information marginale qui aurait pu les toucher et les aider à satisfaire leurs besoins par de nouveaux moyens. De plus, l'interdiction de ces pratiques par la réglementation inhibe la compétitivité de l'économie. Elle renchérit le coût d'entrée sur le marché des producteurs potentiels ou de nouvelles marques, et protège au moins implicitement les entreprises et marques déjà présentes. En réduisant le degré de concurrence, elle empêche enfin tout mécanisme de baisse des prix dans le long terme. C'est ainsi que la réglementation peut aboutir à des effets contraires à celui recherché : la sauvegarde de la concurrence. Au contraire, la *liberté contractuelle* dans le domaine commercial permettrait non seulement d'internaliser les effets externes mais encore de garantir un degré élevé de concurrence.

Il s'agit en définitive de donner un caractère légal à certaines clauses commerciales, ce qui permettra à l'acteur économique de faire plus efficacement ce qu'il a l'intention de faire. Ainsi, dans la lignée des travaux de R. Coase (1937), parvient-on aujourd'hui à justifier les phénomènes d'intégration verticale (18). Lorsque la taille de l'entreprise augmente par intégration verticale, cela peut être expliqué par la possibilité de réaliser à un moindre coût l'exécution des contrats au sein d'une même chaîne de production-distribution. En d'autres mots, à des contrats incomplets qui ouvrent la voie à un comportement d'opportunisme de la part de certaines firmes, on substitue un accord d'intégration verticale (19). Néanmoins, il faut

H. Demsetz (1979) explique qu'il est inapproprié de juger l'efficacité des institutions du monde réel en les comparant à une norme idéale.

(16) Voir G. Stigler (1961), (1968).

(17) Consulter plus spécialement B. Klein (1980), B. Klein et K. Leffler (1981), et H. Demsetz (1982).

(18) Cf. A. Alchian et H. Demsetz (1972), ou encore O. Williamson (1981).

(19) Sur ce point, voir en particulier B. Klein, R. Crawford, et A. Alchian (1978).

tenir compte du fait qu'avec l'augmentation de la taille de l'entreprise, l'organisation devient plus complexe. Les coûts de coordination interne et les coûts du contrôle destiné à empêcher toute accapitation par les employés d'actifs spécifiques de la firme, peuvent à partir d'un certain seuil excéder le gain net issu de l'intégration (20). L'analyse de l'intégration verticale rejette ainsi la notion de pouvoir de monopole au sens traditionnel du terme.

III-3 - Le caractère dual des droits de propriété

A nouveau, l'on est tenté de comparer d'une part, la réglementation de la concurrence, et d'autre part le système de la liberté contractuelle (ce que l'on nomme souvent de manière péjorative le "laissez-faire"). Si l'on se réfère à la définition de la concurrence comme procédure de découverte, alors l'on dira que la réglementation publique conduit dans le long terme à réduire l'efficacité globale de la société, mais que dans le court terme elle permet de réaliser des gains. Au contraire, l'autorégulation par la concurrence et par la liberté contractuelle permettrait de réaliser des gains dans le long terme au détriment de certains agents économiques dans le court terme.

Là encore, la comparaison des coûts relatifs à la réglementation publique et à l'autorégulation contractuelle privée n'est pas chose facile. L'approche consistant à comparer des institutions différentes est toujours difficile car les coûts impliqués sont *subjectifs* : ils ne peuvent être objectivement mesurés. Mais admettons héroïquement une fois de plus qu'elle soit aisée à réaliser. Sous cette hypothèse, l'on est à nouveau autorisé à dire que les deux processus de régulation et d'évolution de la société -celui relevant de la réglementation et celui procédant par le marché concurrentiel- sont potentiellement et fonctionnellement équivalents, en dynamique, pour obtenir des résultats efficaces sur le plan économique. En effet, le marché constitue un système d'ajustements évolutifs qui gouvernent les comportements individuels et la structure des ensembles de choix possibles ; le marché est une institution solidaire d'une autre institution : les droits de propriété privée. Les droits de propriété ont, comme nous l'avons dit de la réglementation, une nature duale. Le droit de Dupont le protège mais limite aussi Durand ; chaque droit implique un non-droit. Par conséquent, les deux processus de régulation -réglementation et marché concurrentiel- sont fonctionnellement équivalents parce qu'ils sont tous deux tout à la fois un frein au pouvoir et un véhicule du pouvoir.

Dans ces conditions, nous serions à nouveau tentés de conclure qu'il existe un biais favorable à la réglementation publique. Compte

(20) Cf. O. Williamson (1969).

tenu des coûts signalés précédemment, la déréglementation serait inutile, on en tout cas elle ne ferait que redistribuer le pouvoir sans effet final positif sur l'efficacité. Toutefois cette conclusion d'équivalence n'est qu'apparente. En fait, la liberté contractuelle telle qu'elle a été définie n'est pas l'*alter ego* de la réglementation publique.

IV - LE BIAIS DEFAVORABLE A LA REGLEMENTATION PUBLIQUE

IV-1 - Les rôles du marché politique et des comportements bureaucratiques

Il est vrai que la réglementation et la liberté contractuelle sont toutes deux des mélanges de contraintes et de liberté. Cependant les contraintes ne sont pas de même nature dans les deux cas. Il ne fait pas de doute que la liberté contractuelle favorise l'efficacité économique. Mais en ce qui concerne la réglementation publique, même si elle n'ignore pas l'enjeu de l'efficacité économique, le véritable critère retenu est tout autre : il s'agit de la redistribution des revenus et de la redistribution du pouvoir.

Certes le pouvoir existe, et il est sans cesse restructuré, soit par l'intermédiaire du processus des réformes réglementaires, soit avec le processus d'évolution qui est du ressort du marché. Mais les deux formes de restructuration ne sont pas analogues et n'ont pas les mêmes effets.

Le processus d'évolution par réformes de la réglementation ne se fait pas ailleurs que sur le *marché politique* (21). Dans ce cas, nous avons affaire à une compétition entre groupes de pression qui se remodèlent sans cesse pour détenir une part du pouvoir politique susceptible de leur garantir un flux de revenus (22). L'objectif ultime, implicite ou explicite, est la répartition des revenus et non l'efficacité.

Comme l'ont montré maints ouvrages et une longue série d'études, les lois antitrust ont provoqué des effets néfastes (23). Il apparaît ainsi, par exemple, que l'on ne peut dissocier l'adoption du Sherman Act de la situation économique de la fin du XIXe siècle aux Etats-Unis (24). La restructuration industrielle profonde de l'époque remettait en cause l'existence de beaucoup d'entreprises. De plus un grand nombre de salariés voyait se profiler le spectre du chômage,

(21) A propos de la notion de marché politique, consulter A. Breton (1974), et G. Tullock (1978).

(22) Voir tout spécialement à ce sujet l'important article de G. Becker (1983).

(23) Il convient ici de citer, entre autres études, celles de H. Goldschmidt, M. Mann et F. Weston (eds), (1974), R. Posner (1976), R. Bork (1978), D. Armentano (1982), Y. Brozen (1982), W. Schughart II et R. Tollison (1985), T. Dilorenzo (1985).

(24) Pour une analyse détaillée sur ce propos, voir H. Lepage, (1980).

sans protection. En outre la pression de la concurrence (nationale et extérieure) suscite toujours l'inquiétude d'industriels qui dénoncent pour l'occasion la résurgence de la "loi de la jungle". Evidemment les industriels qui en des circonstances nouvelles réussissent dans leurs affaires sont suspects de pratiques déloyales. Dès lors, l'on estime que l'Etat doit intervenir pour mettre de l'ordre et s'ensuivent des décisions législatives à objectif protectionniste. Le but ultime n'est pas de corriger les défauts de fonctionnement du marché (comme on l'a souvent prétendu), mais de *protéger les structures existantes et les intérêts établis* qui se trouvent menacés par l'évolution économique. Un certain nombre d'auteurs ont clairement montré que non seulement la fin du XIXe siècle aux Etats-Unis ne se caractérisait pas par un déclin durable de la concurrence, mais encore que la préoccupation des milieux politiques et des pouvoirs publics n'était pas spécialement de recréer la concurrence là où elle était menacée.

Il est frappant de constater que les nouvelles analyses économiques dans le domaine de la concentration ont eu des effets non négligeables sur le comportement de la Division antitrust du Ministère de la Justice aux Etats-Unis. En 1982, l'on a remplacé les directives de 1968 en matière de concentration par un document qui concrétisait un changement d'orientation radical. L'élément nouveau consistait à reconnaître que toute concentration ne menaçait pas obligatoirement la concurrence et que le consommateur pouvait aussi y trouver un avantage significatif. Les orientations de 1982 ont été d'ailleurs affinées et complétées en 1984.

De la même manière que pour les lois antitrust, l'on a également montré que les dispositions réglementaires visant à interdire toutes sortes de pratiques discriminatoires sont généralement conçues pour protéger certains intérêts privés (cas par exemple des petits commerçants contre la nouvelle concurrence des grandes surfaces). Les véritables motivations sont claires : la redistribution des revenus par le biais du marché politique, et non l'efficacité par le biais du marché économique (25). Il convient ici de mentionner les analyses fondamentales de la réglementation qu'on menées successivement G. Stigler (1971, 1975), R. Posner (1974, 1975) et S. Peltzman (1976).

Dès le départ, G. Stigler avait relevé la manière dont un groupe de pression parvient à "capturer" une administration, de sorte que les agences administratives en viennent à défendre les intérêts des agents économiques qu'elles sont chargées de contrôler. L'analyse de Posner (1974) va dans le même sens que celle de Stigler. Peltzman quant à lui développe la théorie de la réglementation en mettant l'accent sur le fait que dans sa recherche de plus grande pérennité, l'agence administrative (*i.e.* les responsables de la réglementation) ne peut entièrement et durablement satisfaire un groupe (certaines firmes

(25) Voir les études empiriques qui figurent dans le recueil de textes sur la déréglementation édité par R. Noll et B. Owen (1983).

d'un secteur, tel celui des transports aériens par exemple) ; il lui faut aussi accorder quelque avantage aux autres groupes impliqués (autres firmes, ou consommateurs). On retrouve ici l'analyse économique de la bureaucratie formulée par W. Niskanen (1971). Les bureaucrates, responsables de la réglementation, doivent donc se comporter en véritables entrepreneurs à la recherche d'un équilibre entre les groupes d'intérêts dans le but de maximiser leur pouvoir. Cette dernière analyse a été complétée par G. Becker (1983). Elle contribue en tout cas à mettre l'accent sur le fait que pour les raisons indiquées, les agences administratives peuvent avoir intérêt à procéder à une déréglementation -ce qui, comme le révèlent les exemples cités en introduction, se confirme de nos jours en de multiples domaines.

Selon la théorie la plus récente en vigueur, il semble donc que le mouvement actuel de déréglementation ne réponde pas forcément à une préoccupation spéciale portée aux aspects anti-concurrentiels de la législation et des réglementations publiques. Cela revient à dire que l'efficacité n'est pas spécialement recherchée, mais bien plutôt une modification dans la répartition des revenus. En d'autres termes, le comportement des bureaucrates et/ou des législateurs peut très bien mener dans les prochaines années à de nouvelles vagues de réglementation -à moins que l'on n'ait déjà pris conscience du véritable biais défavorable de la réglementation publique.

IV-2 - L'ultime défaillance de la réglementation publique

Dans un processus d'évolution qui se déroule selon une succession de réformes des réglementations publiques, tout se passe par des agissements protectionnistes émanant de groupes de pression. Ces groupes cherchent à obtenir par le marché politique ce qu'ils ne peuvent acquérir par le seul exercice du marché économique. Dans ce contexte, les entreprises qui cherchent à se protéger se tournent vers les pouvoirs publics pour obtenir que ce soient eux qui imposent des normes.

Pourquoi cette protection sur le marché politique n'est-elle pas l'*alter ego* de la protection sur le marché économique, c'est-à-dire de la protection par la liberté des engagements contractuels ?

L'action par le marché politique et par la bureaucratie n'est pas gratuite pour la société. A cela il faut ajouter l'ensemble des ressources utilisées par les entreprises pour assurer le verrouillage de la concurrence. Mais, comme nous l'avons observé, le marché économique aussi fonctionne avec des coûts de transaction positifs. La bureaucratie *privée* est elle-même coûteuse, quoique la dégradation des droits de propriété soit moins forte en ce cas comparativement à la bureaucratie *publique*. Mais admettons une fois encore que les coûts soient comparables -ce que nous ne pensons pas pourtant, ne fût-ce qu'en raison de la subjectivité des coûts-. Il subsiste malgré tout une

différence fondamentale entre l'évolution spontanée résultant des comportements qui s'exercent sur le marché économique, et l'évolution des agissements sur le marché politique.

Dans les deux processus d'évolution, l'on ne peut "ignorer l'ignorance". Les erreurs sont présentes *dans les deux* processus. En ce qui concerne la réglementation publique, les erreurs ont des effets plus graves à l'égard du critère d'efficacité, et aussi plus déstabilisants pour l'activité économique en ce sens que la correction des erreurs est elle-même défailante. Celle-ci peut être retardée, ou plus précisément encore, elle peut ne faire jamais apparaître spontanément des possibilités qui étaient jusque là négligées.

La technique d'acquisition de la protection par la voie de la réglementation publique prend plus de temps que la négociation contractuelle directe entre les parties, mais elle a un avantage incontestable pour le groupe de pression. Elle débouche en effet sur un résultat *durable*, qui ne risque pas d'être remis en question de façon permanente par le comportement de francs-tireurs. La durabilité est en fait une réponse néfaste imprévue du désir de "bien faire" de l'agence administrative. Par exemple, l'Administration d'Electricité Rurale (REA) aux Etats-Unis fut établie dans les années 1930 pour subventionner la livraison d'électricité dans les campagnes. Le Gouvernement Fédéral garantit des prêts à deux pour cent et élimina l'impôt sur le revenu des coopératives rurales d'électricité. A l'évidence, l'on pouvait soutenir qu'il y avait derrière une telle action un désir de "bien faire" ; ainsi les citoyens ont pu bénéficier d'une partie du coût de livraison de l'électricité, et le fait de livrer de l'électricité à tout un chacun était un idéal louable. L'établissement de prix-plafonds sur les marchés répond généralement au même voeu. Malheureusement, des effets imprévus sont associés à ce type de décisions. Si l'on met de côté le coût résultant de l'emploi inefficace des ressources productives, l'effet majeur de l'activité de la REA est la perte de quarante ans de recherches et de tentatives de découvertes dans le domaine du développement d'autres énergies.

L'absence de marché concurrentiel -i.e. l'inexistence de la concurrence comme procédure de découverte- réduit et limite les incitations à développer de nouvelles productions. Les bureaucraties sont dans l'impossibilité d'encourager et de stimuler la flexibilité et l'innovation. A moins que les réglementations ne soient aptes à varier d'un moment à l'autre suivant un objectif d'efficacité, il apparaît que certains centres de décisions contraignent d'autres centres qui ne sont pas consultés. La générosité n'est qu'une apparence et pour le moins, la postérité qui se trouve impliquée par la décision réglementaire n'est pas consultée. Le futur ne peut pas être davantage prédit par les bureaucrates ou les politiciens que par les entrepreneurs du secteur privé. De ce fait, on ne peut jamais savoir ce que sera le coût du

biais défavorable de la réglementation publique. On sait seulement qu'il y aura un tel biais défavorable et un coût correspondant.

Les politiques réglementaires ont la prétention d'améliorer telle ou telle situation économique (et sociale) en appliquant tout le savoir inexistant. Les métaphores qui suggèrent que la "société" est une unité de décision sont trompeuses et nous mettent dans l'erreur. La raison est qu'elle ignorent -ou font semblant d'ignorer- qu'en fait les décisions sont habituellement prises par les acteurs économiques en fonction de leurs propres subjectivité et compte tenu de structures d'incitations d'un type particulier. Comme l'a soutenu F. Hayek (1937), dans la grande société moderne, aucune personne ni aucune administration ne peut posséder la totalité du savoir et ne saurait être assez compétente pour coordonner le savoir épars. Avec le déroulement spontané du processus de marché, l'ignorance tend en effet à -se réduire sous l'action des entrepreneurs économiques. Cependant, d'une part s'ouvrent toujours de nouvelles possibilités, et d'autre part l'action est elle-même en permanence affectée par un changement incorrectement prévu. La durabilité qui caractérise la réglementation publique annihile le rôle du marché comme processus de découverte sans pouvoir substituer une procédure aussi efficace. Quant à la générosité invoquée, rien n'est moins sûr, notamment lorsque l'on se situe dans le long terme.

En résumé, le biais défavorable au processus d'évolution qui relève de la réglementation publique est le suivant. Les agences administratives chargées d'adopter des dispositions réglementaires ont besoin de connaître par avance les résultats du marché comme procédure de découverte pour pouvoir faire aussi bien sinon mieux. Tâche impossible, qui explique pourquoi s'impose la correction des erreurs par ceux et de ceux qui appliquent la réglementation, mais aussi pourquoi la correction débouche sur une prolifération de règlements qui ajoutent des perturbations à l'activité économique.

Le comportement bureaucratique se livre à une sorte de commerce entre l'altruisme et l'efficacité. Bien que la générosité puisse parfois guider en apparence le comportement bureaucratique, celle-ci cache mal l'intérêt personnel qui influence généralement la décision du bureaucrate. Quant à l'efficacité, lorsqu'elle est (très souvent) invoquée, elle cache mal l'objectif ultime qui est la redistribution des revenus. Au total, l'efficacité sert d'alibi à la réglementation publique pour justifier un processus d'évolution prétendument succédané du marché concurrentiel. Mais pareil succédané n'existe pas.

IV-3 - L'alibi de l'efficacité

Le bureaucrate a en fait de fortes incitations à augmenter l'autorité de son agence administrative et son domaine de responsabilité (26). Mais non contraint par la nécessité d'engendrer des profits, l'entrepreneur bureaucratique exagère l'efficacité des projets qu'il administre. Il ne s'agit pas là d'un manque d'aptitude de bureaucrate. En fait, celui-ci répond rationnellement à l'ensemble des incitations externes auxquelles il est confronté en même temps qu'à ses préférences internes. Si les préférences internes vont vers une augmentation de la taille et du budget de l'agence réglementaire, les incitations externes ne sont pas moins sources d'inefficacité.

Les responsables des décisions prises au sein des agences administratives sont généralement moins rémunérés que des individus aux capacités comparables qui exercent une activité dans le secteur réglementé. Mais aussi, ces responsables recherchent couramment un emploi dans le secteur réglementé après quelques années d'expérience. En d'autres termes, ils réglementent leurs futurs employeurs, et de ce fait il n'est point surprenant qu'ils approchent ces derniers avec une certaine attitude coopérative ou protectrice. Des avantages pécuniaires directs, immédiats et explicites, au profit des bureaucrates ne sont donc même pas nécessaires pour qu'ils défendent le secteur réglementé. Dans l'immédiat, l'entrepreneur bureaucratique doit seulement recueillir un support politique suffisant, lequel peut simplement consister en une approbation par le Parlement.

Peu d'obstacles existent en fait pour entraver la discrétion bureaucratique et ses abus. Les citoyens ne peuvent contrôler ou influencer la prise de décision bureaucratique, non par apathie mais en résultat d'un comportement rationnel. Le citoyen ne se prêterait pas à l'étude d'enjeux nationaux (comme les politiques antitrust ou autres réglementations) parce qu'il n'aura pas d'impact personnel sur la prise de décision ; l'acquisition de l'information est relativement coûteuse. En outre, le montant de l'avantage que procure une mesure bureaucratique au secteur réglementé peut dépendre de son manque de quantifiabilité, précisément parce que l'on refoule le rôle du marché économique. Le manque d'information causé par l'absence des prix de marché bénéficie à la fois aux bureaucrates et à leur clientèle d'intérêt spécifique. Si un support politique est nécessaire aux bureaucrates, la réciproque étant également vraie, cela n'introduit pas pour autant un obstacle à la surutilisation des ressources. Et d'ailleurs, il n'est nullement besoin de procéder à un prélèvement fiscal supplémentaire, pour financer une nouvelle mesure réglementaire, car celle-ci ne consiste pas à autre chose qu'un moyen de redistribuer les

(26) Cf. les ouvrages de W. Niskanen (1971), T. Borcharding (1977), ou encore R. McKenzie et G. Tullock (1978).

ressources. Dans l'immédiat, ce moyen est moins douloureux que l'impôt.

L'on peut dire que la réglementation publique consiste en une politique de redistribution des revenus ou de transferts sociaux sans passer par les impôts ou par des cotisations sociales obligatoires. Et il est facile pour les pouvoirs publics de procéder à cette redistribution en prenant appui sur quelque légende, telle l'image du renard libre dans le poulailler. Il y a une sorte de mouvement par lequel, plus l'Etat intervient, plus il se donne les moyens d'intervenir, et plus il devient tentant pour les agents économiques formés en groupes de pression spécifique de se tourner vers lui pour lui réclamer protection. Tout cela vient alourdir les coûts assortis aux réglementations publiques. Ces coûts ne sont plus négligés aujourd'hui, mais la conclusion principale que nous dégageons ici consiste à dire qu'il existe un biais défavorable aux réglementations publiques même si l'on ne tient pas compte des coûts. Corrélativement, la déréglementation est favorable dans le sens où elle est synonyme d'instauration de la liberté contractuelle. Celle-ci est beaucoup plus conforme au critère d'efficacité (de l'optimum relatif de connaissance) que ne le prétendent un certain nombre d'économistes eux-mêmes, et dans la foulée les historiens, les hommes politiques et les idéologues.

Qu'on ne se méprenne pas toutefois sur le sens de cette conclusion. Il n'est pas question de contester que des lacunes et défauts peuvent persister dans le fonctionnement du marché privé. Mais lacunes et défauts ont très souvent un caractère provisoire et méritent d'être sanctionnés s'il s'agit de non respect d'une obligation contractuelle. Ce qui est surtout contestable c'est l'utilisation qui est faite de la législation de la concurrence à travers le marché politique tel qu'il fonctionne dans nos systèmes de démocratie représentative.

Ce qui fonde finalement la réglementation publique, c'est l'intérêt propre des divers participants à la vie politique. Ainsi la réglementation publique peut servir à accomplir d'immenses redistributions de revenus qui n'apparaissent pas explicitement dans le budget de l'Etat. La théorie de la réglementation apparaît donc réellement comme pleinement associée à la théorie de la fiscalité et des dépenses publiques, en visant spécialement la répartition des revenus.

Si aujourd'hui nous sommes sensibilisés à la déréglementation, c'est en raison du dynamique que l'on attend de l'exercice de la concurrence comme procédure de découverte. D'une certaine manière, il s'agit d'une véritable révolution culturelle qui consiste à relancer l'esprit d'entreprise. L'on espère ainsi que les innovations et les méthodes nouvelles ne soient ni interdites ni retardées par des réglementations quelconques. Dans le fond, celles-ci s'opposent aux capacités permanentes d'adaptation du marché, en raison notamment de la cessibilité et de la transmissibilité des droits de propriété privée.

V - CONCLUSION : STRUCTURES D'INCITATIONS ET DROITS DE PROPRIETE

Pour certains, le mécanisme de marché peut entraîner une affectation inefficace des ressources, à laquelle un mécanisme de contrôle collectif doit pouvoir remédier. Mais cet argument anti-marché ne résiste pas à l'examen lorsque l'on mène une analyse qui intègre :

- d'une part les incitations différentes auxquelles le marché se trouve confronté, par opposition aux centres de décisions politico-bureaucratiques ;
- d'autre part les manières différentes dont les centres de décisions eux-mêmes sont choisis dans les deux systèmes.

Généralement, les individus agissent dans leurs propres intérêts, tels qu'ils les perçoivent. Pour servir et être bénéfique à la société toute entière, une institution doit réussir à réaliser la symbiose entre *l'autorité* (i.e. le pouvoir de commander l'utilisation des ressources) et la *responsabilité* (i.e. le fait d'acquérir les gains mais aussi de supporter les coûts et pertes résultant de l'action). Le marché repose fondamentalement sur les droits de propriété privée pour tenir chaque personne responsable. Comme l'ont montré E. Furubotn et S. Pejovich (1972), ou encore S. Pejovich (1979), l'on peut comprendre pourquoi les marchés enregistrent des échecs lorsque les droits de propriété sont imparfaitement définis, incorrectement mis en oeuvre, et intransmissibles. Cela signifie bien sûr qu'en de telles conditions il n'y a pas de marché au sens propre du terme. On comprend alors également pourquoi les institutions collectives (en l'occurrence les institutions bureaucratiques et politiques) sont défailtantes dans les actions qu'elles mènent. La raison est que les droits de propriété privée n'existent pas ; à tout le moins, les droits de propriété sont-ils très imparfaitement définis. Le résultat est que les centres de décision politico-bureaucratiques ne sont pas pleinement responsables de leurs actions. le contrôle de celles-ci n'émane pas de propriétaires privés. Ceux qui se voient attribuer la charge d'établir les réglementations ne sont par conséquent enclins ni à résister aux pressions politiques provenant d'intérêts spéciaux, ni à sacrifier leurs carrières personnelles.

L'importance que nous accordons aux droits de propriété pour expliquer les structures d'incitations signifie qu'il faut toujours s'interroger sur le fait de savoir qui prend la décision, sous quelles contraintes, et sous quels mécanismes rétro-actifs. Il est essentiel de comprendre quand nos propres institutions érigent certains processus de décisions inefficaces, alors qu'existent d'autres processus de décision disponibles qui méritent d'être expérimentés. La déréglementation permet aux décisions de s'exprimer à travers le processus de marché.

Le fait d'attribuer une certaine priorité aux droits de propriété ne signifie pas non plus que les coûts de transactions doivent être négligés. La déréglementation réduit sans conteste toute une série de coûts directs et indirects associés aux règlements. Mais elle offre aussi l'avantage d'une plus grande flexibilité d'adaptation des comportements humains aux circonstances nouvelles. Les entreprises de petite taille se voient offrir de plus grandes chances de survie et le bénéficiaire ultime est bien le citoyen consommateur.

REFERENCES

- ALCHIAN A.A. et DEMSETZ H. :
 (1972) : "Production, Information Costs and Economic Organization", *American Economic Review*, Vol. 62 (déc.).
- ARMENTANO D. :
 (1982) : *Antitrust and Monopoly*, Wiley.
- BAIN J.S. :
 (1952) : *Price Theory*, Holt.
- BAUMOL W.J., PANZAR J.C. et WILLIG R.D. :
 (1982) : *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovitch.
- BECKER G.S. :
 (1983) : "A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n. 3 (août).
- BORCHERDING T.C. (ed.) :
 (1977) : *Budgets and Bureaucrats*, Duke University Press.
- BORK R. :
 (1978) : *The Antitrust Paradox*, Basic Books.
- BOWMAN E.H. et Mc WILLIAMS B.G. :
 (1978) : "La logique implacable de la déréglementation", *Revue Française de Gestion* (mars-avril-mai).

BRETON A. :

(1977) : *The Economics of Representative Government*, Aldine Atherton.

BROZEN Y. :

(1982) : *Concentration, Mergers, and Public Policy*, Macmillan.

BUCHANAN J.M. :

- (1949) : "The Pure Theory of Government Finance : A Suggested Approach", *Journal of Political Economy*. Rééd. in J. M. Buchanan, *Fiscal theory and Political Economy*, Chapel Hill, N.C. (1960).

- (1977) : *Freedom in Constitutional Contract*, College Station : Texas A & M University Press.

CARRON A.S. et Mc AVOY P.W. :

(1984) : *The Decline of Service in the Regulated Industries*, American Enterprise Institute.

CENTI J.P. :

(1985) : "Concurrence sur le marché des crédits et innovations financières", in J.P. Giran, *La déréglementation*, Economica.

CHAMBERLIN E.H. :

(1983) : *The Théory of Monopolistic Competition*, Cambridge (1ère éd.).

COASE R.H. :

(1937) : "The Nature of the Firm", *Economica* (nov.).

DEMSETZ H. :

- (1969) : "Information and Efficiency", *Journal of Law and Economics*, Vol. 12 (avril).

- (1982) : "Barriers to Entry", *American Economic Review*, Vol. 72, n. 1 (mars).

DILORENZO T.J. :

(1985) : "The Origins of Antitrust : An Interest-Group Perspective", *International Review of Law and Economics*, n. 5.

ELY R.T. :

(1887) : "The Future of Corporations", *Harpers* (juill.).

FAMA E.F. et LAFFER A.B. :

(1982) : "The Number of Firms and Competition", *American Economic Review*, Vol. 62 (sept.).

FREY B.S., POMMEREHNE W.W., SCHNEIDER F. et GILBERT G. :

(1984) : "Consensus and Dissention among Economists", *American Economic Review*, Vol. 74, n. 5 (déc.).

FURUBOTN E. et PEJOVICH S. :

(1972) : "Property Rights and Economic Theory : A Survey of Recent Literature", *Journal of Economic Literature*, Vol. 10.

GIRAN J.P. :

(1985) : *La déréglementation*, Economica.

GOLDSCHMIDT H., MANN M. et WESTON F. (eds) :

(1974) : *Industrial Concentration : The New Learning*, Little Brown.

HAYEK F.A.v. :

- (1937) : "Economics and Knowledge", *Economica*, N.S.4. Rééd. in F.A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, (1948).

- (1978) : "Competition as a Discovery Procedure", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, University of Chicago Press.

KAY J.A. et SILBERSTON Z.A. :

(1984) : "The New Industrial Policy. Privatisation and Competition", *Midland Book Review*, (Spring).

KIRZNER I.M. :

- (1973) : *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press.

- (1979) : *Perception, Opportunity, and Profit*, University of Chicago Press.

KLEIN B. :

(1979) : "Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, Vol. 70 (mai).

- KLEIN B., CRAWFORD R.G. et ALCHIAN A.A. :
 (1978) : "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, Vol. 21 (oct.).
- KLEIN B. et LEFFLER K. :
 (1981) : "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performances", *Journal of Political Economy*, Vol. 89 (août).
- LEPAGE H. :
 (1980), *Demain le libéralisme*, Le livre de poche, coll. Pluriel.
- LITAN R.E. et NORDHAUS N.D. :
 (1983) : *Reforming Federal Regulation*, Yale University Press.
- Mc KENZIE R.B. et TULLOK G. :
 (1983) : *Modern Political Economy. An Introduction to Political Economy*, Mc Graw Hill.
- Mc NULTY P. :
 (1967), "A note on the History of Perfect Competition", *Journal of Political Economy*, Vol. 10.
- MUSGRAVE R. :
 (1959) : *The Theory of Public Finance*, Mc Graw Hill, New York.
- NISKANEN W.A. :
 (1971) : *Bureacracy and Representative Government*, Chicago, Il : Aldine.
- NOLL R.G. et OWEN B.M. (eds) :
 (1983) : *The Political Economy of Deregulation*, American Enterprise Institute.
- O'DRISCOLL G.P. Jr. et RIZZO M.J. :
 (1985) : *Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell.
- PEJOVICH S. :
 (1979) : *Fundamentals of Economics : A Property Rights Approach*, The Fisher Institute.
- PELTZMAN S. :
 (1976) : "Toward a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, Vol. 19 (août).

POSNER R.A. :

- (1974) : "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5 (automne).
- (1975) : "The Social Costs of Monopoly and Regulation", *Journal of Political Economy*, Vol. 83.
- (1976) : *Antitrust Law : An Economic Perspective*, University of Chicago Press.

ROBINSON J. :

- (1933) : *The Economics of Imperfect Competition*, Londres : Macmillan.

SHUGART II W.F. et TOLLISON R.D. :

- (1985) : "The Positive Economics of Antitrust Policy : A Survey Article", *International Review of Law and Economics*, Vol. 5.

STIGLER G.J. :

- 1961) : "The Economics of Information", *Journal of Political Economy*, Vol. 69 (juin).
- (1968) : "Price and Non-Price Competition", *Journal of Political Economy*, Vol. 76 (janv.-fév.).
- (1971) : "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, (Printemps).
- (1975) : *The Citizen and The State*, University of Chicago Press.

TULLOCK G. :

- (1978) : *Le marché politique : Analyse économique des processus politiques*, Economica

WEIDENBAUM M.L. et DEFINA R. :

- (1978) : *The Cost of Federal Regulation of Economic Activity*, American Enterprise Institute.

WILLIAMSON O.E. :

- (1967) : "Hierarchical Control and Optimum Firm Size", *Journal of Political Economy*, Vol. 75 (avril).
- (1981) : "The Modern Corporation : Origins, Evolution, Attributes", *Journal of Economic Literature*, Vol. 19 (déc.).

DEREGLEMENTATION ET COORDINATION : POINTS DE REPERE ECONOMIQUES (*)

Par

Claude JAMEUX
Maître de Conférences à l'Université de Corse

Cet article propose quelques jalons d'une approche possible de la question de la déréglementation, fixant sa problématique sur celle, plus générale, de la coordination des activités économiques et sociales. Sa perspective est exploratoire ; elle trouve son origine dans les deux observations suivantes.

1 - Si la déréglementation est au goût du jour dans de nombreux pays occidentaux, les problèmes qu'elle soulève se posent en des termes différents selon les structures économiques et sociales concernées. Ainsi, pour illustrer le propos avec un seul exemple, l'acclimatation au cas français de l'expérience américaine de dérégulation doit être envisagée avec circonspection (1).

Aux Etats-Unis, le poids des entreprises publiques est relativement faible. Par ailleurs, parmi les différents modes d'intervention des pouvoirs publics, l'action réglementaire présente un caractère quasi-exclusif. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la déréglementation soit considérée comme le ressort privilégié de la promotion de la liberté d'entreprise et de la libre concurrence. C'est principalement sur ce terrain que se joue l'essentiel des débats autour de la dérégulation, au niveau des secteurs (déréglementations sectorielles) comme au niveau de l'économie dans son ensemble (déréglementation fonctionnelle).

(*) Nous remercions Monsieur Bertrand MUNIER, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, pour ses précieuses suggestions lors de la conception de cet article.

(1) P. Mentré analyse les enseignements de l'expérience américaine et tente d'en extraire les éléments d'un programme de déréglementation adapté au cas français dans : Gulliver enchaîné, ou comment déréglementer l'économie, Paris, La Table Ronde, 1982.

En revanche en France, la récente extension massive du secteur public s'ajoute à une tendance traditionnelle au recours réglementaire dans tous les domaines. Dans ces conditions, le débat sur la déréglementation est moins clair. Il se mêle d'une façon inextricable à ceux concernant la dénationalisation (privatiser), la défiscalisation (diminuer le poids jugé exorbitant des impôts) et la décentralisation (créer les conditions d'une gestion publique à base territoriale et proche du terrain). Bref, c'est bien d'un désengagement global de l'Etat dont il s'agit. La déréglementation est une facette importante mais particulière de cet enjeu.

2 - Néanmoins, quel que soit le caractère spécifique de chaque société et donc l'obligation de replacer la question de la déréglementation dans un contexte approprié, le problème de fond reste le même : quels doivent être la place, le rôle et les modalités de l'intervention de l'Etat dans une économie mixte, où l'organisation marque autant que le marché dans la coordination des activités économiques.

Le problème du rôle économique de l'Etat n'est pas nouveau puisqu'aussi bien les tenants de l'économie publique traditionnelle que ceux de l'école libérale autrichienne y ont tenté, chacun, une réponse d'un certain type. Pour les premiers, fortement imprégnés de la théorie du bien-être comme de l'analyse keynésienne, ce sont les défaillances du marché qui fondent l'intervention éclairée de l'Etat. C'est ainsi que les externalités, les rendements d'échelle, les monopoles techniques, les biens non marchands, les désajustements conjoncturels, les inégalités ..., sont autant d'arguments de nécessité à l'action de l'Etat. Pour les seconds, sous l'impulsion de L. von Mises et F. von Hayek, la masse des informations nécessaires à la coordination des activités économiques est incommensurable eu égard aux capacités du plus puissant cerveau central. L'inefficacité est par conséquent inhérente à toute forme de planification centralisée. Au contraire, les procédures décentralisées du marché permettent la production, la communication et l'accumulation des connaissances nécessaires à la coordination d'une société complexe, parce qu'elles laissent le soin à chacun d'utiliser au mieux de ses objectifs les informations dont il dispose sur son environnement. Dès lors, l'intervention minimale de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie est ... optimale.

Toutefois ces deux réponses n'éclaircissent que partiellement le problème de fond évoqué. La première, autorisant l'intervention publique pour corriger les défauts du marché, ne dit rien sur les éventuelles défaillances de l'Etat ni sur les coûts de son action. La négligence de cet aspect des choses ne peut que favoriser la prolifération des arguments justifiant l'Etat Providence. Mais l'emprise croissante de ce dernier accumule des coûts qui peuvent

s'avérer en définitive exorbitants au regard de ses avantages supposés sinon évalués. La seconde réponse, récusant à l'Etat le soin d'intervenir dans le fonctionnement d'une économie de marché, tend à faire des mécanismes hiérarchiques de l'affectation autoritaire et de ceux décentralisés du marché les termes exclusifs d'une alternative. Si cette opposition possède les vertus d'une analyse comparative de l'efficacité de deux modes concurrents de l'organisation d'une société, elle ne permet pas de capter le caractère essentiellement mixte des systèmes économiques observables. Or, c'est bien dans cet "entre-deux" que se posent la question de la réglementation ou de la déréglementation.

Des considérations de ce type -observant la spécificité des structures économiques et sociales, qui modulent un même problème de fond sans réponse précise- rejoignent l'impression dominante que l'on retire des différentes lectures de la déréglementation (2) : en ce domaine encore, tout est affaire de degré. Dès lors, la problématique du choix n'est pas celle d'une exclusive. Elle procède au contraire de la recherche permanente d'un compromis entre la flexibilité inhérente aux transactions du marché et la stabilité ou la sécurité des relations instituées par voie réglementaire (3).

C'est dans cette perspective que se place le présent article. Il tend à fonder la déréglementation sur le choix d'un compromis entre deux modes de coordination (I) dont précisément l'économie relative conditionne l'emploi (II).

I - LA DEREGLEMENTATION : LE CHOIX D'UN COMPROMIS ENTRE DEUX MODES DE COORDINATION ...

Tout mode de coordination est coûteux, et ce sont des considérations de coût qui se trouvent au coeur de la ligne générale du raisonnement.

(2) Parmi les travaux consacrés à la déréglementation, ceux combinant l'observation et l'analyse des problèmes théoriques en cause sont relativement rares. On peut consulter à cet égard, notamment : J.P. Giran (éd.), La déréglementation, passeport pour une économie libérée, Paris, Economica, 1985 ; ainsi que deux articles de J.J. Rosa publiés dans le mensuel Politique Economique (n. 33 et n. 34, avril et mai 1984), "Déréglementation et théorie du droit" et "La déréglementation en pratique".

(3) Dans le même sens, mais dans un contexte différent, voir : A. Bienaymé, Entreprise, marchés, Etat, Paris, PUF, 1982, p. 306.

A - La ligne générale du raisonnement (4)

A un moment donné, tout secteur de l'économie -ou l'économie dans son ensemble, peu importe ici- peut être supposé régi par un certain degré de réglementation. Cette notion est susceptible d'être saisie à l'aide d'un continuum entre deux extrêmes : à un extrême un secteur totalement réglementé, où toute activité est minutieusement formalisée et relève de l'initiative d'une puissante intelligence centrale ; à l'autre extrême un secteur sans réglementation d'aucune sorte, où les acteurs sont entièrement libres et responsables de leurs initiatives et où les activités ne sont pas soumises à une quelconque procédure administrative d'intégration.

D'un côté c'est l'Etat qui organise la coordination des activités économiques ; de l'autre, cette coordination est laissée au soin du marché.

Dans le premier cas la coordination est type hiérarchique. Elle procède essentiellement par plan et par des mécanismes d'autorité. Elle use de la contrainte à travers diverses modalités de réglementation portant sur les procédures ou portant sur les résultats. Dans le second cas la coordination est de type décentralisé, le marché étant censé permettre à chacun de se localiser vis-à-vis des contraintes communes de rareté, grâce à l'information véhiculée par les prix.

Dans les deux cas, la coordination engendre des coûts pour la société. On peut saisir l'évolution de chaque type -coûts de coordination par la réglementation ou coûts de coordination par le marché- en fonction du degré de réglementation du secteur (ou de l'économie). Ce degré de réglementation s'apprécie, par exemple, par la plus ou moins grande prolifération des lois, règlements, décrets, arrêtés, circulaires ou autres textes, soumettant les activités économiques à des procédures juridico-administratives qui leur sont exogènes.

A ce stade, on admettra les deux points suivants qui seront précisés dans un instant :

- Quels que soient les arguments de nécessité à l'intervention publique, le coût total de la coordination administrative par la règle et la norme augmente en fonction du degré de réglementation, avec un taux de progression croissant.
- Plus le degré de réglementation augmente et plus l'Etat se substitue au marché. Au fur et à mesure que s'opère cette substitution, les coûts de coordination par le marché diminuent avec un taux de

(4) On s'inspire ici d'un modèle d'analyse de portée générale utilisé aussi bien par les économistes que par les gestionnaires. Voir : J.C. Emery, Organizational Planning and Control System : Theory and Technology, New York, The Mac Millan Company, 1969, pp. 29-31 ; J.L. Le Moigne, Les systèmes de décision dans les organisations, Paris, PUF, 1974, pp. 175-177 ; G. Tullock, Le marché politique, analyse économique des processus politiques, trad. franc., *Economica*, 1978, p. 59.

progression décroissant, au point de s'annuler (lorsqu'il n'y a plus de marché).

Au total, à un moment donné, tout secteur (ou économie) peut être situé sur ce continuum par son degré de réglementation. Cette position structurelle a un coût qui est la somme des coûts de coordination par la réglementation (courbe R de la figure 1) et des coûts de coordination par le marché (courbe M). L'évolution de ce coût total supporté par l'économie (courbe T) passe par un minimum et c'est dans la zone correspondante que se situe le compromis recherché entre les deux modes de coordination.

La figure 1 illustre le raisonnement. Elle appelle des précisions sur la nature des coûts évoqués.

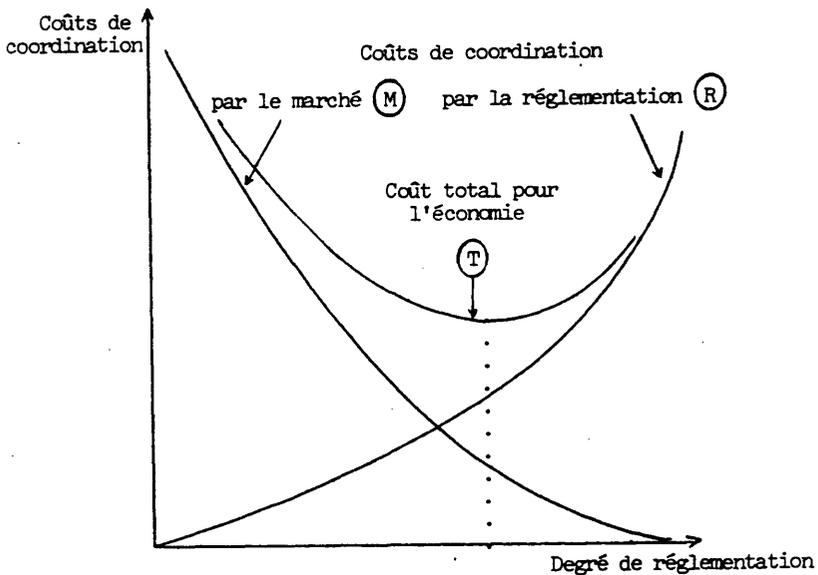


Figure n. 1 - L'équilibre entre les coûts de coordination

B - La nature des coûts de coordination

1 - La nature des coûts de coordination engendrés par la réglementation est relativement facile à repérer. On distingue à cet égard les coûts directs des coûts indirects (5).

Pour l'essentiel, les coûts directs se divisent en deux catégories. La première catégorie concerne les coûts résultant de l'information et des facteurs de production utilisés pour mettre en oeuvre l'action réglementaire. Elle couvre les coûts d'édiction des règles, de surveillance de leur application et de leur respect, mais également les coûts d'existence et de fonctionnement des organisations administratives instituées à cette fin (coûts d'interdépendance et de coordination organisationnelles). La seconde catégorie comprend les dépenses supplémentaires directement induites par la mise en oeuvre effective des réglementations, et supportées par les autres agents économiques du fait des obligations réglementaires les concernant (par exemple, les entreprises industrielles doivent supporter la charge d'équipements anti-pollution).

Mais les coûts directs ne permettent pas de capter la totalité des incidences du phénomène réglementaire, car l'instauration d'une réglementation dans quelque domaine que ce soit implique nécessairement que l'on renonce, serait-ce implicitement, aux avantages qu'aurait procuré l'absence de réglementation. Aux coûts directs s'ajoutent donc des coûts indirects, qui mesurent en quelque sorte un manque à gagner et s'interprètent comme des coûts d'opportunité. En l'état actuel des connaissances, on ne dispose pas d'un système d'analyse suffisamment séparateur pour pouvoir individualiser ces coûts. Néanmoins le problème est clair. En se substituant aux acteurs du jeu économique, l'Etat se heurte à certains handicaps : "difficulté à obtenir et à utiliser une information fine sur les marchés ou sur les techniques de production et par conséquent à replacer les problèmes dans leur cadre industriel concret ; temps de réaction lent ; dispersion du pouvoir entre agents administratifs multiples et aux avis divergents ; inconstance dans les objectifs industriels : absence de suivi des problèmes une fois les crises passées ..." (6). En s'inspirant de ce diagnostic général les coûts indirects de la réglementation sont donc des coûts d'information, d'adaptation à l'évolution d'un monde en mutation rapide, de tension (autour des règles se nouent des jeux de pouvoir, sources de conflits), de paralysie de l'innovation et de la création (effet dissuasif de la réglementation), de diffusion inter-sectorielle (un secteur réglementé

(5) On retrouve cette distinction chez P. Mentré, et J.J. Rosa, cités supra.

(6) Cf. J. Lesourne, *L'entreprise et ses futurs*, Paris, Masson, 1985, p. 15-16. L'auteur reprend sur ce point une conclusion de la Commission du Bilan, *La France en mai 1981, les activités productives*, La Documentation Française, 1981.

est susceptible de fausser le calcul économique des agents des secteurs non réglementés), etc. ...

Si la nature des coûts de coordination par la réglementation est relativement aisée à discerner, il n'en est pas de même pour ce qui concerne les coûts de coordination par le marché.

2 - Quelles que soient les vertus de l'ordre spontané du marché, en ce sens qu'il émerge des actions humaines mais que nul ne l'a fabriqué à dessein, le marché n'est pas une création spontanée. Un marché est une organisation et à ce titre il est coûteux. Mais c'est une organisation particulière que l'on peut qualifier d'implicite en comparaison avec les organisations explicites que sont par exemple les entreprises. Alors que la coordination de ces dernières est finalisée d'une façon volontaire, le marché procède d'une coordination des décisions individuelles qui, via le mécanisme des prix, est agie par tous mais n'est faite par personne. Ce résultat émergent suppose évidemment que le système des prix fonctionne correctement. Et c'est là que les problèmes commencent !

Normalement, un marché bien organisé sous le rapport de la concurrence tend à minimiser les coûts d'information et de réalisation des échanges. Ceci est un résultat acquis de la théorie économique établie de l'équilibre concurrentiel, qui montre comment un système de marché permet de coordonner efficacement les décisions individuelles des agents économiques.

Mais ce résultat suppose, notamment, que les signaux de prix soient le véhicule exhaustif et exclusif de toute l'information nécessaire à la prise de décision des agents, d'une part, et qu'il n'existe aucune entrave au libre ajustement des prix, d'autre part. Or, de ces deux points de vue le système des prix connaît des difficultés. En particulier l'existence d'externalités, la présence d'incertitude -qui caractérise les décisions intertemporelles- et l'asymétrie informationnelle entre les agents soulèvent des problèmes techniques quant au fonctionnement du système des prix. Faute d'un traitement adéquat, ces difficultés dénaturent la qualité de l'information véhiculée par les prix. Elles ne sont pas par ailleurs sans rapport avec l'existence de modes de coordination non concurrentiels, c'est-à-dire non fondés sur la flexibilité des prix et impliquant des procédures organisées de formation des prix plus ou moins durablement déconnectées du rapport entre l'offre et la demande.

Dès lors que les structures de prix n'informent pas correctement les agents et que des éléments de rigidité freinent les ajustements, le fonctionnement d'un marché entraîne des coûts d'information -portant sur la rareté relative des biens ou portant sur les droits de propriété- et des coûts d'ajustement des offres et des demandes.

Plus généralement, dans un monde où l'information est imparfaite, coûteuse et inégalement répartie, le recours au marché engendre des coûts de transaction. Ces coûts de transaction sont des coûts de conception, d'exécution et de contrôle du suivi des contrats portant transfert des droits de propriété. Ils sont d'autant plus élevés que les échanges sont complexes et spécifiques, d'une part, et que les agents économiques se heurtent aux limites de leurs capacités de traitement de l'information et de prise de décision (rationalité limitée), d'autre part (7).

Couplés aux traditionnelles considérations technologiques portant sur les économies de production, les coûts de transactions favorisent l'apparition ou le renforcement d'organisations hiérarchiques aussi bien privées que publiques, les entreprises. En effet, le calcul économique de ces dernières peut les conduire à préférer intégrer leurs activités au sein d'une hiérarchie plutôt que d'avoir recours aux transactions du marché, chaque fois que le coût de celles-ci l'emporte sur le coût de celle-là. Mais si les entreprises "économisent" ainsi des coûts de transaction, le fait de soustraire en partie leurs activités aux relations marchandes est susceptible de favoriser des comportements non concurrentiels, qui renforcent les imperfections initiales du marché.

En définitive, les coûts pour la société d'une coordination par le marché varient selon les structures de marché : ils sont d'autant plus importants que ces dernières sont imparfaites. Dès lors, quelques cas de figure sont à envisager puisque, à structure donnée, ces coûts diminuent lorsque l'Etat se substitue au marché et impose en conséquence un degré de réglementation de plus en plus élevé.

II - ... DONT L'ECONOMIE RELATIVE CONDITIONNE L'EMPLOI

Reprenons la ligne générale du raisonnement. Trois cas de figure peuvent se présenter (A). Ils conditionnent la question de savoir si la déréglementation est un enjeu économique ou un débat politique (B).

A - Les trois cas de figure

En simplifiant à l'extrême, un secteur de l'économie peut être parfaitement ou imparfaitement organisé sous le rapport de la concurrence et, dans le cas où la structure de marché s'avère imparfaite, l'Etat peut intervenir d'une façon conforme ou non conforme à la logique du marché. Ce qui conduit à examiner trois types de situation.

(7) O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies*, New York, The Free Press, 1975.

1 - Le cas du marché parfait

Un marché bien organisé sous le rapport de la concurrence se rapproche des conditions du système de concurrence pure et parfaite décrit dans les manuels d'économie.

Un tel marché minimise les coûts d'information et de transaction, au point que les coûts de son fonctionnement sont implicitement supposés nuls dans les modèles. S'ils ne l'étaient, ces coûts seraient admis comme étant fixes par rapport à une éventuelle intervention publique : coûts de fonctionnement d'une sorte de secrétariat de marché et de chambre de compensation, chargée de collationner les offres et les demandes, d'itérer les prix d'équilibre et de faciliter la réalisation des échanges nets. Ce coût peut naturellement dépendre du volume des transactions du marché. Néanmoins, à volume de transaction donné, il n'affecte pas les calculs marginaux de consommation ou de production des agents.

Rapprochée des conditions de cet "idéal typique", toute interférence réglementaire de l'Etat est économiquement inefficace : au coût fixe de coordination par le marché s'ajoute, par simple translation, les coûts de réglementation de l'Etat. C'est ce qu'illustre la figure 2.

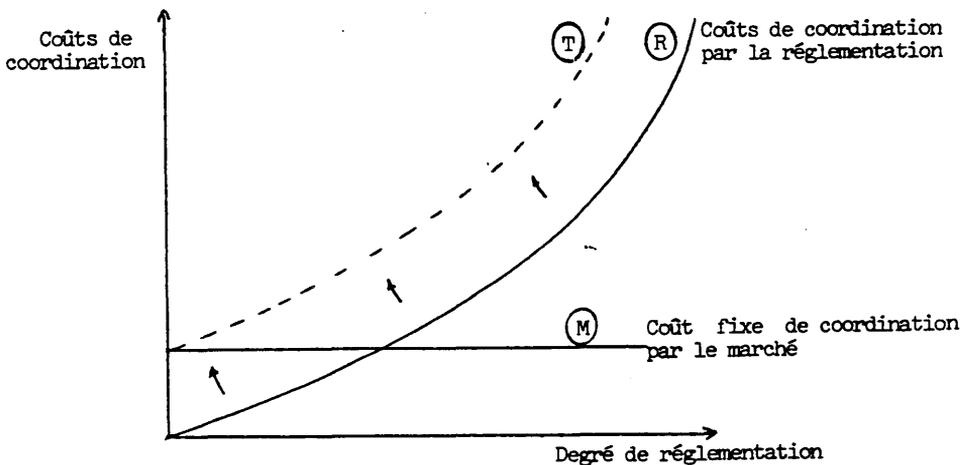


Figure n. 2 - Le cas du marché parfait

2 - Marché imparfait et intervention publique : deux cas de figure

Lorsqu'un secteur est mal organisé sous le rapport de la concurrence, l'Etat peut argumenter de ce fait pour chercher à intervenir sur son fonctionnement afin de pallier ses "défauts". On se trouve là dans les situations de marché imparfait.

Sans revenir sur le détail de la liste des échecs du marché, il est clairement établi que les mécanismes de prix ne dispensent pas d'interventions publiques.

Permettre l'intériorisation des effets externes ; alléger les conséquences de l'incertitude dans une économie où l'ensemble des marchés présents et futurs n'est pas complet ; assurer la production des biens à caractère public ; préserver la concurrence ou réduire les comportements non concurrentiels ... Voilà autant de raisons conduisant l'Etat à favoriser certaines formes d'intervention dont le but est de disposer de "bons" prix, supports irremplaçables pour les décisions décentralisées (8).

Mais l'intervention publique peut être conforme ou non conforme à la logique du marché.

Une action publique est conforme au marché lorsqu'elle intègre dans son propre calcul le libre calcul économique des agents. Par exemple, des déséconomies externes peuvent être corrigées par une hausse d'impôts (taxation pigouvienne) ou par une appropriation publique de l'industrie concernée, avec tarification supérieure au coût marginal privé. Seul le premier cas est conforme au marché puisqu'il n'entrave pas le principe du calcul "prix-quantité" des agents (mais seule une évaluation des coûts-avantages respectifs de chaque type d'intervention permet en définitive de choisir entre les deux). Un autre exemple de même nature est donné par les Agences Financières de Bassin créées en France en 1964, qui illustrent une application organisationnelle du principe du "pollueur-payeur".

Plus généralement, toute mesure allant dans le sens d'une incitation par marché est préférable à des actions non conformes à la logique du marché. Par exemple : promouvoir un système d'information du type planification indicative, lorsqu'il n'existe pas de marché à terme, plutôt qu'instaurer une planification autoritaire ; dans le même esprit, réduire l'incertitude de l'environnement par une sorte d'étude de marché généralisée plutôt que recourir à la certitude des procédures en réglementant les marchés ; préconiser un recours accru aux marchés financiers plutôt que fixer les taux d'intérêt ; soutenir le cas échéant les industries émergentes plutôt que

(8) J.C. Milleron, "La bonne dose d'économie libérale", Revue Projet, janvier-février 1986.

subventionner les secteurs en déclin ; instituer une politique de concurrence plutôt qu'une politique industrielle de grands programmes pour créer un environnement macro-économique sain, conservant la flexibilité propre aux transactions du marché ; recourir aux contrats plutôt qu'aux procédures ; préciser des droits de propriété simples, stables et de portée générale, plutôt que multiplier des réglementations compliquées, sans cesse redéfinies et de portée spécifique ; etc. ...

Lorsque l'Etat limite son action à définir clairement les règles du jeu, à informer et à inciter, lorsqu'il évalue ex-ante le coût effectif des possibilités alternatives en intégrant dans son propre calcul le libre calcul des agents, ses essais de correction des défauts des marchés tendent à être relativement efficaces du point de vue de la diminution des coûts initiaux des marchés imparfaits (figure 3).

En revanche, lorsque l'Etat intervient d'une façon non conforme à la logique du marché, l'efficacité de son action est plus faible du même point de vue. Il cumule alors les coûts élevés de coordination par le marché -dont les défauts ne sont pas correctement résorbés- et les coûts de réglementation (figure 4).

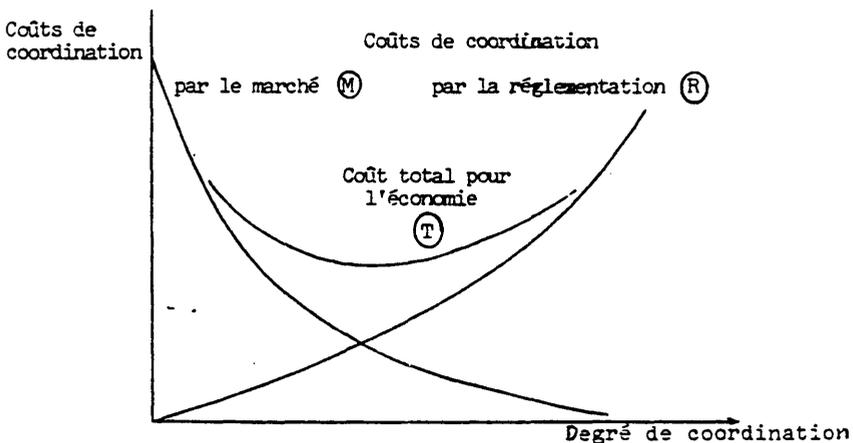


Figure n. 3 - Marché imparfait et intervention publique conforme au marché

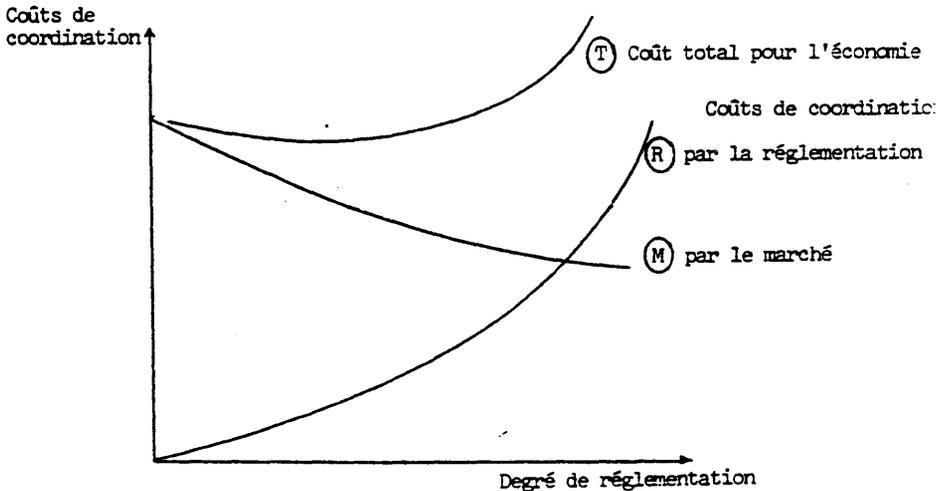


Figure n. 4 - Marché imparfait et intervention publique non conforme au marché

B - La déréglementation : enjeu économique ou débat politique ?

Considérons un secteur où prévaut une situation de marché imparfait et supposons que les interventions publiques soient conformes à la logique du marché. Dans ces conditions, le coût total pour l'économie (courbe T) passe clairement par un minimum qui situe la zone de compromis à rechercher entre les deux modes de coordination, par le marché et par la réglementation.

A supposer que cette zone de compromis soit identifiée, elle peut être cependant plus ou moins localisée selon le degré d'inflexion de la courbe T. En effet, la forme générale en U de cette dernière autorise deux types de configuration. Dans le premier type la courbe T est plutôt "creuse", et dans le second elle est plutôt "plate". Dès lors, on se trouve en face d'une situation où l'optimum est relativement "pointu", et donc précis, ou bien d'une situation où l'optimum est "plat", et donc imprécis (figure 5). La courbe T étant la somme des coûts de coordination par le marché et par la réglementation, le caractère précis ou imprécis de l'optimum dépend de ces derniers.

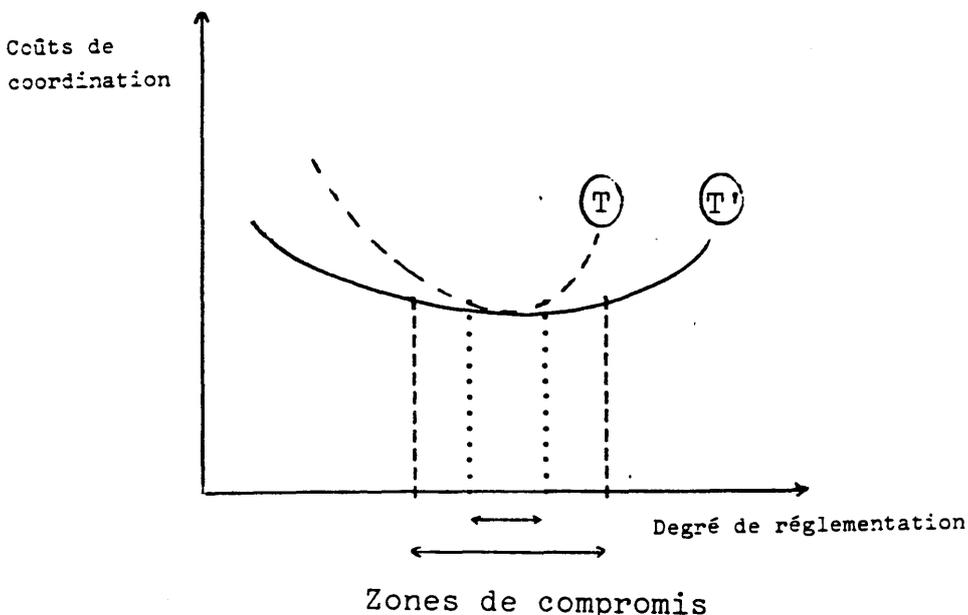


Figure n. 5 - Les zones de compromis plus ou moins larges entre les deux modes de coordination

Lorsque l'optimum est relativement précis, le choix du degré de réglementation du secteur s'avère être un enjeu économique extrêmement important. En effet, la zone de compromis est alors étroite et toute erreur dans le choix du degré de réglementation, par défaut ou par excès, engendre des coûts pour l'économie qui s'avèrent très vite exorbitants. Dans ces conditions l'évaluation précise des différents coûts de coordination est un problème crucial d'une politique de déréglementation puisque, si l'on se trouve à droite de l'optimum, toute réduction de degré de réglementation entraîne une réduction plus que proportionnelle des coûts pour l'économie.

En revanche, lorsque l'optimum est plat, la marge de manoeuvre est beaucoup plus grande puisque la zone de compromis est large. On pourrait donc considérer que le choix du degré de réglementation du secteur relève plus d'un débat politique que d'un véritable enjeu économique.

En réalité il n'en est rien car plus que le choix du degré de réglementation, c'est le choix des formes de coordination des activités économiques qui importe dans ce cas. La déréglementation débouche alors sur la question des technologies informationnelles et organisationnelles combinant la flexibilité du marché et la stabilité de l'organisation ; les technologies performantes étant celles qui, à degré de réglementation donné, permettent un déplacement vers le bas des différentes courbes de coûts de coordination (R, M et donc T).

Or, l'observation des technologies à base informationnelle (bureautique, informatique, productique, télématique, ...) qui accompagnent les mutations du monde d'aujourd'hui montre que la flexibilité est de leur côté, tandis que les inerties proviennent des comportements et des organisations (9). Dans ces conditions la déréglementation ne conduit pas à un principe de suppression de toute réglementation, mais au contraire implique l'adoption de règles cadres qui soient de nature à engendrer la flexibilité des comportements et des organisations.

Ceci signifie qu'une politique de déréglementation -tendant à promouvoir la liberté d'entreprendre, la responsabilité et le pouvoir créateur des acteurs- n'a de sens que dans le cadre d'institutions qui restaurent la puissance régulatrice du système de prix (libre variabilité de prix révélateurs de la rareté relative des biens).

Dès lors, l'enjeu économique de la déréglementation est d'ordre institutionnel, et le débat politique porte sur la conception des institutions susceptibles d'assurer la cohérence de l'ensemble en pariant sur l'individualité des parties.

*

Parmi tous les débats autour du thème du désengagement de l'Etat, le débat sur la déréglementation est probablement celui dont le cadrage théorique est le moins établi. L'objet de cet article, largement exploratoire, visait à témoigner de l'éclairage potentiel d'une problématique en termes de coordination des activités économiques.

Dans cette perspective, la déréglementation ne se laisse pas capter par l'opposition "marché-Etat" qui sous-tend bien des discours actuels. Cette opposition, au mieux pédagogique, ne peut qu'acculer la réflexion sur un terrain idéologique où les arguties l'emportent sur les lignes de force.

Aux tenants du "moins d'Etat et plus de marchés", l'analyse en termes de coûts de coordination objecte des considérations d'efficacité relative. Dans cette ligne, le "moins d'Etat" devient "plus d'Etat efficace" dans la recherche d'un compromis entre l'affectation autoritaire (mode de la réglementation) et l'affectation décentralisée (mode du marché) ; de son côté, le "plus de marchés" cède le pas au "moins de marchés mal organisés sous le rapport de la concurrence".

A ceux qui appellent une déréglementation en des termes absolus, la même analyse suggère le caractère relatif d'une telle perspective. Dans quels domaines et selon quelles modalités est-il préférable pour l'économie dans son ensemble de déréglementer ? Jusqu'à quel degré peut-on ou doit-on (dé)réglementer ? ...

(9) M. Godet, Prospective et planification stratégique, Paris, Economica, 1985.

A ceux, enfin, qui seraient tentés de circonscrire la déréglementation au strict calcul économique, le déroulé d'une argumentation en termes de coordination souligne l'importance d'un enjeu d'ordre institutionnel et politique. C'est à ce niveau, où la conception des institutions se pose comme le préalable de toute analyse économique, que se joueront les perspectives d'une société en voie de déréglementation.

LES CONTRATS IMPLICITES : SUBSTITUTS DE LA REGLEMENTATION SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL

Par

Jean-Yves LESUEUR
Maître de Conférences à l'Université de Corse

La pénétration du secteur public dans la sphère marchande de l'économie n'est pas vraiment un fait d'actualité. En effet, en justifiant l'intervention momentanée mais nécessaire des pouvoirs publics par une politique budgétaire, la parution de la Théorie générale (1) a certainement joué un rôle catalyseur dans une tendance déjà marquée à la croissance de l'Etat. Il semble même que ce dernier ait trouvé dans l'analyse keynesienne une justification théorique à des interventions éparses nourrissant souvent le marché politique.

Si tous les domaines de la science économique sont touchés avec plus ou moins d'intensité par ce phénomène, le marché du travail, loin d'en être épargné a tendu peu à peu à se transformer en une véritable organisation hiérarchisée dans laquelle une diversité de règles rappelle à chaque instant et à tous les stades des relations employeurs-salariés l'omniprésence d'un certain "pouvoir régalién".

Que ces règles aient été imposées ou fruit d'une négociation collective entre partenaires sociaux, elles reflètent en général, une aversion prononcée pour les risques d'injustice sociale propre au marché et une demande de protection à l'agent Etat guérisseur de tous les maux. Peut-on parler de mécanisme de marché lorsque les décisions en matière d'emploi échappent de plus en plus au contrôle des principaux acteurs concernés ? Il est, par ailleurs, frappant de constater que l'économie du travail a été profondément sensibilisée par ce développement à tel point que certaines théories ont proposé

(1) J.M. Keynes, "Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie", Londres, 1936.

une analyse descriptive de l'état des structures institutionnelles (2). Ainsi, la spécificité du marché du travail en tant que véritable noyau du contrat social a souvent conduit à la propagation d'une réglementation dont les effets divers sont tels, qu'elle peut être acceptée ex-ante au nom de l'équité mais aussi discutée puis refusée ex-post au nom de l'efficacité économique. Conditions d'embauche, autorisation de licenciement, échelle des salaires, indemnités chômage, durée du travail, salaire minimum, les nombreuses règles qui explicitent les termes du contrat de travail sont le reflet de cet ancien esprit d'Etat (Partie I).

Face à cette observation, aborder une réflexion sur les effets de la déréglementation dans le domaine de l'emploi impose à l'économiste un délicat dilemme. Comment ne pas sombrer en effet dans un excès d'économisme ou au contraire de sociologisme et être tenté avec facilité de condamner ou de louer les implications de la réglementation ?

Dans une telle problématique, l'équilibre doit être recherché "sur le fil du rasoir", de sorte que toute voie d'analyse dans l'une ou l'autre des directions précédemment évoquées ne peut être que trop restrictive eu égard à la complexité des réalités en matière d'emploi. Au fond, une approche cohérente d'un marché du travail sur la voie de la déréglementation passe nécessairement par une modélisation suffisamment pertinente du contrat de travail intégrant les différentes facettes des relations personnelles et impersonnelles qui s'instaurent dans l'entreprise.

Il convient pour cela, de se dégager de l'acception usuelle du marché du travail en tant que lieu d'échange pour dévoiler la nature des liens au cours de l'échange.

Un rapide inventaire des théories dominantes en économie du travail tend à montrer que celles-ci ont évolué à travers trois étapes en privilégiant successivement les comportements individuels (théorie de la recherche d'emploi, de la discrimination et du capital humain), les comportements du marché (théories de la segmentation) et, plus récemment, les comportements dans l'entreprise (théorie des contrats implicites et théorie du salaire d'efficience). C'est, sans nul doute, dans la troisième catégorie que l'on peut trouver avec la théorie des contrats implicites (3) un outil d'analyse original dans l'étude d'une organisation des échanges sur le marché du travail échappant à toute règle explicite. A ce titre, les contrats implicites sont susceptibles de gérer les déséquilibres par une coopération tacite entre employeurs et salariés. En tant que substituts à la réglementation, ils peuvent

(2) Il s'agit par exemple des théories de la segmentation et de la théorie duale du marché du travail. cf. : P.B. Doeringer et M.J. Piore : "Internal labor markets and manpower analysis", Lexington, 1971.

(3) J.Y. Lesueur, "Analyse économique des Contrats Implicites : Recherche de nouveaux fondements aux relations de Travail". Thèse pour le Doctorat d'Etat ès Sciences Economiques, Université d'Aix-Marseille III, 07/84.

stimuler au sein de l'entreprise l'émergence de fonctions sociales implicites parallèlement à sa fonction économique traditionnellement reconnue.

La mise en valeur d'une dimension implicite jusqu'alors inexplorée du contrat de travail paraît ainsi tout à fait adaptée à une nouvelle conception des relations dans l'entreprise, qui paraît compatible avec la progression d'une économie sur la voie de la libéralisation.

Entre la main visible de l'Etat et la main invisible du marché, la poignée de main invisible envisagée par la théorie des contrats implicites propose un nouvel état d'esprit dans les relations de travail (Partie II).

PARTIE I - LE CONTRAT DE TRAVAIL EXPLICITE : UN ANCIEN ESPRIT D'ETAT

Que ce soit dans le cadre de l'économie walrasienne ou dans l'optique marshallienne, la notion de contrat de travail y est relativement peu définie. On s'intéresse essentiellement aux obligations monétaires stipulées dans le contrat, le travail étant alors considéré comme une marchandise quelconque échangée sur un marché. Dès lors, pour qu'il y ait réalisation effective des obligations, la caractéristique monétaire du contrat doit respecter les optimum individuels (maximisation du profit pour la firme et maximisation de l'utilité pour le travailleur).

Le droit du travail apporte parallèlement une définition plus explicite par laquelle : "le contrat de travail est le lien juridique qui unit l'employeur et le salarié et qui, comme tout contrat prévoit des prestations réciproques qui peuvent ainsi être définies :

- L'employeur doit fournir au salarié un travail que ce dernier a l'obligation d'accomplir normalement ;
- En contrepartie de ce travail, le salarié a droit à un salaire que l'employeur lui verse ;
- Le contrat s'exécutant dans le cadre d'un lien de subordination du salarié vis à vis de l'employeur" (4).

On peut considérer que, dans tous les cas, les motivations économiques guideront l'individu dans ses décisions, la réglementation n'intervenant en fait que comme une contrainte supplémentaire au-delà de la contrainte habituelle (contrainte de revenu pour l'offreur, contrainte technologique pour le demandeur) dans la recherche de l'optimum. Sous certaines conditions, une contrainte réglementaire trop généralisante engendrera des effets pervers contrariant le respect des prestations réciproques stipulées par le cadre juridique du contrat de travail, la rationalité des comportements individuels n'étant pas

(4) P. Suet, "Le droit de travail au quotidien" Tome 1. Le contrat de travail, PUF, p. 52, Paris 1982.

pour autant remise en cause. Pour illustrer ces phénomènes, nous nous intéresserons aux effets divers de la fixation institutionnelle du temps de travail sur les décisions d'offre et de demande.

A - Norme horaire et offre individuelle de travail :

La durée hebdomadaire de travail apparaît semble-t-il, pour l'offreur de travail comme la contrainte institutionnelle la plus directe si l'on excepte les quelques cas pathologiques des travailleurs indépendants pour lesquels elle peut être librement décidée. En effet, à niveau de qualification donné, la variance des salaires qui peuvent être proposés à l'offreur de travail (dispersion des salaires rencontrée entre les secteurs privés, publics ou semi-publics par exemple), sera nécessairement plus élevée que la variance de la durée de travail offerte (pour l'ensemble des activités économiques, le seuil des 39-40 heures est généralement respecté). De plus, le recours possible à la plage de variation très limitée autour de la norme horaire relève essentiellement de la décision du demandeur (heures supplémentaires ou pratique du chômage partiel).

Dès lors, cette contrainte institutionnelle risque de contrarier le schéma de décision rationnel de l'individu lorsqu'il détermine son offre de travail. La recherche de la satisfaction maximale peut donc conduire dans ce cas à la constatation d'un écart entre durée de travail effective et durée offerte.

La théorie microéconomique énonce que l'arbitrage revenu-loisir réalisé par le travailleur le conduit à offrir, pour un niveau de salaire donné un volume de services en facteur travail pour lequel le salaire compense la désutilité associée à l'emploi. Il réagira favorablement à une proposition de salaire plus élevée (l'effet de substitution l'emporte sur l'effet revenu), mais à partir d'un certain seuil, la désutilité du travail sera telle qu'il refusera d'échanger une unité de loisir contre une unité supplémentaire de revenu (l'effet revenu l'emporte sur l'effet de substitution).

Ainsi, si l'on note :

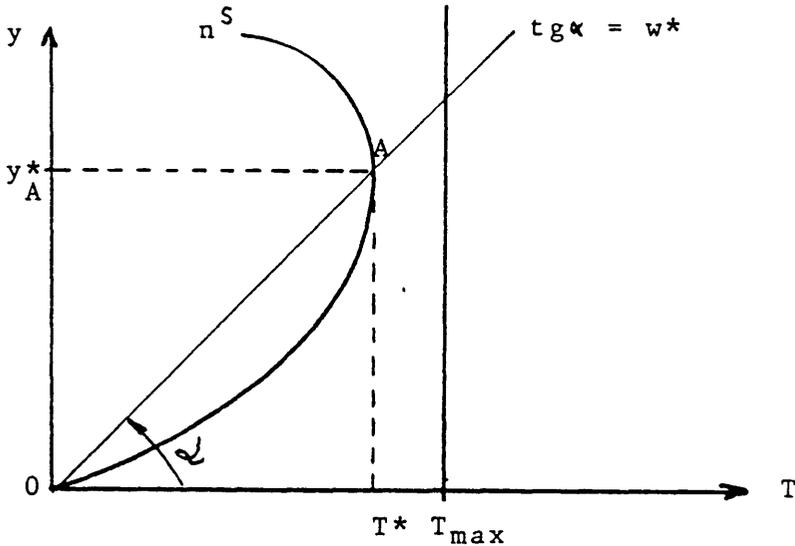
y = le revenu salarial du travailleur ;

w = le taux de salaire horaire ;

T = le temps de travail disponible

avec $T \leq T \text{ max}$ ($T \text{ max} = 16 \text{ h}$).

La contrainte budgétaire du travailleur pour un taux de salaire donné s'écrit alors : $y = wT$. La courbe d'offre individuelle de travail (n^S) relie donc tous les optimum du travailleur pour chaque niveau de salaire proposé (graphique n. 1).



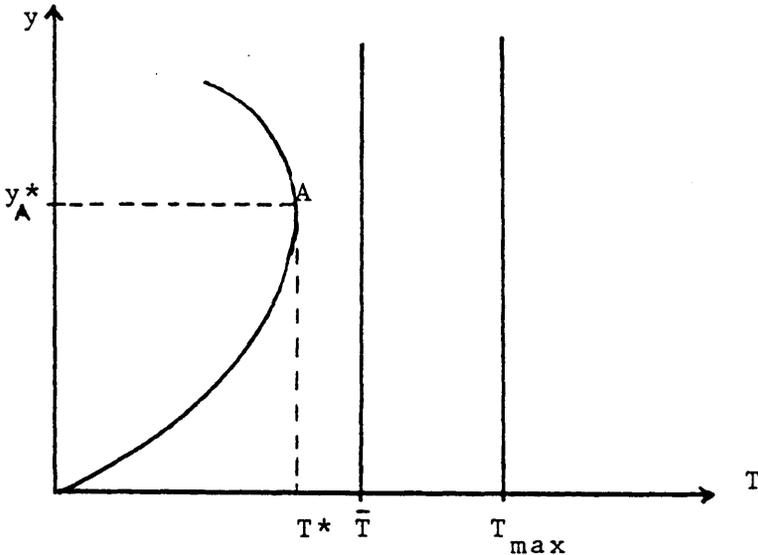
Graphique n. 1 : Courbe d'offre individuelle de travail

Cette indétermination de l'allure générale de la courbe d'offre individuelle de travail, gênante sur le plan théorique, s'avère toutefois riche d'enseignements sur le plan concret si l'on considère que ce point de retournement (point A sur le graphique 1) caractérise en fait le standing de vie recherché par l'individu. Nous pourrions alors raisonnablement avancer que l'objectif de l'offreur de travail est d'atteindre cette situation. Dans le cas où la norme horaire contrarie la réalisation de cet objectif, des trajectoires variées seront utilisées par l'individu pour maximiser sa satisfaction.

Deux cas peuvent, en effet, se présenter :

1er cas : La norme horaire \bar{T} se situe au-dessus du niveau d'offre de travail nécessaire pour atteindre le standing de vie désiré (T^*) (cf. graphique n. 2).

Dès lors : $T^* < \bar{T} < T_{\max}$



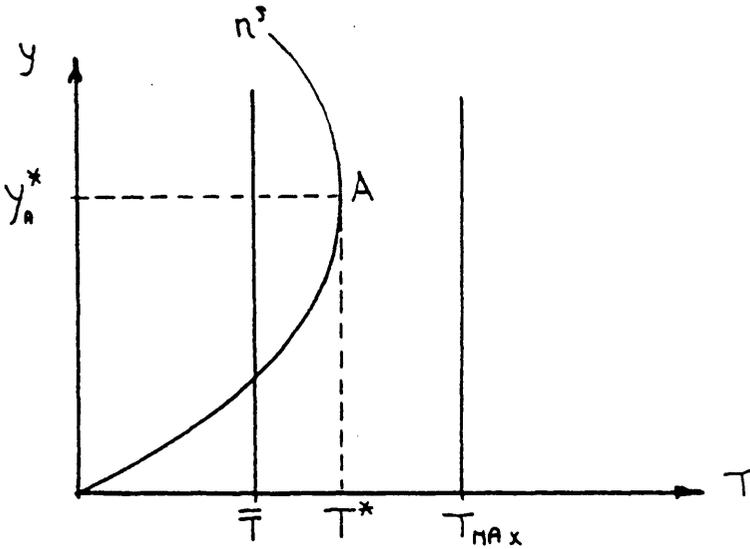
Graphique n. 2 : Cas où $T^* < \bar{T} < T_{\max}$

La norme institutionnelle est dans ce cas contraignante pour l'individu car n'étant pas compatible avec ses vœux, elle lui impose un temps de travail $\bar{T} > T^*$. Le travailleur peut alors être incité dans ce cas à adopter des actions inefficaces en cherchant à consommer en quelque sorte le loisir désiré pendant son temps de travail légal. L'absentéisme apparaîtra dans ce cas comme une stratégie possible, que celui-ci soit réel ou fictif (relativement dans l'effort et moindre intensité dans le travail). Quelle qu'en soit la nature, le coût de cet effet pervers de la réglementation se répercute sur l'employeur et se mesure par l'écart constaté entre le niveau de productivité optimal (si l'on s'en tient à la définition économique du contrat de travail) ou normal (par référence aux prestations réciproques du cadre juridique) et le niveau effectif.

On remarquera, enfin, dans ce cas que les salariés accepteront toute politique de réduction de la norme horaire mais refuseront toute proposition d'heures supplémentaires.

2ème cas : La norme institutionnelle se situe en-dessous du niveau nécessaire pour atteindre le standing de vie désiré (T^*) (cf. graphique n. 3).

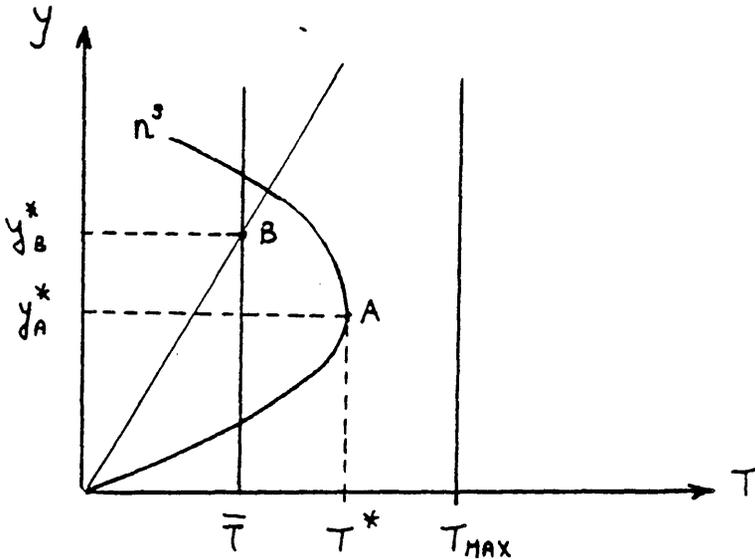
Dans ce cas, $\bar{T} < T^* < T_{\max}$



Graphique n. 3 : Cas où $\bar{T} < T^* < T_{\max}$

Dans l'hypothèse où un éventuel recours aux heures supplémentaires ne suffit pas à restaurer l'objectif d'emploi désiré (T^*) deux cas sont envisageables :

- soit le salaire offert est tel que $\bar{y}_B \geq y^*_A$: dans ce cas, l'offreur de travail bénéficie d'un "effet d'aubaine net". En effet, au point B sur le graphique 4, $y^*_B > y^*_A$ et $\bar{T} < T^*$. La réglementation est, dans ce cas, source d'externalité pour l'individu.



Graphique n. 4 : Cas d'un effet d'aubaine net

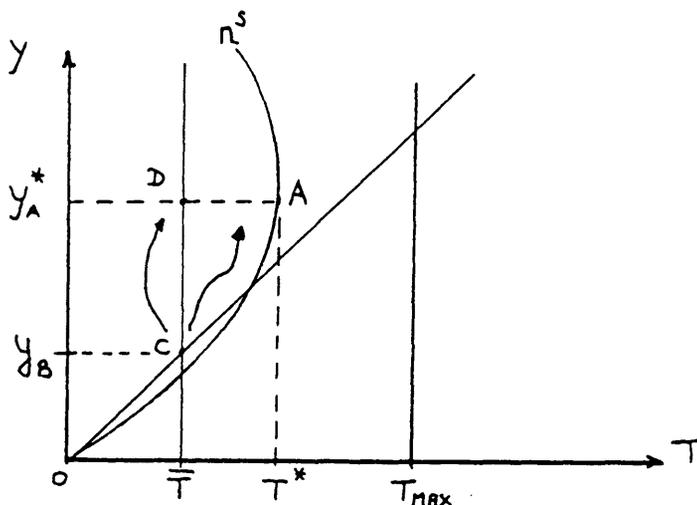
- Soit le salaire offert est tel que $\bar{y}_b < y^* A$.

Dans cette hypothèse, si le salaire offert au point B est compatible avec la rémunération offerte, à qualification donnée, sur le marché externe (cas où il n'y a pas de discrimination), la situation A pourra être obtenue selon deux modalités possibles :

* Dans le cadre de l'économie légale, l'individu revendiquera une augmentation de son salaire pour aboutir, compte tenu de la durée du travail fixée, au niveau de revenu recherché $y^* A$ (passage du point C au point D sur le graphique 5).

* Un recours au travail au noir "à temps partiel" ne doit pas être écarté des stratégies possibles. L'individu tentera alors de réaliser dans l'économie informelle les aspirations monétaires qu'il ne peut atteindre dans le cadre de l'économie légale. La réglementation apparaît dans ce cas comme un facteur de propension à la participation aux activités illégales (passage du point C à une situation comprise entre A et D). De plus, le temps de travail illégal peut dans ce cas augmenter au détriment de la durée légale par un absentéisme plus fréquent. Cette pratique sera d'autant plus stimulée que les conditions de rémunération de l'activité parallèle compenseront largement les pertes dues aux absences répétitives et que la réglementation limitera par ailleurs le risque de licenciement.

Enfin, on notera que dans cette situation, une offre éventuelle d'heures supplémentaires sera bien reçue de la part de l'offreur, mais une politique de réduction de la durée du travail n'obtiendra un accueil favorable que dans l'hypothèse où elle sera accompagnée d'une compensation salariale.



Graphique n. 5 : Cas $\bar{y}_B < y^* A$

B - Durée de travail et comportement des demandeurs

L'existence de contraintes relatives aux conditions d'embauche et de licenciement, qu'elles résultent de la législation ou qu'elles aient été édifiées sous forme de conventions collectives a engendré le phénomène désormais bien connu de cycle de l'emploi et son corollaire le cycle de productivité (5). Ainsi, pour éviter les coûts de rotation de la main-d'oeuvre (coûts de repérage, d'identification puis de formation des candidats), les entreprises n'ajustent pas de manière instantanée l'emploi aux fluctuations de la demande effective sur le marché des biens et des services. Un retard d'ajustement dynamique est ainsi constaté entre l'emploi effectif et l'emploi désiré, les entreprises attendant que la reprise se confirme pour embaucher et réciproquement que la récession se prolonge pour rationaliser l'appareil productif en licenciant le surplus de main-d'oeuvre. On a pu remarquer que l'intensité des délais de retard d'ajustement de l'emploi effectif à l'emploi désiré prend des proportions variables selon la nature du secteur d'activité. Les estimations données dans le

(5) Une littérature abondante et controversée existe déjà sur ce thème. Nous renverrons utilement à B. Cohen-Skalli et D. Lascar "Fonctions d'emploi à court terme et cycles de productivité : un essai de synthèse", Annales de l'INSEE n. 38-39, avril-mai 1980.

rapport sur les comptes de la nation pour l'ensemble de la période 1960-1962 font état d'un délai de retard de plus de deux années dans le secteur des biens intermédiaires, contre une année et demi pour le secteur des biens d'équipement et, d'une année dans le secteur des biens de consommation, secteur où la vitesse d'ajustement de l'emploi effectif à l'emploi désiré est la plus élevée (6). Cette disparité des comportements d'ajustement de l'emploi en courte période trouve son fondement selon F. Eymard-Duvernay (7) dans la nature particulière du statut de la main-d'oeuvre qui caractérise ces secteurs. Celui-ci dépend notamment d'un ensemble de critères tels que la qualification, le sexe, la nationalité, l'ancienneté, l'âge, mais aussi de manière générale le système de règles implicites ou explicites qui gouvernent les modes de gestion de la main-d'oeuvre. Ainsi, comme le notent D. Gambier et M. Vernières : "les organisations syndicales, par leur action, contribuent à l'institutionnalisation de ces politiques du personnel par le jeu d'accords explicites au niveau des entreprises, par leur codification sous forme de conventions collectives (...) il apparaît que le développement de politiques autonomes du personnel présente un caractère cumulatif et irréversible tant que l'essentiel de l'environnement économique et politique qui les a fait naître demeure" (8) (p. 96-97).

Dès lors, en courte période, l'existence de dispositifs législatifs, réglementaires ou conventionnels conduit à définir le travail comme un facteur "quasi-fixe" (9). De ce fait, l'écart ainsi observé entre l'emploi techniquement efficace (nécessaire pour satisfaire la demande sur le marché des biens et services) et l'emploi effectif ne peut être compensé que par une variation de la durée du travail et/ou par une variation de l'intensité dans le travail. Compte tenu de la possibilité de variation relativement limitée autour de la norme horaire, la firme a alors tendance à rechercher dans d'autres formes d'emploi le degré de liberté désiré dans l'agencement de ses facteurs de production à court terme. Dans un tel contexte, la segmentation du marché du travail devient inévitable. Pour réduire les coûts fixes imposés par la réglementation, l'employeur a intérêt à se doter d'une catégorie de main-d'oeuvre stable réunissant les caractéristiques particulièrement adaptées à la nature de son activité (formation générale, formation spécifique ...).

Les ports d'entrée sur le marché primaire sont alors plus limités, chaque entreprise devenant plus exigeante lors de l'embauche de sorte que les phases d'identification des candidats au contrat (que ce soit par inspection ou par expérimentation à l'issue d'une période

(6) Rapport sur les comptes de la nation de 1983. Collections de l'INSEE C. 117-118. Tome 1, 1984, p. 116.

(7) F. Eymard-Duvernay, "Les secteurs de l'industrie et leurs ouvriers", *Economie et Statistique*, n. 138, 1981.

(8) W Y Oi, "Labor as a quasi-fixed factor", *Journal of Political Economy*, 1962.

(9) D. Gambier et M. Vernières, "Le marché du travail", *Economica*, Paris, 1982.

d'essai) tendent à amplifier les délais de retard d'ajustement à l'emploi efficace.

En contrepartie, le besoin de flexibilité conduit au développement de la précarité de l'emploi sous toutes ses formes (travail à temps partiel, travail temporaire, contrats à durée déterminée, recours à la sous-traitance, voire au travail clandestin). "L'utilisation de ces formes précaires d'emploi s'inscrit dans une problématique de recherche de moindre coût, moins à travers la réduction du taux de salaire, qu'à travers la recherche d'une stricte adéquation entre charge de travail et effectif utilisé" (10).

Tant du point de vue de l'offreur que du demandeur, la recherche de l'équilibre individuel n'est généralement pas compatible avec la rigidité des règles explicites du contrat de travail énoncées par la législation.

On comprend mieux pourquoi les différentes mesures proposées dans le cadre de la flexibilité du temps de travail ont eu des résultats décevants : elles reposaient toutes sur l'idée erronée selon laquelle "la bonne réglementation chasse la mauvaise". Ainsi, la réglementation de la flexibilité du temps de travail doit laisser la place à la recherche d'une plus grande flexibilité dans la réglementation. Celle-ci ne peut être trouvée que dans le cadre d'un nouvel état d'esprit dans les relations employeurs-salariés. La révélation des contrats implicites dans l'entreprise constitue de ce point de vue un moyen pour atteindre cet objectif.

PARTIE II : LE CONTRAT DE TRAVAIL IMPLICITE : UN NOUVEL ETAT D'ESPRIT

Le cadre juridique du contrat de travail stipule dans l'énoncé des prestations réciproques des co-contractants, que celui-ci s'exécute dans le cadre d'un lien de subordination du salarié vis à vis de l'employeur. Cette conception d'un pouvoir unilatéral dans l'entreprise est trop restrictive. Si le licenciement apparaît comme le pouvoir de contrôle le plus déterminant de la firme, en matière d'emploi, on ne doit pas négliger pour autant le pouvoir du salarié, que ce soit dans sa dimension explicite par l'intermédiaire de l'action collective ou implicite lorsqu'il décide de son degré d'intensité dans le travail. L'instauration d'une autorisation administrative de licenciement est un exemple de réglementation dont l'objectif est de limiter les abus de pouvoir des entreprises en matière d'ajustement de l'emploi du fait de leur position considérée comme dominante sur le marché du travail. Cette mesure de protection de l'emploi tend à accroître la proportion des coûts fixes dans le coût salarial. A court terme, cela incite les entreprises à avoir recours à des formes précaires d'emploi, à moyen

(10)P. Broudic et J.M. Espinasse, "Les politiques de gestion de main-d'oeuvre", Travail et Emploi, n. 6 octobre 1980.

terme l'augmentation du coût de licenciement les rend plus regardantes au moment de la sélection des employés. Le coût d'opportunité se mesure alors aussi bien du point de vue quantitatif que qualitatif.

En segmentant le marché interne en "bons" et "mauvais" emplois, la réglementation est alors propice au développement des conflits. Un nouvel état d'esprit dans les relations de travail est nécessaire pour aboutir à une légitimation du pouvoir dans l'entreprise, afin d'éviter le recours aux actions inefficaces stimulées par une dimension explicite trop développée du contrat de travail.

Prendre conscience de cette nécessité de restaurer un climat de confiance réciproque au sein de la firme c'est tenir compte du fait que la relation de travail respecte avant tout l'un des attributs essentiels qui distinguent le monde social du monde physique : les événements qui le caractérisent ne sont pas simplement des interactions de force mais des affrontements de volonté possiblement récalcitrantes (11). Dès lors, comme le note K.J. Arrow : "la confiance est un "lubrifiant" important du système social ; elle est extrêmement efficace : elle évite de se donner la peine d'avoir à apprécier le crédit que l'on peut accorder à la parole des autres" (12).

La théorie des contrats implicites propose à ce niveau, une conception de l'organisation des échanges sur le marché du travail dans laquelle risque de chômage et risque de conflits peuvent être gérés dans l'entreprise.

A - La gestion du risque de chômage par les contrats implicites

L'innovation apportée par les travaux relatifs à la théorie des contrats implicites n'est pas à rechercher dans la notion même de contrat qui ne serait ce que par sa consonance juridique et donc réglementaire est désormais largement admise et reconnue dans le monde du travail, mais bien plutôt dans les implications décisives que laisse entrevoir sa dimension implicite jusqu'ici inexplorée.

En effet, le contrat de travail est généralement appréhendé en économie comme un simple contrat d'achat ou de vente d'une marchandise quelconque précisant les modalités de fixation du salaire (rémunération à la productivité marginale) et fidèle au principe de subordination. Cette modélisation du fonctionnement du marché du travail est peu compatible avec l'environnement contraint et instable rencontré dans la réalité économique. Comme l'a noté H. Simon, un contrat de travail diffère de nombreux égards d'un contrat ordinaire

(11) R.L. Heilbroner, "Particularités et limites de la démarche scientifique en économie", *Economic impact* n. 2, 1973.

(12) K.J. Arrow, "Les limites de l'organisation", PUF, Paris, 1976.

portant sur une marchandise ; un travailleur vend sa volonté d'obéir à une autorité (...) et la relation de travail fait toujours naître l'espoir de voir la participation se poursuivre (13).

C'est en s'intéressant à l'introduction de l'incertitude et de l'imperfection de l'information dans l'échange que M.N. Bally, C. Azariadis, D.J. et R.J. Gordon (14) ont fondé la notion de contrat implicite en tant que pseudo marché à terme des services en facteur travail. Ainsi, pour ces autres, lorsque les fluctuations de la demande sur le marché des biens et services sont aléatoires, l'organisation des échanges par le marché est inefficace (prohibitivement coûteuse). Dès lors, les relations de travail vont donner lieu à des contrats implicites par lesquels la firme supposée neutre vis à vis du risque va s'engager à assurer au travailleur manifestant une aversion prononcée pour le risque de chômage, une certaine sécurité d'emploi. La fonction d'assurance implicite offerte par la firme est rémunérée par le versement de la part du travailleur d'une prime sous la forme d'une réduction du salaire d'acceptation. La réalisation du contrat implicite ne sera effective que, lorsqu'à l'issue d'un processus d'ajustement, une répartition optimale des individus entre les firmes sera assurée. A ce niveau, la typologie des contrats salaires-sécurité d'emploi offert devra garantir au travailleur un niveau d'utilité espérée au moins aussi élevée que celui auquel il aurait pu prétendre sur un marché avec crieur de prix.

En acceptant le contrat implicite et donc une stabilité du salaire pendant toute sa durée, l'offreur de travail consent alors à laisser à la firme la fonction de contrôle et de sélection des candidats aux contrats lors de l'embauche comme du licenciement.

Une plus grande flexibilité de l'emploi est offerte à l'employeur comme au salarié. En effet, si l'employeur trouve par le contrat implicite un moyen efficace de limiter les coûts de rotation de main-d'oeuvre, du point de vue du travailleur, la typologie des contrats réalisables lui permet d'opérer un choix entre des postes qui, à qualification donnée proposent une durée de travail variée. Des courbes d'indifférence "salaire-sécurité d'emploi" illustrent alors cette typologie des contrats (cf. graphique n. 6) (15).

(13) Cité dans K.J. Arrow (1976), op. cit.

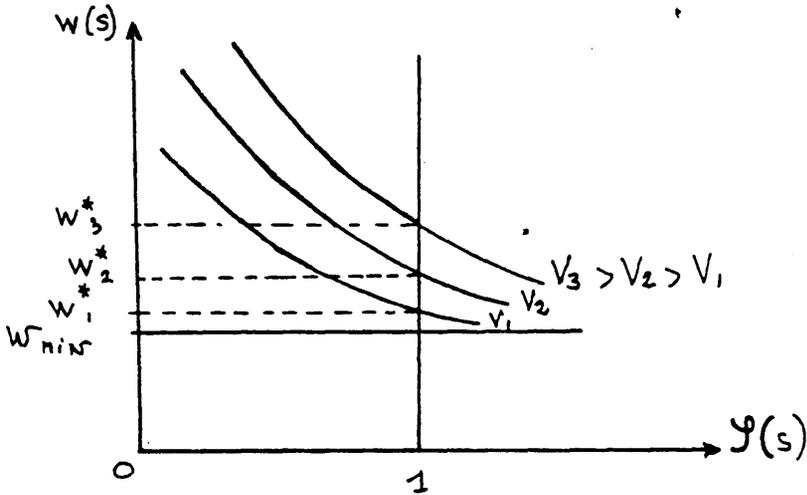
(14) M.N. Bally "Wages and employment under uncertain demand", *Review of Economic Studies*, janvier 1972.

C. Azariadis, "Implicit Contrats and underemployment equilibria", *Journal of Political Economy*, décembre 1985.

D.J. Gordon, "A neo-classical theory of keynesian unemployment", in Brunner et Meltzer.

R.J. Gordon, "Aspects of the theory of involuntary unemployment a comment", in Brunner et Meltzer, op. cit.

(15) Pour une approche plus formelle, nous renverrons utilement à notre article, J.Y. Lesueur, "Théorie des contrats implicites et théorie du chômage", *Revue d'Economie Politique*, n. 4, juillet-août 1985.



$w(s) =$

salaire contractuel proposé par la firme compte tenu de l'état (s) de la demande sur le marché des biens et services.

$y(s) =$

sécurité d'emploi associé au salaire proposé (celle-ci peut être assimilée à une probabilité d'emploi de telle sorte que : $0 < y(s) < 1$).

$w_{\min} =$

salaire minimum (garanti par l'existence d'indemnité chômage par exemple).

$V_i =$

niveau d'utilité espérée associée aux contrats réalisables.

$w_i^* =$

salaire offert pour un contrat de plein emploi ($y(s) = 1$).

Graphique n. 6 : Courbes d'indifférence "salaire-sécurité d'emploi"

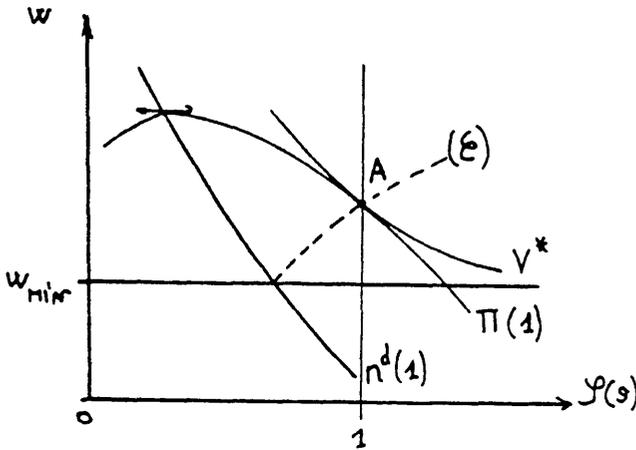
Le taux marginal de substitution mesure alors la prime d'assurance que devra verser l'individu (baisse du salaire d'acceptation) pour améliorer sa sécurité d'emploi, ou encore la prime de risque que devra garantir l'employeur pour respecter ses engagements lorsque, les conditions du plein emploi n'étant pas assurées ex-post, il aura recours au licenciement. La stratégie du travailleur consiste donc ex-ante à orienter son offre de travail vers la firme qui offre les contrats les plus avantageux.

Au terme d'un processus d'ajustement, une allocation optimale des individus entre les différentes firmes sera obtenue. Le niveau d'utilité espéré étant alors fixé ($V = V^*$) une seule courbe d'indifférence "salaire-sécurité d'emploi" précisera les conditions d'échange sur le marché des contrats. La constatation d'une disparité des salaires offerts ex-post par les différentes entreprises reflètera

alors les degrés de sécurité d'emploi plus ou moins élevés associés à ces différents postes.

Ainsi, pour chaque firme, la réalisation d'un état particulier de la demande ex-post permet d'assurer le passage de la typologie des contrats réalisables à la hiérarchie des contrats réalisés. Leur stratégie consiste donc à déterminer les termes du contrat qui maximisent leur profit tout en respectant la contrainte d'efficacité (respect du niveau d'utilité espérée V^*).

Pour cela l'entrepreneur offrira ex-ante un contrat de plein emploi (tel que $w(s) = w^*(s)$ et $\gamma(s) = 1$) et licenciera ex-post une partie des effectifs lorsqu'une contrainte de débouché deviendra effective sur le marché des biens et services. L'aversion pour le risque manifestée par le travailleur fonde l'optimalité d'un contrat à salaire fixe. L'équilibre contractuel est atteint sur la ligne des contrats Pareto-efficient, lieu géométrique des points de tangence entre une courbe d'isoprofit (conditionnées par l'état de la demande réalisé ex-post) et la courbe d'indifférence fixée ex-ante. L'égalisation des taux marginaux de substitution "salaire-sécurité d'emploi" pourra donc être obtenue dans des conditions soit au plein emploi (graphique n. 7 et 8) soit au sous-emploi (graphique n. 9) (16).



Graphique n. 7 :

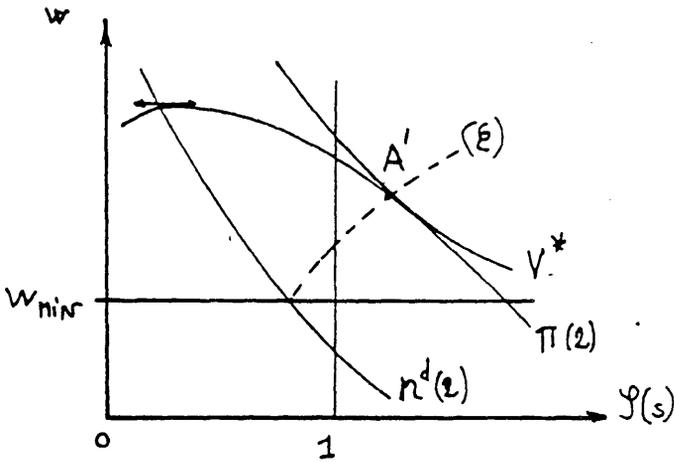
$s = 1$: cas du plein emploi $TMS^*_L = TMS^*_F$ (17)

(16) On montre que la courbe des contrats Pareto-efficients (ζ) est telle que :

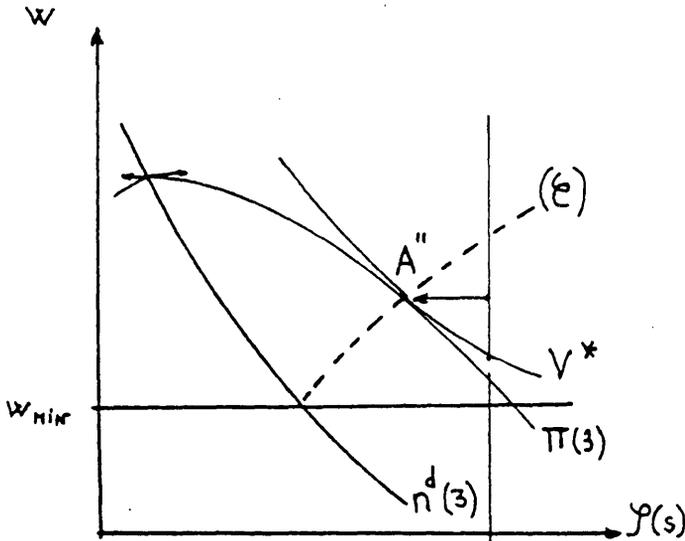
$\frac{dw}{d\gamma(s)} \Big|_{\zeta} > 0$ et $\frac{d^2w}{d\gamma(s)^2} \Big|_{\zeta} < 0$

(voir J.Y. Lesueur (1985) op. cit.).

(17) Les taux marginaux de substitution (TMS^*_L et TMS^*_F) sont mesurés au niveau de plein emploi $\gamma(s) = 1$.



Graphique n. 8 :
 $s = 2$: cas du plein emploi avec négociation salariale $TMS^*_t > TMS^*_t$



- (ε) : ligne des contrats Pareto-efficients.
- V^* : utilité espérée d'équilibre.
- $\pi(s)$: profit espéré dans l'état s
- $n^d(s)$: demande de travail dans l'état s

Graphique n. 9 :
 $s=3$: cas du sous-emploi $TMS^*_t < TMS^*_f$

La réalisation du risque de chômage n'apparaît donc plus comme une surprise pour l'individu, le salaire reçu pendant la période d'activité rémunérant l'acceptation de cet emploi instable.

Ainsi, la nature implicite du contrat de travail fait appel à la confiance réciproque entre l'offreur et le demandeur. La réputation de la firme quant à la nature de la gestion de main-d'oeuvre qu'elle pratique joue alors du point de vue des offreurs le rôle des labels et des marques sur le marché des produits. Un contrat moral se substitue au cadre juridique des relations de travail. Cette substitution s'opérera avec d'autant plus de facilité que la part des règles explicites sera limitée. Un processus de sélection naturelle par apprentissage, conduirait alors les entreprises qui ne pratiquent pas ce nouvel état

d'esprit à subir des coûts fixes élevés en éprouvant des difficultés croissantes à recruter et à conserver leur main-d'oeuvre, et ce, dans un contexte d'équilibre social précaire. La généralisation de l'approche contractuelle est donc une nécessité compte tenu de la variété des situations rencontrées sur le marché du travail. La réglementation doit être suffisamment souple pour laisser aux principaux acteurs concernés le choix des caractéristiques dominantes de l'emploi qui serviront de base à l'accord contractuel. En favorisant le dialogue dans l'entreprise le contrat implicite est aussi un vecteur porteur de progrès dans la gestion des risques de conflits.

B - La gestion des conflits dans l'entreprise par les contrats implicites

Dans un contrat de travail, nous l'avons précisé, l'offreur vend sa volonté d'obéir à une autorité dans une période de temps qu'il anticipe longue, mais il est cependant totalement libre dans sa décision de mise en oeuvre de sa productivité potentielle. Plus précisément, le degré d'intensité dans l'effort que l'individu est prêt à fournir (recours plus ou moins fort à l'absentéisme fictif), reste entièrement en son pouvoir et n'est que très partiellement défini lors de l'échange : c'est avant tout l'état de la cohésion sociale dans l'entreprise qui modulera l'efficacité dans le travail. Dès lors, cette liberté de détermination de l'intensité dans l'effort est prépondérante sur le plan de la compétitivité de l'entreprise. En effet, lorsque l'état d'esprit des relations employeurs-salariés se détériore, ces derniers ont naturellement tendance à utiliser ce "pouvoir implicite" en adoptant des actions inefficaces. Celles-ci peuvent même aller jusqu'à remettre en cause la solvabilité de l'entreprise car ce "laisser-aller" volontaire se concrétise nécessairement par une dégradation de la qualité du produit ou du service offert, affectant ainsi son pouvoir concurrentiel. De plus, la mise en place d'une technologie de contrôle efficace souvent avancée par la théorie du salaire d'efficacité (18) se heurte à un problème d'information sur l'action des agents qui ne peut être résolu qu'en supportant des coûts prohibitifs. On doit donc considérer que cette forme particulière de pouvoir dans la firme se manifeste bien avant les formes explicites du pouvoir syndical. Dans certains cas, même le "spectre de l'employeur accapareur de plus value" véritable leitmotiv du syndicat tendra à entretenir voire à accentuer ce relâchement dans l'effort amplifiant par la même les antagonismes au sein de l'entreprise. De ce point de vue, l'analyse du pouvoir relatif employeur salarié dans le cadre d'une théorie de la négociation doit être dépassée car faisant référence à une vision trop mécanique des rapports de force nécessairement limitée à

(18) Voir J.P. Gourlaouen, "A propos de l'inefficacité X", Doc. ronéo., Faculté des Sciences Economiques, Université de Nantes.

l'observation des conflits collectifs externes à l'entreprise. La théorie des contrats implicites prend en considération les conditions d'accomplissement du pouvoir dans l'organisation en envisageant les relations de travail comme un affrontement de volontés possiblement récalcitrantes. Dès lors, le principe de subordination juridique de l'employé vis à vis de l'employeur ne peut être source d'efficacité que s'il est communément accepté. Le développement des contrats implicites favorise cet équilibre social nécessaire à la prospérité de l'entreprise (et donc à la promotion de ses travailleurs) par la prise de conscience de cette nécessaire relation d'autorité réciproque dans le contrat de travail. L'observation des faits tend du reste à montrer que les entreprises qui ont su tenir compte du rôle fondamental de cet "état d'esprit" ont semble-t-il été plus aptes à s'adapter et à surmonter les déséquilibres de l'économie de crise. Ainsi, pour le Président Directeur Général de la Société Majorette : "on ne le répètera jamais assez : le succès d'une entreprise est avant tout fonction de la motivation de son personnel (...). Or, à ceux qui font le don de ce qu'ils ont de meilleur, il est normal que les entreprises donnent ce qu'elles ont de mieux. Le don de chacun transforme l'entreprise en un centre d'échanges humains, en un lieu d'épanouissement et d'enrichissement matériel et moral qui ne peut plus être le lieu d'affrontements stériles et d'une lutte des classes suicidaires. Que demande un personnel, salariés, cadres ou dirigeants sinon la paix dans un endroit où il fait bon vivre et se réaliser ?" (19).

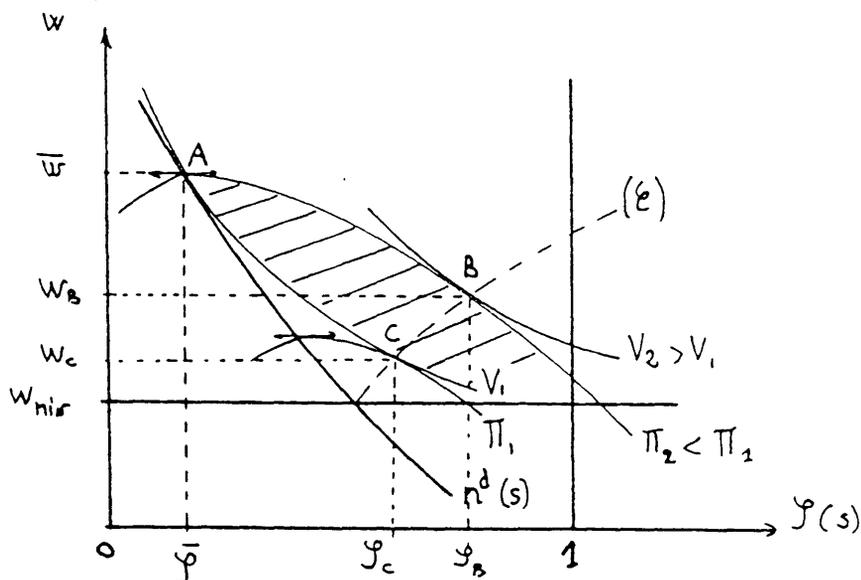
C'est donc dans le développement de l'esprit conventionnel du contrat que doit être recherché l'émergence endogène dans toute organisation de fonctions sociales implicites échappant à toute réglementation. Pour cela, ce nouvel état d'esprit doit aussi être recherché dans la nature des stratégies de négociations des syndicats. L'élaboration de conventions collectives au niveau des accords de branche ne doit pas remettre en cause, par la mise en place d'une règle explicite trop généralisante, la capacité d'adaptation offerte par les contrats implicites face à la diversité des situations rencontrées au niveau microéconomique. Ainsi, la volonté d'assurer au travailleur une garantie de pouvoir d'achat en imposant une rigidité à la baisse du salaire peut avoir pour effet direct une réduction de la sécurité d'emploi contrariant à terme l'objectif poursuivi.

En matière d'emploi, aucune mesure ne doit être considérée comme définitivement acquise, mais contingentée par l'état de l'environnement socio-économique du marché du travail. Dans certaines conditions, une renégociation des droits "acquis" face aux modifications survenues dans cet environnement est synonyme de progrès pour le salarié comme pour la firme. Un exemple graphique

(19) E. Veron, "Pour en sortir", Ed. Albin Michel, Paris, 1984.

dont la portée explicative est certes limitée par la nécessaire abstraction de la théorie, est cependant révélateur de ce phénomène.

Ainsi, sur la figure n. 10, on remarque que face au salaire revendiqué par le syndicat (\bar{w}), la firme, conformément à son objectif de maximisation du profit, offre le niveau de sécurité d'emploi qui égalise la productivité marginale en valeur au coût salarial (point A sur le graphique).



Graphique n. 10 : Typologie des stratégies de négociation salaire-sécurité d'emploi

Mais, l'équilibre obtenu au point A n'assure pas une répartition Pareto-efficace du revenu. En effet, il n'y a pas en ce point d'égalisation des taux-marginaux de substitution "salaire-sécurité d'emploi", (intersection des courbes d'indifférence du travailleur et d'isoprofit de la firme en A). Une renégociation sur le salaire et la sécurité d'emploi est nécessaire à partir de cette situation pour atteindre un équilibre contractuel sur la portion de la ligne des contrats délimitée par le coeur de la négociation (portion BC de la courbe). Il est, dans ce cas, possible et souhaitable pour les individus de réaliser des contrats implicites en acceptant une réduction du taux de salaire (versement d'une prime d'assurance) afin d'augmenter la probabilité d'être effectivement employé. Deux types de stratégies

s'offrent aux travailleurs lorsque la règle du "closed shop" (20) n'est pas imposée (de manière directe ou indirecte) :

- une stratégie individuelle (contrat implicite firme-individu) ;
- une stratégie collective (contrat implicite firme-syndicat).

Le choix de l'une d'entre elles résultera avant tout pour l'individu d'une analyse avantages-coûts, dans le cadre d'une arbitrage rentabilité-liberté.

Refusant les contraintes de la syndicalisation, il peut privilégier sa liberté d'action à la rentabilité de l'action collective. Dans le cas contraire, le pouvoir contractuel du syndicat lui semble suffisamment incitatif pour participer au coût de l'action collective et accepter alors une réduction de sa liberté d'action sur le marché du travail (21).

A ce titre, la souplesse d'adaptation des contrats implicites est source de créativité en matière de négociation sur le marché du travail.

En proposant une nouvelle conception de l'organisation des échanges en situation d'incertitude sur le marché du travail, les travaux relatifs à la théorie des contrats implicites ont apporté au-delà de leur enjeu théorique, un outil de réflexion puissant pour représenter avec plus de réalisme la nature des relations personnelles et impersonnelles qui s'établissent dans l'entreprise, en tant que micro-société. Ainsi, le pouvoir d'organisation du contrat implicite est présent à tous les stades des relations de travail. S'adaptant avec une plus grande souplesse à l'environnement sans cesse changeant du marché de l'emploi, cette dimension jusqu'alors inexploité du contrat de travail est source d'efficacité pour la firme comme pour le travailleur en favorisant la gestion des déséquilibres au sein de l'entreprise.

La révélation des contrats implicites doit être généralisée dans toutes les organisations pour promouvoir l'émergence de fonctions sociales implicites véritables substituts à la réglementation. Appliquée à l'organisation de la société, la prise de conscience de cette économie informelle et déréglementée peut déboucher sur une interprétation nouvelle de l'ordre social dans lequel les contrats implicites en constitueraient les bases profondes. Le contrat implicite en tant que mode d'organisation est indissociable du schéma de fonctionnement d'une société sur la voie de la libéralisation (22).

(20) Règle de l'adhésion au syndicat préalablement à l'embauche.

(21) Cf. J.Y. Lesueur, (1984), op. cit.,

(22) Cf. J.Y. Lesueur, "Promouvoir les contrats implicites pour réussir la déréglementation" ; J.P. Giran : La déréglementation : passeport pour une économie libérée", Economica, Paris, 1985.

SALAIRE MINIMUM ET EMPLOI DES JEUNES

Par

Gilbert BENCHAYOUN

*Maître de Conférences à la Faculté d'Economie Appliquée
d'Aix-Marseille III*

Sur un marché du travail qui fonctionne dans des conditions normales de concurrence, le niveau ainsi que la structure des salaires doivent refléter du mieux possible les conditions de marché et permettre par là-même la répartition optimale des emplois selon les qualifications, les activités économiques, les régions, etc. ... Tout écart par rapport à cette situation de référence doit se traduire soit pas une flexibilité des salaires, soit par une mobilité accrue de la main d'oeuvre. Or par rapport à cette fonction économique du salaire, on assigne au SMIC une autre fonction, de nature sociale, voire politique. Il doit favoriser la réalisation d'objectifs tels que la lutte contre la pauvreté ainsi que la protection des actifs à faible pouvoir de négociation. Il est alors considéré comme le degré zéro de la protection sociale ou encore comme "étalon des valeurs" (1). Aussi doit-il nécessairement être fixé au-dessus du salaire d'équilibre, ce qui dans la logique du marché se traduit par une réduction des emplois, voire par un chômage accru.

"Le procès du SMIC est alors ouvert" titrait la Revue "Science et Vie Economique" dans son numéro de Septembre 1985. En effet plusieurs économistes de tradition libérale considèrent qu'il est responsable d'une partie de la croissance du chômage et en particulier de celui des jeunes. La solution alors préconisée consiste à donner la possibilité aux entreprises d'embaucher des jeunes à un salaire inférieur à celui des adultes. Ceci se pratique déjà en Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg, en Grèce où le salaire minimum subit des abattements d'âge. Aux Etats-Unis le débat est ancien. Le Congrès a été saisi à plusieurs reprises (1971, 1974 et 1977) d'une proposition visant à instaurer un SMIC inférieur de 15 % au minimum légal. Elles ont été à chaque fois repoussées. Actuellement une nouvelle proposition est en discussion qui vise cette fois à autoriser les employeurs, sous certaines conditions, à payer les actifs de moins de

20 ans à un taux minoré de 25 %. Le débat sur la flexibilité du travail porte ainsi non seulement sur le volume de l'emploi mais également sur le prix plancher du travail.

La première partie sera consacrée au débat théorique des effets du SMIC sur l'emploi des jeunes, la seconde partie présentera, d'une part les tests qui ont été proposés ces dernières années dans la littérature économique ainsi que les résultats obtenus et d'autre part nos propres calculs sur la période 1968-1985.

*

I - LE DEBAT THEORIQUE

La théorie micro-économique postule que, toutes choses égales par ailleurs, la demande de travail des entreprises diminue lorsque le salaire augmente. Dans l'hypothèse, réaliste, où le salaire minimum dépasse le salaire d'équilibre du marché pour les emplois peu qualifiés, les entreprises proposent moins d'emplois. Ainsi pour Malinvaud (2), "la demande de travail ne s'adresse qu'à des personnes douées de qualités minimales et dont un certain niveau de productivité peut être attendu dans l'emploi proposé. La politique du relèvement du salaire minimum aurait pour effet d'éliminer de la demande de travail certains petits emplois intéressant la frange la moins qualifiée de la population ou la moins insérée dans le monde du travail".

Cette hypothèse générale retenue dans la littérature économique doit être assortie de plusieurs considérations, qui sans la remettre en cause, montrent la complexité du problème.

1) La demande de travail des jeunes subit d'autres influences que le prix relatif du travail, elle peut s'accroître tout simplement parce que la conjoncture économique le permet, elle peut, à l'inverse, se réduire pour des raisons structurelles. Certains auteurs estiment que la dernière période a été marquée par une tendance à l'aggravation de rigidités dans les mécanismes de fonctionnement du marché du travail, sous l'effet de facteurs tels que l'autorisation administrative de licenciement, l'existence de "seuils" d'application de la législation du travail (SALT), ... L'influence de ces facteurs conjoncturels et structurels sur la demande de travail devra être "neutralisée" au niveau des tests statistiques dont l'objet consiste à vérifier l'existence d'un lien entre le SMIC et l'emploi des jeunes. Nous y reviendrons dans la seconde partie.

2) L'effet négatif d'un relèvement du salaire minimum sur l'emploi des jeunes n'entraîne pas automatiquement un accroissement du chômage. Tout dépendra de la valeur de l'élasticité de l'offre de

travail par rapport au SMIC. Dans l'hypothèse où elle est positive, le chômage des jeunes augmentera. Si par contre elle est négative il faudra alors comparer les valeurs d'élasticité d'offre et de demande de travail. Ce point est bien exposé par l'OCDE (3) : "Tout relèvement du salaire minimum amplifie le mouvement de retour vers les emplois assortis de bas salaires, ce qui, à son tour, incitera probablement un plus grand nombre de travailleurs à faible productivité, jusque là dans le secteur non marchand, à venir grossir les rangs de la population active. Ainsi une majoration du salaire minimum entraîne une expansion de l'offre de main d'oeuvre, phénomène qu'on appelle parfois l'effet "d'attraction de travailleurs". Dans le même temps, la réduction de la demande de travailleurs à faible productivité résultant du relèvement du salaire minimum tendra à diminuer la probabilité de voir les travailleurs peu qualifiés trouver un emploi. Si les personnes à la recherche d'un emploi sont découragées par le résultat infructueux de leurs recherches, elles auront peut-être tendance à se retirer de la population active. Si cet effet "de découragement des travailleurs" est plus grand que l'effet d'"attraction", toute augmentation du salaire minimum entraînera une diminution de l'offre de main d'oeuvre et inversement". Il faut à notre avis compléter cette analyse, car une augmentation du SMIC se traduira, du moins à court terme, par un accroissement de la demande de biens et services. Cet effet de relance pourrait inciter certains jeunes à se présenter sur le marché du travail, l'amélioration de la conjoncture économique agira positivement sur le coefficient de flexion d'activité des actifs secondaires et en particulier des jeunes.

3) Il convient par ailleurs de tenir compte des effets de substitution entre catégories de main d'oeuvre. Faisons l'hypothèse que la diffusion du salaire minimum sur la hiérarchie des salaires soit inférieure à 100 % et différentielle selon le niveau de salaire (*), et faisons l'hypothèse que ce sont surtout les jeunes qui sont concernés par le SMIC. Alors tout relèvement de celui-ci se traduira par une augmentation du prix relatif du travail des jeunes par rapport à d'autres catégories de main d'oeuvre, soit, par exemple, les femmes adultes non qualifiées, ou encore les actifs qui ont déjà quelques années d'expérience professionnelle. On assistera en conséquence à une substitution de la demande de travail entre les jeunes et ces catégories. La proposition actuellement en discussion aux Etats-Unis vise à autoriser les employeurs à payer les jeunes de moins de 20 ans, embauchés entre début Mai et fin Septembre, au tarif horaire de 2,50 \$ au lieu de 3,35 \$, soit une différence de 25 % et ce afin de réduire l'ampleur de ces substitutions.

(*) de 1981 à 1984 la revalorisation du SMIC a provoqué comme en 1973 un resserrement de l'éventail des salaires et une augmentation du nombre de "smicards". Cf. (5).

En France, on assiste ces dernières années, premièrement à une progression rapide des taux d'activité féminins et deuxièmement à une réduction sensible du taux d'emploi des jeunes. Pour D.S. Hamermesh (4), "la manière dont les effets conjugués de ces deux grandes tendances du marché du travail des pays développés peuvent influencer sur le niveau du chômage des jeunes dépend de :

- la mesure dans laquelle les femmes adultes et les jeunes rivalisent pour obtenir les mêmes emplois, et,
- la mesure dans laquelle les salaires relatifs des jeunes réagissent aux pressions à la baisse qui s'exercent sur eux, incitant les employeurs à recruter de jeunes travailleurs.

Si on admet alors que les femmes adultes et les jeunes sont des substituts, une augmentation relative du nombre des jeunes se traduit *soit* par une pression à la baisse sur les salaires relatifs des jeunes travailleurs, *soit* par une augmentation de leur taux de chômage. Dans le cas de la France l'auteur suggère que si le taux de chômage s'est accru relativement à celui des autres groupes "ceci ne peut être attribué à la rivalité entre les jeunes et les femmes que si l'entrée des femmes adultes sur le marché du travail a plus que compensé la répercussion de la diminution de l'offre relative des jeunes sur les salaires relatifs".

4) Signalons enfin le fait que le salaire minimum peut affecter non seulement le volume de l'emploi mais également sa structure. Un relèvement du SMIC concerne différemment les activités économiques, les services plus que l'industrie, les petites entreprises plus que les grandes. Une étude effectuée au Canada (6) a montré que l'augmentation du SMIC a eu un effet dépressif sur l'importance relative des emplois à temps partiel. Dans la mesure où le salaire horaire des emplois à temps partiel est inférieur à celui des emplois à temps complet un relèvement du salaire minimum a des chances de réduire cet écart de salaire, aussi le rapport emplois à temps partiel sur emplois à temps complet diminuera, "rebus sic stantibus".

II - SMIC ET EMPLOI DES JEUNES : VERIFICATION EMPIRIQUE

1 - Etats-Unis - Canada

West et Mackee (7) ont analysé 13 études réalisées depuis 1970 sur ce thème. Ils notent qu'une forte majorité (9/13) indiquent des réductions sensibles d'emploi, d'où leur conclusion : "Il n'y a pas de preuves convaincantes à opposer à l'affirmation que le salaire minimum doit provoquer des réductions de l'emploi, du moins pour les jeunes travailleurs" (cf. 3).

Brown, Gilroy et Kohen (8), dans l'analyse des études portant sur les séries chronologiques de l'emploi et du chômage des moins de 20 ans achevée en 1979 à l'attention de la Minimum Wage Study Commission, concluent que les valeurs des élasticités de l'emploi des jeunes de moins de 20 ans par rapport au salaire minimum variaient de -0,05 à -0,30. Concrètement cela signifie qu'une augmentation de 10 % du SMIC réduit l'emploi des jeunes de 0,5 % à 3 %. D'autres études (CF. 3) retiennent une fourchette d'estimation plus serrée, de l'ordre de -0,1 à -0,25.

Enfin Brown, Gilroy et Kohen ont, dans une étude plus récente (1981) (9) cherché à affiner et à actualiser les résultats. Ils trouvent :

- a) L'élasticité-emploi a une valeur de -0,1, c'est-à-dire qu'une augmentation de 10 % du salaire minimum réduit l'emploi des jeunes de moins de 20 ans de 1 % ce qui représente environ 80 000 à 200 000 emplois sur une population concernée de 8 millions de personnes.
- b) Le SMIC a également un effet négatif sur les taux d'activité des jeunes, ce qui fait qu'au total l'effet sur le chômage est très faible.
- c) Il y a peu de différence selon le sexe ou la race des jeunes.
- d) Il existe un effet sur le chômage des jeunes de 20 à 24 ans, mais d'une intensité faible.

Citons enfin une étude parue en 1985 au Québec (10). les élasticités SMIC-emploi ont été testées sur la période 1966-1981 et leurs valeurs sont reprises dans le tableau suivant :

VALEURS MINIMALES ET MAXIMALES DE L'ELASTICITE D'EMPLOI PAR
RAPPORT AU SALAIRE MINIMUM

	Minimum	Maximum
Hommes (15 - 19 ans)	-0,05 (1,07)	-0,234 (1,88)
Hommes (20 - 24 ans)	0	-0,100 (2,80)
Femmes (15 - 19 ans)	-0,10 (0,75)	-0,280 (4,44)
Femmes (20 - 24 ans)	0	-0,180 (3,82)

() = t de student

Les valeurs minimales ne sont pas significatives, on peut alors retenir les valeurs maximales qui paraissent plus pertinentes. Une augmentation du salaire minimum aurait un effet sensible sur l'emploi des jeunes et en particulier des 15-19 ans, et à âge égal un effet plus important sur l'emploi des femmes que sur celui des hommes.

2 - France

Dans une étude publiée en avril 1980 (11) Jean-Jacques Rosa a tenté de mesurer les effets du SMIC sur l'emploi et le taux d'activité des jeunes sur la période 1963-1979. Il trouve "que le SMIC réduit significativement l'emploi et la participation des jeunes et en particulier des jeunes hommes plus que des jeunes femmes (...). Une augmentation de 10 % du ratio SMIC./salaire moyen entraîne une diminution de 4,6 % du ratio emploi des jeunes/emploi des adultes". Par ailleurs, une augmentation de 10 % du même ratio réduit le taux d'emploi des jeunes de 4,1 %. Cette valeur d'élasticité (-0,41) est donc beaucoup plus élevée que celles obtenues dans les études américaines.

A partir d'un modèle d'estimation directe des effets du salaire minimum sur le chômage des jeunes A. Fourcans (12) arrive à la conclusion que 83 % de l'accroissement du chômage des jeunes hommes de 15 à 24 ans entre 1973 et 1977 s'expliquerait par l'évolution du salaire minimum, ce même chiffre étant de 64 % pour les jeunes femmes. Il concluait "qu'on ne pouvait prétendre à la fois lutter contre le chômage des jeunes et augmenter le SMIC trop rapidement, les deux objectifs étant contradictoires". Cette conclusion paraît excessive pour l'OCDE qui, dans un ouvrage consacré à l'emploi des jeunes en France (13) pense que "cette étude se fonde sur une équation inadéquate". De même pour E. Malinvaud (2) "les régressions obtenues par Fourcans, qui attribuent un effet important aux relèvements du SMIC devraient être discutées dans leur spécification et confrontées à des résultats différents obtenus par d'autres économètres" (p. 468). Enfin le rapport destiné à la réunion des Ministres du Travail de l'OCDE de 1982 concluait : "la législation relative au salaire minimum a entraîné une certaine réduction, faible au demeurant, des possibilités d'emploi, notamment pour les jeunes travailleurs" (13). Cette conclusion se base sur un rapport établi en 1981 (3) qui étudiait les effets du SMIC sur l'emploi, l'activité et le chômage des jeunes en France de 1963 à 1980. Les conclusions en sont les suivantes.

a) Effets sur l'emploi des jeunes : les élasticités estimées montrent qu'une hausse de 10 % du SMIC entraînerait la perte de 45 000 à 65 000 emplois sur une population active supérieure à 3,2 millions en 1982 (...). Les effets de désemploi s'observent essentiellement parmi les moins de 20 ans, tandis que l'emploi des adultes jeunes a peut-être tiré un certain bénéfice des relèvements du

SMIC, les employeurs cherchant à substituer cette catégorie de main d'oeuvre à celle, relativement plus coûteuse des moins de 20 ans (**).

b) L'effet du SMIC sur les taux d'activité n'est pas très clair, cependant certains résultats inclinent à penser que les augmentations de la valeur réelle du SMIC se sont accompagnées d'une diminution du taux d'activité des jeunes de 1962 à 1980.

c) Effets sur le chômage : "Les majorations du SMIC n'ont contribué que pour une très faible part à l'aggravation du chômage des jeunes en France : en prenant pour base l'effectif de 1980, un relèvement de 10 % du SMIC aurait pour effet d'augmenter de quelque 6 000 à 23 000 le nombre de jeunes chômeurs". En conclusion pour l'OCDE "les travaux effectués montrent (...) clairement que les majorations du salaire minimum ne sont pas une des causes principales du niveau élevé du chômage des jeunes ni en France ni en Amérique du Nord" (p. 44).

SMIC-emploi des jeunes 1968-1985

Suivant en cela un ensemble d'études empiriques parues aussi bien aux Etats-Unis qu'en France, nous chercherons à mesurer l'effet du salaire minimum sur l'emploi des jeunes à partir de la relation :

$$\log E_j/P_j = \alpha \log S + \beta_i X_i + \gamma$$

avec :

- E_j/P_j = rapport emploi sur population du groupe j
- S = rapport SMIC/taux de salaire horaire ouvrier
- X_i = facteurs susceptibles d'influencer le taux d'emploi
- j = hommes de 15 à 24 ans, femmes de 15 à 24 ans.

La valeur de l'élasticité α servira à mesurer l'impact d'un relèvement du SMIC relatif sur le taux d'emploi des jeunes, toutes choses égales par ailleurs.

Les différents facteurs qui influencent l'emploi autres que le salaire sont de trois types : conjoncturel, structurel et démographique.

(**) Les différentes valeurs des élasticités sont les suivantes :

	Période 1963-1980		Période 1968-1980	
	Minimum	Maximum	Minimum	Maximum
H (15-14 ans)	-0,137	-0,236	H (15-19)	-0,734 -0,809
F (15-24 ans)	-0,034 (PS)	-0,151	F (15-19)	+0,399 +0,901
Ensemble (15-24)	0,200		H (20-24)	-0,003 (NS) +0,049
			F (20-24)	-0,008 (NS) +0,110

PS = peu significatif

NS = non significatif

Les jeunes, comme les autres catégories d'actifs, subissent les effets de la récession économique. Leur taux de vulnérabilité à la conjoncture est d'ailleurs plus élevé que celui des adultes. Dans les modèles empiriques de ce type on retient généralement comme variable indicative de l'état de la conjoncture le taux de chômage des hommes d'âge adulte. C'est ce que nous avons fait en prenant celui des hommes de 40 à 49 ans.

En longue période le taux d'emploi des jeunes a tendance à se réduire sous l'effet d'un ensemble de facteurs structurels tels par exemple que la scolarisation accrue, la réduction des emplois à faible qualification. Nous avons introduit en conséquence la variable temps t , dans l'équation de régression afin de tenir compte des facteurs structurels de longue période.

La variable "démographie" est représentée par le poids des jeunes dans la population de plus de 15 ans, ceci afin de tenir compte d'un effet de "cohorte", dont on peut supposer qu'il influence le taux de chômage des jeunes. Pour l'OCDE (3) "cette théorie suppose implicitement que les jeunes travailleurs et les travailleurs plus âgés ne sont pas parfaitement substituables dans le processus de production. Ainsi lorsque la part des jeunes dans la population en âge de travailler augmente il y aura vraisemblablement accroissement du chômage des jeunes surtout si le processus d'ajustement de l'économie est lent" (p. 29).

Résultats :

	LS	LC	T	D	cte	R ²
LEH	-0,084 (-2,9)	-0,018 (-0,4)	-0,036 (-6,3)		4,62	98,5%
LEH	-0,080 (-3,0)		-0,038 (-17,4)		4,61	98,5%
LEH	-0,172 (-2,16)	-0,144 (-4,5)		-0,012 (-0,08)	5,40	93,9%
LEH	-0,225 (-5,25)	-0,122 (-7,9)			5,22	93,6%
LEF	-0,088 (-5,0)	-0,009 (-0,3)	-0,042 (-12)		4,53	99,5%
LEF	-0,249 (-5,4)	-0,126 (-7,6)			5,19	93,5%

LS = Log (SMIC/taux salaire horaire ouvrier)
 LC = Log taux de chômage hommes 40 à 49 ans

T	= temps
D	= population de 15 à 24 ans/population totale
()	= t de Student
LEH	= Log (emploi hommes 15-24 ans/population hommes 15-24)
LEF	= Log (emploi femmes 15-24 ans/population femmes 15-24).

CONCLUSION ET PRINCIPAUX RESULTATS

Concernant la France les différentes estimations des valeurs des élasticités salaire minimum - emploi des jeunes peuvent être regroupées ainsi :

	Hommes	Femmes	Ensemble
OCDE (1963-1980)	-0,24	-0,15	entre -0,10 et -0,20
J.J.ROSA (1963-1979)	-	-	-0,41
Nos calculs	(-0,08 à -0,17)	(-0,09 à 0,25)	-

Si nous essayons de traduire ces résultats en valeurs absolues et partant d'un effectif de 2,5 millions emplois de jeunes de 15 à 24 ans, on aboutit aux résultats suivants : une diminution du SMIC de 10 % pour les jeunes augmenterait l'emploi de :

- Etude OCDE : de 25 à 50 000
- J.J. Rosa : de 100 000
- Nos calculs : de 21 000 à 51 000.

Une remarque pour conclure : la création des TUC peut être considérée comme un moyen détourné de réduire le SMIC.

Essayons à partir d'une petite simulation d'estimer la valeur de l'élasticité de l'emploi des jeunes par rapport au SMIC :

- Valeur du SMIC mensuel actuel = 4 400 F
- Rémunération mensuelle d'un TUC = soit 2 400 F (H1)(***)
soit 3 400 F (H2)

La réduction du SMIC est alors soit de 45 %, soit de 22,7 %. Certaines estimations donnent à penser que le nombre de TUC pourrait atteindre 250 000 personnes, ce qui se traduit par une croissance relative de l'emploi de 10 %. Aussi la Valeur de l'élasticité SMIC - emploi des jeunes est :

- H 1 = -0,22
- H 2 = -0,44.

(***)Selon l'importance de la participation facultative de l'employeur (entre 0 à 500 F par mois).

BIBLIOGRAPHIE

- (1) J.P. COURTHEOUX :
"La salaire minimum, étalon de valeur", Droit Social, février 1984.
- (2) E. MALINVAUD :
"Emploi et salaire" in KEYNES aujourd'hui, théories et politiques, Economica, Paris, 1985.
- (3) OCDE :
"Effets du salaire minimum sur l'emploi et le chômage des jeunes : analyse des travaux récents et étude de l'expérience française", Paris, novembre 1981.
- (4) D.S. HAMERMESH :
"La substitution entre les différentes catégories du travail, salaires relatifs et chômage des jeunes", Revue Economique de l'OCDE, n. 5, automne 1985.
- (5) E. BUGHIN et J.F. PAYEN :
"L'évolution du salaire horaire minimum et des salaires moyens ouvriers depuis 1950", Droit Social, décembre 1984.
- (6) M. MACKEE et E.G. WEST :
"Minimum Wage Effects on Part-Time Employment", Economic Inquiry, juillet 1984.
- (7) M. MACKEE et E.G. WEST :
"Le salaire minimum : nouveaux aspects théoriques, empiriques et politiques", Conseil Economique du Canada, Institut de Recherches Politiques, Québec, Centre d'édition du Gouvernement (1980).
- (8) BROWN, GILROY et KOHEN :
"The Effect of the Minimum Wage on Employment and Unemployment", Journal of Economic Literature, juin 1982.

- (9) BROWN, GILROY et KOHEN :
"Time Series Evidence of the Effect of the Minimum Wage on Youth Employment and Unemployment", The Journal of Human Resources, XVIII, 1983.
- (10) J. MERCIER :
"Les effets du salaire minimum sur l'emploi des jeunes au Québec", Relations Industrielles, vol. 40, n. 3, 1985.
- (11) J.J. ROSA :
"Les effets du SMIC sur l'emploi et la participation des jeunes", Vie et Sciences Economiques, n. 85, avril 1980.
- (12) A. FOURCANS :
"L'impact du SMIC sur le chômage : les leçons de l'expérience", Revue d'Economie Politique, n. 6, 1980.
- (13) OCDE :
L'emploi des jeunes en France, Paris, 1984.

LA REGLEMENTATION DANS L'AGRICULTURE

Par

J. VERCHERAND et F. CASABIANCA

*Chercheurs à l'INRA, Laboratoire de recherches sur le développement
de l'élevage - Corte*

AVERTISSEMENT

Le thème de la journée d'étude dans laquelle s'inscrit cette communication étant "la Déréglementation", nous nous sommes interrogés sur le sens qu'il fallait donner à ce terme. En définitive, nous avons opté pour la signification courante, telle qu'elle ressort du débat politique.

"Déréglementer" vise d'abord à conférer une liberté d'action plus grande aux chefs d'entreprise, sachant que ce thème participe d'un débat plus large, centré sur le "libéralisme économique" comme voie pour sortir de la crise économique actuelle et, de façon générale, pour maximiser la satisfaction des besoins sociaux.

C'est la raison pour laquelle nous avons élargi notre contribution à l'intervention de l'Etat dans l'Agriculture et, ce, plus particulièrement, dans le fonctionnement des marchés Agricoles.

I - LE CONSTAT

1 - Cette intervention est vaste

L'intervention de l'Etat et de la réglementation dans l'Agriculture sont particulièrement vastes.

Citons, sans prétendre être exhaustifs, les législations portant sur :

- La qualité des produits agricoles et alimentaires. Ce volet est volumineux, il concerne la santé publique (programme de prophylaxie contre les maladies animales endémiques, la lutte contre les épizooties, la qualité sanitaire des produits alimentaires, etc...). Il concerne également la qualité nutritionnelle et organoleptique des produits

(répressions des fraudes, labels, appellations d'origine, étiquetage, etc...).

- La protection de l'environnement ainsi que la législation sur les établissements classés qui réglementent, par exemple, la construction d'ateliers d'élevage hors sol. Signalons également les lois sur la dégradation des sols (lois sur la restauration des sols de montagne aux XXIXe et XXe siècle), l'usage intensif des engrais et des produits phytosanitaires, etc...

- La protection des preneurs de baux ruraux : statut du fermage et du métayage.

- Le droit du travail dans l'agriculture qui pendant longtemps a dérogé nettement au droit commun.

- La protection sociale agricole qui comporte de nombreux aspects spécifiques par rapport au régime général de la sécurité sociale.

- La politique des structures : les législations sur le remembrement, les cumuls, la SAFER, le FASASA, les aides sélectives aux investissements, etc...

- Enfin, la politique d'organisation et de soutien des marchés, qui est le volet le plus important de l'intervention de l'Etat. Cette politique comporte deux aspects :

- a) un premier aspect a pour but de définir ou de contractualiser les rapports entre les différents intervenants d'une même filière. Ce sont les offices de produits et les interprofessions.

- b) un deuxième aspect a pour but de réguler les marchés : mécanismes d'intervention et de stockage quand les prix de marché baissent en-dessous d'un certain seuil. Inversement quand les prix du marché dépassent un certain plafond : destockage et recours aux importations. Un système de prélèvements et de restitutions joue un rôle d'écluse entre le marché intérieur et le marché mondial.

Une part importante de ces interventions, en particulier certains aspects de la politique des structures et de la législation sur la qualité des produits, et surtout l'ensemble de la politique de soutien des marchés, s'opère aujourd'hui dans le cadre de la CEE.

2 - Cette intervention est ancienne

Sans remonter jusqu'à l'Antiquité où la question des subsistances a toujours été considérée par les Etats comme primordiale et stratégique, contentons-nous de rappeler pour la France, la "police des grains" sous l'ancien régime qui réglementait très étroitement le commerce des céréales, base essentielle de l'alimentation.

Si la révolution française a aboli les entraves au commerce intérieur, la règle générale en matière de commerce intérieur fut, jusqu'à la fin de la période napoléonienne, la liberté totale des importations et l'interdiction presque constante de l'exportation des

grains. Le but de cette législation était de lutter contre les risques de disettes, facteurs de troubles sociaux graves, voire de révolution.

Jusqu'au 2ème Empire fut appliquée "l'échelle mobile", c'est-à-dire un système de droits de douane variables destinées à favoriser les importations en cas de récoltes déficitaires et de forte hausse des prix intérieurs, inversement à permettre les exportations en cas de récoltes abondantes et de baisse de prix.

Un tournant important est pris en 1860 avec l'application d'une politique libre-échangiste. Cependant, devant la concurrence de plus en plus rude des pays neufs, des mesures protectionnistes furent rétablies dès la fin du 2ème Empire qui aboutirent en 1892 au "tarif douanier général" (Méline).

La crise de mévente des années 30 amène les gouvernements à intervenir directement dans le fonctionnement des marchés intérieurs. Citons : le statut viticole (échelonnement des ventes, distillation obligatoire) 1931-1935 ; l'organisation interprofessionnelle du sucre de betterave (contingentement, intervention de la régie des alcools) 1931-1935 ; l'office du blé qui dispose du monopole (indirect) des achats à la production, 1936.

Cette intervention de l'Etat dans la régularisation des marchés agricoles sera étendue à partir de 1953, alors que les excédents réapparaissent, avec les créations du Fonds de garantie mutuelle (qui deviendra FORMA en 1961), la SIBEV (viande), l'IVCC (Vin de C.C.), Interlait (1955). A partir de 1967, la PAC reprendra ces mécanismes d'intervention et, dans certains cas, les étendra partiellement à d'autres productions. Toutefois, dans un premier temps la PAC aura pour effet de libéraliser certains marchés (Blé, Vin), mais par la suite elle fera marche arrière du fait de l'apparition de crises à répétition (Vin de C.C.).

3 - Cette intervention est pratiquée dans tous les pays

Si la plupart des pays européens pratiquèrent dans les années 1860-1890 des politiques libre-échangistes, ils rétablirent par la suite des mesures protectionnistes vis-à-vis des pays neufs.

La Grande-Bretagne et les Pays-Bas firent exception à cette tendance. Cela s'explique par la situation particulière : la Grande-Bretagne est la première puissance industrielle du monde et elle dispose de la maîtrise des mers ce qui lui permet d'importer à la veille de la guerre de 1914 la moitié de son alimentation.

Les Pays-Bas, vieille nation commerçante liée politiquement et économiquement à la Grande-Bretagne se spécialisera dans les productions animales, moins concurrencées alors, et que l'Etat encouragera par une politique d'enseignement agricole et de vulgarisation.

Cependant les risques encourus pendant la 1ère guerre mondiale, amena la Grande-Bretagne à soutenir son agriculture (deficiency payments).

La crise des années 30 amène la plupart des états industrialisés à intervenir de façon très dirigiste sur les marchés comme en France. Citons aux USA l'"Agricultural Adjustment Act" en 1933, sous Roosevelt (contrôle de l'offre, garantie des prix) ; le Milk Marketing Board en Grande-Bretagne (office disposant du monopole d'achat du lait) ; le programme d'abattage des vaches laitières aux Pays-Bas qui par leur position exportatrice sont très touchés par la crise ; le contingentement de la production laitière en Suisse, etc.

Aujourd'hui l'intervention de l'Etat dans les marchés agricoles est aussi élevée aux USA que dans la CEE à tel point qu'en 1983 et 1984, le coût de soutien en pourcentage du PIB a dépassé celui de la CEE.

Les pays européens occidentaux, autres que la CEE, ont tous des politiques encore plus interventionnistes.

Enfin, il n'est jusqu'au Japon de créer il y a 5 ou 6 ans un office de lait semblable au MMB britannique ou à l'office du blé de 36.

II - LES RAISONS DE L'INTERVENTION DE L'ETAT

L'importance, l'ancienneté et la généralisation de l'intervention de l'Etat dans le fonctionnement des marchés agricoles, même chez les pays développés réputés parmi les plus libéraux interrogent.

Fondamentalement, cette intervention s'explique par les caractéristiques des marchés agricoles.

1 - L'effet King

Tout d'abord, *la demande pour la plupart des produits agricoles est fortement inélastique, c'est-à-dire qu'elle ne varie guère avec les prix.*

Les besoins alimentaires sont certes, une donnée sociale, mais aussi une donnée physiologique qui fixe dans une fourchette relativement étroite les quantités et les qualités absorbées.

Ensuite, les processus de production agricoles sont longs et rigides. Ils dépendent de cycles biologiques : de 1 an pour la plupart des cultures végétales à 5 ans et plus pour les plantations. De 6 mois à 3 ans suivant les espèces animales... De plus, les investissements nécessaires sont lourds. Cela signifie que *les ajustements de la production à des variations des prix du marché ne seront pas instantanés mais demanderont un temps de réponse plus ou moins long.*

Ces caractéristiques, ajoutées au fait que les agriculteurs sont dans une situation de relative infériorité dans le circuit économique

(atomisation de l'offre face à une relative concentration de la demande), ont pour conséquence que les *prix agricoles varient plus que proportionnellement à la production*.

En d'autres termes, il suffit d'un excédent de production de quelques 5 % pour que les prix chutent de 20 ou 30 %, et réciproquement en cas de déficit.

Cet effet, constaté à la fin du XVII^e siècle, sur le marché du blé, par l'économiste anglais King, a toujours été vérifié.

La conclusion est simple : laisser seul le marché réguler la production agricole aurait pour effet d'engendrer des fluctuations très importantes des prix avec succession de phases plus ou moins longues de surproduction et de pénurie.

Faisons cependant abstraction de ces fluctuations en elles-mêmes,

- qui sont déjà un problème important pour qui vise à maximiser la satisfaction des besoins sociaux,
- pour ne considérer que le prix moyen obtenu sur le long terme par le consommateur.

Or même de ce point de vue, il est à craindre que celui-ci n'y trouve pas avantage. En effet, ces fluctuations auraient pour effet de rendre très irréguliers les investissements productifs des agriculteurs, quand elles ne décourageraient pas tout simplement la plupart d'entre eux de les faire (1). Cela aurait pour conséquence de freiner l'amélioration de la productivité et donc l'abaissement des coûts de production, compte tenu que le critère surface de l'exploitation a un effet limité sur les économies d'échelle, en particulier en productions animales.

2 - L'intervention de l'Etat : facteur d'efficacité ?

Quittons ces analyses sur les comportements socio-économiques, qui gardent une part de spéculation, pour observer l'évolution des agricultures française ou européenne.

Celles-ci ont connu au cours des 30 dernières années une croissance de leur productivité remarquable. Or la stabilisation des prix agricoles a joué un rôle essentiel dans ce résultat. Bénéficiant de prix stables, les agriculteurs ont été fortement encouragés à investir. L'augmentation de productivité qui en a résulté, a engendré en retour

(1) Si l'on présente sur un graphique ayant pour coordonnées les quantités et les prix, les courbes d'offre et de demande, et que l'on examine la fluctuation des prix autour du point d'équilibre (Représentation de la "toile d'araignée") on constate qu'en cas d'une demande très inélastique, ces fluctuations tendent à s'amplifier... à condition que la courbe d'offre reste stable dans le temps. Or, dans la mesure où les fluctuations des prix sont plus fortes que celles de la production, n'y a-t-il pas un risque -expérience étant faite- que les producteurs adoptent un comportement malthusien, collectivement, en phase de production déficitaire, dérogeant ainsi au comportement parfaitement égoïste de l'*Homo Economicus* ?

une baisse tendancielle des prix agricoles (les mécanismes de stabilisation des prix n'entravent pas cette régulation). Et cette baisse tendancielle nourrit à son tour l'accroissement de la productivité. Cependant, ce processus de croissance agricole ne s'explique pas uniquement par la seule stabilisation des prix.

En effet, si les agriculteurs ont pu mobiliser au maximum leurs capacités productives, cela n'a pu se réaliser que parce que les Etats se sont substitués à eux pour leur assurer les garanties économiques et sociales nécessaires.

C'est le rôle joué par le statut de fermage et du métayage, la protection sociale, les dispositifs de crédit bonifié et, de façon générale, par l'ensemble des procédures d'interventions financières de l'Etat.

Trois exemples pour illustrer ce rôle.

* Pendant longtemps, jusque dans les années 50, les agents du développement (de l'Etat ou de la Profession) se sont désolés que les agriculteurs gardaient toujours plus d'animaux qu'ils ne pouvaient convenablement en nourrir et que, de ce fait, ceux-ci étaient peu productifs. En fait, dans ce type de comportement, une des fonctions essentielles dévolue au cheptel était celle d'un stock réserve de valeur, régulateur de l'activité économique. C'est là, la pratique bien connue des éleveurs des pays en voie de développement. En cas de "vaches grasses" l'éleveur capitalise par accroissement de son troupeau, tandis qu'en cas de "vaches maigres", de dépenses imprévues ou exceptionnelles, il décapitalise en vendant une partie de son troupeau. Cette fonction de thésaurisation dans le cheptel a été suppléée par la protection sociale, l'appareil de crédit et les différentes aides de l'Etat. C'est ainsi que ce cheptel est devenu pleinement productif.

* De même il y a plus d'un demi-siècle, les agriculteurs possédaient de façon générale, l'équivalent d'une années de récoltes stockées dans les greniers et les granges, pour faire face aux aléas climatiques. Ce n'est plus le cas aujourd'hui où les récoltes sont immédiatement et entièrement mobilisées pour produire au maximum. Aussi en cas de sécheresse voit-on les agriculteurs recourir à tout l'arsenal de l'Etat en matière de prêts bonifiés et de subventions et, - chose inimaginable il y a 1 ou 2 générations- aux manifestations contre les gouvernants !

* L'Etat est intervenu également dans les rapports sociaux, pour pallier les absences de sécurité qui pénalisaient la production.

Ainsi l'objectif du statut du fermage et du métayage promulgué à la Libération, dans une conjoncture de déficit alimentaire était avant tout d'ordre économique. En lui accordant une sécurité sur le fonds cultivé le législateur voulait encourager le tenancier à accroître la production en lui assurant de récupérer en toute hypothèse le fruit de ses améliorations, et en limitant le prélèvement de la propriété foncière. Toute l'histoire de cette

propriété foncière pendant le siècle qui a précédé ce statut a été de s'évertuer -sans succès- à trouver la meilleure formule qui, en amenant les tenanciers à sortir de leur "indolence" et de leur "routine" pour améliorer le fonds cultivé, lui permette de maintenir ou d'accroître sa rente foncière, sans perdre pour autant ses droits et ses pouvoirs. Le législateur a tranché et ce, dans tous les pays développés, en dépouillant la propriété foncière de la plus grande partie de ses droits sur la production... malgré l'admiration d'économistes pour le bel exemple "d'association capital-travail" que représentait à leurs yeux le métayage.

Ainsi donc si l'Etat intervient fortement dans l'agriculture, ce n'est pas en dernière analyse pour "protéger" les agriculteurs, c'est d'abord pour *assurer à la société une alimentation abondante et à "bon marché"*, sachant que l'une passe par l'autre.

En témoignent les 5 objectifs assignés à la PAC, par l'article 39 du traité de Rome. Dans l'ordre :

- "accroître la productivité,
- "assurer un niveau de vie équitable à la population agricole,
- "stabiliser les marchés,
- "garantir la sécurité des approvisionnements,
- "assurer des prix raisonnables aux consommateurs".

Inversement si aujourd'hui une partie de l'humanité dans les pays qualifiés pudiquement d'"en voie de développement", souffre de la faim, la plupart des agronomes et des économistes ruraux s'accordent à considérer que cette situation provient d'abord de l'absence de garanties de prix qui a découragé la paysannerie de ces pays à produire.

III - LES PROBLEMES D'ORIENTATION ET D'ADAPTATION DE L'INTERVENTION DE L'ETAT

Si l'intervention de l'Etat s'inscrit historiquement, dans une logique générale dont les modalités particulières peuvent varier suivant le contexte socio-économique, l'évolution de ce dernier dans le temps peut entrer en contradiction avec les formes d'interventions définies précédemment. C'est le cas actuellement avec la crise économique qui impose une réorientation de la politique agricole.

1 - La réorientation de la politique agricole

La PAC a été conçue à une période où la CEE était déficitaire pour la plupart des productions agricoles. Aujourd'hui, cette PAC est victime de son succès puisqu'elle est devenue largement excédentaire pour un certain nombre de productions (céréales, lait, viande, vin,...) face à un marché mondial incertain et relativement limité.

Il n'est donc plus possible pour la CEE de garantir des prix agricoles quelles que soient les quantités produites, d'où l'instauration des quotas laitiers en 1984 (qui auraient dû être institués plus tôt). Mais le problème ne se pose pas uniquement pour le lait. Aussi en juillet 1985 la Commission des communautés européennes posant les 2 termes de l'alternative politique : ou libéralisation des marchés (réduction des mécanismes d'intervention), ou généralisation des quotas, s'est prononcée pour le premier terme en lui joignant une politique d'aides directes.

Observons au passage que si la Commission opte pour une politique plus libérale d'un côté c'est pour créer une nouvelle forme d'intervention de l'autre côté.

Toutefois, ce choix en faveur de la libéralisation des marchés pose à son tour une nouvelle alternative : ou la libéralisation est "radicale", ou elle reste modérée.

La première option n'est pas réaliste à cause des effets brutaux et difficilement maîtrisables à moyen et long terme sur l'appareil de production, ainsi que nous nous sommes attachés à le démontrer précédemment. D'ailleurs les orientations prises très récemment ou envisagées par le Conseil des Ministres pour les marchés des céréales et de la viande infirment cette première option.

Reste l'option d'une libéralisation modérée. Or il y a un risque sérieux à ce que les producteurs réagissent à une baisse modérée des prix par un nouvel accroissement de leur production, ce qui ne ferait qu'amplifier le problème des excédents. C'est précisément ce qui s'est passé sur le marché du lait pendant les 10 années qui ont précédé l'instauration des quotas.

Il est donc à prévoir, sauf une brusque ouverture des marchés mondiaux, -bien improbable pour l'instant- que la CEE ne pourra faire l'économie d'une politique tendant à maîtriser rigoureusement la production : quotas, coresponsabilité différenciée des producteurs...

Ces considérations nous amènent à cette question : *Dans nos pays développés une politique agricole associant une certaine garantie des prix agricoles et une maîtrise des volumes produits n'est-elle pas en définitive la forme de régulation de la production agricole et de la consommation socialement la plus efficace ?*

Pour notre part nous répondrons affirmativement et les débats actuels aux USA sur l'avenir de la politique agricole nous fournissent de nouvelles raisons.

A la période faste des années 70 pour l'agriculture américaine (exportations importantes, prix élevés), a succédé à partir de 1981 une forte contraction du marché mondial, en partie d'ailleurs, à cause de la politique monétaire du gouvernement US. Les stocks s'accumulent et les prix baissent. Les agriculteurs américains qui avaient fortement investis pendant la période faste se trouvent aujourd'hui devant des difficultés considérables, ainsi que le système bancaire et les

industries liés à l'agriculture. Le Président Reagan refuse de rétablir les vieilles politiques de maîtrise de l'offre (gel des terres) et envisageait de réduire de façon drastique le soutien budgétaire à l'agriculture. Cette politique a rencontré une vive opposition, non seulement des parties directement concernées, mais aussi de la part des experts -et on sait l'influence qu'ils exercent aux USA- et des démocrates jusque là relativement et traditionnellement en accord avec leurs adversaires républicains sur la politique agricole à mener.

Les décisions prises récemment sont cependant, là aussi, nettement en retrait par rapport aux objectifs de départ : le soutien budgétaire pour les 3 prochaines années sera presque comparable à celui, très élevé, de 1985. Le gouvernement US refuse cependant toute mesure qui pourrait s'apparenter à un contingentement de la production mais il peut, en échappant à la contrainte extérieure, se permettre un déficit budgétaire qui n'est à la portée d'aucun autre pays. Reste à savoir pendant combien de temps et jusqu'à quelle hauteur il devra et pourra intervenir ainsi et quels en seront les résultats...

2 - L'adaptation de la Politique Agricole à la diversité des situations

Un second type de contradictions peut apparaître quand une décision centrale est censée s'appliquer à un contexte économique et social particulier, qui déroge au contexte général.

Dans nos institutions politiques, historiquement très centralisées, lorsque les pouvoirs législatifs et exécutifs élaboraient lois et règlements, ils ont toujours eu l'ambition, ou la prétention, de répondre à toutes les situations qui pouvaient se présenter. Bien entendu, la réalité est plus nuancée, et la Corse nous fournit de bons exemples de mesures inadaptées en matière de politique agricole.

La situation foncière, base importante s'il en est de la production agricole, se caractérise pour la partie montagneuse de l'île (9/10e), par l'émiettement de la propriété (surtout en Haute Corse), l'indivision, l'absentéisme des propriétaires, une désertification considérable, et par un refus assez général de consentir des baux écrits. Ces différents caractères ont eu (et ont toujours) entre eux des effets cumulatifs.

Cette situation est à la fois l'héritage d'un passé aux formes de productions et aux pratiques sociales spécifiques, et le produit d'une immersion brutale d'une économie de polyculture-élevage d'autosubsistance dans une économie capitaliste développée.

Cette situation a notamment pour conséquence concrète aujourd'hui le désintérêt de nombreux éleveurs vis-à-vis des améliorations pastorales. La raison n'est ni leur efficacité technique, au demeurant remarquable, ni leur coût puisqu'existent des aides très

importantes. La raison provient de l'abondance des superficies "exploitables" par éleveur, du fait de la désertification et de l'absentéisme des propriétaires, et de la précarité de la situation des éleveurs qui n'ont pas l'assurance de garder le bénéfice des améliorations qu'ils pourraient apporter au foncier.

L'effet le plus "spectaculaire" est le recours à l'"assolement" maquis - feu pastoral qui, si on raisonne du point de vue de l'éleveur et à court terme représente sans doute un optimum économique, mais qui, si on raisonne à long terme, est suicidaire car il tend à anéantir les ressources pastorales. Il est par ailleurs superflu de s'étendre sur l'ensemble des conséquences écologiques et économiques des grands incendies qui se renouvellent ainsi à chaque sécheresse estivale, mais qui ne sont pas tous cependant d'origine pastorale.

Pour répondre à ces problèmes de gestion du sol, les nombreux dispositifs de la politique des structures ne sont guère efficaces ici (remembrement, Safer, ...). Même des dispositions juridiques comme l'application aujourd'hui assez extensive du statut du fermage aux locations verbales, ou encore la loi sur les terres incultes ont beaucoup de mal à s'appliquer compte tenu de la nature particulière des rapports sociaux dans l'intérieur de l'île.

Des dispositions existent cependant dans la législation foncière française qui permettraient de maîtriser l'usage agricole du foncier : garantir la sécurité des preneurs, préciser les contours des exploitations, voire favoriser des installations par reconquête des territoires pastoraux sur le maquis.

Mais les blocages sociaux sont tels que ces dispositions devraient être, en toute hypothèse, appuyées par une intervention spécifique et très dirigiste de l'Etat.

En attendant cette improbable intervention, la situation actuelle engendre de nombreux effets pervers dans l'application de la politique agricole.

Une part importante de celle-ci, en effet, est basée au niveau des lois et des règlements, sur des critères de surface exploitée par les agriculteurs : protection sociale et fiscalité avec le Revenu Cadastral, politiques de subvention et de crédit, sans parler du contrôle des structures. La surface exploitée étant appréciée en propriété ou en fermage (contrat écrit), autant dire que ce critère est inopérant en Corse : nous trouverions de vrais agriculteurs... sans terre au regard des règlements !

L'administration en est donc réduite avec plus ou moins de bonheur à rechercher des adaptations.

Un exemple de mesures mal adaptées nous est donné pour les primes bovines dont le but est de compenser les surcoûts dus aux handicaps naturels et la faible rentabilité en général de l'élevage bovin allaitant.

Ces primes sont accordées à l'unité de gros bétail, c'est-à-dire à l'animal possédé et non à la production réalisée.

Or en Corse, les conditions climatiques n'imposent pas aux éleveurs des immobilisations lourdes, ce qui fait que les charges de structures de l'élevage bovin sont presque nulles.

Dans la situation d'"anarchie" foncière ces 2 éléments, favorisent une croissance "sauvage" du cheptel bovin ... et du nombre de propriétaires d'animaux à défaut d'éleveurs, ... alors que les tonnages abattus ne progressent guère. Ces primes tendent à détourner les agriculteurs des formes d'élevage plus intensives, plus structurées, globalement plus rémunératrices, mais nettement moins primées d'autant qu'elles sont exigeantes en travail.

En revanche elles favorisent un élevage bovin très extensif, devenu financièrement très rentable bien que globalement insuffisant pour faire vivre à lui seul une famille, mais très peu exigeant en travail.

Au total, ces primes, de par leur forme et les déséquilibres qu'elles introduisent entre espèces favorisent l'extensification (l'emmaquisage) et la désertification. Elles ont un effet opposé au but implicitement recherché qui est de favoriser le développement.

CONCLUSION

Si les Etats des pays développés ont très largement légiféré dans l'agriculture ce n'est pas le fait du hasard, ni le produit d'une quelconque frénésie "réglementariste" chez des générations de politiciens se succédant au pouvoir ! Faut-il rappeler cette banalité : si des règlements ont été édictés, c'était pour répondre à des problèmes bien précis et concrets qui, jusque là, n'avaient pas trouvé réponse.

Bien entendu, on doit se demander, compte tenu des diverses interactions des règles édictées, si le remède administré ne se révèle pas en fin de compte plus dangereux que le mal qu'il est censé soigner, ou plus modestement si les décisions prises sont toujours adaptées.

Mais un tel examen ne peut uniquement se fonder sur des présupposés économiques qui nécessairement, tendent à schématiser les comportements sociaux. Historiquement, la confrontation des prévisions et propositions des économistes avec les faits réels, doit nous inciter à quelque prudence, sinon à quelque humilité ...

L'analyse économique et juridique doit être complétée par des approches sociologiques et historiques et, évidemment, elle doit être suffisamment globale, c'est-à-dire comparative avec d'autres régions et pays, pour être rigoureuse.

Cela dit, ce qui semble en cause aujourd'hui en matière de politique agricole, c'est moins la réglementation ou l'intervention de l'Etat que l'orientation de l'action de l'Etat pour répondre aux problèmes posés aujourd'hui par la crise, et la centralisation des décisions réglementaires mal adaptées aux situations locales.

Enfin, si l'agriculture, apparaît comme un secteur économique bien particulier en matière d'intervention de l'Etat, fait-elle pur autant, figure de cas unique ?

En d'autres termes, est-elle le seul secteur économique où la demande est inélastique et où l'offre se caractérise par une certaine irrégularité et une forte inertie (temps de réponse) ?

SIGNIFICATION DES SIGLES

CEE	: Communauté Economique Européenne
FASASA	: Fonds d'Action Sociale pour l'Amélioration des Structures Agricoles
FORMA	: Fonds d'Orientation et de Régulation des Marchés Agricoles
IVCC	: Institut des Vins de Consommation Courante
PAC	: Politique Agricole Commune
SAFER	: Société d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural
SIBEV	: Société Interprofessionnelle du Bétail et des Viandes

BIBLIOGRAPHIE

G. DUBY et A. WALLON (1977) (sous la direction de) :
"Histoire de la France rurale", 4 T.

P. BARRAL (1968) :
"Les Agrariens Français de Méline à Pisani".

G. WRIGHT (1967) :
"La révolution rurale en France".

Y. GAIZZO :
"La politique Agricole des USA", (Economica).

Publications de la CEE (notamment) :
"Perspectives de la Politique Agricole Commune", juillet 1985.

La Presse :
"Le Monde", "Le Monde Diplomatique", "Agri-Sept", "Paysans",
... etc..

Publications de l'INRA - ESR (notamment dans le secteur :
"Problèmes Agricoles et Alimentation dans le Monde").

Publications du LRDE - INRA et de CORTE

LE CAS DU REGIME DOUANIER DE LA CORSE DE 1768 à 1914

Par

Jean-Yves COPPOLANI

Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane

C'est Jean-Yves Chérot qui a beaucoup insisté pour que je participe moi, historien du droit, à cette table ronde sur un sujet de droit positif et même prospectif ; il a inscrit ce titre vague et ambitieux de "point de vue de l'histoire du droit" tout simplement parce qu'au moment où le programme a été élaboré je n'avais pas encore une idée bien précise de ce dont j'allais parler aujourd'hui.

J'ai d'ailleurs beaucoup hésité ...

Devais-je vous asséner -et heureusement qu'il ne me reste que peu de temps- un fastidieux historique de la progression et de la contestation de la réglementation en France, et de l'érection en doctrine du "réglementarisme", du "Delamarisme" selon le mot employé par Edgar Faure (*La disgrâce de Turgot*, p. 3) du nom de l'auteur du célèbre *Traité de la Police de Paris*, paru en 4 volumes de 1705 à 1722, et doctrinaire de l'économie réglementée ?

Devais-je m'essayer à brosser un panorama de l'histoire des idées politiques pour répertorier des précédents de l'idée de déréglementation et le cas échéant souligner certains paradoxes fréquents chez les penseurs utopistes qui prônent à la fois une société totalitaire où tout est heureusement prévu, et une répulsion caractérisée à l'égard de toute réglementation juridique.

Fallait-il relier la déréglementation à la longue tradition d'aversion à l'égard du droit et des juristes, illustrée notamment par Thomas More qui, lui-même ancien avocat et chancelier d'Angleterre, nous dit avec une pointe de dérision qu'en "*Utopie tout le monde est docteur en droit*". Cette aversion qui chez les non juristes a quelquefois été formulée de la façon la plus véhémement : on se souvient par exemple des propos de table de Luther rapportés par Melancthon : "*Mieux vaut entendre péter un porc que d'écouter un juriste*".

Me limitant à des débats d'idées plus en prise avec la réalité était-il intéressant de décrire tous les avatars du droit public économique liés aux péripéties de la lutte séculaire entre dirigistes et libéraux, entre "*sullystes et colbertistes*" comme l'on disait au temps de Voltaire ?

Et puisque nous en sommes au temps de Voltaire, fallait-il évoquer ici le ministère Turgot qui avec ses édits sur la libération du commerce des grains, la suppression des corvées et des corporations ainsi que quelques textes secondaires, se livra à la première grande expérience de déréglementation de l'histoire du droit français ?

Quelque soit l'option, je ne crois pas être le plus qualifié ni le mieux placé pour aborder avec profit l'histoire de la déréglementation à ce niveau. Il existe déjà sur ces questions de fameux ouvrages et ce n'est pas de Corte, ni d'ailleurs de Corse, avec de très grosses difficultés de documentation que l'on peut traiter valablement ces matières.

La liste des démarches évoquées n'est pas limitative, et encore ce matin à écouter le Professeur Linotte, il m'est apparu l'idée d'une relation à faire entre déréglementation et féodalité : la réglementation est liée à la Cité, à l'Etat, à l'oecuménisme de l'Eglise catholique, la déréglementation elle, est une tendance à la féodalité née de l'amoindrissement de l'Etat, de cette absorption du droit public par le droit privé qui selon Guizot caractérisait la féodalité. Elle se situe d'ailleurs dans un courant de pensée aristocratique ...

Je me cantonnerai pour ma part à des considérations plus locales en évoquant la déréglementation dans l'histoire du régime douanier de la Corse depuis son acquisition par la France en 1768 jusqu'à la veille de la première guerre mondiale

On retrouve d'ailleurs Turgot dès les premières années de cette histoire. En 1776, la Corse faillit bénéficier d'une complète déréglementation douanière. En effet, dans une liste de requête des Etats de Corse qui se trouve aux Archives Nationales (K 686 n. 31) il était réclamé "*l'exemption des droits d'entrée et de sortie et la suppression des Douanes*". En face est portée la mention "*accordé par M. Turgot*". Malheureusement, la disgrâce de Turgot quelque temps plus tard devait vouer à l'oubli cette intéressante décision.

Malgré cela, la Corse bénéficia dans les premières années de sa "*soumission à l'obéissance du roi de France*", de plusieurs mesures de déréglementation douanière insérées dans le *Code Corse* destinées à faciliter l'approvisionnement de l'île (suppression totale des droits sur les principales denrées comestibles : grains, farines, semoules, fruits, viandes, gros bétail, vin) ou pour améliorer le bien-être des habitants (exemption de droits sur les matériaux de construction et les étoffes). Par la suite plusieurs textes douaniers notamment ceux de 1784 allaient viser les mêmes objectifs mais dans un esprit tout à fait contraire à la notion de déréglementation. On y trouve des règles

tatillonnes concernant la dimension des pièces de bois exportées, et les rares suppressions de droits sont souvent liées à des mesures nettement dirigistes, faisant appel à un système compliqué de droits à taux variables et de primes à l'exportation.

Les comités de l'agriculture, du commerce et des contributions publiques de l'Assemblée nationale allaient envisager pour la Corse un régime douanier particulier qui était pour l'essentiel une entreprise de déréglementation. Pour tenir compte des problèmes de l'insularité, le rapporteur (le député de Lyon Goudard) proposait la suppression de barrières douanières entre la Corse et l'étranger, et un abaissement considérable de ces barrières entre la Corse et le continent français pour les principales productions de l'île : cire, huile vin, eau de vie, soie, noix. C'était, à une époque où les ports francs venaient d'être supprimés en France au non de l'égalité, faire de la Corse une zone franche comme le préconisent aujourd'hui certains élus insulaires.

Ce projet, lui aussi tomba dans l'oubli. Quelques années après, la Convention allait en arriver au comble de la réglementation douanière : l'interdiction absolue faite aux corses de commercer avec l'étranger par la loi du 4 Germinal an II.

Par la suite, malgré des velléités, et des idées émises périodiquement, il n'y aura plus de tentatives de déréglementation douanière : en 1801 l'arrêté de Miot de Mélito sur les douanes en Corse ne peut pas être considéré, à la différence d'autres arrêtés de Miot en matière fiscale, comme une mesure de déréglementation, même si quelques articles exemptaient certaines marchandises de droits de douanes à l'entrée ou à la sortie pour faciliter l'approvisionnement de la Corse, favoriser la modernisation de son économie (nouvelles races, nouveaux outils, nouvelles cultures) et l'instruction des habitants (instruments de physique et de mathématique).

On peut faire la même observation à propos de mesures douanières du décret impérial du 24 avril 1811 qui est le point de départ de la réglementation d'exception que subira la Corse tout au long du XIXème siècle.

Par la suite une ordonnance de 1816 reprise pour l'essentiel dans la loi du 21 avril 1818, charte douanière de la Corse au XIXème siècle, établit un régime curieux. Les produits français entraient en Corse sans payer de droits de douanes ; en revanche les produits corses devaient acquitter à leur entrée en France continentale des droits de douanes comme s'ils venaient de l'étranger, mis à part certains produits insérés dans une liste. Cette nomenclature des produits pouvant aller de Corse en France continentale en exemption de droits, pièce maîtresse de la réglementation douanière de la Corse, s'allongea tout au long du XIXème siècle et devint un inventaire à la Prévert où l'on trouvait auprès des *feuilles mortes ramassés dans la forêt triturées ou non triturées*, de *l'alcool d'asphodèle*, des *figues de*

cactus, et des *coussinets de fonte*. Malgré de très nombreux ajouts, plusieurs des productions corses les plus importantes n'y furent insérées que très tardivement le fameux *brocciu* (la brousse corse) dut attendre 1856 pour entrer en France continentale en franchise, les bouchons de liège 1863, l'eau de vie 1888, les chèvres et les fromages en 1891. De plus, les denrées corses devaient obligatoirement être dédouanées dans certains ports énumérés par la loi, parmi lesquels Toulon, Marseille, Sète et Agde et curieusement Saint-Valérie sur Somme. Certains produits ne furent jamais sur la liste : les premiers automobilistes qui vinrent en Corse ne purent ramener leur véhicule, pourtant fabriqué en France, sur le continent français qu'en payant des droits comme s'il venait de l'étranger. Les conscrits corses préféraient abandonner aux épaves de la Poste les paquets que leurs mères leur envoyaient -qui contenaient des chaussettes qu'elles leur avaient tricotées- plutôt que de payer des droits de douanes largement supérieurs à leur prêt. Même le directeur général des douanes françaises eut à pâtir des lacunes de la fameuse nomenclature : venu chasser en Corse, il dut payer des droits importants sur son gibier ; à son retour à Paris, il s'empessa d'ailleurs de faire ajouter le gibier mort à la nomenclature.... Pour bénéficier de la franchise, il fallait un certificat d'origine délivré par les maires corses. Les maires d'Ajaccio et de Bastia en signaient des milliers par an, sans même voir les marchandises. Mais, cette formalité était pour les usagers une source de lenteur et de tracasseries

Dans la dernière décennie du XIXème siècle et la première du XXème, l'opinion publique (Chambres de Commerce, hommes politiques, Union des Corses et amis de la Corse ...) s'insurge contre cette réglementation absurde. La presse fait état de nombreuses propositions pour y mettre fin. Plusieurs articles de journaux prônent l'abandon de toute réglementation douanière qui serait ainsi devenue *zone franche*. Cette idée de zone franche réapparaissait donc, un peu plus d'un siècle après le projet de Turgot. Ce n'est pas cette solution de déréglementation qui fut choisie mais la substitution du régime douanier de droit commun à ce régime douanier d'exception. C'est ce qu'opéra la loi du 8 juillet 1912, qui ne peut pas être considérée comme une mesure de déréglementation.

On peut se demander pourquoi la déréglementation douanière si souvent réclamée avec insistance du XVIIIème au XXème siècle n'a jamais dépassé le stade des projets, alors qu'une législation touffue et parfois ubuesque a prospéré au fil de nombreux textes. De nombreux documents, notamment les archives parlementaires (par exemple la discussion de la loi de 1826 devant la Chambre des députés et la Chambre des Pairs) des lettres d'administrateurs ou de simples particuliers contemporains nous permettent d'affirmer que toutes les réglementations mises en place avaient des objectifs généralement étrangers à la prospérité économique de la Corse et à la commodité du

commerce. On voulait remplir les caisses de l'Etat plus facilement qu'avec des impôts directs ou indirects frappant une population trop pauvre. On maintenait en Corse un régime douanier d'exception qui - croyait-on- incitait moins à la fraude que le régime de droit commun pour limiter à 200 environ le nombre des douaniers qui sans cela auraient du être au moins un millier, ce qui aurait absorbé les recettes. Les défenseurs de la réglementation douanière particulière, utilisent comme arguments toutes sortes de considérations secondaires. On alla jusqu'à évoquer des raisons humanitaires telles que le danger de mort qu'il y avait pour les douaniers d'effectuer leur service sur les côtes corses insalubres ...

En conclusion, on peut avancer que tout au long de cette histoire douanière de la Corse, la déréglementation a été considérée à tort ou à raison comme bénéfique pour l'économie corse, mais tous les projets allant dans ce sens se sont heurtés aux intérêts supérieurs que constituaient la commodité et la rentabilité de l'administration. L'une des raisons et non des moindres de la loi de 1912 a d'ailleurs été l'aversion de la hiérarchie douanière à l'égard de ce régime d'exception qui au fil des textes était devenu un casse-tête auquel elle préférait le droit commun.

La preuve de l'importance de ces éléments, apparemment secondaires, comme obstacles à la déréglementation nous est confirmée par ce qui s'est passé dans des secteurs proches du droit douanier comme les contributions indirectes où le décret impérial du 24 avril 1811 -déjà cité pour ses dispositions douanières-, supprimait complètement la perception des droits indirects en Corse ainsi que l'administration qui en était chargée parce que le ministre des finances Gaudin s'était aperçu que les recettes étaient inférieures au coût de fonctionnement. Ces comportements, tirés de l'histoire fiscale et douanière de la Corse me paraissent plein d'enseignement quand à la déréglementation.

LEXIQUE DES TERMES ECONOMIQUES

Par

Pierre COULANGE

LEXIQUE DE TERMES ECONOMIQUES

Par

Pierre COULANGE

*Chargé de recherches au Centre d'Analyse Economique de la Faculté
d'Economie appliquée d'Aix-Marseille*

- Biens collectifs

Un bien collectif pur (au sens de Samuelson) se caractérise par la présence simultanée de deux conditions :

. impossibilité d'exclusion : si le bien en question est produit, il est impossible d'empêcher les individus n'ayant pas contribué à sa production d'en profiter.

. non rivalité des consommateurs : la consommation du bien collectif par un utilisateur supplémentaire ne diminue en rien l'accès à ce bien par les autres consommateurs.

Dans la réalité il est quasiment impossible de trouver un bien qui satisfasse à la fois les deux conditions de Samuelson.

- Catallaxie

Science décrivant les lois spontanées régissant l'activité des agents économiques individuels. L'étude de la Catallaxie est essentiellement le fait des économistes autrichiens (Ecole de Vienne).

- Concurrence

Processus de fonctionnement des économies de marché fondé sur la libre compétition des entreprises opérant dans un même secteur.

De la notion de concurrence pure et parfaite, les économistes se sont davantage portés sur l'étude de la "concurrence potentielle". Certains auteurs (O'Driscoll en particulier) ont montré qu'en présence d'une concurrence potentielle, l'entrepreneur se comportait comme si elle était effective (voir Monopole naturel). La concurrence a des vertus spécifiques en économie de marché. En particulier, elle incite les individus à chercher de nouveaux créneaux et de nouvelles opportunités de profit. C'est en ce sens que la concurrence est une procédure de découverte très efficace.

- Coût d'opportunité

L'économie implique une succession de choix et de renoncement. Lorsqu'un agent prend une décision, il considère non seulement ce que coûte (ou rapporte) une opération économique de façon directe, mais aussi le manque à gagner, c'est-à-dire ce qui aurait pu être gagné en faisant une autre opération avec les mêmes ressources. Ce coût du renoncement est encore appelé coût d'opportunité.

- Coût de transaction

Ces coûts sont supportés par les agents lorsque ceux-ci tentent de parvenir à un accord après un processus de recherche d'information et de négociation. Les coûts de transaction regroupent en outre les coûts de transport, de stockage, d'assurance et les coûts résultant du risque d'erreur sur la transaction.

- Dilemme du prisonnier

Situation dans laquelle se trouvent deux individus qui, en l'absence de concertation préalable, choisissent chacun une décision globalement défavorable.

- Droit de propriété

C'est le pouvoir reconnu au détenteur d'une chose d'en jouir librement et de pouvoir la transmettre à son gré. Il est très important que ces deux conditions, exclusivité et transférabilité, soient réunies simultanément. L'exclusivité garantit au propriétaire qu'il récoltera les fruits de ses efforts.

La libre transférabilité permet la circulation des droits vers ceux qui sont les mieux à même de les mettre en valeur.

- Effet externe (ou externalité)

Effet bénéfique ou nuisible de l'activité d'un agent économique pour d'autres individus et indépendant de son intention propre.

- Exemple d'externalité négative : une usine polluante impose un désagrément à ses voisins.

- Exemple d'externalité positive : un horticulteur habite à proximité d'un apiculteur. Les abeilles vont butiner les fleurs tandis qu'elles rendent un service de circulation des pollens. L'externalité positive est double.

- Equilibre général

Walras a tenté de modéliser l'économie en se situant en concurrence pure et parfaite. Son résultat essentiel est que le "laissez-faire" conduit à un équilibre sur tous les marchés encore appelé Equilibre général. Il est facile de démontrer que cet équilibre général

est aussi optimal au sens de Pareto. Mais peut-on véritablement modéliser une économie complexe ?

- Individualisme méthodologique

Approche consistant à privilégier l'étude du comportement individuel, comme unité de base à la source de l'explication de phénomènes sociaux plus larges. L'individualisme méthodologique s'oppose au holisme méthodologique consistant à analyser le fait social comme un tout.

- Macroéconomie

Etude des grandeurs économiques, des grands équilibres de la nation au niveau le plus global, ainsi que leurs causes examinées également sur le plan de leur globalité.

- Marché politique

Les hommes politiques peuvent être assimilés à des entrepreneurs se proposant de satisfaire les exigences de certaines coalitions d'intérêt en échange de leur vote. Le lieu théorique de cet échange est appelé marché politique. Les auteurs pionniers dans ce domaine sont Buchanan, Tullock.

- Microéconomie

Etude des phénomènes économiques à l'échelon le plus décentralisé, c'est-à-dire, au niveau des comportements individuels : analyse du consommateur, du producteur, des marchés.

- Monopole naturel

Lorsqu'une entreprise découvre un produit et crée le marché, elle est provisoirement en situation de monopole. On parle de monopole naturel. Cependant, la concurrence est potentielle, et d'autres entreprises ont la possibilité de venir s'installer sur ce marché.

- Optimum de Pareto

Une situation est dite optimale au sens de Pareto lorsqu'il n'est pas possible d'augmenter la satisfaction d'un individu sans diminuer celle d'un autre.

Il s'agit d'un critère utilitariste.

- Passager clandestin (Free-rider)

Individu qui, bénéficiant d'une mesure touchant une collectivité, en laisse supporter le coût aux autres.

- Praxéologie

Science étudiant la logique du comportement humain dans un univers de liberté de choix et d'incertitude irrémédiable.

- Rationalité

Un individu est rationnel lorsque, entre deux opportunités, il choisit celle qui lui apporte le plus de satisfaction et/ou lui coûte le moins de ressources.

Il y a rationalité totale lorsque l'individu est toujours en mesure de choisir la meilleure des alternatives possibles.

Il y a rationalité limitée, lorsque, en présence de coûts élevés de recherche d'information, l'individu se contente d'un niveau satisfaisant et non pas maximum de satisfaction. Il sélectionne donc une solution satisfaisante, mais non pas la meilleure solution.

N.B. : Rationalité ne veut pas dire égoïsme.

- Théorème de Coase

En l'absence de coûts de transaction, les individus négocient de façon à ce que les droits de propriété soient attribués à ceux qui les valorisent le plus. En effet, ce sont eux qui en offriront la contrepartie financière la plus élevée et donc, emporteront la vente.

Ce résultat est indépendant de l'attribution initiale des droits.

- Utilitarisme

Conception selon laquelle l'individu est assimilé à un simple maximisateur de satisfaction, dans un univers certain et prévisible. L'auteur qui est allé le plus loin dans cette voie est J. Bentham.

- X. - Efficiency

Critère destiné à mesurer l'échec des participants au marché à réaliser une affectation optimale des ressources.

Ces méallocations, d'après Leibenstein auraient deux causes :

- une mauvaise mobilisation des informations disponibles
- une motivation insuffisante des acteurs économiques.

BIBLIOGRAPHIE

Par

Pierre COULANGE

BIBLIOGRAPHIE

Par

M. Pierre COULANGE

Chargé de recherches au Centre d'Analyse Economique de la Faculté
d'Economie Appliquée d'Aix-Marseille

Ière PARTIE : PRESENTATION GENERALE.

Si l'analyse économique du droit est un domaine d'étude récent, il se caractérise par une grande diversité des approches. Pour une présentation générale de la problématique, les études suivantes sont particulièrement recommandées.

BURROWS P. et VELJANOVSKI C.G. :

- "*The Economic approach to Law*". Butterworths and CO, (1981), London.

Cet ouvrage présente l'approche économique du droit à travers deux domaines principaux : le droit des contrats et la faute.

LEPAGE H. :

- "*Demain le Capitalisme*", Pluriel 1978, voir le chapitre IV consacré à l'économie du droit : la législation est le résultat d'une longue évolution au cours de laquelle ont survécu les règles garantissant le meilleur fonctionnement de la société. C'est ainsi qu'est né le droit de propriété.

- "*Vive le Commerce*", Dunod 1982. Le monde réel se caractérise par une incertitude irrémédiable. Le marché est l'institution la plus efficace pour réduire cette incertitude.

MACKAAY Ejan :

- "*Analyse économique du droit*", 1985 Recueils de textes.

POLINSKY A.M. :

- *"An introduction to Law and Economics"*, Little Brown and Co, 1983.

L'auteur défend l'emploi d'un critère utilitariste pour choisir telle ou telle règle de responsabilité. D'après l'auteur, les cours devraient toujours fonder leurs décisions sur la maximisation d'une fonction de bien être social.

POSNER R. A. :

- *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Co 1977, 2ème édition.

Posner essaye de trouver une philosophie commune à toutes les décisions de justice en droit américain. Ce principe commun serait l'optimisation de la richesse globale de la société.

ROSA J.J. et AFTALION F. :

- *"L'économie retrouvée ; Vieilles critiques et nouvelles analyses"*, Economica 1982. Ouvrage collectif illustrant les nouvelles orientations de l'analyse économique libérale. Voir en particulier la contribution de Simon "Le marché et l'allocation des ressources : une contribution de la nouvelle théorie des droits de propriété".

SAMUELS W. J. et SCHMID A. A. :

- *"Law and Economics. An institutional perspective"* Martinus Nijhoff Publishing, 1981.

Symposium on Law and Economics ; juin 1985

Columbia Law Review, vol. 85 n. 5.

- ACKERMAN B.A. : "Foreword : talking and trading", p. 899.

- EASTERBROOK F.H. : "Afterword : knowledge and answers", p. 1177.

- EPSTEIN R.A. : "Why restrain Alienation ?", p. 970. L'auteur démontre que les solutions librement négociées sont souvent mieux adaptées aux problèmes individuels que les contraintes imposées par les tribunaux.

- KLEVORICK "Legal theory and the economic analysis of torts and crimes", p. 905. Un acte est criminel lorsqu'il aurait pu être remplacé par une transaction libre entre deux individus.

- FLETCHER G.P. "A transaction theory of crime ?", p. 921. Il s'agit d'une critique de la théorie transactionnelle du crime de Klevorick, p. 921.

- HOFFMAN E. et SPITZER M.L. "Experimental Law and Economics : an introduction", p. 991. Méthode expérimentale destinée à représenter par un jeu des situations réelles complexes.

- KELMAN M. "Comment on Hoffman and Spitzer experimental law and economics", p. 1037. Il s'agit d'une critique sévère insistant sur l'impossibilité de quantifier les préférences individuelles.

A - Analyse économique du droit.

ACKERMAN B.A. :

- The economic foundations of property law, Little Brown, 1975, Recueil de textes.

- "Deux sortes de recherches en droit et économie", R.R.J. 1986-1, n. XI-24, p. 31.

Il existe deux écoles :

. l'économie du droit proprement dite : analyse du droit à l'aide des outils de l'analyse économique.

. le juriste économiste, qui concrètement s'appuie sur des arguments économiques pour prendre ses décisions.

BENETON P. :

- "*Le fléau du bien*", Essai sur les politiques sociales occidentales (1960-1980), Laffont, 1983.

Les politiques sociales ont eu des effets pervers qui ont nuit davantage que profité aux catégories défavorisées.

CALABRESI G. :

- "Transaction costs, resource allocation and liability rules", a comment JLE, 11, 1968, 67-73.

- "*The cost of accidents*", Yale U. Press, 1970.

L'auteur utilise un critère utilitariste de maximisation de la richesse sociale : le coût des accidents doit reposer sur celui qui aurait pu l'éviter au moindre coût.

GOETZ J. :

- "*Law and Economics*", West 1984.

HANNEQUART et GREFFE :

- "*Economie des interventions sociales*", Economica, 1985.

Voir la deuxième partie : Institutions juridiques et réglementation, p. 103. Les auteurs tentent de justifier la production de lois et de règlements par les imperfections du marché.

MACKAAY Ejan :

- "*Economics of information and law*", Kluwer, 1982.

MANNE H. :

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

MIGUE

- *"L'économiste et la chose publique"*, PUQ, 1979.

OGUS A. et VELJANOVSKI C.G. :

- *"Reading in the Economics of Law and Regulation"*, Oxford, 1982.

POSNER R.A. :

- *"Economic Analysis of Law"*, Little Brown 1977 (2eme éd.).

- *The economics of justice*, Harvard U. Press 1981. Analyse économique du fonctionnement du système judiciaire. La fonction est double :

- . résoudre des différends
- . produire du droit.

Ces deux services sont présentés comme des biens intermédiaires servant à produire un comportement collectif efficient.

SAMUELS W. et SCHMID A. :

- *"Law and Economics : an institutional perspective"*, Nijhoff Publishing, 1981.

Analyse critique de l'approche de l'Ecole de Chicago. Les auteurs remettent en cause la capacité individuelle de choix rationnel.

SIEGAN B. :

- *"The interaction of economics and the law"*, Lexington, Mass. 1977.

TULLOCK G. :

- *Logic of the law*, New York, Basic Books, 1971.

B - Réflexion critique.

Les économistes ne sont pas unanimes sur la méthodologie employée : la plus grande controverse oppose les utilitaristes (Posner, Polinski) raisonnant en univers certain et utilisant des approches en terme d'optimisation et les auteurs utilisant une approche plus subtile et nuancée : Epstein, O'Driscoll, Rizzo, Dworkin, dans laquelle l'incertitude des individus est un facteur clé.

ACKERMAN B. :

- *"Reconstructing American law"*, Harvard U. Press, 1984.

ANDREFF W. :

- *"L'économie fiction, contre les nouveaux économistes"*, Maspero, 1982.

Critique marxiste de l'approche individualiste employée par les économistes libéraux.

EPSTEIN R. :

- "The social consequences of common law rules", HLR, 95, 1982.

Hofstra Law Review, 8 (1980 n. 3 t 4) :

Voir en particulier RIZZO "The mirage of efficiency", p. 641, 1980-8.

Journal of Legal Studies, 9 (1980 n. 2. Numéro spécial consacré à l'analyse économique du droit). Voir en particulier :

- O'DRISCOLL : "Justice, efficiency, and the economic analysis of law : a comment on Fried".

- EPSTEIN : "The static conception of the common law".

- DWORKIN : "Is wealth a value ?"

- KRONMAN : "Wealth maximisation, as a normative principle".

Ces quatre articles constituent une critique pertinente des approches utilitaristes : en particulier la capacité des juges de déterminer en toute situation le jugement qui maximise la "fonction de richesse sociale" "est mise en doute". Posner répond dans l'article suivant :

- POSNER : "The Value of wealth : a comment on Dworkin and Kronman"

MACKAAY Ejan :

- "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", Communication au Colloque.

L'auteur dresse un historique intéressant de l'analyse économique du droit.

PENNON J.R. et CHAPMAN :

- *Ethics, Economics and Law*, New York UP, (nomos XXIV) 1982.

ROWLEY C.K. :

- "Social Sciences and the Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 1981.

STEWART R. et SUNSTEIN C. :

- "Public Programs and Private Rights", *Harvard Law Review*, 95, 1982.

C - Public Choice

L'Ecole du Public Choice, dont les auteurs les plus célèbres sont James Buchanan (Prix Nobel 1986) et Gordon Tullock analyse l'Etat et sa dynamique de croissance. Pour eux, l'Etat se renforce car il est sollicité par les groupes de pression les mieux organisés.

Les gouvernements accordent des avantages à leur clientèle électorale, d'où un résultat globalement injuste et toujours orienté vers la hausse des dépenses publiques.

BORCHERDING Thomas E. :

- *Budgets and Bureaucrats*, Durham, Duke University Press, 1977.

BRETON A. :

- *The Economic Theory of Representative Government*, Chicago : Aldine Publishing Co, 1974.

BUCHANAN J. :

- "An Economic Theory of Clubs", *Economica*, février 1965, 32, pp. 1-14.

BUCHANAN James M. et TOLLISON R.D. eds :

- *Theory of Public Choice*, Ann Arbor : The University of Michigan Press, 1972.

CHEUNG S. :

- *The Myth of Social Cost*, Hobart Paper n. 82, Institute of Economic Affairs, 1978.

DOWNS Anthony :

- *An Economic Theory of Democracy*, New York : Harper & Row, 1957.

MUELLER Dennis C. :

- *Public Choice*, Cambridge UP, 1979 (version française : Analyse des décisions politiques, 1982).

OLSON M. :

- "*Grandeur et décadence des nations*", Bonnel 1983.

Dans cet ouvrage, l'auteur montre que ce sont pendant les périodes où les coalitions d'intérêts étaient neutralisées que les pays industrialisés ont connu leurs plus fortes croissances.

SOWELL Thomas A. :

- *Knowledge and Decisions*, Basic Books 1980.

STIGLER G. :

- *The Citizen and the State : Essays on Regulation*, Univ. of Chicago Press, 1975.

TOLLISON R.D. :

- Rent-seeking : a survey, *Kyklos* 35, 1982, 575.

TULLOCK G. :

- "The Paradox of Revolution" *Public Choice* (Fall 1971), 11, pp. 89-100.

- *Le marché politique*, *Economica* 1978.

D - La nouvelle histoire économique.

Cette approche insiste sur l'histoire de la naissance des institutions : Etat, droit de propriété.

D. North a présenté le droit de propriété comme à la source du développement des grands pays industrialisés.

NORTH Douglas C. THOMAS Robert P. :

- *The Rise of the western World*, Cambridge UP, 1973, (version française : *L'essor du monde occidental*, Flammarion, 1980).

- *Structure and change in Economic History*, Norton, 1981.

E - Les libertariens.

Ces auteurs contestent le monopole accordé à l'Etat dans tous les domaines sous son contrôle.

BERTHU Georges et Le Club de l'Horloge :

- *Vive la propriété*, Albin Michel, 1984.

LEMIEUX Pierre :

- *Du libéralisme à l'Anarcho-Capitalisme*, P.U.F., 1983.

LEPAGE Henri :

- *Demain le Libéralisme*, Librairie Générale Française (Coll. Pluriel), 1980.

Exposition intéressante des nouvelles orientations de l'analyse libérale : analyse du marché politique, ordre spontané au sens de Hayek.

ROTHBARD M. :

- *The ethics of liberty*, Humanities Press, 1982.

F - Les néo-institutionnalistes.

Ils mettent en doute l'hypothèse de rationalité des individus avancée par les auteurs néo-classiques. Ils insistent sur les contraintes structurelles et légales qui viennent borner le domaine des choix individuels.

HIRSCHMAN A.O. :

- *"Face au déclin des entreprises et des institutions"* éd. Ouvrières, 1972.

WILLIAMSON Olivier :

- *"Market and Hierarchies, Analysis and Anti-trust Implications"*, Free Press, 1975.

Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft :

- *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 140 (1984), 1-231 (numéro spécial consacré à The new Institutional Economics).

G - Autres études.

SEUROT F. :

- "La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique", Communication aux Journées de Micro-économie appliquée, (Paris, 22-23 mai 1985), Groupe de recherche en économie du droit et des institutions.

Article présentant les différentes règles de responsabilité en droit américain.

IIème PARTIE : VERS UN CRITERE D'EFFICACITE...

A - Théories de l'efficacité.

Ces théories ont pour ambition de montrer que les règles de droit conduisent la société vers une situation la plus efficace possible. Elles divergent sur la méthodologie employée et sur le critère d'efficience utilisé.

BUCHANAN J. :

- "The Coase Theorem and the Theory of the State", *Natural Resources Journal*, 13, 1973.

- "An Ambiguity in Sen's Alleged Proof of the Impossibility of a Pareto Libertarian", Mimeo, Blacksburg, 1976.

BUCHANAN J., TOLLISON Robert et TULLOCK Gordon, eds :

- *Toward a Theory of Rent-Seeking Society*, College Station : Texas A & M Univ. Press, 1980.

COASE R. :

- "The problem of social cost", 3 *Journal of Law and Economics*, 1, 1960.

Quelle que soit la distribution initiale des droits de propriété, les agents économiques vont négocier et les coûts externes seront internalisés, sans aucune intervention extérieure.

COOTER R., MARKS S. et MNOOKIN R. :

- "Bargaining in the shadow of the law : a testable model of strategic behavior" *JLS*, 11, 1982.

Les auteurs présentent le processus de négociation des agents comme un jeu dans lequel l'information est imparfaite. Les "joueurs" essayent d'arriver à un accord à l'amiable pour éviter les coûts du procès.

COOTER R. :

- "The cost of Coase", 11, *JLS*, 1, 1982.

Critique du théorème de Coase. Le théorème ne fonctionne bien que si les agents révèlent effectivement leurs préférences.

DEMSETZ H. :

- "Wealth distribution and the ownership of rights", 1, *JLS*, 223, 1972.

- "When does the rule of liability matter ?", 1, *JLS*, 13, 1972.

Demsetz défend le théorème de Coase : la négociation privée est efficace, peu importe la règle de responsabilité en vigueur. La règle de droit est un substitut à la négociation privée lorsque les coûts de transaction sont élevés.

LIEBENSTEIN H. :

- "Allocative efficiency versus X-efficiency", AER, 2, 1966.

PEACOCK A.T. et ROWLEY C.K. :

- "Pareto optimality and the political economy of liberalism", JPE, mai juin 1972, 80.

SEN A.K. :

- "The Impossibility of a Paretian Liberal", Journal of Political Economy, (janv.-fév. 1970), 78, pp. 152-157.

STIGLER George J. :

- "The Xistence of X-efficiency", American Economic Review, 1976.

B - Droits de propriété.

Les économistes libéraux sont unanimes pour reconnaître le rôle essentiel des droits de propriété en économie de marché. Pourtant, si l'attribution de tels droits est essentielle, la présence d'un marché des droits où l'on puisse librement vendre et acheter les titres de propriété est non moins importante.

CALABRESI et MELAMED A. :

- "Property rules, liability rules and inalienability : one view of the cathedral" Harvard Law Review, vol. 85 n. 6, avril 1972.

DEMSETZ H. :

- "The exchange and enforcement of property rights", JLE, oct. 1964, p. 11-26.

- "Towards a theory of property rights", AER, 57, n. 2, mai 1967, p. 347-359.

FURUBOTN Eirik G. et PEJOVICH Svetozar, eds :

- *The Economics of Property Rights*, Cambridge, Mass. : Ballinger, 1974.

LEPAGE H :

- "Pourquoi la propriété ?", PLurriel 1985 précité.

POSNER R. :

- "*Economic analysis of law*", ch. 3, précité.

RANDALL Alan :

- "Property Rights and Microeconomics", *Natural Resource Journal*, 15, (1975), pp. 729-747.

RIZZO M. :

- "Adjudication as a private good", 8, *Journal of Legal Studies*, 245, 1979.

ROSE-ACKERMAN S. :

- "Inalienability and the theory of property Rights", 85, *Columbia Law Review*, 931, 1985.

L'auteur essaye de justifier en terme d'efficacité économique les restrictions apportées au droit de propriété. Trois justifications sont apportées :

- les externalités,
- l'imperfection de l'information,
- les difficultés de coordination.

SCOTT G. :

- "The economic theory of a common property resource : the fishery", 62, *JPE*, 124, 1954.

C - La responsabilité.

Dans le Common Law américain, plusieurs théories concurrentes de la responsabilité sont utilisées :

- responsabilité stricte (strict liability),
- responsabilité pour faute (negligence),
- faute partagée (comparative negligence).

BRENNER J.F. :

- "Nuisance Law and the Industrial Revolution", *Journal of Legal Studies*, 3 (1974).

BURROWS P. :

- "Idealised Negligence, Strict Liability and Deterrence", 2, *Intern. Rev. of Law and Economics*, 1982.

CALABRESI G. et J. HIRSCHOFF :

- "Toward a test for Strict Liability in the Law of Torts" *Yale Law Journal*, vol. 81, n. 6, mai 1972.

Les auteurs proposent un test rendant responsable la partie qui aurait pu éviter le dommage au moindre coût. Ce test permet d'induire des incitations "optimales".

DORFMAN :

- "The Economic of Products Liability : A reaction to Mc Kean", 38, *University Chicago Law Review*, 1970.

EPSTEIN R. :

- "The Social Consequences of Common Law Rules", *Harvard Law Review*, 95, 1982.

LANDES W. et R. POSNER :

- "The Positive Economic Theory of Tort Law", 15, *Georgia L. Rev.*, 851, 1981.

POLINSKY A.M. :

- "Resolving Nuisance Disputes : The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, 32, 1980.

POSNER R. :

- "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies* 1, 1972.

- *Economic Analysis of Law*, Ch. 6, pp. 119-142.

SCHWARTZ G.T. :

- "Tort Law and the Economy in the Nineteenth Century : A Reinterpretation", *Yale Law Journal*, 90, 1981.

SHAVELL S. :

- "Strict Liability Versus Negligence", (in Kuperberg précité).

D - La cause juridique.

Il est des cas où la détermination de la cause d'un dommage pose des problèmes. Les économistes proposent diverses approches destinées à répondre à ces questions.

HENDERSON J. :

- "Expanding the Negligence concept : retreat from the rule of law", *ind. Law Journal*, 51, 1976.

LANDES W. et POSNER R. :

- "Causation in tort law : an economic approach", 12, JLS, 109, 1983.

Les auteurs utilisent une démarche normative : l'objectif du droit étant l'efficacité économique, la partie qui a causé l'accident est celle qui aurait pu l'éviter au coût le plus bas.

RIZZO M. :

- "The imputation theory of proximate cause : an economic framework", 15, Georgia Law Review, 1007, 1981.

L'auteur refuse la démarche utilitariste de Posner et introduit l'incertitude dans le schéma économique. Un fait est cause de l'accident s'il a argumenté sa probabilité d'occurrence.

SHAVELL S. :

- "An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts", 9, JLS, 463, 1980.

E - Dommages multiples et réparation.

KAYE D. and M. AICKEN :

- "A Comment on Causal Apportionment", 13, Journal of Legal Studies, 191, 1984.

LANDES W. et R. POSNER :

- "Joint and Multiples Tortfeasors : An Economic Analysis", 9, Journal of Legal Studies, 517, 1980.

Lorsque deux auteurs sont à la source d'un accident, la victime détermine la part de responsabilité de chacun des deux auteurs. Posner et Landes démontrent qu'une telle règle engendre des incitations optimales.

RIZZO M. and F. ARNOLD :

- "Causal Apportionment in the Law of Torts", 80, *Commum. L. Rev.* 1399, 1980.

- "Causal Apportionment : Reply to the Critics" (Forthcoming).

F - Préjudice économique.

BISHOP W. :

- "Economic Loss in Tort", 2 Oxford Journal of Legal Studies, 1, 1982.

- "Economic Loss : a Reply to Professor Rizzo", 2 Oxford Journal of Legal Studies, 207, 1982.

D'URSEL L. :

- "L'analyse économique du droit des contrats", Revue Interdisciplinaire de recherches juridiques. 1985, 14, p. 45.

L'auteur analyse les cas où une rupture des contrats est souhaitable : erreur sur la chose, erreur sur les opportunités de gain.

RIZZO M. :

- "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", 11 Journal of Legal Studies, 281, 1982.

- "The Economic Loss Problem : A Comment on Bishop", 2 Oxford, Journal of Legal Studies, 197, 1982.

G - Point de vue à l'égard de la théorie de l'efficacité.

Les approches en terme d'efficacité sont de deux types : celles qui supposent un univers donné, stable et certain : il s'agit d'analyses utilitaristes : Posner, Calabresi.

Les approches dynamiques, qui définissent l'efficacité comme un processus de sélection naturelle des institutions les mieux aptes à assurer le fonctionnement régulier de la société : Rubin, Priest.

BURROWS P. :

- *The Economic Theory of Pollution Control*, Martin Robertson, 1979.

CALABRESI G. :

- *The Cost of Accidents*, Yale Univ. Press, 1970.

CHEUNG Steven :

- "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, 3, 1970, pp. 49-70.

GOODMAN J.C. :

- "An Economic Theory of the Evolution of Common Law", *Journal of Legal Studies*, 7, 1978.

KLEIN B. et K. LEFFLER :

- "Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, août 1981, vol. 89, pp. 615-641.

LANDES W. and R. POSNER :

- "Adjudication as a Private Good", part II, 8, *Journal of Legal Studies*, 303, 1979.

Les cours offrent deux services :

- la résolution des différends,
- la formulation de règles de droit.

Ces deux services sont des biens intermédiaires qui servent à produire un comportement collectif efficace.

MICHELMAN F. :

- "Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication", 9, *Journal of Legal Studies*, 1980.

PRIEST G. :

- "The Common Law process and the selection of efficient rules", 6, *JLS*, 65, 1977.

Les règles peu efficaces provoquent des coûts de discussion et de négociations qui précipitent leur révision ou leur abandon. A long terme, seules les lois efficaces demeurent.

RUBIN P. :

- "Why is Common Law Efficient ?" 6, *Journal of Legal Studies*, 51, 1977.

- "Common Law and Statute Law", *Journal of Legal Studies*, 11, 1982.

WILLIAMSON O.E. :

- "Transaction-Cost Economics : The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, oct. 1979, vol. 22, n. 2, pp. 233-261.

IIIème PARTIE : CONTROVERSE A PROPOS DE LA THEORIE DE L'EFFICACITE.

A - Aspects normatifs de la théorie de l'efficacité.

Les approches en terme d'efficacité sont criticables car elles relèvent principalement d'analyses utilitaristes.

DWORKIN R.M. :

- "Why Efficiency ?" (in Kuperberg).

EPSTEIN R. :

- "Nuisance Law : Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints", *Journal of Legal Studies*, 8, 1979.

L'auteur insiste sur l'importance d'une définition précise des droits de propriété. Une interprétation causale des problèmes de nuisance respecte les droits légitimes des individus sur leur propriété.

MICHELMAN F. :

- "Property, utility and fairness : Comments on the ethical foundations of "just compensation law", *HLR*, 80, 1967.

Michelman défend le principe de la compensation chaque fois qu'une partie a été lésée par l'action d'une autre. Cela permet d'induire dans la société des incitations favorables au bien-être global.

POSNER R.A. :

- "Some uses and abuses of economics in law", 46, *University of Chicago Law Review*, 281, 1979.

- "Utilitarianism, economics, and legal theory" 8 *JLS*, 103, 1979.

- "Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" (in Kuperberg).

RIZZO M. :

- "The Mirage of Efficiency", 8, *Hofstra L. Rev.* 641, 1980.

STEINER J. :

Economics, Morality and the Law of Torts", *University of Toronto L.R.*, 1976.

VELJANOWSKI Cento G. :

- "Wealth Maximization Law and Ethics on the Limits of Economic Efficiency", 28, *International Review of Law and Economics*, 1, 1981.

Critique de l'approche utilitariste de Posner. Posner confond la richesse financière avec l'utilité. De plus aucune considération n'est faite de la situation d'ignorance irrémédiable des agents économiques.

B - Liberté et efficacité.

Certains auteurs libéraux n'adhèrent pas au critère de maximisation de l'utilité, trop quantitatif et statique. Leur approche se situe dans un univers dynamique où le temps constitue l'un des

principaux éléments de l'incertitude des agents. Le choix serait alors l'un des procédés mis en place pour faire face à cette incertitude.

HAYEK F. :

- *"The Constitution of Liberty"*, Routledge & Kegan Paul, 1976.

KIZNER I. :

- *Perception, Opportunity and Profit*, Univ. of Chicago Press, 1979.

- *"Entrepreneurship, Choice and Profit in Perception, Opportunity and Profit"*, 1979.

KNIGHT Frank H. :

- *Freedom and Reform*, New York : Harper, 1947.

ROTHBARD Murray :

- *For a New Liberty*, Collier Macmillan, 1978.

SIEGAN Bernard H. :

- *"Economic Liberties and the Constitution"*, Chicago University of Chicago Press, 1980.

STIGLER G. :

- "Wealth, and possibly Liberty", *Journal of Legal Studies*, 213, 1978.

Selon Stigler, la liberté laissée aux agents économiques est le meilleur moyen de s'assurer de l'affectation optimale des ressources. Les opportunités de profit guideront les capitaux vers l'emploi le plus efficient, c'est-à-dire répondant au mieux aux attentes des consommateurs.

IVème PARTIE : THEORIES DE L'ORDRE ABSTRAIT.

A - Garantie de réalisation des expectatives dans un droit sans finalité.

Cette approche présente le droit non pas comme résultant de la volonté du législateur, mais comme découlant de l'interaction de tous les agents économiques. La société dans son ensemble fonctionne selon certaines règles spontanées. Hayek parle des "règles de juste conduite". Il est nécessaire que certaines de ces règles soient rendues obligatoires pour que les individus réalisent leurs anticipations dans un monde réel plus prévisible.

BUCHANAN J.M. et G. TULLOCK :

- *The Calculus of Consent*, Ann Arbor : The University of Michigan Press, 1962.

BUCHANAN J.M. :

- *The Limits of Liberty : Between Anarchy and Leviathan*, Chicago : University of Chicago Press, 1975.

EPSTEIN R.A. :

- "The Static Conception of the Common Law", 9, *Journal of Legal Studies*, 2253, 1980.

Le droit est l'élément stable dans une économie en mouvement. Les règles de droit doivent rester suffisamment générales pour ne pas être sujettes aux changements économiques et sociaux.

HAYEK F.A. :

- *Droit, Législation et Liberté*, ch. 5, 7 et 10. P.U.F./Libre échange 1978.

Hayek définit "l'ordre spontané" résultant du comportement des individus dans une société de liberté.

MORLEY Félix :

- *Freedom and Federalism*, Liberty Press, Liberty Classics, 1982.

NOZICK Robert :

- *Anarchy, State and Utopia*, New York : Basic Books, 1974.

TULLOCK Gordon :

- "The Charity of the Uncharitable", *Western Economic Journal*, Déc. 1971, 9, pp. 379-92.

B - Responsabilité pour faute et responsabilité de droit.

EPSTEIN R.A. :

- "A Theory of Strict Liability in R. Rabin", *Perspectives on Tort Law*, (abrégé des articles d'Epstein).

RIZZO M. :

- "Foreward Epstein's" *Theory of Strict Liability*.

- "Rules versus Cost-Benefit Analysis in the Common Law" (forth-coming ; Manuscript).

La loi doit établir un ordre dans lequel les individus puissent atteindre le plus souvent possible leurs objectifs. C'est en ce sens que l'on peut dire que le droit est "efficace".

- "Law amid flux : the economics of negligence and strict liability in tort", 9, JLS, 1980.

L'auteur défend la règle de "strict liability" : c'est la seule qui permet la diffusion dans l'économie des informations sur les conséquences des actions entreprises. Chacun est responsable de ses actes.

Vème PARTIE : PERSONNES ET FAMILLES.

BECKER G. :

- "A theory of marriage", 1, JPE, 81, 1973.

Le mariage est présenté comme une activité rationnelle permettant la réalisation d'économies d'échelle et la spécialisation des rôles conjugaux.

- *A treatise on the family*, 1981, Harvard U. Press Cambridge and London.

BOULDING K. :

- *Beyond Economics - Essays on Society, Religion and Ethics*, 177-238, 1968.

HAMERMESCH and SOSS :

- "An Economic Theory of Suicide", 82, *Journal of Pol. Econ.*, 83, 1974.

SCHULTZ :

- "An Economic Model of Family planning and Fertility", 77, *Journal of Pol. Econ.*, 153, 1969.

VIème PARTIE : LES ANALYSES DE LA REGLEMENTATION ET DE LA DEREGLEMENTATION

ANDERSON D. :

- "State Regulation of Electric Utilities", in, "The Politics of Regulation", J.Q. Wilson. Editor, Basic Books, Inc, Publishers, New-York, 1980.

ARANSON P.H. :

- "The Uncertain Search for Regulatory Reform : A Critique of the ABA Commission on Law and the Economy's Exposure Draft, "Federal Regulation : Roads to Reform", *Law and Economic Center Working Paper*, 79-3, Coral Gables, Florida, 1979.

ARMENTANO D. :

- *Antitrust and Monopoly*, Wiley, 1982.

AVERCH H. et JOHNSON L. :

- "Behavior of The Firm under Regulatory Constraint", *American Economic Review*, December 1962.

BERSTEIN M. :

- "Regulating Business by Independant Commission", Princeton, Princeton University Press, 1955.

BROZEN Y.:

- Concentration, Mergens, and Public Policy, Macmillan, 1982.

BUCHANAN J.M. et TULLOCK G. :

- "Polluters' Profits and Political Response : Direct Controls Versus Taxes", *American Economic Review*, vol. 65, Mars 1975.

CARRON A.S. et Mc AVOY P.W. :

- *The Decline of Service in the Regulated Industries*, American Entreprise Institute, 1984.

CHEUNG S. :

- "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law and Economics*, 3 (1970).

COASE R. :

- "The Problem of Social Cost" *Journal of Law and Economics*, 1961.

DEMSETZ H. :

- "Why Regulate Utilities", *Journal of Law and Economics*, April 1968.
- "On the Regulation of Industry : Reply" *Journal of Policial Economy*, March/April 1971.
- "Barriers to Entry", *American Economic Review*, vol. 72, n. 1, mars 1982.

DILORENZO T.J. :

- The Origins of Antitrust : An Interest - Group Perspective", *International Review of Law and Economics*, n. 5, 1985.

GREEWALD B.G. :

- "Admissible Rate Bases, Fair Rate of Return and the Structure of Regulation", *Journal of Finance*, May, 1980.

GWARTNEYJ. et STROUP R. :

- *Economics : Private and Public Choice*, (2e éd.), New-York, Academic Press, 1980.

HARDIN G. :

- "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162, (1968).

HARDIN G. et BADEN J. :

- *Managing the Commons*, San Francisco : W.H. Freeman and Cy, 1977.

JACKSON R. :

- "Regulation and Electric Utility Rate Levels", *Land Economic*, August 1969.

JORDAN W.A. :

- "Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation", *Journal of Law and Economics*, April 1972.

KAHN A.E. :

- "The Economics of Regulation",
volume 1 : "Economic Principles",
volume 2 : "Institutional Issues",
John Willey and Sons, Inc, 1970,, New-York, Chichester, Brisbane,
Toronto.

KAY J.A. et SILBERSTON Z.A. :

- "The New Industrial Policy : Privatisation and Competition",
Midland Bank Review, Spring, 1984.

KRUTILLA J. et PAGE T. :

- "Paying Tomorrow for Energy Today", *Resources*, n. 49,
Juin 1975.

LITAN R.E. et NORDHAUS N.D. :

- *Reforming Federal Regulation*, Yale University Press.

MENDELOFF J. :

- "Regulating Safety", Cambridge, Mass, Mit Press 1979.

MITCHELL W. :

- *The Anatomy of Government Failure*, Los Angeles :
International Institute of Economic Research, 1979.

NOLL R.S. et OWEN B.M. (eds) :

- *The Political Economy of Deregulation*, American Enterprise Institute, 1983.

PEACOCK A.T. et ROWLEY C.K. :

- "Welfare Economics and the Public Regulation of Natural Monopoly", *Journal of Public Economics*, February 1972.

PEJOVICH S. :

- *Fundamentals of Economics : A Property Rights Approach*, Dallas : The Fisher Institute 1979.

PELTZMAN S. :

- "An Evaluation of Consumer Protection Legislation ; The 1962 Drug Amendements", *Journal of Political Economy* 81, Sept.-Oct. 1973.

- *Regulation of Pharmaceutical Innovation*, Washington, Dc. American Enterprise Institute, 1974.

- "Toward a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, August 1976.

POSNER R.A. :

- "Natural Monopoly and its Regulation", *Stanford Law Review*, February 1969.

- "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Autumn 1974.

- "The Social Costs of Monopoly and Regulation", *Journal of Political Economy*, August 1975.

REYNOLDS L. :

- "Foundation of an Institutional Theory of Regulation", *Journal of Economic Issues*, September 1981.

SHEPHERD W.G. :

- "Regulation and Its Alternatives", *Stanford Law Review*, February 1970.

SHUGHART II W.F. et TOLLISON R.D. :

- "The Positive Economics of Antitrust Policy : A Survey Article", *International Review of Law and Economics*, vol. 5, 1985.

SPANN R.M. :

- "Rate of Return Regulation and Efficiency in Production : an Empirical Test of the Averch-Johnson Thesis", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Spring 1974.

STIGLER G. :

- "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Z (1971).

- *The Citizen and the State : Essays on Regulation*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1975.

STIGLER G. et FRIEDLAN C. :

- "Wat Can Regulators Regulate ? The Case of Electricity", *Journal of Law and Economics*, October 1962 ; in *The Citizen and the State : Essays on Regulation*.

- "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Spring 1971 in *The Citizen and the State : Essays on Regulation*.

STROUP R. et BADEN J. :

- *Natural Resources Bureaucratic Myths and Environmental Management*, Pacific Institute for Public Policy Research, San Francisco, California, 1983.

TELSER L.G. :

"On the Regulation of Industry : a Note", *Journal of Political Economy*, November/December 1969.

WARDELL W. et LASAGNA L. :

- *Regulation and Drug Development*, Washington D.C. : American Enterprise Institute, 1975.

WILSON J.Q. :

- *The Politics of Regulation*, J.Q. Wilson, Editor, Basic Books, Inc, Publishers, New-York, 1980.

YANDLE B. :

- "The Emerging Marketin Air Pollution Rights", *Regulation*, Juillet-Août 1978.

VIIème PARTIE : AUTRES ETUDES.

ALPA G. :

- "L'avenir du contrat, aperçu d'une recherche bibliographique", *Revue Internationale Droit Comp.*, 1985, p. 7.

BECKER G. :

- "A Theory of Competition among Presure Groups for Political Influence", *The Quarterly Journal of Economics*, août 1983, n.. 3, pp. 371-398.

FALQUE M. :

- "Libéralisme et environnement", *Futuribles*, mars 1986, n. 97, p. 40, (et commentaires de B. Lalonde-V. Renard et J. Theys).

GLAIS M. :

- "Les fondements microéconomiques de la jurisprudence concurrentielle française", Contribution présentée au Colloque de Microéconomie Appliquée, Paris I (22 mai 1985).

HEAD J.G. :

- "The Welfare Foundations of Public Finance Theory", 25, *Rev. Dr. Fin. I*, 1965, p. 379.

HOFFMAN et SPITZER :

- "Experimental Law and Economics : An Introduction", 85, *Columbia Law Review* 991, 1985.

Les auteurs définissent un jeu schématisant une société dans son ensemble avec ses règles et ses contraintes. Ils utilisent ce jeu pour démontrer le théorème de Coase.

KIRZNER I. :

- "Taxes and discovery : an entrepreneurial perspective". (Manuscrit).

KOLM S.CH. :

"Instruments et critères d'une politique d'environnement", *Analyse et Prévision*, t. XII, 1971.

MICHELMAN :

- "Norms and Normativity in the Economic Theory of Law", 62, *Minn. Law Review*, 1015, 1978.

Michelman critique la vision réductionniste de Posner consistant à ne voir dans le droit qu'une manifestation de la volonté de maximiser la richesse sociale. C'est une conception socialiste ou radicale qui justifie l'intervention légale pour affecter les droits de façon à rendre la société plus efficace.

RUBINFELD :

- "Econometrics in the Courtroom", 85, *Columbia Law Review*, 1048, 1985.

RUDDEN B. :

- "Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements", *Rev. Dr. Civil*, 1985, p. 91.

TERREL T.P. :

- "Liberty and Contract in the Land of "New Property" ; Toward a Comprehensive Constitutional Theory of Substantive and Procedural Rights in Government Entitlements", (manuscrit).

- "Causes of Action as Property : Logan V. Zimmerman Brush co. and the Government - as - Monopolist" Theory of the due Process Clause", 31 *Emory Law Journal*, 491, 1982.

TERREL T.P. and Jane S. SMITH :

- "Publicity, Liberty and Intellectual Property : a Conceptual and Economic Analysis of the Inheritability Issue", 31, *Emory Law Journal* 1, 1984.

TEZENAS DU MONTCEL H. et Y. SIMON :

- "Théorie de la firme et réforme de l'entreprise. Revue de la théorie des droits de propriété", *Rev. Eco.* 1977, n. 3, p. 321.

ABREVIATIONS

AER : American Economic Review

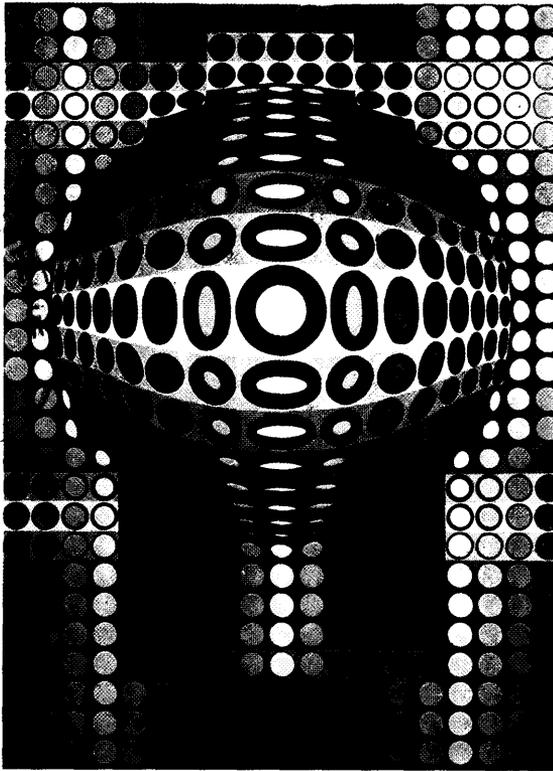
JLE : Journal of law and economics

JLS : Journal of legal studies

JPE : Journal of political economy

N° I S S N 0249-8731

DROIT PROSPECTIF



A voir notamment :

M. le Professeur Hans V. MANGOLDT :

PROBLÈMES ACTUELS DE LA NATIONALITÉ EN ALLEMAGNE

M. le Professeur Hans-Ludwig GÜNTHER :

PROTECTION DE L'EMBRYON ET TECHNOLOGIE DE LA REPRODUCTION
EN DROIT PÉNAL ALLEMAND

Madame Isabelle VACARIE :

LA PERTE D'UNE CHANCE

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
1987-3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XII - 30 (12ème année - 30e 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	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III 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. 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 : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

Service Commercial :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

3, Avenue Robert Schuman

13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros pas an - Tarif 1987

Abonnement de Soutien : 350 F

Abonnement (France) : 250 F

Abonnement étranger : 320 F

Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille

C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'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, par C. ATIAS795

PHILOSOPHIE DU DROIT

- M. G. THIBON, **Préface à Demain la Chrétienté de Dom Gérard**801

- M. le Professeur Y.-M. MORISETTE, **Une épistémologie du droit : "l'Etat providence" de François Ewald** 809

- M. M. LEMIEUX, **La récente popularité du plan en deux parties**.....823

- M. le Professeur, A. VIANDIER, **Observations sur le style de la loi**.....847

CONFERENCES, LECONS, DISCOURS

- M. le Professeur H.-L. GÜNTHER, **Protection de l'embryon et technologie de reproduction en droit pénal allemand**..... 859

- M. le Professeur H. v. MANGOLDT, **Problèmes actuels de la nationalité en Allemagne**.....875

INFORMATIONS COMPARATIVES

- **Publications du Mc Gill Law Journal** 893

ETUDES

- Mme I. VACARIE, *La perte d'une chance*..... 903
- M. J.-F. ABEILLE, *Le vice de la chose produite* 933
- M. A. LECA, *Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen*..... 957
- M. A. LECA, *Introduction historique au contrôle juridictionnel de la législation en Amérique du Nord (1619-1803)*.....981

ACTUALITES DOCTRINALES

- M. Cl. FABIEN, *Les règles du mandat* (Présentation C. Atias) 995
- M. F. OST et M. van de KERCHOVE, *Jalons sur une théorie critique du droit* (Présentation C. Atias) 999

EDITORIAL

S'il est une question liée aux préoccupations des fondateurs et des collaborateurs de la REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE - DROIT PROSPECTIF, c'est bien celle des relations entre recherche et enseignement du droit. Nos rubriques consacrées aux méthodes de recherche et d'enseignement et à la philosophie du droit ont maintes fois évoqué ce thème difficile.

La conviction des Universitaires est que des liens très étroits doivent unir la recherche juridique et l'enseignement du droit. Elle se fonde autant sur les exigences de la première que sur les besoins du second. Encore convient-il de demeurer conscient des dangers inhérents à une association trop complète qui serait porteuse d'une véritable confusion !

La recherche juridique est, en France, très principalement assurée par les Facultés de droit. Le plus souvent seules, parfois aidées financièrement par quelques institutions dispensatrices de pauvres crédits et pourvoyeuses d'innombrables contraintes, porteuses de quelques avantages, mais sources d'immenses gaspillages de temps en particulier, les Facultés organisent des colloques et leurs corps enseignants publient des articles et des livres. Nul ne saurait prétendre que toutes ces initiatives relèvent de la recherche de plus haut niveau ; mais il est clair que toute discipline a besoin de recherches de tous les genres. De surcroît, comme les institutions soi-disant concurrentes des Facultés de droit n'offrent pas davantage de garanties et ne démontrent pas davantage leur aptitude à donner dans "la recherche de haut niveau", les Facultés n'ont pas à rougir de leurs productions. Loin s'en faut !

Est-ce à dire que les Facultés de droit sont mises en mesure de réaliser les meilleures recherches possibles ? Une réponse négative s'impose. Il n'y a pas lieu de développer le propos. Les conditions de travail de ceux qui s'efforcent de réfléchir sur le droit, d'en comprendre les manifestations, d'en expliquer les changements, sont mauvaises parce qu'ils sont aussi et veulent être aussi des enseignants

et que leurs conditions de travail comme enseignants sont déplorables. Il est clair que l'un des bienfaits majeurs du lien instauré entre recherche et enseignement juridiques résulte de la possibilité donnée à chaque théoricien, de présenter ses travaux aux étudiants, d'en discuter avec eux. L'expérience prouve que la démonstration rejetée comme non convaincante par un auditoire d'étudiants doit être considérée comme défectueuse. Ce bienfait se retrouve-t-il actuellement dans nos maisons ? Il est largement perdu pour deux raisons : les étudiants sont trop nombreux pour qu'une discussion utile puisse s'instaurer avec eux ; ils sont trop mal formés pour pouvoir prendre l'initiative d'élever des objections devant un professeur qui gagnerait pourtant beaucoup à les entendre. En d'autres termes, la recherche a besoin d'un enseignement, mais pas de n'importe quel enseignement. Tant que les Universités françaises continueront de refuser la sélection qui est pratiquée dans tous les pays où le souci de la qualité prime, la recherche juridique française sera lourdement pénalisée par rapport à ses concurrentes.

Il n'est pas douteux que l'enseignement a besoin de la recherche. Nul ne peut prétendre enseigner le droit tel qu'il doit l'être dans des Facultés dignes de ce nom, sans se livrer en permanence à cet effort de synthèse critique qui prépare une réflexion plus approfondie. Là encore, il n'y a qu'évidence incontestée. Comment pourrait-on parler d'Etat, de contrat, de responsabilité, de contrôle juridictionnel, de constitution, de propriété, de pouvoir,... en négligeant toutes les discussions, toutes les nuances dont ces termes sont l'objet ? La préparation d'un enseignement, même lorsqu'elle se présente seulement comme une oeuvre de simplification et de clarification, suppose connu tout ce qui va devoir être passé sous silence. La mise à jour d'un cours n'est-elle pas aussi, et indissociablement, une remise en cause, une sorte de vérification ? Ce que j'enseignais au vu de telle loi ou de tel arrêt était-il satisfaisant compte tenu de telle nouvelle décision ?

Si l'enseignement est destiné aux étudiants de doctorat, il est clair qu'il n'est plus que recherche. Il consiste en une discussion approfondie, menée en commun, de telle solution, de telle affirmation. Quel serait l'intérêt de raconter encore à ces étudiants des solutions qu'ils peuvent aisément découvrir dans les ouvrages, recueils et revues ou de leur narrer les critiques présentées par tel auteur ? Ils sont parfaitement aptes à élaborer leurs propres critiques ; ou alors...

Bien entendu, ce qui vient d'être dit vaut seulement pour de véritables étudiants de doctorat. Il faut oublier ceux qui s'inscrivent pour retarder quelque peu leur entrée complète dans la vie active, pour obtenir le maintien de l'aide financière parentale, pour occuper quelques rares loisirs,... L'étudiant de doctorat est un étudiant de doctorat à temps plein ou bien il n'a pas sa place dans le groupe de

réflexion que doit constituer la promotion annuelle à ce point des études juridiques.

Si l'enseignement et la recherche juridiques ont besoin l'un de l'autre, tout semble aller pour le mieux. L'affirmer serait oublier que, dans les conditions actuelles, enseignement et recherche juridiques peuvent se gêner l'un l'autre.

Les contraintes de l'enseignement grèvent trop lourdement la recherche. Non seulement les tâches pédagogiques et leurs annexes consomment énormément de temps, mais le niveau auquel elles tendent à descendre est incompatible avec toute préoccupation de réflexion et d'approfondissement.

Il est un autre aspect très important de l'influence que l'enseignement exerce sur la recherche juridique. Le nombre déraisonnable d'étudiants, l'ambition déraisonnable de leur fournir une formation "adaptée aux exigences de la vie moderne" conduisent à la multiplication des cours portant sur des parties démembrées de matières autrefois générales. Ces spécialités définies pour l'enseignement tendent à devenir des spécialités pour la recherche : il ne faut pas s'étonner de voir décliner le sens de la synthèse, de l'analogie et du droit commun !

Une dernière illustration de la même idée pourrait être donnée en évoquant les difficultés de publication. L'édition, elle-aussi, est tentée de s'adapter aux besoins et possibilités de la clientèle et il devient sans cesse plus difficile d'assurer la diffusion des travaux les plus utiles à la réflexion commune. Pourquoi les praticiens d'aujourd'hui utilisent-ils moins que ceux du début du siècle, par exemple, les ouvrages juridiques dits universitaires ?

En retour, les contraintes de la recherche pèsent également sur l'enseignement. Les questions laissées sans réponse, les réponses admises sans démonstration, sont sans doute plus pernicieuses encore dans l'enseignement que dans la recherche. Parmi les théoriciens, il y en a nécessairement qui se fourvoient ; il y en a même qui croient s'adonner à la théorie lorsqu'ils atteignent difficilement la description. Ils ne gênent personne ; ils peuvent même économiser le temps des autres en préparant leur réflexion. Dans l'enseignement, tout change. Ce sont les étudiants qui font les frais des idéologies pseudo-scientifiques ressassées devant eux à longueur de cours ; entendez que ce sont les justiciables notamment qui font les frais des défaillances de l'enseignement dispensé aux magistrats et aux avocats.

Il suffirait de se pencher sur quelques dossiers pour confirmer ou infirmer les méfaits du "positivisme" légaliste et jurisprudentiel dans la pratique. S'il fallait déplorer trop souvent la pauvreté de l'argumentation, l'absence de raisonnement, l'oubli d'une objection

évidente, il faudrait reconnaître que les juristes qui commettraient ces erreurs ont été formés dans les Facultés de droit. Ils n'auraient sans doute pu se lancer dans la recherche. Ils seraient aujourd'hui à la disposition du public et croiraient que leur rôle consiste à citer le dernier arrêt de la Cour de cassation sur un cas similaire, à évoquer quelques éléments de fait établissant la mauvaise foi de l'adversaire... et à attendre que le juge exerce son pouvoir souverain.

Le genre d'enseignement qui engendrerait de telles pratiques ne serait pas bon comme enseignement ; il serait également opposé à toute tentative de réflexion théorique.

En définitive, il n'y a rien de meilleur que les relations étroites entre enseignement et recherche juridiques lorsque l'un et l'autre sont de qualité...

Christian ATIAS

R. R. J. 1987

Pages 799 à 856

PHILOSOPHIE DU DROIT

Préface à **DEMAIN LA CHRETIENTE** de Dom Gérard

Par

Gustave THIBON

NOTE DE LA REDACTION. - Le livre de Dom Gérard, intitulé *Demain la Chrétienté*, publié aux Editions Dismas (rue Arsène Matton, 19, 1302 Dion-Valmont, Belgique) et diffusé par Difra-Livre (B.P. 13, 22, Rue d'Orléans, 78580 Maule), en 1986, avec une préface de Gustave Thibon et un frontispice d'Albert Gérard, est d'une importance primordiale. Il n'y eut probablement pas de publication plus fondamentale en 1986. Son importance ne tient pas seulement aux questions traitées ; le lecteur y trouvera d'innombrables références et réflexions sur des thèmes comme la civilisation (p. 25, 217, 36, 46, 71-73,...), l'humanisme (p. 38, 59), l'idéologie (p. 56, 66), le naturalisme (p. 59, 61, 63-64, 87, 89,...) et sur bien d'autres encore. Aux juristes, il faut recommander, tout spécialement, les belles pages consacrées à la nécessité de l'héritage culturel (p. 39, 48-49, 71-73, 112, 143-144, 155, 162, 164) ; elles éclairent superbement les voies par lesquelles se forme le savoir juridique et les obstacles qu'il rencontre, puisque "le caractère de la barbarie, c'est la discontinuité" (p. 144). Pour montrer l'importance de cet ouvrage, il n'est pas même nécessaire de dire qu'il s'adresse expressément aux juristes : "O vous qui vous dévouez aux nobles tâches de la défense ou de l'administration des cités, si ces lignes tombaient par hasard sous vos yeux, veuillez considérer avec un extrême respect la nature même de l'ordre politique et les moyens destinés à promouvoir ce qui en est l'objet formel : le bien commun" (p. 98 ; opposer sur le marxisme, p. 82). Et plus nettement encore :

"S'il est vrai que la royauté de Jésus nous convie d'abord à une aventure intérieure où se fait entendre l'appel du silence et de l'amour, s'ensuit-il qu'il faille soustraire à l'autorité royale du Fils de Dieu ce qui est du domaine de l'art, de la culture, l'immense déploiement de la vie sociale,

l'administration, les lois, les décrets des parlements ? Nous ne pouvons l'admettre sans pécher gravement contre Dieu et contre les hommes" (p. 98).

L'importance de ce livre est plus profonde encore. Elle est dans ces silences (voir p. 24-25) qui laissent un message providentiel de combat et d'espoir. Ce message ne s'adresse pas d'abord à l'intelligence, car "mille tonnes d'esprit ne peuvent produire un gramme de charité" (p. 88) ; il s'adresse à qui sait se rendre disponible pour cette vérité dans laquelle l'esprit se repose (citation de saint Thomas, p. 66).

Pour présenter un tel livre, il fallait des qualités peu communes, qualités humaines de sensibilité notamment, et de coeur, qualités de culture, talent d'écrivain aussi. Pour une si noble tâche - aider à faire connaître un livre de cette importance-, il fallait la plume de Gustave Thibon. Nous tenons à le remercier ici pour la simplicité et la générosité avec lesquelles il nous a autorisés à reprendre sa préface. Nous disons également toute notre gratitude aux responsables des Editions Dismas qui ont permis cette reproduction.

- * - * - * -

La première délicatesse d'un préfacier (quel vilain mot !) est d'éviter d'offrir au public une espèce de condensé, de *digest* de l'oeuvre dont on lui confie la présentation et d'amortir ainsi chez le lecteur à venir l'émerveillement progressif de la découverte solitaire.

Rares sont les livres où j'ai senti une telle fraternité de pensée et de coeur. Gobineau se définissait comme un *anarchiste conservateur*, formule que je reprendrai volontiers à mon compte en apportant cette précision : anarchiste quant aux modes, aux conventions, aux préjugés et aux réflexes imposés aux foules par les caprices du *gros animal* de Platon (le monde dira l'Évangile) ; conservateur par rapport aux vraies traditions qui ont leur source au delà du temps et de la mort.

Qu'est-ce que la chrétienté ? Non seulement *l'ensemble des peuples où prédomine le christianisme* comme l'indique le dictionnaire, mais un tissu social où la religion pénètre jusque dans les derniers replis de la vie temporelle (mœurs, usages, jeux et travaux...), une civilisation où le temporel est sans cesse irrigué par l'éternel.

Nominalement, un pays comme la France reste encore une chrétienté puisque le nombre des baptisés y prédomine ; vitalement, la chrétienté y meurt de consommation.

L'auteur dresse d'abord une large fresque de l'histoire de la chrétienté, depuis le temps des apôtres jusqu'à nos jours à travers l'Eglise des martyrs, celle des siècles barbares, puis du Moyen-Age jusqu'à la cassure de la Renaissance, suivie de l'effritement continu de la cité de Dieu dans les temps modernes. Et c'est là qu'éclate le paradoxe de l'incarnation du divin dans le social. Paradoxe qui, à première vue, semble envelopper une contradiction interne.

D'une part, le christianisme nous apporte la révélation d'un Dieu, auteur de l'univers où il a laissé le reflet et les vestiges de sa puissance et de sa beauté, mais infiniment distant de cet univers par sa transcendance et sa perfection absolue ("Dieu n'en est ni plus grand ni plus heureux pour avoir créé l'univers", disait Bossuet), d'un Dieu inaccessible non seulement à nos sens, mais à notre intelligence, et *qu'on ne connaît qu'en renonçant à le comprendre*, c'est-à-dire en éliminant progressivement tout ce qu'on croyait savoir de lui... C'est la voie négative des théologiens, la nuit des mystiques, sans fin évoquée au cours des âges par les plus hauts témoins de l'insondable. Un Dieu qui a proclamé Lui-même que son royaume n'était pas d'ici-bas et dont l'appel s'adresse au centre le plus secret de l'âme, aux enfants de lumière arrachés par la grâce aux ténèbres du monde.

D'autre part, dans la chrétienté, ce Dieu dont l'excès de lumière fait la nuit dans notre regard, descend à la portée de nos yeux et de nos mains, Il s'insère dans les patries et les cultures : l'infini se localise, l'éternel épouse les rythmes du temps...

Et, nouvelle contradiction apparente, ce sont presque toujours les saints, ces témoins solitaires du Dieu inconnu, qui ont veillé le plus scrupuleusement sur les assises temporelles de l'éternel. Tels les fondateurs d'ordres religieux -saint Benoît par excellence- visionnaires du ciel et prodigieux ouvriers sur la terre.

Paradoxe qui remonte à l'Évangile : le Christ, dont le royaume n'est pas de ce monde et qui a refusé, à l'heure de la tentation dans le désert, les empires de la terre (*Tu ne serviras que Dieu seul...*), nous enjoint aussi -ce qui semble contredire la réponse à Pilate- de demander à son Père, qui ne fait qu'un avec Lui, que son règne arrive, que sa volonté soit faite *sur la terre comme au ciel...*

Le règne de Dieu sur la terre... C'est au Moyen-Age que cette osmose du divin et de l'humain a trouvé sa plus haute expression. Depuis la Renaissance (à l'exception du Romantisme qui s'en faisait une image assez conventionnelle), on n'a pas cessé de considérer ces mille ans d'histoire comme une époque de ténèbres et de barbarie. Il me souvient des vers de Leconte de Lisle qu'on nous faisait réciter à l'école primaire :

*"Hideux siècles de foi, de lèpre et de famine
 Que le reflet sanglant des bûchers illumine...
 ...Dans chacune de vos exécrables minutes
 O siècles d'égorgeurs, de lâches et de brutes
 Honte de ce vieux monde et de l'humanité,
 Maudits, soyez maudits, et pour l'éternité !"*

Le courant semble se renverser aujourd'hui et nous assistons, du moins chez les historiens les plus objectifs, à la réhabilitation de la chrétienté médiévale. Même une Simone Weil, dont les réticences à l'égard de l'Eglise institutionnelle n'ont pas besoin d'être rappelées, reconnaissait que la société humaine avait atteint son sommet au XII^e siècle et n'avait fait que se dégrader depuis.

Dom Gérard nous décrit cet âge d'or de la chrétienté en termes empreints d'une rayonnante nostalgie : le sacré pénétrant jusqu'aux racines le profane ; l'homme inséré dans une communauté où tout lui parlait de son origine divine et de sa fin éternelle ; le soldat transfiguré en chevalier et en croisé ; le prince, *oint du Seigneur et porte-glaive de Dieu* ; la force au service de la lumière ; en deux mots, une cité des hommes où frémit l'ébauche de la cité de Dieu.

Je prévois la réaction d'un bon nombre de nos contemporains devant ce pavé jeté dans la mare des conventions et des idéologies du monde moderne. Ils souligneront les aspects négatifs de la chrétienté : fanatisme, intolérance, superstitions, collusion entre le pouvoir politique et l'autorité spirituelle, résistance aux innovations libératrices -et tout cela aboutissant à l'asservissement de l'individu et au figement de la société, au nom de Dieu.

Si outrées que soient ces accusations, nul ne saurait, sans mauvaise foi, nier les zones d'ombre de la chrétienté. Mais la vraie question se pose en ces termes : peut-il exister un christianisme sans chrétienté, c'est-à-dire sans un ensemble de structures sociales, de règles et de pratiques qui assurent la transmission et veillent sur l'éclosion de la semence divine ? Et cet alliage d'humain et de divin peut-il être exempt d'imperfections et d'impuretés ?

La réponse est négative pour les deux raisons suivantes.

D'abord en vertu de la dépendance du supérieur à l'égard de l'inférieur, qui est l'amère loi d'ici-bas. La vie est d'essence plus noble que la matière inanimée, mais elle ne saurait exister sans la matière ; la pensée est d'essence plus noble que la vie, mais elle n'existe, sauf chez les anges, que liée à un corps ; la grâce est d'un ordre irréductiblement supérieur à la nature mais elle a besoin de cette nature qu'elle transcende sans l'abolir. Ce que traduit excellemment un humoriste : "la rose a besoin du terreau, mais le terreau n'a pas besoin de la rose". Et ce qu'oublent les idéalistes de tout plumage qui prétendent libérer l'homme et reconstruire la société

sans tenir compte de cette subordination existentielle de la cause à la condition : seules les fleurs artificielles peuvent se passer du terreau parce qu'elles n'ont ni sève ni racines...

Ensuite, parce que Dieu, "en créant l'homme le moins possible", selon l'admirable formule de Blanc de Saint-Bonnet, l'a confié du même coup à l'aide tutélaire de ses semblables. Est-il en effet rien au monde de plus indigent, de plus désarmé que l'enfant à sa naissance et pendant les années qui suivent, sans parler de la masse innombrable de ceux qui n'accèdent jamais à la vraie maturité de l'esprit ? C'est par l'éducation qu'il reçoit de la cité, et en partie par les contraintes qu'elle lui impose, que le *zôon politikon* d'Aristote accède à la dimension de l'universel. Et la vraie liberté -celle qui défie toutes les pesanteurs sociologiques et qui consiste à obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes (parere *Deo libertas est*, disait le vieux Sénèque)- c'est encore par l'intermédiaire du social qu'elle fleurit dans l'homme. Dante, chassé de Florence, écrivait à un ami qui s'apitoyait sur son exil : "Les hautes vérités, dans leur douceur suprême, sont visibles sous tous les cieux". Rien de plus vrai, mais c'est dans cette Florence que Dante avait puisé le trésor intérieur de culture et de religion qui l'accompagnait dans son exil. Simone Weil allait jusqu'à dire "qu'un peuple sans passé est impropre au surnaturel", car si Dieu est la source, la société est le canal.

La même Simone Weil distinguait deux types de société, ou plutôt deux aspects du phénomène social. D'une part la société comme milieu porteur et diffuseur de ces valeurs éternelles (le Vrai, le Beau et le Bien) dont Dieu est le centre, où la tradition et les coutumes sont des *metaxu* (des intermédiaires) entre l'homme et sa fin ; de l'autre la société close sur elle-même, dont le *gros animal* de Platon nous offre l'image. Tout le problème est d'évaluer la part respective de chacun de ces éléments dans telle ou telle forme de société.

Or, le Bien absolu étant irréalisable dans la vie sociale et politique, de quel côté est le moindre mal et de quel autre le pire ? La chrétienté, même sous ses formes les plus hautes, n'a jamais échappé à cette pesanteur du social qui est la rançon de l'incarnation, mais elle a aussi, par ses institutions, ses rites, son esprit de communauté, apprivoisé en partie le gros animal et transformé ses réflexes en instruments de la grâce, de sorte que la voie étroite tracée sur la terre restait une avenue conduisant vers le pays sans frontière. Un monde clos, diront les esprits modernes. Oui, dans un sens, mais à la manière d'un nid fermé du côté du sol afin de prévenir les chutes et ouvert du côté du ciel et protégeant la croissance des ailes.

Enfin -argument définitif- par quoi la chrétienté a-t-elle été remplacée partout où elle s'est effondrée ? Les idoles qui ont succédé au vrai Dieu ont-elles conduit l'humanité vers plus de lumière, de paix et de liberté ? Dans la chrétienté, la pesanteur sociale jouait en partie au service de la grâce. Cette pesanteur aujourd'hui n'est-elle

pas plus écrasante que jamais ? N'avons-nous pas vu, depuis la fin du Moyen-Âge, l'amour des patries se durcir en nationalismes bornés et agressifs, l'esprit communautaire virer en lutte des classes, le libéralisme dans les idées et dans les moeurs aboutir aux pires esclavage, l'oubli du passé stérilisant l'avenir, bref, l'avènement d'un monde où la pire forme du social étouffe la libre respiration des âmes ? Faut-il encore évoquer la prolifération des sectes qui fleurissent sur les ruines de la chrétienté et substituent un fanatisme infantile à l'esprit d'enfance de l'Évangile ? Ou les régimes totalitaires des pays de l'Est où sont portés à leur suprême expression tous les abus qu'à tort ou à raison on a pu reprocher à l'Église : dogmatisme opaque, viol des consciences au nom d'une orthodoxie imposée par l'armée et la police, chasse aux hérétiques (les dissidents !), inquisition, excommunication, etc., -et tout cela sans la moindre issue vers un monde transcendant où tout sera jugé en dernier ressort et définitivement remis à sa place. N'ai-je pas lu récemment, sous la plume d'un dirigeant soviétique, cette justification du terrorisme intellectuel, empruntée inconsciemment à un pape du siècle dernier : "l'erreur n'a pas les mêmes droits que la vérité" ? Ce qui, traduit de la langue de bois, signifie que le mensonge a tous les droits contre la vérité.

Tel est le fruit des idéologies désincarnées qui se sont substituées à l'expérience millénaire des hommes. Le poisson pourrit par la tête, disent les orientaux ; l'utopie promet en rêve la reconstruction du paradis terrestre et, appliquée aux réalités, se traduit au réveil par un débordement de l'enfer sur la terre : le goulag en Orient et, en Occident, un autre goulag, mou, indolore, tissé de satiété, d'ennui, de divertissement sans finalité, mais tout aussi étranger aux valeurs qui fondent une civilisation authentique.

Aristote, ce prince inégalé de l'intelligence, dénonce les méfaits des idéologies déconnectées des réalités empiriques par ces simples mots : "il est absurde de ne se fier qu'à la pensée". Et parmi les modernes, citons seulement Rivarol : "Partout où il y a un mélange de barbarie et de religion, c'est la religion qui finit par l'emporter ; là où il y a un mélange de barbarie et de philosophie, c'est la barbarie qui l'emporte (allusion d'une part à l'oeuvre du christianisme après l'effondrement de la civilisation gréco-romaine, et de l'autre aux horreurs de la Révolution française issue de l'idéalisme de Rousseau). Et Valéry : "Rien ne mène plus sûrement à la barbarie que l'attachement à l'esprit pur". Et peut-être est-ce la forme la plus maléfique du péché contre l'Esprit que de tout ramener à l'esprit...

Dom Gérard conclut son livre par l'appel à la construction d'une nouvelle chrétienté. Non pas le décalque servile de la chrétienté d'autrefois, mais l'imitation créatrice, adaptée aux besoins du siècle, du même modèle éternel. Tel est le sens de la vraie tradition, immuable dans sa source et mouvante dans son cours, qui consiste, dit

encore Valéry, "non à refaire ce que les autres ont fait, mais à retrouver l'esprit qui a fait ces choses et qui en ferait de tout autres en d'autres temps". Par elle seule, l'homme pourra échapper à l'individualisme qui sépare et au collectivisme qui confond et accéder à un oecuménisme authentique qui bâtit l'unité sur le respect et l'assimilation des différences.

Ce qui postule la présence fécondante d'une nouvelle aristocratie, issue, non du sang ni du pouvoir, ni même de la culture au sens intellectuel du mot, mais de l'élite de tous les milieux sociaux.

La parabole de la semence et du terrain résume splendidement le double message contenu dans ce livre. La semence est la parole divine, et le terrain, l'homme et la société qui la reçoivent. On ne sème pas sur des friches et une solidarité mystérieuse a toujours uni, chez les grands apôtres de l'Évangile, le geste ailé du semeur qui répand la graine et le geste plus humble et plus lourd, mais également nécessaire, du laboureur qui aménage le terrain.

**UNE EPISTEMOLOGIE DU DROIT :
"L'ETAT PROVIDENCE"
DE FRANCOIS EWALD**

Par

Yves-Marie MORISSETTE (*)

Professeur agrégé - Faculté de droit - Université McGill

Chercheur, praticien ou enseignant, le juriste qui entreprend d'approfondir sa réflexion sur un aspect quelconque du droit ne tarde pas à voir le sol se dérober sous ses pas s'il se contente de "faire du droit". Car pratiquer les lois, la jurisprudence et la doctrine ne peut apporter de certitudes que dans l'ordre du droit positif : certitudes relatives, donc ou certitudes incertaines, ce qui est une contradiction dans les termes. Bien qu'on connaisse leurs limites dans les milieux juridiques, on continue pour des raisons évidentes de faire de ces écrits le point de départ habituel de sa réflexion. Pour peu, cependant, qu'on veuille aller au fond des choses, voir ce que recèlent des notions telles que l'apparence, la prévisibilité, l'autonomie de la volonté ou la primauté du droit, on se sent vite sollicité par d'autres disciplines qui usent pour parler des mêmes choses d'un langage moins codé ou moins fuyant que celui du droit. Mais l'ouverture vers l'extérieur est déstabilisante. Il est certain, en effet, que les emprunts à d'autres disciplines introduisent dans son champ des controverses que le droit s'est toujours efforcé d'évacuer, le plus souvent d'ailleurs avec succès. Et ces controverses peuvent porter non seulement sur l'utilité pour le droit d'une contribution particulière venue de l'extérieur, mais aussi sur ce que vaut cette contribution à l'intérieur

(*) L'auteur tient à remercier son collègue, le professeur Daniel Jutras, dont les commentaires sur les questions et l'ouvrage abordés ici lui ont été précieux. Ce texte est d'abord paru dans la Revue de droit de l'Université Laval de Québec, Les Cahiers de Droit, en juin 1987, numéro 2.

même de son propre champ (1). Aura-t-on voulu, par exemple, appeler l'histoire à la rescousse qu'il faudra par la même occasion décider à quelle enseigne méthodologique on se loge, porter un jugement critique sur les matériaux disponibles, choisir entre les historiographies celles qui paraissent le plus dignes de confiance (2). Il faudra en somme se rallier à une façon de faire de l'histoire plutôt qu'à une autre et le risque sera toujours présent que dans ce choix se profilent les *a priori* de son auteur, sinon ses préférences idéologiques. A moins de domestiquer l'histoire pour en faire l'instrument d'un dessein déjà arrêté, on ne pourra trouver refuge dans l'affirmation à la fois rassurante et conforme à la mentalité juridique que l'Histoire, eh bien, c'est un fait : il n'y a pas, en effet, de Cour suprême de l'histoire.

Les discussions sur le contenu et les limites de la connaissance juridique coïncident peut-être avec une intellectualisation croissante du droit puisqu'elles semblent marquer, parmi les éléments qui le composent, un certain recul de l'autorité devant la raison. Peut-être aussi sont-elles le signe avant-coureur de son dédoublement. Après tout, les sciences humaines, créatures de la pensée moderne longtemps tenues pour sciences "molles", ne sont plus aujourd'hui menacées dans leur existence et continuent d'étendre leur empire. Dans les milieux juridiques, l'attrait qu'exercent auprès de certains les idées de multidisciplinarité et de recherche fondamentale, et l'hostilité même qu'elles suscitent chez d'autres, démontrent qu'il y a probablement place pour une science juridique dégagée du droit, qui serait face à lui un peu ce qu'est la science politique face à la politique (3). Car si

(1) On connaît depuis plus d'une quinzaine d'années l'apport de l'analyse économique du droit et les débats qu'elle nourrit aussi bien entre juristes qu'entre économistes. Plus récemment, la linguistique, l'herméneutique et les théories critiques empruntées à la littérature comparée furent mises à contribution. Ces échanges et ces voisinages n'ont jamais pour effet de mettre un terme au débat juridique, mais seulement d'en changer la teneur : voir M. Krauss, "Droit public : Nihilisme et interprétation des lois" (1986), 20 *R.J.T.* 125.

(2) Voir à ce sujet G. Blaine Baker et Brian Young, Sources in the Law Library of McGill University for a Reconstruction of the Legal Culture of Quebec, 1760-1890, Faculty of Law and Montreal Business History Project, McGill University, 1987, pp. 13-26 (texte inédit disponible à la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université McGill).

(3) Le rapport qui existe entre le droit, discipline enseignée dans des facultés spécialisées, et ceux qui s'y consacrent, n'a pas aujourd'hui d'équivalent en sciences humaines. Aussi, par exemple, Joseph Vining soutient-il, dans The Authoritative and the Authoritarian, Chicago, University of Chicago Press, 1986, pp. 187-190 et passim, que la théologie est le genre de savoir avec lequel le droit présente le plus d'affinités ; et voulant décrire ce savoir, un avocat employait récemment le substantif "dogmatique" (partie de la théologie consacrée à l'étude des dogmes) dans Le Journal Barreau, 15 octobre 1986, p. 7. Transposé au domaine de la science politique, le rapport entre le droit et les personnes qui l'ont étudié commanderait que l'écrasante majorité des politologues, ou personnes formées dans cette discipline, soient aussi des politiciens. Mais la faiblesse de cette analogie apparaît tout de suite, la réalité voulant plutôt que le droit, en tant qu'activité professionnelle, soit une politique bien plus qu'une science politique. Il est significatif, du reste, que dans un pays comme le Canada le personnel politique continue de se recruter en

la loi institue des monopoles pour la pratique du droit, personne n'a le monopole de la réflexion sur le droit. Sans doute, cette science juridique essuiera-t-elle les mêmes sarcasmes que la science politique à ses origines. Sans doute aussi dira-t-on avec plus d'à propos qu'elle n'a pas de raison d'être puisque le droit, dans la mesure où il se prête à une analyse scientifique, est déjà examiné comme symptôme dans plusieurs spécialités reconnues des sciences humaines. Vu de la sorte, le droit ne serait que l'un des écrans derrière lesquels il faut rechercher les constantes économiques, sociologiques, anthropologiques, et ainsi de suite, celles-là seules constituant des phénomènes dignes d'intérêt scientifique.

Certes, évoquer l'apparition d'une science humaine consacrée à l'étude du droit soulève d'emblée une question préalable et de taille : celle du rapport possible entre, d'une part, la connaissance, et d'autre part, le droit, manifestation et discipline du pouvoir, ensemble de comportements régis par des spécialistes, mais aussi savoir pratique fortement systématisé. Il se peut bien, en effet, que le droit, en tant qu'entité composite et catégorie de l'esprit, n'ait de sens que pour ses usagers, ceux qui le pratiquent et ceux qui en ressentent la contrainte ; que la réflexion juridique libérée de l'encadrement du droit positif doive toujours se continuer bien au-delà de ce qu'on appelle conventionnellement le droit, jusqu'au seuil réel de la normativité. Quoi qu'il en soit, cette nouvelle science humaine, si elle finit par se développer, aura plusieurs avantages sur le savoir juridique actuel. N'étant pas tenue contrairement à lui d'intérioriser une idéologie et une seulement, elle pourra se présenter divisée sur une question, faire la part du regard qu'on jette sur la réalité, avoir pour seule préoccupation une meilleure compréhension de son objet. Et en se détachant de cet objet, elle pourra mettre fin à une ambiguïté ressentie par plusieurs dans l'enseignement du droit : celle de devoir évoluer en même temps à l'intérieur et à l'extérieur d'un système, de devoir transmettre un savoir-faire juridique tout en sachant juger le droit. Autant de préoccupations qui, à des degrés divers, relèvent de l'épistémologie.

*** _ ***

plus grand nombre chez les avocats que chez les diplômés en science politique. Une science juridique qui formerait des "jurologues" se détacherait forcément du droit puisqu'on ne peut que difficilement être à la fois l'analyste et l'objet de sa propre analyse. On peut même conjecturer que confier la mise en oeuvre du droit à des "jurologues" aurait pour effet, presque à coup sûr, de la paralyser.

Or, on voit se constituer depuis quelques années de nouvelles études sur le droit qu'on peut regrouper sous l'appellation générale d'épistémologie juridique. Déjà assez développée dans les pays de *Common Law* et en Allemagne, l'épistémologie juridique a fait l'objet d'un ouvrage récent et synthétique sous la plume du juriste français Christian Atias ; entre autres questions, l'auteur y traite lucidement de la distinction entre le droit et la connaissance juridique (4). Le droit étant oeuvre de volonté autant qu'un effort cognitif, la possibilité d'une véritable épistémologie du droit demeure sans doute problématique. Néanmoins, qu'elle s'intéresse aux rapports entre le droit et l'univers connu, ou plus simplement à la connaissance du droit et à la façon qu'elle a de se former, de se modifier et de se transmettre, la réflexion épistémologique apporte une manière riche et neuve de sonder le droit, d'étudier bien au-delà de la théorie des sources comment s'élaborent les concepts et les rationalités juridiques.

Moins d'un an après la publication de l'ouvrage de C. Atias paraissait, en France toujours, *L'Etat providence* (5) de François Ewald, imposant essai qu'on pourrait qualifier d'épistémologie fondamentale d'un des principaux systèmes juridiques occidentaux. Philosophe et ancien assistant de Michel Foucault au Collège de France, l'auteur présente en six cent pages denses et pénétrantes un exposé extrêmement documenté sur la transformation de la société libérale, photographiée par la codification de 1804, en une société assurantielle et solidariste, l'Etat providence. Lorsqu'on le décrit sommairement de la sorte, ce thème peut sembler, sinon banal, du moins bien connu des juristes ; et de fait, le droit tient une place de premier plan dans *L'Etat providence*, où il sert en quelque sorte de révélateur. Mais qu'on ne s'y trompe pas. Le livre est aussi chargé d'une thèse, qui fait sa principale originalité : le remplacement du droit civil par le droit social marque un point de rupture épistémologique, un passage sans retour possible d'une rationalité à une autre ; la "crise de l'Etat providence", dont on parle beaucoup et dont certains se réjouissent, doit s'analyser non comme déclin, mais comme une caractéristique normale de cette société, comme le mode de reproduction d'une solidarité instable dans son agencement, mais irréversible dans son principe. Depuis un certain temps déjà, constate l'auteur, nous sommes entrés dans l'ère de la Justice sociale. Cette nouvelle forme de justice est toute autre chose qu'un avatar bancal du droit libéral. Elle est dotée d'une identité propre et elle a bel et bien succédé au droit libéral. La thèse de l'Etat providence donne de la réalité une représentation fort différente de celle mise de l'avant par l'école néo-libérale. Intervenant sur un autre plan que l'analyse

(4) *Epistémologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985. Voir sur cet ouvrage les remarques de M. Tancelin, *Chronique bibliographique* (1986) 27 *C. de D.* 464.

(5) Paris, Bernard Grasset, 1986.

économique du droit, elle ne s'attaque pas ouvertement aux procédés de cette dernière, mais elle neutralise certaines idées maîtresses de Friedrich A. Hayek en les présentant comme les éléments actifs d'une idéologie plutôt que d'une philosophie du droit (6). Dès sa parution, l'ouvrage de F. Ewald fut salué dans la grande presse par André Glucksmann, qui en traita en termes élogieux (7). Il est possible que *L'Etat providence* soit beaucoup lu pour un ouvrage de ce genre. Aussi en parlera-t-on ici d'une manière surtout destinée à exciter la curiosité du lecteur. Précisons tout d'abord, et à grands traits, comment l'auteur développe son sujet. Il sera ensuite question de la méthode suivie par F. Ewald ainsi que de certaines réflexions suscitées par son ouvrage.

*** _***

L'Etat providence se divise en quatre livres. Chacun d'eux traite d'un moment (et de ce qui pourrait s'appeler un sous-ensemble épistémologique) dans l'évolution entre "La Responsabilité" individuelle du droit libéral (Livre I) et "L'ordre normatif" de la société assurantielle (Livre IV). Le livre II, "Du Risque", explique comment certains changements dans la façon de penser les rapports entre la société et l'individu rendront possible la rupture épistémologique étudiée dans le Livre III, "Assurance sociale".

Tout commence avec le Code civil de 1804 et un droit de la responsabilité individuelle dont on peut dire aujourd'hui qu'il paraît minimaliste. Le critère de juridicité de l'époque est résolument restrictif et ne tolère aucune intrusion de la morale dans le droit. Celle-ci, concède-t-on, fonde le droit, mais elle s'annulerait elle-même si elle trouvait sa sanction dans la contrainte de la loi, car elle ne demeure une morale que dans la mesure où elle est immanente. Ainsi s'érige un régime juridique qui sanctionne l'obligation de ne pas nuire à autrui, mais non celle, morale, de lui porter secours. Au service d'une justice essentiellement commutative, le droit veille à ce que tout le monde soit responsable de ses fautes et à ce que personne ne puisse forcer autrui à partager les aléas dont n'importe qui peut être individuellement la victime. La liberté, la concurrence et la prévoyance sont les principales assises de cette société où le pauvre ne

(6) Idées développées dans Droit, législation et liberté, Paris, Presses Universitaires de France, 1981, et principalement dans le volume 2 de cet ouvrage, qui porte comme sous-titre "Le mirage de la justice sociale".

(7) "Je m'assure, donc nous sommes" Le Point (de Paris) (17 février 1986) 72, où l'auteur écrit au sujet du livre de François Ewald : "Je prends les paris, son livre fera date, comme il y a vingt-cinq ans "L'histoire de la folie" de celui qui fut son maître, Michel Foucault". Pour un compte rendu plus critique, voir P. Videlier "Chronique bibliographique : l'état du travail et de son droit" dans Economie et Humanisme, n° 292, novembre-décembre 1986, p. 87.

doit qu'à lui-même la condition peu enviable qui est la sienne. Mais si le droit valorise les comportements responsables et donc la prévoyance, la politique, elle, favorise la bienfaisance. Il ne saurait y avoir de droit à la bienfaisance -ce serait créer une expectative et déresponsabiliser l'individu ; cependant, la bienfaisance est essentielle à la société parce qu'elle permet au pauvre de surmonter sa condition et de devenir prévoyant. Bientôt, pourtant, cette conception des choses se montre impuissante à expliquer quelques phénomènes caractéristiques du XIXème siècle : le paupérisme, pauvreté née de la condition ouvrière et non de l'imprévoyance individuelle ; l'accident industriel, événement statistiquement normal, mais souvent catastrophique pour l'individu et pour lequel il n'y a de responsable que l'industrialisation ; le travail des enfants, sous-produit cruel de la liberté contre lequel on finira par légiférer. Imperceptiblement, le régime en vient à ne plus pouvoir tolérer les rigueurs de sa propre rationalité. A compter du moment où la faute est incapable de corriger ce que de plus en plus de gens perçoivent comme des injustices, un processus d'inflation de la faute s'amorce qui finira par la mettre en contradiction avec le droit. Le patronat, noblesse oblige, organise parallèlement le patronage, sorte de philanthropie intéressée, et entretient avec la main-d'oeuvre des rapports fondés non plus sur la liberté, mais sur la sécurité et la permanence des engagements. La doctrine de l'économie sociale se développe en réaction contre le libéralisme pur. On veut moraliser l'ouvrier et prendre en charge son insécurité pour le rendre plus productif. Cette doctrine favorise la rémunération en nature et en services de l'ouvrier (logement, charbon, etc.) ; dans la mesure où le besoin devient un facteur légitime de différenciation, on a déjà là l'embryon d'une justice distributive. C'est le mérite de F. Ewald d'exposer ici, en cent pages limpides, les relations trop souvent passées sous silence entre le droit du XIXème siècle et la morale libérale : vision austère et fataliste de la personne humaine, mais vision dont on ne peut nier le courage. C'est peut-être justement parce qu'elle exige un courage surhumain qu'elle s'écroulera. Quoi qu'il en soit, contre cette toile de fond froidement volontariste, le contour de la faute retrouve une netteté qu'on ne lui connaissait plus depuis longtemps.

Pendant que le libéralisme s'installe puis subit ses premières mutations, d'autres idées progressent, à bonne distance du droit, mais qui bientôt l'influenceront. Entre le milieu du XVIIème siècle et le début du XIXème, Pascal, Bernoulli et Laplace avaient créé une nouvelle mathématique, celle des probabilités. Apparaît alors avec la Révolution industrielle, surtout grâce aux travaux du mathématicien belge Adolphe Quételet, la statistique sociale, et cela à la même époque où Auguste Comte jette les bases de la sociologie. Les idées de norme, de régularité statistique et d'homme moyen apparaissent. Il

devient manifeste que le tout (la société) n'est pas égal à la somme de ses parties (les individus). Le libre arbitre demeure, mais globalement ses effets s'annulent entre eux. Ce déplacement épistémologique ouvre la voie à un projet politique qui a pour objet non plus la moralisation de l'individu, mais le maintien de certains équilibres dans la société. L'assurance, devant laquelle les obstacles juridiques disparaissent, se développe considérablement. On voit apparaître les caisses d'épargne et les sociétés de secours mutuel. Dans sa *Politique Universelle* publiée à Bruxelles en 1852, Emile de Girardin propose un nouveau contrat social, une assurance universelle gérée par l'Etat (bien plus, qui serait l'Etat) et qui fournirait "les moyens de sortir de l'individualisme libéral sans tomber dans les affres du socialisme" (8). La perception de la personne humaine et de la société a changé, la morale et le droit s'en ressentiront. Ici encore, l'auteur établit des correspondances jamais relevées ailleurs et qui valent d'être méditées. Tout est en place pour que se produise la rupture épistémologique dont la législation sur les accidents du travail sera le plus clair symptôme.

Le passage de la responsabilité et du droit civil à l'assurance et au droit social eut selon F. Ewald un commencement qu'on peut situer dans le temps en 1898, date de l'adoption de la première loi française sur les accidents du travail. Le débat parlementaire sur cette loi avait duré 18 ans. Malgré quelques avancées importantes en matière de responsabilité du fait des choses, l'indemnisation des victimes d'accidents du travail demeurait assujettie au régime de la faute et, de ce fait, paraissait trop lacunaire. Une idée s'était précisée sous la plume de juristes comme Saleilles et Josserand : il est injuste que les ouvriers, et toujours eux, subissent les pertes liées à certaines activités dont eux seuls, contrairement aux industriels et à la société, ne profitent pas. L'insuffisance maintenant démontrée de la prévoyance, du patronage et des formes privées de secours collectif, accentuaient la nécessité d'une réforme. Il fallait que le rapport profit-risque remplace le rapport pouvoir-responsabilité, que le mode de problématisation de l'accident devienne assurantiel et adjudiciaire. Compromis difficilement négocié, la loi de 1898 n'ira pas aussi loin que l'auraient souhaité certains réformateurs, mais sa valeur symbolique est considérable. Il est sûr qu'elle fut le signal d'un profond changement de mentalité. On aurait pourtant tort d'y voir comme certains une première inflexion du droit devant la "réalité". F. Ewald écrit à ce sujet, dans un passage caractéristique du ton qui imprègne *L'Etat providence* :

(8) Op. cit., supra, note 4, p. 219.

Une certaine tradition s'est attachée à dénoncer le caractère idéologique et trompeur des dispositions du Code civil eu égard à la réalité des rapports de production : le dogme de l'égalité des contractants, par exemple, ne cessant d'être démenti et contredit par la réalité des inégalités. On a dit aussi qu'à l'encontre, la législation sociale de la fin du XIX^{ème} siècle aurait consisté, même si ce n'était pas encore suffisant, en une première reconnaissance des faits. La doctrine du droit du travail, qu'elle soit positive ou critique, baigne ainsi dans une sorte de réalisme : la valeur du droit du travail se jugerait à sa plus ou moins grande adéquation avec les faits. Vision sociologiste, sans doute susceptible d'émouvoir les esprits épris du réel, mais qui conduit à passer à côté de l'essentiel. Le droit du travail est fait d'autant de fiction que le droit civil. On peut penser que c'est la raison pour laquelle ses énoncés gardent le statut de droit. Du droit civil au droit social, la différence n'est pas de la fiction. Aux fictions de la volonté, de l'égalité, de la faute se sont substituées celles du risque, d'entreprise, de société. Les psychanalystes diraient qu'on est passé d'un ordre symbolique à un autre. On n'est pas plus près du réel pour autant : on n'a plus le même imaginaire (9).

Consacré en droit positif par la législation sur les accidents du travail, la notion de risque social prend alors sa véritable portée. D'abord *obstacle au changement* parce qu'elle faisait appel à une logique incompatible avec celle, admise, de la faute, elle devient avec cette législation un *facteur de changement*, car le raisonnement qui la rend applicable aux accidents du travail paraît tout aussi applicable à d'autres aspects de la vie en société. La législation atteint ensuite l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux indigents, puis la retraite dans les classes ouvrières et paysannes. Bientôt, le risque pénètre et transforme le régime de responsabilité de l'Etat. Divers rapports entre personnes sont alors repensés dans l'optique d'une justice distributive et la sécurité sociale supplante peu à peu la bienfaisance. Responsable ne signifie plus "qui est en faute", mais "qui supporte la perte". L'Etat providence (ou société assurantielle) naît ainsi d'une conjoncture épistémologique originale. Cet Etat est lié à la société industrielle, laquelle fût peut-être fille du droit civil, mais aussi mère du droit social. Le droit y remplace la morale et l'on voit s'y réaliser un bio-pouvoir qui gère les existences en échange à la fois d'une sécurité partagée par tous et d'un droit de chacun à la vie. La référence au droit naturel, cette justice dans les choses et extérieure au droit positif, n'est plus possible : tout passe désormais par les

(9) Ibid., pp. 315-6.

conflits continuels entre regroupements d'intérêts et solidarités instables d'individus.

L'ordre normatif de l'Etat providence repose donc sur la solidarité. Celle-ci est rendue possible puis propagée par l'assurantialisation de la société, aussi bien au plan individuel avec, notamment, l'assurance responsabilité, qu'au plan collectif avec les assurances sociales. Les notions de normalité, de dangerosité, de prévention, permettent de mesurer le risque social sans faire référence au comportement d'un individu particulier dans un cas précis. La règle de droit servait depuis longtemps à sanctionner le mal -c'est-à-dire la faute- au nom du bien. Désormais, la normativité juridique s'attache à trouver un équilibre entre des conceptions concurrentes du bien. "De même que le mal n'est plus ce qui s'oppose au bien, mais ce qui se loge dans le rapport d'un bien à un autre bien, dans le rapport des biens entre eux, le risque ne s'inscrit plus dans le rapport à une nature à la fois bienfaisante et hostile, mais dans le rapport des hommes entre eux, dans leur commune quête du bien" (10). Dans ce nouvel ordre normatif, la distinction entre légalité et opportunité s'estompe, au point qu'on assiste à l'agonie du droit classique. La confusion qui existe aujourd'hui dans les milieux savants sur ce qu'est le droit annonce d'ailleurs la mort du droit, ou du moins d'un droit, par l'inflation des droits. L'assurantialisation et la socialisation du droit de la responsabilité étaient difficilement évitables une fois reconnues l'inéluclabilité statistique de l'erreur dans les domaines d'activité humaine et l'incommensurabilité trop fréquente entre la gravité du préjudice infligé à la victime, l'importance du fardeau de la réparation et la bénignité de la faute commise par le responsable. Mais d'autres indices confirment cette évolution : la consécration d'inégalités formelles en droit (discrimination positive, différenciations du type consommateur -commerçant ou salarié- employeur), la relativisation générale des valeurs, le recours désormais courant à des concepts juridiques, tels le raisonnable et l'abusif, vides d'*a priori* et caractéristiques d'une logique qui ne se donne plus pour syllogistique. Le droit social, droit des équilibres précaires et de l'arbitrage incessant entre intérêts individuels, a sa propre positivité, distincte de celle du droit civil : il sert à corriger les inégalités, à rétablir les équilibres menacés (11). Avec lui s'instaure un ordre juridique de la négociation permanente, incompatible avec la conception kantienne du droit et des droits. Le contrat, disait-on, a succédé au statut ; le consensus succède maintenant au contrat. Tout devient affaire de transaction, de compromis nécessaire imposé puis géré de façon créative par le droit. Le juste et l'injuste se définissent désormais à partir d'un rapport social. A la règle de jugement du droit libéral, un

(10) Ibid., p. 435.

(11) Ibid., p. 461.

principe d'égalité formelle, s'est substituée une nouvelle règle de jugement, la norme du droit social, qui évoque les idées de moyenne et de régularité statistique. L'Etat providence supplante l'Etat libéral. Il porte en lui une rationalité originale qui échappe à la dualité libéralisme-totalitarisme et qui caractérise les grandes sociétés post-industrielles.

La méthode d'investigation philosophique adoptée par F. Ewald explique pour une bonne part l'originalité de l'ouvrage. Cette méthode se veut très influencée par la pensée et les travaux de Michel Foucault. On la trouve exposée dans *l'Etat providence* et dans un texte plus court, mais identique sur plusieurs points, que publiait en 1986 la Revue *Droits* (12). En quoi consiste-t-elle ? Disons d'emblée qu'elle a peu en commun avec la méthodologie juridique interne d'abord préoccupée par la pureté des sources et dont la finalité est de l'ordre de la description-prescription. F. Ewald adopte une position résolument nominaliste, incompatible aussi bien avec le droit naturel classique ou moderne qu'avec le positivisme essentialiste. Le Droit n'existe pas. Seules existent des pratiques et une expérience juridiques étroitement agrippées à l'histoire. Est de droit ce qui à une époque donnée est perçu comme tel. Or, plutôt que comme une forme de contrainte, le droit devrait s'analyser comme un art de juger dont les praticiens aspirent à l'objectivité : objectivité de soi sur soi et de soi sur les autres. La façon de problématiser cette recherche de l'objectivité (que ce soit, par exemple, par le respect en toute chose d'un principe d'égalité formelle ou par l'assujettissement à une normalité de type statistique) caractérise les pratiques juridiques. Celles-ci sont habitées par une rationalité profonde, enfouie sous les phénomènes de surface (Codes, lois, jurisprudence et commentaire savant), une rationalité qui échappe à toute formulation synthétique et pour la description de laquelle F. Ewald introduit le concept central de "règle de jugement", principe d'intelligibilité des pratiques juridiques. "Pour un ordre juridique donné, le "droit" est moins dans les énoncés normatifs que dans la règle qui les constitue comme juridiques" (13). Il faut fouiller les pratiques juridiques et chercher dans leurs régularités ce qui permettra de dégager la règle de

(12) Ibid., pp. 27-43 et "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit" (1986), 3 *Droits*, 137. Voir aussi du même auteur "Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit" (1986), 62 *Critique* 788.

(13) Loc. cit., supra, note 11, p. 139, et op. cit., supra, note 4, p. 37 "...précisons qu'il ne faut pas entendre par là une règle, mais ce qui régit le jugement juridique, non pas quelque chose que l'on applique, mais ce à travers quoi on juge..." ; p. 35 "La règle de jugement n'est jamais formulable en tant que telle, mais seulement à travers une série d'approximations successives qui, en même temps qu'elles la visent et la saisissent, la transforment".

jugement propre à chaque *épistémé*. D'où la nécessité de procéder à une vaste entreprise "d'archéologie" du droit, au sens que M. Foucault donnait à ce terme.

Cette analyse rend possible un positivisme critique qui, tout en les dépassant par la critique justement, présente plusieurs affinités avec les thèses kelséniennes. Mais il s'agit aussi d'évaluer les pratiques juridiques au regard de leur juridicité, de réintroduire ainsi la distinction droit-légalité. Sinon, droit, légalité et totalitarisme pourraient s'équivaloir. De quelle façon s'articulera ce critère nécessaire à la critique ? Sur ce point, les explications données par F. Ewald gagneraient en clarté si elles étaient plus élaborées. A la fin du XXème siècle sont ancrées en Occident deux traditions critiques envers le droit. L'une, radicale et marxiste, veut la disparition du droit; L'autre, réformatrice, prolonge le droit. Le positivisme critique dont il est question ici cherchera quant à lui à déterminer les conditions qui rendent possible dans une société donnée l'objectivité du jugement normatif. Une pratique dite juridique peut être conforme à la légalité, mais contraire au droit. La question "A quelles conditions, dans telle ou telle conjoncture, pour telle ou telle société, l'exercice de la contrainte prend-il la forme d'un droit ?" met en lumière le rapport d'intelligibilité qui doit exister entre la règle de jugement et les pratiques, légales et contraignantes, dont on veut apprécier le contenu juridique. Ainsi, le jugement porté sur les pratiques ne s'instruit plus à partir d'un idéal jusnaturaliste, ou en fonction d'un rapport de cohérence dans la hiérarchie des normes positives ; une pratique est de droit, et non plus simplement légale, lorsque dans sa conjoncture épistémologique elle renvoie à la règle de jugement et comporte de ce fait un réel dessein d'objectivité.

Influencée, on l'a déjà dit, par M. Foucault, l'analyse d'Ewald est difficile d'accès, parfois tortueuse et d'une minutie qui souvent laisse le lecteur fourbu. On pourrait lui adresser plusieurs des critiques dont l'oeuvre de Foucault fut elle-même la cible (14). Cette analyse impose une conception excessivement monolithique de chaque phase dans l'évolution du droit. S'intéressant d'abord aux discontinuités, elle sous-estime un autre facteur, la filiation qui va du droit romain au droit moderne. Néanmoins, en faisant table rase de toutes sortes de notions conventionnelles et en favorisant un coup d'oeil panoramique sur le droit, ses assises intellectuelles et son histoire, elle ne peut qu'enrichir le lecteur.

*** _***

(14) Voir notamment J.G. Merquior, Foucault ou le nihilisme de la chaire, Paris, Presses Universitaires de France, P.U.F., 1986, pour une critique pertinente de la conception des épistémés caractéristique de cette analyse, pp. 62-87.

L'Etat providence s'inscrit dans un courant philosophique auquel on n'a pas encore attribué de nom générique, sauf peut-être celui, peu satisfaisant, de "philosophie de la modernité". Les principaux représentants de ce courant partagent, presque malgré eux, des préoccupations épistémologiques étonnamment semblables (15), dont on trouve fréquemment les traces dans l'ouvrage de F. Ewald. En outre, l'idée d'une société assurantielle, où l'individu devient une unité statistique dans un calcul social complexe effectué à une échelle autre que la sienne, rejoint le thème célèbre de la mort de l'homme, avec lequel il y a vingt ans M. Foucault terminait, en quelques phrases saisissantes, *Les mots et les choses* (16). Quelle que soit, donc, la valeur de l'oeuvre aux yeux des philosophes, elle est caractéristique des méthodes et des visées actuelles de la philosophie, comme a pu l'être à une époque encore récente, et en marge de la phénoménologie contemporaine, *l'Esquisse d'une phénoménologie du droit* (17) d'Alexandre Kojève. Parlant de choses bien connues des juristes, elle fournit l'occasion d'un dialogue entre ces disciplines, et celle aussi de mettre certains dogmes juridiques à l'épreuve d'une pensée originale tout à fait dégagée des contraintes de la pratique.

Bien qu'elles aient surtout pour cadre la société française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, les transformations historiques décrites par F. Ewald ressemblent beaucoup à celles vécues au Québec pendant la même période. Tout porte à croire que, si l'on dépouillait les archives des institutions de bienfaisance québécoises, on découvrirait encore les mêmes convergences qu'en France (18). Le constat s'impose aussi pour ce qui est du débat sur l'indemnisation des accidentés du travail. C'est donc que derrière la volonté souveraine des législateurs, et malgré l'autonomie des systèmes juridiques, il existe une rationalité commune et moins diffuse qu'on ne le croit. Cette rationalité suggère aujourd'hui une façon de voir les choses qui est à l'inverse de ce qu'enseigne le discours juridique conventionnel. Plus concrètement, ce qui est de règle selon le discours juridique toujours dominant n'est que matière à exception selon la rationalité qui sous-tend le droit moderne. Si l'on s'arrêtait à dénombrer tous les cas que résolvent, pendant un laps de temps quelconque, les régimes d'indemnisation auxquels nous sommes désormais habitués (accidents de la route et du

(15) Voir à ce sujet le recueil de textes publié sous la direction de Quentin Skinner, The Return of the Grand Theory in the Human Sciences, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

(16) Paris, Gallimard, 1966.

(17) Paris, Gallimard, 1981, (manuscrit daté de 1943).

(18) C'est en tout cas ce qui ressort à première vue de l'intéressant ouvrage consacré à cette question par Huguette Lapointe-Roy, Charité bien ordonnée - Le premier réseau de la lutte contre la pauvreté à Montréal au 19^{ème} siècle, Montréal, Les Editions du Boréal, 1987 ; voir notamment sur le rôle des pouvoirs publics les pages 125 à 142.

travail, pour ne mentionner que ceux-là), qu'on y ajoutait toutes les formes de préjudice et d'appauvrissement maintenant prises en charge par l'Etat (maladie, chômage, vieillesse, etc.) et que l'on tenait compte aussi des effets considérables de l'assurance publique ou privée, obligatoire ou facultative, que resterait-il en comparaison de la responsabilité individuelle à base de faute ? Bien que, sur ce plan, la réalité soit moins nette, le même raisonnement vaut pour la responsabilité contractuelle, elle aussi transformée par l'assurance - souvent obligatoire, comme en matière de services professionnels- et de plus en plus fortement réglementée par la loi. L'exception est donc devenue la règle. Est-ce le réel qui a changé ? Probablement pas, bien que l'explication soit connue et commode. Il n'est pas démontré, en tout cas, que les risques de la vie moderne, toujours associés au machinisme et au progrès, sont plus meurtriers que ne l'étaient il y a deux ou trois siècles les risques d'épidémie, de famine, de banditisme et de cataclysme naturel contre lesquels on ne connaissait pas encore la façon de se prémunir. Bien au contraire, la longévité moyenne de l'homme occidental n' a pas cessé de s'accroître depuis le début du XIXème siècle. En somme, ce n'est pas le réel qui a changé, mais plutôt l'idée que nous nous en faisons et les moyens que nous avons de l'appréhender. D'où l'intérêt et l'importance du travail accompli par l'auteur de *l'Etat providence*.

Les programmes de premier cycle en droit étant déjà surchargés -il y a, en effet, tant de régimes "d'exception" à enseigner...-, on ne peut espérer qu'un ouvrage comme celui-ci soit ajouté à la liste des lectures obligatoires à ce niveau. Cette situation est compréhensible, mais tout de même regrettable, car on trouverait là plus qu'ailleurs toute la matière d'un débat de fond sur la place du droit dans la société actuelle. Souhaitons à tout le moins que l'Etat providence soit lu, cité et commenté dans les facultés de droit : il le mérite.

LA RECENTE POPULARITE DU PLAN EN DEUX PARTIES

Par

Marc LEMIEUX
Université Mc Gill
B. Sc., M. Sc., LL.B., B.C.L.

SOMMAIRE

I. - UNE TRADITION QUI N'EN EST PAS UNE

- 1 - La petite histoire de la dissertation civile
- 2 - Le silence et l'embarras des "poseurs de méthode"

II. - LE BIPARTISME EST ETRANGER AU DROIT

- 1 - Le bipartisme et la dialectique
- 2 - Le bipartisme et la méthode des classifications

III. - LE BIPARTISME ET UNE GENERATION MODERNE DE CIVILISTES

- 1 - Une idéologie corporatiste
- 2 - Une idéologie consumériste
- 3 - Une idéologie légitimante

IV. - ANNEXE : TYPOLOGIE DES ARTICLES A LA REVUE TRIMESTRIELLE

- 1 - Avertissement au lecteur
- 2 - Tableau-synthèse des typologies
- 3 - Compilation des articles (1902-1985)

I. - UNE TRADITION QUI N'EN EST PAS UNE

Les "poseurs de méthode" - c'est-à-dire ceux qui enseignent aux étudiants "où trouver" et "comment exposer" le droit - affirment que la dissertation civile est régie par l'exigence du plan équilibré en deux parties, une règle "assurément excellente, voire indiscutable" (1).

Mais on ne retrouve pas le plan en deux parties dans les articles de Capitant, Wahl, Pic, Ripert ou de Planiol, ni dans ceux de Demogue, Gény, Esmein ou Savatier (2). L'idée d'un plan uniformément bipartite pour les dissertations aurait étonné ces grands civilistes. Entre leur génération et la nôtre, une transformation subite a donné lieu à la "structure-type" de la dissertation.

Dans l'histoire plus que centenaire de la dissertation civile, cette transformation est très récente. Il est faux de prétendre qu'il y a une "tradition" du plan équilibré en deux parties. A défaut de tradition, sur quoi cette exigence serait-elle alors fondée ? Ni Capitant ni Mazeaud ne répondent à cette question ; seuls certains "poseurs de méthode" modernes avancent les éléments d'une justification. Leurs efforts masquent cependant mal la réalité arbitraire de l'exigence du plan en deux parties.

1 - La petite histoire de la dissertation civile

La dissertation de droit civil a suivi un chemin qui l'a mené du "placard" des thèses au "corset" du cinquantenaire.

Je dis "placard", parce que la dissertation civile est née en 1819, avec la première revue juridique, la *Thémis*, à une époque où l'épreuve écrite n'existait pas pour les candidats au doctorat. Ceux-ci devaient soutenir un "acte public" dans lequel ils défendaient une thèse écrite. Mais cette thèse n'avait pas l'allure d'une dissertation : il s'agissait plutôt d'un placard, imprimé sur feuille unique, où étaient reproduites les "positions" du candidat, à propos de matières tirées au hasard en droit romain et en droit français. La dissertation doctorale sous forme de discours suivi n'apparaît qu'au milieu du XIXe siècle. A cette époque, les études supérieures sont plus le lieu du dogme bien soutenu que celui de l'analyse bien réfléchie. La dissertation civile, apparue une trentaine d'années auparavant, est née justement dans ce "bouleversement professionnel", dans cette "révolution des idées", qui

(1) S. Dreyfus, *La thèse et le mémoire de doctorat : Etude méthodologique*, 2e éd., Paris, Cujas, 1983, p. 147 (la première édition remonte à 1971).

(2) Voir les tableaux reproduits en annexe. Parmi les auteurs cités, seul Demogue a utilisé le plan en deux parties (1907), mais il s'agissait pour lui d'une pratique exceptionnelle. L'usage du plan en deux parties demeure exceptionnel jusqu'à l'année charnière, soit 1946.

cherchait à donner lieu, dans l'ordre savant, à une primauté de l'analyse et de la réflexion sur la synthèse et le dogme (3).

Je dis aussi "corset". Cette désignation un peu inusitée demande une explication plus étoffée ; celle que j'ai à offrir se fonde sur le contenu et la structure de ces écrits qu'au fil des générations on a qualifié de dissertations.

D'abord, pour le contenu, on oublie combien le rôle de ce médium d'expression culturelle et d'échange savant a changé avec les années. Aujourd'hui, la dissertation civile est "un exercice familier" (4) qui "discute des règles de droit", alors qu'à ses débuts, c'était tantôt le lieu d'un "combat d'opinion", tantôt celui d'une "recherche du droit" (5). L'écart est notable : le civiliste d'aujourd'hui n'envisage pas l'écriture comme son ancêtre. Les dissertations de ce dernier couvraient le champ entier de ce que l'on nomme aujourd'hui "commentaire d'arrêt", ou "compte-rendu de lecture", comme si les générations successives de civilistes avaient enlevé à la dissertation toute vocation d'apparence trop culturelle au profit d'un certain "scientisme". Avec les années, les "combats d'opinion" se sont retrouvés relégués à la rubrique "variétés", et aujourd'hui, on ne les

(3) Voir. H. Capitant, La thèse de doctorat en droit, 4e éd., par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1951, pp. 13-14 (la première édition date de 1926) ; et C.A.-A. Colliard, "Le doctorat" (1958) Revue de l'enseignement supérieur 55. La dissertation doctorale, ou "thèse" selon l'acception moderne, n'est exigée que depuis un arrêté du 5 décembre 1850. Le 30 avril 1895 est supprimée l'obligation pour le candidat de présenter des propositions écrites sur lesquelles il pourrait être interrogé par le jury. Le dogmatisme des "propositions" et du "placard" fut acerbement critiqué à la Thémis : voir notamment Du Caurroy de la Croix, "Actes publics pour le doctorat" (1920) 2 Thémis 391, p. 391 ; et Bourlet, "Actes public pour le doctorat, soutenu dans la faculté de droit de Paris, le 5 mai 1820" (1819) 1 Thémis 470, p. 473 : "nous entendons par dissertation, un discours suivi, lié dans toutes ses parties, et qui annonce une marche, un système, sans se borner à énoncer des résultats sommaires. Dans ce sens, on pourra concevoir la préférence que nous accordons hautement à une dissertation sur toute espèce de positions ou propositions isolées. Cette préférence est une suite de celle que l'analyse nous paraît mériter (...) sur la synthèse la moins dogmatique".

(4) G. Goubeaux et P. Bihl, Les épreuves écrites de droit civil, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 25 (la première édition date de 1976).

(5) Pour ces deux thèmes, ceux du "combat d'opinion" et de la "recherche du droit", j'aimerais pouvoir me passer de référence, mais qui d'entre nous peut se targuer d'avoir lu les ancêtres ? Je renvoie donc le lecteur aux 26 dissertations de "droit français" parues dans la Thémis, cataloguées comme telles dans C. Vergé, Tables analytiques de la revue de législation, Paris, Cotillon, 1860, pp. 10-11. Des titres ? Rolland de Villargues, "Dans quel cas, en général, les tribunaux doivent-ils prononcer la nullité d'une inscription hypothécaire pour omission des formalités prescrites par l'article 2168 du Code civil ?" (1821) 2 Thémis 138 ; Du Caurroy de la Croix, "Dissertation contre le système de M. Toullier" (1822) 3 Thémis 49 ; et Duranton, "A messieurs les rédacteurs de la revue Thémis" (1822) 3 Thémis 96. Ce qui frappe le plus, à la lecture de ces dissertations, est le sentiment des auteurs face à ce qu'ils écrivaient : on ne savait pas où était le droit, on le cherchait, alors qu'aujourd'hui, on sait où le trouver, et on l'expose. Pour un brillant exposé de ce sentiment chez les exégètes, voir P. Rémy, "Eloge de l'exégèse" (1985) 1 Droits 115.

retrouve nulle part, car avec les années mêmes les variétés sont devenues "savantes" (6).

Pour la forme, le corset prend aujourd'hui l'apparence d'un plan encyclopédique, avec divisions "horizontales" et subdivisions "verticales" à l'infini qui font parfois ressembler la dissertation à cet "arbre aux rameaux touffus" que redoutait tant Mazeaud (7). Au début, dans la revue Thémis, la Foelix ou la Wolowski - et pendant quelques décennies dans la Revue de législation et sa progéniture -, les dissertations de droit civil français sont libres, sans plan, le plus souvent sans aucune division. La dissertation est un "discours suivi", non pas un "discours approfondi" comme les encyclopédies semblent l'entendre. A la Revue trimestrielle, au tournant du siècle, le plan linéaire est de mise : c'est le plan des directeurs, ceux qu'on imite, Wahl, Demogue et Esmein, qui écrivent leur science "en longueur". Les poseurs de méthode contemporains, quand ils affirment à leurs élèves dociles les vertus "bien éprouvées" du plan à deux têtes, iraient-ils jusqu'à suggérer que les dissertations "demeurées classiques" (8) étaient des exemples de dissertations imparfaites, celles-là même qui ont donné lieu aux "noyaux de certitude" qui forment le coeur de l'enseignement des pédagogues d'aujourd'hui ?

Inusité pendant les 40 premières années de la Revue trimestrielle, le plan en deux parties devient règle entre les années 1945 et 1955. L'année-charnière est 1946. La "structure-type" n'apparaît d'ailleurs pour la toute première fois qu'en 1925 (9), dans un article d'Henri Mazeaud, plus de cent ans après les dissertations du premier numéro de la Thémis. Pour peu utilisé qu'était le plan en deux parties dans la première moitié du siècle, on assiste à une véritable explosion de sa popularité à l'époque du cinquantenaire de la Revue trimestrielle de droit civil. Les "enfants du cinquantenaire", ceux qui au début des années cinquante sortent des Facultés avec un doctorat d'Etat, sont les auteurs d'une invasion bipartite des

(6) Pour un exemple récent de variété "savante", voir, J.-L. Bergel, "Différence de nature (égale) différence de régime" (1984) R.T.D. civ. 255. La Revue trimestrielle a d'ailleurs cessé de reproduire les "variétés" dans une rubrique distincte de celle des articles.

(7) H. Mazeaud, Exercices pratiques : méthodes générales de travail, Paris, Montchrestien, 1982, p. 91 : "Trop de divisions et subdivisions empêchent, en effet, de suivre le développement, car pour suivre, il faut garder le plan toujours à la mémoire, et comment le faire si ce plan est un arbre aux rameaux touffus ?". Pour un bel exemple de dissertation aux rameaux touffus, voir celle de Chartier, "Domicile conjugal et vie familiale" (1971), R.T.D. civ. 510, où dans un article de 71 pages, l'auteur sert au lecteur une subdivision intitulée "II.A.I.2.a.i.", comme si, sous la lentille du "microscope cartésien", une telle division avait un sens.

(8) V. L. Julliot de la Morandière, "Le cinquantenaire de la Revue" (1952) 50 R.T.D. civ. i à la p. iii. Le directeur donne, aux pp. iii-iv, une douzaine de dissertations "demeurées classiques" - demeurrées classiques malgré la nouvelle conscience du besoin de rester à l'écoute des "problèmes sociaux".

(9) H. Mazeaud, "La faute dans la garde" (1925) 24 R.T.D. civ. 793. C'est la première forme achevée de la "structure-type". D'autres avant Mazeaud, dont notamment Perreau et Lénoan, semblent favoriser une exposition "presque parfaite", comme aurait sans doute dit le maître ...

chroniques et articles de droit civil. "Structure-type" d'une dissertation civile, ou "structure-type" d'une génération de civilistes ?

2 - Le silence et l'embarras des "poseurs de méthode"

Ce que nous disent les "poseurs de méthode" dépend justement de la génération de civilistes à laquelle ils appartiennent, et pour mieux les comprendre, écoutons tour à tour le grand-père, le père, et les enfants du bipartisme.

a) Disons que le grand-père est Henri Capitant, qui devient, avec la publication de *La thèse de doctorat en droit* (10), en 1926, le premier "poseur de méthode" du XXe siècle, à l'aube du nouveau régime des thèses de doctorat.

L'ouvrage de Capitant ne concerne que la dissertation doctorale, rendue essentielle par le décret de 1895, mais comme la licence ne connaît pas encore les travaux pratiques, on peut prendre l'épreuve écrite des candidats au doctorat comme leur premier véritable exercice écrit de "discussion" ou d'"explication" du droit, d'où la pertinence des remarques méthodologiques avancées dans *La thèse de doctorat en droit*. Sur l'élaboration du plan, le célèbre pédagogue est plutôt laconique : "Les divisions à adopter seront plus ou moins nombreuses suivant l'importance de la matière à traiter" (11) ; cela se comprend, vu les principales inquiétudes de l'auteur, qui concernaient la recherche de la qualité "scientifique" de l'effort des jeunes docteurs.

Rien sur le bipartisme, et les "poseurs de méthode" contemporains ne peuvent pas ignorer la plus complète absence d'"exigence" bipartite dans les thèses du premier quart de siècle : celles-ci, pour peu qu'on les consulte, sont libres, subdivisées linéairement, rarement étouffées par les "rameaux touffus" des thèses modernes. Dans le cas des thèses comme dans celui des articles, l'engouement général pour le plan en deux parties n'apparaît que dans les années cinquante (12)

Le réflexe de tout articuler autour de deux pôles ne nous provient donc pas de la génération de Capitant.

b) Henri Mazeaud est le père du bipartisme, car c'est à lui que l'on doit le premier exemple publié d'une dissertation

(10) Supra, note 3.

(11) Ibid., p. 26.

(12) Il reste encore à écrire la petite histoire de la dissertation doctorale. Je poserais comme thème central de cette histoire l'apparition du "microscope cartésien", qui amène sur le plan du raisonnement juridique les "infinitésimaux" de l'argument. Pour ce qui est de ma proposition que les thèses n'adoptent le bipartisme que dans les années cinquante, j'invite le lecteur à comparer les thèses publiées par la L.G.D.J. depuis 1957 avec les thèses qui datent d'avant 1930.

adoptant la "structure-type". De plus, la génération de Mazeaud est celle de la réforme dans l'enseignement du droit, celle qui fait apparaître les travaux pratiques (13). Fin pédagogue, Mazeaud nourrit cette réforme avec ses *Leçons de droit civil*, dont l'accessoire indispensable du *Guide des exercices pratiques pour la licence en droit* met de l'avant une conception invariablement bipartite de la présentation juridique, orale ou écrite (14).

Esquissons immédiatement une hypothèse qui n'est pas sans rendre hommage à l'influence qu'a eue Mazeaud sur son époque. Son *Guide* est bien reçu et universellement employé par les étudiants des facultés dès le début des années cinquante. Les travaux pratiques, qui suivent de très près les exemples du maître, ont un effet marqué sur les élèves : la dissertation est banalisée, d'un "combat d'opinion", ou d'une "recherche du droit", elle devient un "exercice familier", et les étudiants à la licence empiètent sur un terrain jusque là réservé aux docteurs, avocats ou juges. Cette banalisation de la dissertation s'effectue par l'uniformisation de la méthode. A l'époque du cinquantenaire de la *Revue trimestrielle*, le climat idéologique chez la communauté des juristes est favorable à la sélection du plan en deux parties comme structure uniforme. Entre 1946 et 1954 s'opère la "sédimentation" de l'habitude du plan en deux parties. Pendant cette période, les travaux pratiques s'implantent peu à peu dans les Facultés à titre facultatif. Cette évolution dans l'enseignement du droit, ainsi que la remise en question de l'écart perçu entre le droit civil et la "réalité sociale" (15), deux événements marquants et reliés (16), ont contribué à ce processus de sédimentation. Ainsi, les étudiants qui ont été formés en 1950 à l'exemple du plan en deux parties deviennent les professeurs qui, en 1975, en enseignent les vertus.

Or, Mazeaud n'adopte pas le plan en deux parties dans tous ses articles, et il ne l'adopte pas du tout dans ses chroniques au *Dalloz*. Ce n'est donc pas chez lui qu'on retrouve les desseins hégémoniques de la génération du cinquantenaire. Celle-ci, qui envahit aujourd'hui les pages du *Dalloz* avec des chroniques en deux

(13) Les travaux pratiques deviennent obligatoires avec le Décret n° 54-343 du 27 mars 1954, *J.O.* 1954.2666, *D.* 1954.Lég.141. Ils existaient déjà, à titre facultatif, avant cette date.

(14) Voir chaque exemple de chaque tome du *Nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit*, éd. refondue, Paris, Montchrestien, 1957. Il m'est impossible de déterminer l'année de publication de la première édition. Je suppose qu'elle coïncide avec le décret de 1954. Je ne serais pas surpris d'apprendre qu'une version préliminaire non-publiée du *Guide* circulait dans les Facultés quelques années plus tôt. Avant de devenir obligatoire, le régime des travaux pratiques existait depuis une dizaine d'années : voir J.-M. Auby, "Les travaux pratiques" (1958), *Revue de l'enseignement supérieur*, 79, p. 79.

(15) Voir de la Morandière, supra, note 8.

(16) Voir L. Trotabas, "La réforme de la licence en droit", *D.* 1953. *Cron.* 75, p. 76 : "(Nous) devons reconnaître, dans l'ordre de l'enseignement du droit, une certaine perte de vitesse, qui exige une rénovation. Elle tient précisément au fait que le cadre de nos études est demeuré figé dans l'ordre des problèmes du début du siècle : il n'a pas suivi le développement des problèmes nouveaux".

parties, aurait peut-être retiré des *Méthodes générales de travail* un enseignement que n'y avait point mis le maître ...

Nulle part dans les *Méthodes générales de travail* de Mazeaud ne trouve-t-on d'explication pour le choix du plan en deux parties ; la persistance de la "structure-type" contraste avec l'absence de justification, surtout chez Mazeaud qui accordait tant d'importance à l'étape des "fondements". Sur l'élaboration du plan de la dissertation, Mazeaud nous dit d'abord :

Puisqu'il s'agit d'un travail relativement bref, il ne faudra pas plus de deux, à la rigueur trois parties. Toute subdivision est, en général, inutile ; vous pouvez, cependant, si l'une des parties est particulièrement longue, la subdiviser en deux paragraphes" (17).

Il ajoute :

Dans la mesure du possible, ce plan doit être commandé par l'idée générale qui domine le sujet. Ce sont les branches de cette idée qui doivent vous donner la trame. *Et tout est parfait si ces deux branches s'opposent*" (18).

C'est tout. Le choix du plan à deux têtes n'est pas recommandé autrement que par l'exemple, et son emploi systématique n'est pas justifié par le maître. Curieusement, il faut attendre la prochaine génération de civilistes pour une explication de la "perfection" du plan en deux parties.

c) Il y a plusieurs "poseurs de méthode" modernes qui ont appris du maître par l'exemple, aux débuts des travaux pratiques et de la banalisation de la dissertation juridique (19). Deux d'entre eux m'apparaissent plus remarquables que les autres, MM. Goubeaux et Mendegrès.

Le premier a perfectionné la méthode proposée par Mazeaud. Au moment où paraît la première édition de *Les épreuves écrites du droit civil*, en 1976, la dissertation est déjà "un exercice rendu familier à la plupart des étudiants" (20). La réforme de l'enseignement du droit et la popularité universelle du Guide des exercices pratiques pour la licence en droit ont porté fruit. La dissertation civile est devenue un "devoir" : quel chemin a donc été parcouru depuis les anciens "combats d'opinion" !

A l'instar des autres "poseurs de méthodes", Goubeaux signale à ses lecteurs l'importance du plan de la dissertation. Comme l'esprit

(17) Mazeaud, supra, note 7 p. 90.

(18) Ibid., p. 91 (nos italiques).

(19) Outre Dreyfus, supra note 1 ; Goubeaux, supra note 4 ; et R. Mendegrès, Le commentaire d'arrêt en droit privé : Méthode et exemples, 2e éd., Paris, Dalloz, 1983 ; on retrouve encore J.-L. Sourieux et P. Lerat, L'analyse de texte : Méthode générale et application au droit, Paris, Dalloz, 1980.

(20) Goubeaux, ibid. p.25.

du juriste, celle-ci doit être "claire", "logique", "construite", et "rationnelle". Ces vertus seraient propres à la "structure-type" :

Si un plan est toujours nécessaire, il n'est pas aussi impératif de respecter à cet égard des normes préétablies. Cependant, de telles normes existent. Elles ont été fixées par un long usage et ont fait les preuves de leur efficacité. (...) Se contraindre à les respecter oblige à approfondir la réflexion, car pour couler la dissertation dans ce moule, il faut chercher les idées justifiant le regroupement de points à première vue disparates ; c'est aussi la garantie d'aboutir à un exposé clair et cohérent. (...) On peut ainsi définir la (structure-type de la dissertation juridique) : une introduction assez étoffée, suivie de développements divisés en deux parties, elles-mêmes subdivisées chacune en deux parties, enfin, généralement, pas de conclusions (21).

Pourtant, en 1976, cela ne faisait qu'une trentaine d'années que cette "structure-type" s'était attirée la faveur des collaborateurs à la Revue trimestrielle, soit moins de la moitié de l'existence de cette revue. La hausse de popularité de la chronique bipartite au Dalloz est encore plus récente. Le choix d'une génération formée à l'exemple est devenu (sans explication) une norme ayant fait preuve de son efficacité. Le moins qu'on puisse dire, c'est que cette génération porte haut dans son estime les enseignements reçus dans les années cinquante - compliment additionnel à la méthode du maître Mazeaud -. Quant à la proposition selon laquelle cette structure garantit la réflexion, cela se passe presque de commentaire : par là, Goubeaux ne peut envisager que l'imposition d'un "minimum" à ses étudiants et les inviter, sous le couvert mal déguisé d'une sanction de "réflexion inadéquate", à adopter cette "habitude". Mais là, il tombe dans le panneau du pédagogue qui use à outrance de la contrainte : l'"habitude" est adoptée par certains étudiants pour dissimuler l'absence de "réflexion adéquate", et ceux-ci grandissent avec l'idée romantique que le droit est dans la structure plutôt que dans l'analyse. Ceux qui dénonçaient, en 1820, le manque de réflexion originale dans les dissertations doctorales, dénonceraient aujourd'hui ces effets néfastes du corset bipartite : un siècle et demi après l'émancipation des thèses doctorales, le "discours suivi" serait-il devenu un "discours structural" ? Les "exposés" ou "discussions" du droit ont survécu tout ce temps sans aucune garantie de qualité, et il me semble que l'explication de Goubeaux s'effondre sur la petite histoire de la dissertation civile.

Toujours en quête de la mystérieuse "perfection" de la division bipartite, nous passons à Mendegris, dont le principal mérite est d'avoir porté à la périphérie - au commentaire d'arrêt - la méthode esquissée par Mazeaud. Cette méthode ne convient pas dans toute sa

(21) Ibid., pp. 27-28.

rigueur au commentaire, pour des raisons qui découlent, justement, de ce qui fait qu'elle est "parfaite" pour la dissertation :

Le droit applicable à l'institution ou au mécanisme juridique dont la dissertation doit rendre compte apparaît toujours comme une solution transactionnelle entre des lignes de force, des idées, des intérêts qui s'opposent. Et la réflexion montre que ces tendances antagonistes sont, dans l'immense majorité des cas, organisées autour de deux pôles. Ainsi, par exemple, le droit de la responsabilité du transporteur est dominé par le double souci de faciliter l'indemnisation de la victime en la dispensant de prouver la faute du transporteur et de permettre néanmoins à ce dernier d'échapper à l'obligation de réparer un dommage dont il n'a pas été la cause. Cette observation paraît de nature à justifier le bipartisme (22).

Voilà qui est intéressant : l'"exigence" du bipartisme n'est plus fondée sur la "tradition" bien établie (c'est-à-dire sur l'autorité de l'usage par les maîtres), mais bien sur la nature même de ce qui est écrit - le droit -.

Cette nouvelle piste est, elle aussi, pleine d'embûches. Si le bipartisme n'est que le simple choix d'une récente génération de juriste, il n'est pas plus "propre au droit" (II) qu'il n'est "propre à la tradition". A défaut de justification fondée sur la nature de ce qui est écrit, je chercherai du côté de ceux qui écrivent (III), car il me semble que, pour tout controversable que soit ce choix d'hypothèse, l'usage du plan en deux parties relève de la représentation que se font les auteurs de l'échange au sein de la communauté savante des juristes.

II. - LE BIPARTISME EST ETRANGER AU DROIT

Mendegrès le dit clairement, mais d'autres pourraient approuver en silence ses propos : la dissertation civile doit partout se diviser en deux parties car le droit réside dans une "solution transactionnelle" entre deux "intérêts opposés". Ceci n'est pas sans évoquer une nature dialectique du droit (1) ou la fameuse méthode des classifications (2).

1 - Le bipartisme et la dialectique

Voici l'argument : un aspect irréductible de ce que l'on appelle "droit" est de résulter d'un dialogue entre deux positions contraires (23). Tout juriste porté à connaître le droit ne pouvant y échapper,

(22) Mendegrès, *supra* note 19, n° 118.

(23) Ce dialogue s'effectuant, bien sûr, devant un juge impartial appelé à trancher.

son esprit s'imbibe de cette "manière de voir les choses" : rien n'est envisagé sans que soit aussi envisagé son contraire. L'exposition bipartite ne serait alors que le reflet structural de cette prédisposition intellectuelle propre aux juristes.

C'est une philosophie que tous ne partagent pas, assurément, mais acceptons-la un instant pour les besoins de la discussion. Prenons encore les candidats au doctorat. Est-il utile d'insister sur l'importance de leur formation "scientifique" à l'égard de leur production professionnelle ultérieure ? Les candidats d'hier, entre 1940 et 1950, passaient le plus clair de leur temps à la rédaction d'une volumineuse thèse censée faire reculer les frontières du savoir juridique. Cette étape franchie, et la méthode "scientifique" bien acquise, ils faisaient face à l'agrégation et la fameuse épreuve de la leçon en équipe, dont on a pu dire que le grand II grand B devait tomber sous la marque des quarante-cinq minutes. Est-on jugé sur ses facultés d'argumentation dialogique ? S'agit-il d'épreuves dialectiques, ou plutôt de "libre recherche scientifique" (et "méthodologique") ? Or, un siècle auparavant, l'accent était mis sur cet acte public à l'occasion duquel le candidat jouait le rôle de soutenant, et le jury, celui d'argumentant. Dupin et Berriat Saint-Prix, les ancêtres des "poseurs de méthode" contemporains, n'ont pas rédigé de remarquables volumes sans raison : ce que le candidat devait développer était sa faculté de prévoir les objections, de les contourner (24). On apprenait à dialoguer avec son contraire, plutôt que de pousser à l'ultime feuille de "rameau touffu" une certaine confiance "scientifique". Alors comment expliquer ce paradoxe que les dissertations bipartites sont inconnues du XIXe siècle, à l'âge d'or de la formation dialectique ?

Et pourquoi pas un plan en trois parties, "thèse/anti-thèse/synthèse", tout aussi propre que l'autre pour accommoder l'argumentation dialectique ? Et pourquoi pas "filtrer" la dialectique tout au long des dissertations, *passim* ? Et comment expliquer qu'en Belgique, ou dans les pays de *common law*, où le droit doit aussi être de la nature d'une "solution transactionnelle entre deux intérêts opposés", les dissertations ne sont pas bipartites ? (25).

(24) M. Dupin, Réflexions sur l'enseignement et l'étude du droit, éd. refondue, Paris, Joubert, 1835 (la première édition remonte à 1807) ; F. Berriat Saint-Prix, Manuel de logique juridique : Guide pour les thèses, 4 éd., Paris, Plon, (1924 ?), n° 237. Ces manuels démontrent l'envergure considérable de la préparation à l'épreuve de la soutenance publique. Même l'originalité des positions étaient moins importante, presque superflue, en comparaison avec la façon de les présenter et de les défendre devant les positions adverses.

(25) C'est une piste que je n'explore pas, mais qui n'est pas dénué d'intérêt - le bipartisme en tant que discours culturel -. Je prendrais comme point de départ cette affirmation de Capitant, supra, note 3 à la p. 25 : "Pour nous, Français, le plan est l'ossature de l'oeuvre". Mazeaud tient des propos semblables. On n'hésite pas, chez les juristes français, à se réclamer du "cartésianisme" (un cartésianisme national), un peu comme en common law américaine, on se réclame de Socrate.

En outre, il est difficile avec l'argument de Mendegris d'expliquer cet archétype du discours à une voix : la division "conditions/effets".

2 - Le bipartisme et la méthode des classifications

C'est du côté de la méthode des classifications que je cherche la philosophie du plan "fondement/régime" (ou "conditions/effets"). A force de concevoir des catégories juridiques dans lesquelles les controverses se coulent, les classificateurs développent cette "vision des choses" qui leur permet d'affirmer si, oui ou non, tel récit (de faits) se trouve à l'intérieur de telle catégorie. De cette faculté intellectuelle découlerait la prédisposition de tout diviser en deux : dans l'ordre de la nature, le "ça" et le "non-ça" ; dans l'ordre de la raison, le "fondement" (ou "catégorie") et la "conséquence" (ou "régime applicable").

Ainsi, l'univers juridique des classificateurs est peuplé de "meubles" et de "non-meubles", de "contrats" et de "d'absences de contrat", et à chacun de ces binômes se prête un effet de droit propre. Dupin était classificateur (26), et Mazeaud avait déjà laissé entendre : "La classification est à la base de toute science, de la science juridique comme des autres" (27). On rejoint ici, avec ces grands pédagogues, l'hypothèse historique esquissée plus haut. Avec les années cinquante, l'enseignement du droit est bouleversé, notamment avec l'avènement des travaux pratiques et celui de la pédagogie du "cas concret". Le plus grand mérite de la méthode des classifications n'est-il pas de faciliter et de simplifier l'enseignement du droit, particulièrement dans le contexte d'un "enseignement de masse" et d'un milieu professionnel qui impose aux facultés un "enseignement technique" ? Cette pédagogie du "cas concret" ne va-t-elle pas de pair avec la méthode des classifications ?

Les classificateurs peuvent donc se situer dans cet épisode historique récent dont est issue la popularité du plan en deux parties. Mais ils ne peuvent résoudre ce paradoxe que des auteurs contemporains, notoirement étrangers à la philosophie des

(26) Voir, pour le lien entre le bipartisme et la méthode des classifications, Dupin, note 24 à la p. 66 : "L'utilité des divisions consiste à faciliter l'intelligence des idées complexes. Mais pour que la division procure cet avantage (...) il faut encore expliquer en détail chacune des idées partielles que la division a pour objet de faire ressortir, et les mettre dans une sorte d'opposition". Voir aussi Bergel, supra, note 6 à la p. 262 : "Mais, dans son oeuvre de classification, le juriste (...) est (...) conduit à une division bipartite".

(27) H. Mazeaud, "Essai de classification des obligations" (1936) 35 *R.T.D. civ.* 1 à la p. 2. L'on objectera que c'était dans le contexte de la théorie (plutôt que de la pédagogie) que Mazeaud écrivait ces lignes. Je répondrais que pour Mazeaud il n'y avait pas de différence entre les deux. Et l'on discuterait, pour isoler le fond de cette distinction "théorie/pédagogie"...

classifications (28), adoptent le bipartisme. Si la "structure-type" existe vraiment, elle n'existe ni seulement à cause des classificateurs (il y en aurait eu au moins un pour revendiquer la "victoire" de son école, et l'on a vu le silence des "poseurs de méthode"), ni seulement pour eux. C'est, en outre, une chose d'affirmer que la division bipartite accommode une "vision des choses" classificatrice, mais c'en est une toute autre que de suggérer que la "vision" justifie la division à moins d'admettre que le droit n'est autre chose qu'une classification, ce que même les classificateurs ne peuvent soutenir (29).

Il existe un rapport direct entre les présuppositions de l'auteur à l'égard de l'objet de son écriture, et l'écriture elle-même. On peut mieux comprendre la perception du droit par les auteurs, au fil des différentes époques, en étudiant la forme et la disposition des textes écrits, du ton, du "paysage littéraire" ou des types d'arguments utilisés (quitte à ne pas tomber dans le piège du "tout est dans l'écrit"). Mais ce qui est écrit n'est pas "le droit", c'est "la représentation du droit". Par exemple, des auteurs - Wahl, Demogue, Esmein et Savatier - qui n'imposent pas de structure touffue à leurs dissertations n'agissent pas de la sorte par manque de réflexion ; je suppose simplement qu'ils ne se représentent pas le droit comme un objet "saisissable". Par contre, une dissertation encyclopédique "donne à voir" une plus grande maîtrise du - ou aspiration à maîtriser le - sujet qu'une dissertation linéaire ou sans division (30). Le droit, pour les encyclopédistes, se conçoit comme un objet qui se "maîtrise" et que la raison peut finement hachurer. Une certaine représentation "réductrice" du droit se dissimule donc derrière la présentation bipartite. Mais cette représentation n'explique pas à elle seule la popularité du plan en deux parties. Il y a plus : il y a la communauté des juristes et son discours.

III. - LE BIPARTISME ET UNE GENERATION MODERNE DE CIVILISTES

De Capitant à Mazeaud, il y a l'apparition du bipartisme. Entre Mazeaud et Goubeaux, il y a l'universalisation du plan en deux

(28) Je pense à MM. Atias, Jestaz et Rémy, dont on peut lire les collaborations à la Revue trimestrielle. Demandons à ces auteurs s'ils écrivent en deux parties parce qu'ils conçoivent l'enseignement du droit comme un apprentissage à l'art de classifier les faits dans des catégories préexistantes...

(29) Bergel, supra, note 6 à la p. 272 : "Il n'est pas douteux que la méthode des classifications ne suffit pas à la connaissance du Droit".

(30) Voir les remarques de M. Miaille, Une introduction critique au droit, Paris, Maspéro, 1976 à la p. 24 : "Le plan en deux parties, sur n'importe quel sujet, donnant l'apparence d'une parfaite maîtrise du sujet, finement articulé en ses développements internes au point que, pour paraphraser Hegel, "tout ce qui est réel devient rationnel". Il est vrai que de telles pratiques sont propres au monde universitaire (...)"

parties. Pour comprendre le sens de cette évolution, il faut comprendre la génération des "civilistes du cinquantenaire". La lumière réside dans la façon dont ces derniers se représentaient la dissertation civile, ce "combat d'opinion" ou "recherche du droit", devenue avec les années cet "exercice familier" ou "exposé du droit", ou dans la conception plus générale de leur propre "apport à la science".

Cette approche me pousse à envisager les juristes en tant que communauté, avec ses règles, ses sanctions, son "assujettissement du discours" (31) et ses comportements de groupe, en relation avec d'autres communautés, dont notamment celle des profanes (puisque la nôtre est une communauté savante).

Je pose donc ce postulat que le plan en deux parties est un élément du discours de la génération du cinquantenaire. A l'époque du cinquantenaire de la Revue trimestrielle, certaines idéologies s'imposent dans la communauté juridique. La conception de l'enseignement du droit est bouleversée. Le métier théorique devient une industrie soucieuse de rester en contact avec la "réalité sociale". Derrière le plan en deux parties se dissimule une conception du droit et de l'enseignement du droit qui est propre à la génération du cinquantenaire. Trois principaux attributs caractérisent cette idéologie.

1 - C'est une idéologie corporatiste ("tu connais le droit parce que tu es avec nous").

Le père du bipartisme concluait lui-même une de ses dissertations avec cette bombe : "Ce qui est le droit, c'est ce que nous croyons être le droit" (32). Il serait donc faux, comme nous y invite le professeur Miaille, de prêter à la tradition bipartite le dessein de donner une figure objective à la connaissance du droit (33), la tradition bipartite serait elle-même consciente de sa propre subjectivité. Ce paradoxe entre la "face objective" et la "conscience subjective" du plan en deux parties se résout avec cet argument d'autorité que "le droit c'est moi" et cet argument corporatiste que "moi c'est nous".

Le bipartisme fait partie intégrante de la ritualisation (ou assujettissement) du discours opérée par la génération du cinquantenaire. Cette thèse n'est pas inconnue des juristes qui savent reconnaître autour d'eux les rites propres à leur communauté savante. J'envisage l'épreuve d'agrégation, avec l'initiation au bipartisme et la

(31) L'expression est empruntée à ce grand historien de la connaissance que fut M. Foucault, L'ordre du discours, Paris Gallimard, 1971, passim, et aux pp. 46-47. Son influence, et surtout celle de S. Toulmin, Human Understanding : The Collective Use and Evolution of Concepts, Princeton, Princeton University Press, 1977, sont manifestes dans cette étape de mon analyse.

(32) H. Mazeaud, "La maxime 'error communis facit jus'" (1924) 22 R.T.D. civ. 901 à la p. 964, citant E. Lévy.

(33) Supra, note 30.

leçon en équipe (34), comme un rite initiatique uniformément imprimé dans l'esprit des membres de la communauté. La principale utilité de ce rite, bien sûr, est d'aider les individus à se reconnaître dans le groupe des initiés.

Mais c'est une proposition incomplète. Ce rite n'existait pas avant la deuxième guerre, et il subsiste la question de savoir comment il a bien pu apparaître et s'implanter si rapidement. Il reste à découvrir concrètement les mécanismes qui ont opéré si rapidement la sédimentation de l'habitude du plan en deux parties (35).

2 - C'est une idéologie consumériste ("tu veux du droit et le nôtre est meilleur que celui des compétiteurs").

Je suppose maintenant l'avènement d'une certaine logique consumériste qui aurait embrassé l'après-guerre et la génération du cinquantenaire. Leur époque est, après tout, celle de l'enseignement de masse (36) : les Facultés se remplissent, les amphithéâtres deviennent énormes, le contact intime du "cours de province" est perdu. Les étudiants auxquels on enseigne, les juristes qui lisent nos dissertations et les auteurs de la communauté n'ont plus de visage. On ne sait plus qui publie quoi, ni comment reconnaître les "bonnes" dissertations. En bref, il ne s'agit plus tant d'une communauté qui exerce un métier que d'une corporation qui pilote une industrie (37).

Qui dit "enseignement de masse" dit aussi "dissertation pour la masse". Je place dans cette industrialisation de la profession doctrinale les phénomènes de banalisation et d'universalisation structurale de la dissertation civile. Pour assurer la réussite d'une dissertation (c'est-à-dire pour qu'elle soit approuvée par le plus grand nombre de ceux auxquels elle est destinée), il faut développer des postulats universellement partagés par l'auditoire. On ne peut pas, dans une dissertation, "surprendre" le lecteur (38). Quand ce dernier perd son

(34) Voir J. Rivero, "Pour la leçon en équipe" D. 1976. Chron. 25, où l'auteur, devenu ethnologue, parle de "rite de passage". Bien sûr, tout système de recrutement (corporatiste ou professionnel) a ce type d'effet.

(35) Particulièrement, il faudrait mieux connaître l'ampleur des travaux pratiques avant qu'ils ne deviennent obligatoires, le réseau de connaissances qui a donné lieu à la diffusion du Guide des travaux pratiques de Mazeaud, et, enfin, comment est apparue l'exigence du plan en deux parties dans les comités d'agrégation. Ce sont les agrégés (et les candidats à l'agrégation) qui ont été les principaux instigateurs de la "structure-type". D'ailleurs, l'art. 16 du décret de 1954 donne la présidence du jury des épreuves écrites à un agrégé.

(36) Voir, s'il subsiste un doute sur le phénomène, M. Malaurie, "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges", Répertoire notariat Defrénois, n° 323 ; et s'il subsiste un doute sur la date du phénomène, de la Morandière, supra, note 8 aux pp. iv-v.

(37) Voir P. Rémy, "Le civiliste français va-t-il disparaître ?" (1986) 32 R.D. Mc Gill 152, pour l'opposition métier-industrie (décrite par un auteur résolument situé du côté "métier").

(38) Goubeaux, supra, note 4 à la p. 28 : "Le principe de base consiste, en effet, à éviter toute surprise au lecteur, qui doit d'avance savoir où l'on peut le conduire". Sur ce point,

visage et devient la "masse", les postulats de départ doivent se simplifier. Or, c'est un atout principal du bipartisme que d'invariablement faire jouer des antinomies simplistes que tous peuvent se représenter sans difficulté. Cause/effet, loi/jurisprudence, nature/régime, avant/après, principe/exception, général/spécifique, il est virtuellement impossible d'évoquer un seul de ces couples sans les évoquer tous à la fois - ils font à peu près tous partie de l'une des deux "familles structurales" : celle du "ça/non-ça" (complémentarité) et celle du "ça/anti-ça" (opposition). C'est aussi le propre de ces couples que d'être impossibles à ne pas comprendre. Les "recettes" (39) bipartistes rassurent le lecteur : celui-ci ne peut pas ne pas comprendre l'argumentation de l'auteur parce qu'elle repose sur une structure universellement facile d'accès. Ainsi l'attrait consumériste : le consommateur (le lecteur) se procurera du droit chez celui qui le lui offre dans la présentation la plus simple, la plus transparente. Mais, que voit-on poindre derrière cette logique ? - Le droit n'est pas compliqué, l'exposé des règles de droit n'est pas l'affaire que de quelques oppositions structurales faciles d'accès -. Parce qu'elle joue invariablement sur deux universalités structurales, la dissertation bipartiste est le produit des "ingénieurs en dissertation pour consommation de masse" (40).

Si ces deux caractéristiques de l'idéologie du cinquantenaire vous ont paru choquantes, attendez de voir la troisième, qui est déduite du rapport entre la communauté savante et la communauté profane.

3 - C'est une idéologie légitimante ("ce qu'on écrit, c'est du droit, et on a besoin de droit comme on a besoin de médecine et d'ingénierie").

Sauf les termes d'art, toute personne qui sait lire peut comprendre que le juriste fait passer dans ses dissertations une vision

les pédagogues du droit ne peuvent pas tous être d'accord : faut-il mettre la proposition avant la démonstration, ou la démonstration avant la proposition ?".

(39) Ibid. aux pp. 45-46. Ce sont, justement, les "recettes" complémentaires ("ça/non-ça") et dialectique ("ça/anti-ça"). Voir aussi D. Kennedy, "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction" (1982) 130 *U. of Pen. L. Rev.* 1349, selon qui un certain nombre de distinctions juridiques (state/society, public/private, right/power, law/policy, legislature/judiciary, objective/subjective) forment un ensemble qui caractérise la vision libérale de l'ordre social. Des innombrables familles de distinctions juridiques, Kennedy en prend une série pour faire l'histoire du déclin de cette vision libérale prévalente au début du siècle. Je choisis, de mon côté, de m'attacher au principe même de la division (bipartite). Les deux seules "familles" de division que j'envisage sont les divisions "ça/non-ça" et "ça/anti-ça". Je n'imagine pas que ces représentations intellectuelles des catégories juridiques soient propres à une quelconque "vision" politique de l'ordre social, mais plutôt à une "vision" corporatiste de l'ordre savant.

(40) Voir U. Eco, "James Bond : une analyse combinatoire" dans *L'analyse structurale du récit*, Paris, Seuil, 1981, 83 à la p. 97. Pour Umberto Eco, Fleming est "ingénieur en romans pour consommation de masse".

de "l'ordre des choses". Celui-ci pose les critères de la responsabilité des médecins, skieurs ou hôteliers (cela, moi, médecin ou patient, skieur, hôtelier ou client, je peux le comprendre, même si les subtilités juridiques m'échappent) ; celui-là suggère que le contrat de mère-porteuse est invalide (cela, moi, mère fertile ou candidate-porteuse, je peux aussi le comprendre). Il y a presque inévitablement dans le discours des juristes du cinquantenaire un "devoir être" à l'intention des profanes. Le discours juridique moderne envisage l'"honnête homme" comme auditeur (41). Avec l'époque du cinquantenaire renaît justement cette conscience des "problèmes sociaux". C'est le leitmotiv de la nouvelle génération : "restons actuels" (42). C'est la renaissance d'une conception fonctionnelle de la "mission doctrinale", selon laquelle le "professeur de droit" soigne ou structure les rapports sociaux, ce qui lui permet de légitimer son métier au même titre que le médecin ou l'ingénieur. Les professions sont des groupes possédant des pouvoirs spéciaux ; entre autres, pour la communauté juridique, il s'agit du monopole sur cette activité singulière : s'occuper des controverses juridiques (moyennant noblesse universitaire ou note de services professionnels). Mais les monopoles doivent être justifiés aux yeux des profanes, et l'exposition en deux parties, qui n'a rien de naturel pour le profane, sert de voile mystificateur à la profession qui cherche à protéger ses intérêts et son statut dans la société. Dans le bipartisme, pour les profanes, il y aurait cette magie du maître, cette assurance du savant, qui le place, lui, du côté de la connaissance, et eux, du côté de l'objet de la connaissance (43).

(41) Aussi, la plus récente revue juridique, Droits, explique qu'elle entend s'adresser à l'"honnête homme curieux de comprendre le monde", au même titre qu'aux spécialistes : (1985) 1 Droits 4.

(42) Voir de la Morandière, supra, note 8 aux pp. vii-viii.

(43) Une hypothèse invraisemblable ? Pas du tout. La communauté savante est aussi une communauté professionnelle, et elle n'échappe pas aux régularités sociologiques qui sont propres à celle-ci. Ces particularités des communautés professionnelles, légitimation et mystification de l'entreprise, sont mises de l'avant dans un remarquable article de L.M. Friedeman, "Law Reform in Historical Perspective" (1969) 13 U. St. Louis L.J. 351, à la p. 358 : "It is important to the bar that some lawyers work selflessly to 'improve the law'. This, then, is one function of law reform ; it is a banner of rectitude waived in the public eye". Friedeman considère le Barreau comme communauté ; je préfère quant à lui considérer la "communauté savante", entité mixte, plus large, qui comprend surtout la communauté universitaire. Les conclusions de Friedman ne s'appliquent pas verbatim à mon analyse. Mais sa méthode me semble très riche et susceptible de développements féconds en épistémologie juridique - envisager la communauté avec des règles qui lui permette de s'établir, de se maintenir et de se justifier comme communauté jouissant de certains privilèges dans l'ordre social. Il ne m'apparaît pas possible de comprendre comment les juristes peuvent dire qu'ils connaissent le droit sans comprendre comment le discours qu'ils utilisent est le discours d'une communauté plutôt que celui d'individus. Ce sont des communautés qui ont la main basse sur le discours juridique, sur la connaissance du droit, comme c'est le cas dans les autres disciplines intellectuelles (ou "sciences"). Mais cette hypothèse est difficile à poser pour le juriste qui sait comment l'"autorité" d'un tel fait preuve de la valeur de sa contribution à la connaissance ...

D'ailleurs, avec l'universalisation du plan en deux parties, on assiste à une renaissance de "l'intérêt pratique". Pour Berriat Saint-Prix, la fonction de "l'intérêt pratique" était de justifier le choix d'une controverse en particulier parmi les innombrables controverses que renferme l'ordre savant. La controverse était alors presque une "pure curiosité intellectuelle", et l'intérêt pouvait donc être entièrement "théorique" (44). Mais avec la logique légitimante, l'ordre savant ayant une nouvelle conscience de sa situation au coeur d'un monde profane, "l'intérêt pratique" devient plus immédiat. La controverse que j'ai choisie, dit l'un, est d'importance vu le grand nombre de victimes d'accidents de voiture qui intentent des poursuites. Ma controverse, répond l'autre, est fondamentale vu la popularité grandissante de la maternité *altero utero*. La "nouvelle" mission doctrinale est d'apporter le plus de certitude possible aux rapports sociaux et la dissertation est "intéressante" à la mesure de l'ampleur du "problème" qu'elle envisage d'étudier. Cette conception de l'ordre savant mène à la "spécialisation" du droit civil : dès qu'un "bout de droit civil" affecte à un moment donné un nombre suffisant de personnes, il peut être revendiqué comme "droit autonome" (un exemple récent est le droit de la reproduction). Le malaise de la "spécialisation" aurait donc été accentué par l'idéologie du cinquantenaire (45).

Or, qui n'a pas la "science" nécessaire à l'expression d'une opinion concernant l'"ordre désirable" des rapports sociaux ? Outre son "expérience propre", la communauté des juristes ne peut pas, à l'inverse du médecin et de l'ingénieur, prétendre offrir un service qui échappe aux habiletés du commun des mortels. La communauté des juristes n'a ni la guérison d'êtres humains ni la construction de choses matérielles de son côté (elle n'a que l'expression et la soutenance d'opinions). Il lui faut légitimer le respect que lui doivent les profanes, ses lettres de noblesse et le coût de ses services professionnels. La rhétorique du "problème social"/"solution juridique" est un discours de la communauté des juristes dont une importante fonction est de légitimer sa propre existence. Je place à côté de tels mécanismes le plan en deux parties - après tout, quel profane est capable de concevoir, à propos de n'importe quel sujet, une exposition rigoureusement bipartite ?

*

Pour conclure, l'usage du plan en deux parties ne repose ni sur la tradition ni sur la nature même du droit civil. La "structure-type" est en réalité un choix arbitraire dont le seul mérite est d'avoir

(44) Supra, note 24, n° 173 et s.

(45) Voir Rémy, supra, note 37, sur le malaise de la spécialisation du droit civil.

été favorisé par la génération des civilistes du cinquantenaire. Les conditions qui ont résulté en la sélection du plan en deux parties sont idéologiques, et relèvent de la conception que se faisait cette génération du droit et de son enseignement. Le climat idéologique évolue, toutefois, et la conception réductrice du droit, ainsi que la conception industrielle et corporatiste de son enseignement ne prévalent pas aujourd'hui comme elles le faisaient il y a trente ans.

Le plan en deux parties n'est pas celui de Savatier, ni celui d'Esmein, ni celui d'autres têtus qui ont toujours refusé de suivre les "recettes" de poseurs de méthode contemporains. A moins qu'elles n'acceptent d'intérioriser une habitude fondée uniquement sur une conception du droit et de son enseignement qui ne sera pas nécessairement la leur, les générations futures de civilistes abandonneront peu à peu l'exigence du plan en deux parties.

IV. - ANNEXES - TYPOLOGIE DES ARTICLES A LA REVUE TRIMESTRIELLE

1 - Avertissement au lecteur

J'ai bien conscience des limites de l'empirisme, et ce que je cherche à réaliser avec les tableaux statistiques, tout simplement, est d'étoffer un argument historique qui tend à démontrer que l'essor du bipartisme est récent.

J'offre une division assez grossière des typologies d'articles. D'abord, un "article" est ce que les directeurs de la Revue trimestrielle de droit civil ont eux-mêmes appelés un article. Il s'agit donc d'un choix de facilité, dicté par le temps de préparation relativement court de cet essai. La Revue trimestrielle a d'ailleurs récemment cessé de publier les "variétés" dans une chronique distincte, ce qui explique le nombre plus élevé d'"articles" dans les dix dernières années.

Un texte "linéaire" est un texte sans division "verticale", c'est-à-dire un texte avec divisions et sans subdivision. Un texte "encyclopédique" est un texte dont les divisions découpent les deux dimensions intellectuelles du papier. Un texte "bipartite" est un texte encyclopédique dont toutes les divisions et subdivisions sont doubles ; un texte "bipartite équilibré" adopte la structure-type (c'est-à-dire que si, à l'intérieur d'une division il y a subdivision en deux, alors l'autre division est elle aussi subdivisée en deux). Finalement, un texte "quasi-bipartite" est un texte nettement (à mes yeux) préoccupé par la contrainte bipartite, mais qui s'en écarte, par coquetterie, par égarement, par orgueil, par impuissance, ou - cela peut arriver - par respect de l'objet à traiter ; mon critère de base : un texte est "quasi-

bipartite" si une seule sous-division du texte est triple plutôt que double.

Ma typologie n'est pas parfaite (j'aurais aimé inclure plusieurs sortes de divisions encyclopédiques, pour mieux illustrer la notion du "microscope cartésien"). Mon oeuvre de classification n'est pas non plus dépourvue d'erreurs. Elle peut néanmoins, je l'espère, éclairer quelques aspects de la question.

Les codes utilisés sont les suivants :

* = dissertation sans division ;

"L" = dissertation linéaire ;

"I" = avec intitulés ;

"E" = dissertation encyclopédique ;

"B" = dissertation bipartite ;

"B/EQ" = dissertation bipartite équilibrée (i.e., la "structure-type").

Le premier *tableau-synthèse des typologies* démontre que 1946 est l'année-charnière, en ce qui concerne l'usage du plan en deux parties. La *compilation des articles* qui suit énumère la typologie des articles publiés à la Revue trimestrielle depuis sa première année. Elle aide à identifier ceux qui ont mis de l'avant tel type de dissertation plutôt que tel autre, et un jour peut-être pourrait-elle aussi servir à analyser de nouveau les contributions civilistes de notre siècle.

2 - Tableau-synthèse des typologies

	B	QB	E	L	*
1902-1910	2	6	15	41	13
1911-1920	2	1	19	17	5
1921-1930	1	4	24	31	10
1931-1945	3	11	17	31	18
Total 1902-1945	8	22	75	120	46
1946-1950	16	1	1	0	2
1951-1960	21	9	3	8	0
1961-1970	40	9	13	5	3
1971-1985	71	18	28	11	1
Total 1946-1985	148	37	45	24	6

A N N E X E S**1902**

Wahl/L/L
Dorville/E/I
A. Esmein/L
Colin/L
Fubini/L/L
Pic/E/I
Leven/*
Gaudemet/L
Wagner/L/I

1903

A. Esmein/E/I
Thaller/*
Wahl/L/I
Fubini/L/I
Cabouat/L/I
Perreau/QB
Tissier/L
Sumien/QB/I

1904

Pilon/QB
Julliot/E/I
Lévy-Ullman/L
Lesoudier/L/I
Wahl/*
Perreau/QB
Giraud/E/I
Ripert/E/I
Lessona/L

1905

Cotelle/L
Pic/E/I
Perreau/QB
Lacoste/E/I
Margat/L
Appleton/*
de Vareilles-
Sommières/L
Wahl/L
Demogue/L/I
Lessona/*

1906

Cotelle/L
Capitant/L
Appert/L
Demogue/L/I
Sraffat/*
Chéron/L
Pic/L/I
Fraissingea/QB/I
Lesoudier/L/I
Wahl/L

1907

Margat

Demogue/B/I
Wagner/E/I
Pic/E/I
Dereux/L
Saleilles/L
Leloutre/L

1908

Wahl/L
Dereux/L
Lesoudier/E/I
Morel/L
Margat/L
Wahl/L

1909

Wahl/L
Crémieux/E/I
Leloutre/*
Hoiry/E/I
Laborderie/L/I
Perreau/E/I
Chéron/L/I
Sourdois/L/I
Colin/*

1910

Bernard et
Bonnecase/B/I
Crémieu/L/I
Capitant/E/I
Sourdois/L
Lévy/*
Dereux/L/I
Crémieu/*
Leloutre/*
Pic/*

1911

Ripert/*
Perreau/E/I
Wahl/L
Rouast/L

1912

Desserteaux/*
Bernard/B
Picard/QB
Tissier/L
Dereux/*
Milliot/L
Appleton/*
Pic/E/I

1913

Wahl/E/I
de Visscher/L
Perreau/E/I
Pic/E/I
Pic/L/I
Julliot/L

1914

Wahl/L
Cohendy/B/I
Japiot/E/I
Demogue/L/I
Perreau/E/I
Japiot/E/I
Julliot/L

1915

Wahl/L/I
Julliot/E/I
Wahl/E/I
Japiot/E/I

1916

Wahl/L/I
Japiot/*

1917

Wahl/L/I
Serbesco/L/I
Dereux/L

1918

Perreau/E/I
Binet/L

1919

Garin/E/I
Capitant/E/I
Morel/E/I

1920

Solus/E/I
Barrault/E/I
P. Esmein/L
Bonnecase/E
Fauquel/E/I
Renard/E/I

1921

P. Esmein/L/I
Déjardin/L
Savatier/E/I
Picard/E/I
Barrault/E/I

1922

Picard - suite
Rouast/E/I
Surville/*
P. Esmein/L
Lenoan/QB
Simonnet/L
Giraud/L
Gény/L/I

1923

Japiot/E/I
Crouzel/E/I
Perreau/E/I

Demogue/L
Marin/*
Lenoan/B

1924

Aulagnon/E/I
P. Esmein/L
Costes/L
Lepargneur/E/I
Chéron/E/I
H. Mazeaud/L/I

1925

Nogaro/L
Crouzel/L/I
Vialleton/L
Dereux/L
Capitant/E/I
Radouant/L
Hamel/E
H. Mazeaud/B/I/EQ

1926

Appleton/*
Appert/L
Hauriou/E/I
P. Esmein/L
Gény/L
Brèthe/QB
Gorovtseff/E/I
Vallimaresco/L/I

1927

Gorovtseff/E/I
Rouast/E/I
Perreau/E/I
Marin/E/I
Wahl/L
de la Massue/*
Hauriou/E/I
Marin/E/I

1928

Gény/*
Demogue/L
Breton/E/I
Koschembahr/L
Roubier/L/I
Perreau/E/I
Malimont/*

1929

Péritch/*
L. Mazeaud/L/I
Voinin/E/I
de la Massue/L
H. Mazeaud/QB/I
Nogaro/L/I
Kaftal/L/I

1930

Magnin/L

Lévy/L
Perreau/L/I
Voinin/E/I
Gény/QB/I
Lévy/*
Wagner/*
Patterson/L
Popesco/*

1931

Demogue/L
Ionasco/*
Voinin/QB
H. Cabrilac/B/I/EQ
Savatier/L/I
Lecompte/QB
Gény/L/I

1932

Ropers/E/I
Dikoff/E/I
de la Massue/*
Jack/L/I
Bleu/L/I
Montel/*

1933

Ropers/E/I
Silz/E/I
P. Esmein/L/I
Kaftal/L/I
de la Marnierre /E/I
Kayser/L/I

1934

Gény/E/I
Perreau/L/I
P. Esmein/L/I
Savatier/E/I
Stoianovici/*
Weinstock/E/I
Mulheisen/*

1935

Wigny/E/I
Roubier/E/I
Lecompte/QB
Marton/L
Boulangier/E/I
P. Esmein/L

1936

H. Mazeaud/E/I
Scheier/*
Demogue/L
Hamel/QB
Wahl/L
Montel/*
Raynaud/QB/I
Mevorach/*

1937

Josserand/L/I
Wagner*
de la Marnierre /L/I
Carbonnier/*
Morin/L
Julliot/*
Beck/*
Siedlecki/L/I

1938

Perreau/L/I
Hébraud/E/I
Savatier/E/I
P. Esmein/*
Hémard/E/I

1939

Desbois/QB/I
Cerban/*
Sébag/L/I
Durand/QB/I
du Garreau de la
Méchenie /QB/I
Vincent/E/I
Dabin/E

1940-1941

Vialleton/L/I
Rouast/L/I
de Vabres/L/I
Rodière/*

1942

Raynaud/B/I
Coste-Floret/*
Joly/L/I

1943

Roblot/L/I
Solus/L/I
Vandamme/*
Fréjaville/B/I

1944

Rouast/L/I
Durand/QB
Dereux/L
du Garreau de la
Méchenie /L/I

1945

de Juglart/QB/I
Jaubert/QB/I
Cassin/L/I
Tunc/L/I

1946

Raynaud/B/I
Lyon-Caen/B/I
Tunc/B/I/EQ
Vitu/B/I

1947

Hubert/B/I/EQ
Bequet/B/I/EQ
St-Alary/B/I/EQ
Houin/B/I

1948

Fréjaville/E/I
Durand/B/I
Jambu-Merlin/B/I/EQ
Ponsard/B/I/EQ

1949

Boyer/B/I/EQ
Vasseur/B/I
Barbier/B/IEQ
P. Esmein/*

1950

Boulangier/*
St-Alary/QB/I
Cachia/B/I
Vasseur/B/I/EQ

1951

Robino/B/I/EQ
Boyer/QB/I
Decottignies /B/I/EQ
Derrida/B/I

1952

Rouast/QB/I
Roubier/L/I
Becqué/L
Vasseur/B/I/EQ

1953

Larguier/B/I/EQ
Kayser/E/I
Leauté/B/I/EQ
Cachia/B/I/EQ

1954

Guiho/QB/I
Rodière/L
Vasseur/E/I
Mermillod/L/I

1955

Desprez/QB/I
Audinet/QB/I
Vasseur/QB/I
Tunc/L/I

1956

Coulombel/QB/I
Legeais/B/I/EQ
Saujot/B/I/EQ
Donnier/B/I

1957

Françon/B/I
Riou/B/I/EQ
Borrucand/B/I
Coulombel /E/I/EQ

1958

Savatier/L/I
Nerson/B/I
Savatier/L/I
Starck/QB/I

1959

Rouast/L
Martin/B/I/EQ
Delmas-St-
Hilaire/B/I/EQ
Stoufflet/B/I/EQ

1960

Durry/B/I/EQ
Foulon-
Piganiol/B/I/EQ
Catala/QB/I
Decocq/B/I/EQ

1961

Cosnard/B/I/EQ
Calais-Auloy/B/I/EQ
Bourel/QB/I
Boulangier/E/I
Drakidis/L/I
1962
Chevallier/*
de Naurois /B/I/EQ
Patarin/QB/I
Ginossar/E/I

1963

Fossereau/B /I/EQ
Julien/B/I/EQ
Lacombe/B/I/EQ
Leloup/B/I/EQ
du Pontavice/B/I/EQ

1964

Vasseur/E/I
Guyenot/B/I/EQ
de Naurois/QB/I
Berr/B/I/EQ
Borysewicz /B/I/EQ
Guyon/B/I/EQ

1965

Colombet/B/I/EQ
Roche/E/I
Viney/B/I/EQ
Lefebvre/B/I/EQ
Maury/E/I
Bach/B/I/EQ
Constaninesco/*

1966

Durry et
Gobert/B/I/EQ
Catala/B/I/EQ
Michaélidès-
Nauaros/B/I
Raymond/QB
Buffelan-
Lanore/B/I/EQ
Starck/E/I
Seillan/B/I/EQ
Boulangier/L/I

1967

Catala-
Franjou/B/I/EQ
Huet/B/I/EQ
Tunc/L/I
Rassat/B/I
Veron/B/I/EQ
Fenaux/B/I
Oppetit/B/I

1968

Rotondi/*
Default/E/I
Bourgeois/B/I
Piedelièvre/E/I
Culioli/B/I/EQ
Peyrefitte/B/I/EQ
Verdot/B/I/EQ
Chalaron/L/I
Rives/B/I/EQ

1969

Gebler/QB/I
Raymondis/L
Sayag/B/I/EQ
Brin/E/I
Wiederkehr /B/I/EQ
Bach/QB/I
Poisson/E/I
Honorat/B/I/EQ
Aubert/B/I/EQ

1970

Lévy/E/I
Frénisy/B/I/EQ
Viney/QB/I
Tanagho/B/I
Simler/QB/I
Nerson/QB/I
Saujot/E/I

1971

Overstake/B/I/EQ
Gomaa/E/I
de la Marnierre/L/I
Maurice/B/I/EQ
Kayser/QB/I

Chartier/B/I/EQ
Eörsi/L/I
Vialard/B/I/EQ

1972

Mayer-Jack/L/I
Robert/E/I
Boré/E/I
Cheminade/E/I
Overstake/B/I/EQ
Simler/E/I

1973

Mialon/B/I/EQ
Bergel/B/I/EQ
Rassat/E/I
Chevassus/B/I
Bénabent/B/I/EQ
Nguyen Thanh-
Bourgeois/B/I
Chapuisat/B/I/EQ
Morel/E/I
Nachin/E/I

1974

David/B/I
J. Schmidt/B/I/EQ
G. Lyon-Caen/E/I
Baron/E/I
Betant-Robert/E/I
Touffait et Tunc/L/I
Leroux/B/I/EQ
Simon/QB
Vilar/B/I

1975

Savatier/L/I
Leoty/B/I/EQ
Mayer/B/I/EQ
Lazerges/B/I/EQ
Nerson/E/I
Pactet/B/I/EQ
Rémond-
Gouilloud/QB/I

1976

Nguyen Thanh-
Nha/QB/I
Dubrul-
Vanreyselberghe/E/I
Pizzo/B/I/EQ
Salvage-Gerest/QB/I
Petit/E/I
Mialon/B/I/EQ
Husson/L/I
Lucas/B/I/EQ
Nicolas/QB/I
Jeandidier/B/I/EQ
Salvage/B/I/EQ

1977

Rotondi/L/I

Bach/B/I/EQ
de la Marnierre /L/I
Bigot/B/I/EQ
Sanz/B/I/EQ
Moreau/B/I/EQ
Lusseau/B/I/EQ
Denis/B/I/EQ
Jestaz/B/I/EQ

1978

Derouin/E/I
Balensi/QB/I
Soussi-Roubi/B/I/EQ
Déprez/L
Martin-Serf/QB/I
Vialatte/E/I
Lucas de
Leysac/B/I/EQ
Meerpoel/B/I/EQ

1979

Rotondi/*
Klein/QB/I
Chevallier-
Dumas/B/I/EQ
Atias/B/I
Revel/B/I/EQ
Metzger/E/I
Jestaz/L/I
Boy/B/I
Bosquet-Denis/B/I/EQ
Saujot/E/I
Gisserot/B/I

1980

Zaki/E/I
Gabet-Sabatier/B
Demars-Sion/B
Monsallier/E/I
Mayaud/B
M. Th. Calais-
Auloy/E/I
Pignarre/E/I

1981

Mestre/QB/I
Abitbol/B/I/EQ
Grelon/B/I
Decoopman/B/I/EQ
Savatier/E/I
Sanz/B/I/EQ
Scapel/QB/I
Gaudemet-
Tallon/QB/I
Gourdet/B/I/EQ
Martin/QB/I

1982

Vivant/B/I/EQ
Lemée/QB/I
Trigeaud/E/I
Luchaire/E/I

Warembourg-
Auqué/B/I/EQ
Huet-Weiller/L
Soussi/B/I/EQ
Raymond/QB/I
Hage-Chahine/E/I

1983

Fabre/B/I
Leroy/B/I/EQ
Jestaz/E/I
Grua/B/I/EQ
Boutard-
Labarde/B/I/EQ
Alt-Maes/B/I/EQ
Atias/L/I

1984

Montanier/B/I
Langé/B/I/EQ
Philippe/QB/I
Baillod/B/I/EQ
Bergel/B/I/EQ
Rubelin-Devichi/QB/I
Chapelle/QB/I
Khairallah /B/I/EQ
Jacquet/B/I/EQ
Rives/B/I/EQ

1985

Jobard-Bachelier/QB/I
Coiret/B/I/EQ
Rudden/B/I/EQ
Caballero/B/I/EQ
Héron/B/I/EQ
Sinay-
Cytermann/B/I/EQ
Defossez/B/I/EQ
Paisant/E/I

OBSERVATIONS SUR LE STYLE DE LA LOI

Par

Alain VIANDIER

Professeur à l'Université René Descartes - Paris V

Les juristes entretiennent un rapport étrange avec le langage. D'un côté, ils passent pour fanatiques de la langue, écrite ou parlée. Mais d'un autre côté, les juristes apparaissent souvent comme des trafiquants de mots, habiles à tromper ; leur mauvaise réputation est telle que T. More bannit les hommes de droit de l'utopie : "ils n'avaient pas de juristes parmi eux car ils les tenaient pour des gens dont le métier était de déguiser les problèmes" (v. D. Mellinkoff, *The language of the law*, Boston, 1983, p. 240). Reproche caduc ? Rien n'est moins sûr, à preuve les faiblesses de l'art législatif, parfaitement insensible aux règles élémentaires de l'esthétique. La loi du beau juridique, malgré le patronage prestigieux de Ihering (*L'esprit du droit romain*, Forni, tome III, p. 71), ne régit pas le style de la loi. Tel est le sens des observations qui vont suivre, tirées d'une recherche de droit comparé conduite sous les auspices de la Fondation Européenne de la Science.

*** - ***

Stendhal aurait confessé un jour qu'il lisait le Code civil avant de s'endormir... et les juristes de se flatter des qualités stylistiques du code Napoléon. A tort sans doute car le style du Code civil est loin d'être parfait, les mots à sens multiple, les contradictions, les faiblesses de construction qui l'émaillent suffisent à s'en convaincre.

Mais ces imperfections sont peu à côté de celles des textes plus récents ; au royaume des aveugles le borgne est roi d'où le piédestal sur lequel les juristes d'aujourd'hui placent le code Napoléon.

L'impureté ne s'observant que sur le fond de pureté, nous poserons d'abord les canons du style législatif, avant de prendre conscience des réalités.

I - Le style législatif idéal.

Charondas dans son avant-propos du Commentaire de la Coutume de Paris plaide pour un droit "certain, juste, bref et perpétuel", écrit en "paroles faciles et communes", en cela il exprime un idéal législatif de clarté, de concision et de simplicité.

Ce mot d'ordre est également celui de Montesquieu, ainsi que le révèle ce court passage de l'esprit des lois (chapitre XVI, Choses à observer dans la composition des lois) :

"Ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre, doivent faire certaines attentions sur la manière de les former.

"Le style en doit être concis. Les lois des Douze Tables sont un modèle de précision : les enfants les apprenaient par coeur. Les Nouvelles de Justinien sont si diffuses, qu'il fallut les abréger.

"Le style des lois doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie. Quand le style des lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation.

"Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées...

"Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues...

"Les lois ne doivent point être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille.

"Lorsque dans une loi, les exceptions, limitations, modifications ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails.

"Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante..."

Il y a là un heureux point de départ pour une synthèse, que nous articulerons autour des deux idées suivantes : ce que devrait être le style législatif et ce qu'il ne devrait pas être.

A - Ce que devrait être le style législatif.

La loi est un moyen de communication aussi bien doit-elle satisfaire à certaines exigences commandées par cette fonction ; ces exigences sont rassemblées sous le concept d'intelligibilité. Ce ne sont pas les seules, d'autres existent, qui procèdent par exemple du caractère normatif de la loi, laquelle exprime un commandement général. Examinons ces différents volets.

1° - Intelligible.

D'emblée précisons qu'il s'agit là de l'intelligibilité dans la communication entre le rédacteur du texte et les sujets de droit, qui ne sont pas nécessairement des juristes. Nous choisissons le scénario le plus courant. D'autres existent, ainsi les textes techniques ont pour cible des techniciens très spécialisés, et, dans ce cas, l'intelligibilité doit être appréciée par rapport à ce groupe bien déterminé de destinataires. L'intelligibilité, qualité d'un instrument de communication, ne peut donc être mesurée qu'en prenant en considération les caractéristiques de l'émetteur et surtout des receveurs du message ; en cela, l'intelligibilité de l'acte normatif est relative (1). Reste que, pour l'essentiel et y compris dans des matières réputées aussi techniques que la législation fiscale ou sociale, le receveur du message est le citoyen de base... et non son conseil ou le bureau administratif émetteur du message. Aussi prenons-nous l'hypothèse ordinaire de communication adressée aux citoyens non techniciens.

Cette intelligibilité est gravement mise en péril par de nombreux défauts, mis en lumière par les spécialistes anglo-américains (2), mais observables aussi dans les systèmes romano-germaniques.

L'idéal d'intelligibilité est atteint par plusieurs voies, lesquelles doivent être empruntées concurremment, celles de la simplicité, de la clarté et de la concision. La simplicité renvoie notamment aux débats sur le vocabulaire. La clarté réclame du temps, et elle condamne les rédactions faites à la va-vite, au coin d'une table, lors d'une suspension de séance ; la précipitation exclut la clarté et le temps gagné par le rédacteur est chèrement payé par les interprètes et les justiciables. La clarté est d'autant plus mangeuse de temps qu'elle est très difficile à atteindre ; les cybernéticiens le savent qui ont dégagé la loi dite d'inversion de complexité : plus l'appareil est d'une approche aisée pour l'utilisateur et plus il exige un travail long, lent et complexe du concepteur ; pour le texte législatif l'incidence est de même nature, la poursuite de la clarté rend plus difficile la tâche du rédacteur.

Quant à la concision, parfois tenue pour une exigence indépendante de l'intelligibilité, elle offre plusieurs avantages : réduction du risque d'erreurs et élimination des interprétations indésirables (3).

Les trois prescriptions de simplicité, de clarté et de concision respectées, et l'intelligibilité du texte est assurée.

(1) Comp. D. Mellinkoff, p. cit., p. 421 s.

(2) Cf. W. Dale, *Legislative drafting, a new approach*, Londres, Butterworths, 1977, p. 331 s.

(3) D. Mellinkoff, op. cit., p. 402 s.

2° - Exprimant un commandement.

La loi est une norme ; or, les normes juridiques sont toujours des prescriptions (4) ; elles autorisent, ordonnent, interdisent ; elles ne conseillent pas et n'ont pas pour objet d'exprimer des vœux.

De cette donnée de base, divers enseignements doivent être tirés dans le plan du style. D'abord, la loi n'a pas à convaincre (5).

Ensuite, cette exigence de commandement conduit au laconisme et on mesure combien la concision est inhérente, doublement inhérente au message législatif. La loi, et cela était vrai des premières lois romaines, est une proclamation, elle relève du bulletin militaire (6), ses ordres claquent au vent comme des drapeaux ; toute sinuosité stylistique est antinomique avec la nature de la loi.

3° - Conciliant précision et généralité.

La précision est nécessaire, elle est une condition de l'intelligibilité et de la sécurité juridique. Cependant, si la loi doit être précise, elle ne doit pas l'être à un point tel que la norme qu'elle véhicule soit figée et devienne caduque du fait des progrès scientifiques et techniques ou de l'évolution des mœurs. D'où la recommandation de ménager une place à la généralité afin de permettre une flexibilité suffisante de la loi.

Il y a un juste milieu, un point d'équilibre à trouver, qui marque la conciliation du besoin de précision et du besoin de flexibilité, qui intègre le besoin de notions à contenu variable ou de "concepts mous" (Cons. M.-A. Hermitte, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation*, Arch. phil. du droit, Paris, Sirey, 1985, tome 30, p. 331 s.).

B - Ce que ne devrait pas être le style législatif.

On l'oublie parfois, le style législatif ne devrait se confondre ni avec le style littéraire, ni avec le style technique.

1° - Le style juridique n'est pas le style littéraire.

Un chercheur a pu relever un parallèle entre les théories poétiques de la Renaissance et les doctrines techniques des juristes

(4) Jomp. C. Atias, *Normatif et non normatif dans la législation récente du droit privé*, Rev. Rech. Jur. 1982-2, p. 219.

(5) Cons. G. Williams, *Language and the law*, (1945), 61 *Law Quarterly review* 71.

(6) Cf. J. Marouzeau, *Sur deux aspects de la langue du droit*, in *Mélanges H. Levy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, p. 435 s., spéc. p. 442.

médiévaux (7), et montrer en quoi le législateur de cette époque pouvait revendiquer l'appellation d'artiste puisqu'il imitait la nature (8). Aujourd'hui, le rapprochement sent le fagot, tant les qualités de l'artiste sont éloignées de celles du législateur, au moins quant au style. Qu'on en juge. L'auteur d'une loi se voit interdire plusieurs registres : celui du pathétique, celui de l'émotion. Dans le même ordre d'idées, le législateur doit bannir tout ornement, toute variation terminologique, toute fantaisie stylistique.

Enfin, et en raison du caractère de commandement du message législatif, les tournures de l'argumentation et du raisonnement n'ont pas leur place dans la loi ; le législateur n'a pas à convaincre. Cela éclaire l'absence de terme comme "parce que" ou "car" (9). A tout le moins, si le désir de conviction existe, il n'affleure pas -ne doit pas affleurer- dans le corps du dispositif et peut tout au plus s'exprimer dans l'exposé des motifs ou le préambule.

L'essentiel est bien que le coeur de la norme demeure pur de tout essai d'explication et de justification.

2° - Le style législatif n'est pas le style technique.

Par style technique, on entend le style de l'ingénieur, du technicien. L'opposition entre ces deux styles prolonge l'opposition entre les normes juridiques et les normes techniques (10). Les dernières sont profondément dissemblantes des normes juridiques : elles sont très précises, parcellaires, insusceptibles de généralisation, elles donnent une faible marge d'appréciation au juge, elles se périment vite. On est loin de l'idéal de généralité et de flexibilité qui doit animer le rédacteur d'une loi.

Toutefois, le fossé entre ces deux styles est en voie de comblement, à mesure que l'empire des ingénieurs s'affirme sur l'oeuvre législative ; c'est l'une des réalités qu'il y a lieu de mettre en lumière.

II - Le style législatif réel.

La critique est banale : l'art législatif est décadent. Les lois sont obscures, imprécises, trop détaillées, verbeuses... Critique ancienne : les historiens professent par exemple que la concision, voire le laconisme de la Loi des XII Tables tranche sur la redondance,

(7) E.H. Kantorowicz, *La souveraineté de l'artiste*, note sur les maximes juridiques et les théories esthétiques de la Renaissance, *Poésie* n° 18, Paris, Belin, p. 3 s., spéc. p. 7.

(8) *Ibid.*

(9) Rapp. E.P. Haba, *Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue*; *Arch. phil. du droit*, tome 29, Paris, Sirey 1974, p. 257 s., spéc. p. 275 ; l'auteur cite notamment Radbruch.

(10) S. Charbonneau, *Norme juridique et norme technique*, *Arch. phil. du droit*, tome XXVIII, Paris, Sirey, 1983, p. 283 s.

l'emphase et la phraséologie des lois postérieures (11). Critique permanente, à preuve l'énergie des philosophes, de tous temps (12), à tonner contre la loi, le législateur, voire les juristes. Constance des critiques ou plutôt constance des défauts ; cette constance s'explique peut-être par l'imperméabilité des juristes aux suggestions d'amélioration venant de l'extérieur. M. Mellinkoff l'a remarqué avec finesse (13) : "The hardest words of lay critics from Swift to date - cant, jargon, dull prolixity, obsolete, stilted, wormlike- have been ignored with aplomb. After all, do they know the law ? Which is the rhetorical and confident self-assurance that they know what they are talking about, that this is a preserve for the elite, and trespassers had best keep out". De reste, en Grande-Bretagne, le peu de suites du Rapport Renton dont l'objet était la recherche des voies d'une amélioration de l'art législatif (14) atteste encore cette imperméabilité. Les choses sont d'ailleurs aggravées avec l'entrée en scène des ingénieurs, à qui on doit certaines des imperfections apparues (ou aggravées) dans la législation récente, spécialement le pointillisme (A), l'hermétisme (B). Un autre défaut les complète : le symbolisme (C).

A - Le pointillisme législatif.

Désignons par là le caractère très détaillé de la législation contemporaine ; aux fresques de jadis ont succédé les riches miniatures où fourmillent les renseignements. Ce qui a été gagné en précision a été perdu en généralité.

Au vrai, la gravité du mal varie selon les familles juridiques. Ainsi M. Dale a procédé à une comparaison éclairante de trois textes récents, anglais, allemand et français ayant un objet et une finalité communs : satisfaire aux exigences contenues dans un projet de convention européenne sur la protection des informations relatives à la vie privée, convention rendue nécessaire par les perfectionnements de la science informatique (15). M. Dale présente un résultat étonnant : alors que le contenu des textes est quasiment identique, la loi allemande est moitié moins longue que la loi anglaise et la loi française est cinq fois moins longue que cette dernière... La conclusion rejoint d'autres observations sur le caractère "sur-élaboré" des textes anglais.

Différence de degré donc mais sans doute communauté d'explications. Celles-ci doivent d'abord être recherchées dans la

(11) J. Marouzeau, *Sur deux aspects de la langue du droit*, op. cit., p. 435 s.

(12) Rappr. F. Bacon, pages publiées in *Arch. phil. du droit*, Paris, Sirey, tome 30, 1985, spéc. p. 357.

(13) D. Mellinkoff, op. cit., p. 286.

(14) Cons. D. Renton, *Failure to implement the Renton Report*, in *Renton and the need for reform*, Londres, Sweet and Maxwell, 1979, p. 1 s.

(15) W. Dale, *A London particular*, Adress given to the Law Society's Annual Conference, 27 octobre 1984, spéc. p. 8 s.

poussée de l'interventionnisme étatique. La loi est devenue l'instrument de la politique d'intervention de l'Etat ; la loi joue un rôle politique. D'où l'abréviation de sa durée de vie car l'interventionnisme nourrit l'interventionnisme et la machine une fois lancée ne peut plus être maîtrisée. L'observation rejoint la critique serrée du concept de "justice sociale" menée par F.A. Hayek (16). Le législateur s'épuise à suivre les revendications exprimées par les différents groupes d'intérêts, à chaque satisfaction répond une demande émanant d'un autre groupe et la trame législative se tisse ainsi, toujours plus serrée. Interventionnisme et démocratisation sociale contribuent à l'inflation législative, mais aussi au pointillisme législatif, car rien, même le plus menu, ne peut être laissé au hasard.

Une autre cause du pointillisme législatif procède de la méfiance à l'égard des juges ; le législateur, spécialement au Royaume Uni, souhaite parfois verrouiller la porte de l'interprétation et à cette fin il descend très loin dans le détail, soucieux de bloquer toutes les voies par lesquelles le vent jugé dévastateur de l'interprétation pourrait s'engouffrer. Mesure préventive dont le succès est aléatoire, ainsi que le montre M. Dale, qui observe que 76 % des procès allant jusqu'à la Chambre des Lords concernent une question d'interprétation, alors que les lois anglaises sont connues pour être particulièrement détaillées (17).

Enfin, une dernière explication au caractère de plus en plus circonstancié de la loi est à chercher dans le rôle croissant joué par les ministères techniques dans la rédaction de la loi. Ces départements ministériels -Economie et Finances, Urbanisme, Affaires Sociales- tiennent la loi pour un procédé de gouvernement et non pour une norme juridique (18). Les ingénieurs ou les techniciens qui rédigent les projets, conçoivent ceux-ci sur le mode de normes techniques et ne répugnent pas à descendre très loin dans le détail.

Il reste que ce travers des législations récentes présente de nombreux inconvénients : la loi est moins flexible et son adaptation est plus délicate, elle est menacée d'obsolescence rapide au même titre qu'une simple norme technique, la complication appelle la complication et cela pèse sur l'intelligibilité de la loi ; le risque d'erreur est considérablement accru.

(16) F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, P.U.F., vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, 1976, spéc. p. 75 s.

(17) W. Dale, *op. cit.*, p. 11, in fine.

(18) J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Rép. Defrénois, 1979, p. 233.

B - L'hermétisme législatif.

Le peu d'intelligibilité de certaines lois récentes est observé par de nombreux rapporteurs nationaux, au point d'être, dans une satire rapide, la marque du style législatif. L'hermétisme prend sa source dans les emprunts de plus en plus marqués au style bureaucratique, lequel se signale par sa densité, la longueur des phrases (19), et un manque de respect pour les principes grammaticaux. Le défaut s'accuse d'ailleurs avec la technicité de la loi, plus la loi est technique, moins elle satisfait aux canons de la grammaire. C'est encore le lieu de noter une opposition déjà relevée entre les textes techniques et les textes de portée générale.

Une solution existe, qui consiste à faire revoir le projet par des linguistes. Ainsi l'Association pour la langue allemande a pour mission de veiller à ce que les lois soient linguistiquement irréprochables et autant que possible compréhensibles pour quiconque. De même, le Code civil italien de 1942 a été revu par un illustre homme de lettres de l'époque. En tout état de cause, ces mesures demeurent isolées. Elles sont de surcroît difficiles à généraliser ; le système parlementaire rend difficile, voire impossible, l'intervention de tiers, si ce n'est au stade du projet. Outre cela, il faut se souvenir que le style législatif est différent du style littéraire, ce qui invite à réfléchir sur les bénéfices à attendre du concours d'un littéraireur ; mieux vaudrait réclamer l'intervention d'un homme de la rue, man of the omnibus, bon père de famille, laïc au regard des choses du droit et lui demander ce qu'éveillent chez lui les paroles de la loi en gestation (20). Cette mission devrait être celle des parlementaires, mais l'exercent-ils ?

C - Le symbolisme législatif.

Nous désignons par symbolisme législatif, la tendance apparue récemment de lois non normatives, c'est-à-dire n'exprimant aucun commandement, alors que le style législatif correct exprime un ordre, une interdiction ou une autorisation, confère un pouvoir ou un privilège (21).

Ces lois-symboles sont de diverses natures ; les unes constituent des recommandations, les autres annoncent une simple intention, un vœu, d'autres constatent un état de fait, d'autres encore dessinent un programme d'action ou reprennent un slogan politique, d'autres enfin accordent une faculté sans en arrêter le régime ou

(19) Cf. D. Mellinkoff, *op. cit.*, p. 190 s., p. 303 s.

(20) Pour un exemple de recherche analogue, mais sur des textes déjà adoptés, cons. P. Wright, *Is legal jargon a restrictive practice ?* in S. Lloyd-Bostock, *Psychology in legal contexts*, Oxford Socio-legal Studies, 1981, p. 121 s., spéc. p. 125.

(21) C. Atias, *Normatif et non normatif dans la législation récente du droit privé*, *op. cit.*

enjoignent un comportement sans assortir la prescription d'une sanction... De telles lois ne sont pas faites pour être respectées. Leur valeur est exclusivement symbolique ; elles manifestent l'intérêt porté un instant par le législateur à une idée ou à une revendication.

Le phénomène des "soft laws" est connu en France, en Suisse, en Suède, en Italie, aux U.S.A. et en Hongrie. Comment l'expliquer ? M. C. Atias qui a brillamment étudié cette question, propose plusieurs interprétations (22). La montée du symbolisme législatif serait d'abord la reconnaissance de la fonction pédagogique de la proclamation législative, un moyen utilisé pour favoriser l'adhésion des citoyens. Ensuite, l'emploi du symbole préparerait la naissance d'idées ou de concepts nouveaux ; la règle souhaitée serait exprimée en premier de manière non normative puis, ultérieurement, serait dotée de la normativité.

Ces explications sont convaincantes, mais elles prêtent beaucoup au législateur et lui reconnaissent une rationalité de comportement qu'il est parfois loin d'avoir. A emprunter les analyses du philosophe, il semblerait plutôt que cette perversion de l'art législatif soit la marque d'une décadence de notre civilisation : citons pour conclure J. Freund :

"Tant qu'une civilisation demeure fidèle à l'impérativité de ses normes, on ne saurait parler de décadence. Elle s'y embarque, dès qu'elle rompt avec elles. C'est ce qui se produit sous nos yeux, sous le prétexte d'émanciper les êtres, et même le genre humain. Or, une civilisation n'est libératrice que par les contraintes qu'elle impose en vertu des normes qui lui donnent forme. On voudrait nous faire croire qu'il ne pourrait y avoir de liberté qu'à la condition de nous débarrasser de toute convention, règle, autorité, ce qui veut dire de toute exigence commune. En fin de compte on a l'impression qu'on aspire à une civilisation qui n'en soit pas une" (23).

(22) C. Atias, op. cit., p. 223.

(23) F. Freund, La décadence, Paris, Sirey, 1984, p. 3.

R. R. J. 1987

Pages 857 à 890

CONFERENCES, LECONS, DISCOURS

PROTECTION DE L'EMBRYON ET TECHNOLOGIE DE REPRODUCTION EN DROIT PENAL ALLEMAND (*)

Par

Dr. Hans-Ludwig GÜNTHER
Professeur à l'Université de Tübingen

I. - LA PROBLEMATIQUE

Le sujet développé ici a déjà suscité, au cours des dernières décennies, des discussions passionnées aussi bien en France ou en Allemagne que dans le reste du monde occidental. Il s'agissait alors de la protection pénale de la vie prénatale avant l'interruption volontaire de grossesse. La plupart des états européens a ainsi libéralisé l'avortement. Ils ont remplacé cette protection par des mesures à caractère social au profit de la femme enceinte. Le législateur fut motivé par le fait que le poids moral et psychique pesant sur la femme enceinte était pris en considération de façon croissante. Vu l'inéfficacité de la réglementation pénale antérieure, il chercha non pas la voie de la sanction, mais celle du soutien. Les modifications des valeurs morales de la société, les victoires des mouvements pour l'émancipation de la Femme, le respect de son désir d'épanouissement personnel, l'influence décroissante de l'église catholique en tant qu'instance morale, bref : tous ces éléments jouèrent un rôle révélateur de cette tendance.

(*) Conférence devant la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université d'Aix-Marseille, 15 octobre 1986.

Pour leur collaboration et le travail de traduction je tiens à remercier MM. Alain de Muyser, LL.M. (Tübingen), Luxembourg, et Jacques Aubron, traducteur diplômé, Sarrebruck.

Aujourd'hui, le problème des mesures de protection en faveur de la vie prénatale se pose de façon nouvelle et différente :

- Les progrès révolutionnaires de la biologie moléculaire et de la génétique ont permis à la médecine des techniques de reproduction et à la génétique humaine d'utiliser des procédés tels que la reproduction en éprouvette,

- L'expérimentation prénatale et l'utilisation de l'héritage génétique de l'embryon (1). Ainsi, au premier bébé-éprouvette, né en 1978 en Angleterre, Louis Brown, ont succédé quelques 3 000 autres dans le monde. "Mater semper certa est !" - Ce vieil adage latin est depuis tombé en désuétude : aujourd'hui, un enfant peut avoir trois mères : la donatrice de l'ovule ("la mère génétique"), la mère-porteuse qui "prête" son ventre ("la mère biologique") et la femme qui prend en charge et élève le bébé ("la mère sociale").

La génétique humaine a réussi à déchiffrer le code de l'héritage génétique et peut ainsi mettre en évidence certaines carences génétiques (analyse génome). Elle essaie d'éliminer les gènes "malades", de les échanger (transfert génétique) ou de les corriger (thérapie génétique).

Le développement astronomique des connaissances dans le domaine de la technologie des techniques de reproduction et génétiques aura donc certainement, tout comme la fusion nucléaire, l'automobile ou la microélectronique, un rôle prépondérant à jouer dans l'évolution de l'humanité. Ces techniques sont pour l'Homme, porteuses d'espoir et de chances nouvelles.

Il ne faut cependant pas oublier qu'elles multiplient d'autre part de façon inquiétante le potentiel de dangers et de risques pesant sur l'humanité.

II. - POSSIBILITES D'APPLICATIONS PRATIQUES DE LA MEDECINE DE LA REPRODUCTION ET DE LA GENETIQUE HUMAINE

Avant d'examiner le rôle que pourrait jouer le droit pénal dans la recherche de solutions à ce problème, il est nécessaire, pour une meilleure compréhension, d'esquisser les possibilités pratiques de la bio-technique appliquée à l'Homme.

1 - Il faudrait tout d'abord comprendre les progrès réalisés par la *médecine des techniques de reproduction* :

(1) Le terme "embryon" désigne tous les stades du développement du zygote depuis la fécondation de l'ovule. Voir : "Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts - des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques" du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé en France (22 mai 1984) ou "Richtlinien zur Durchführung von In-Vitro-Fertilisation und Embryotransfer als Behandlungsmethode der menschlichen Sterilität" de la Chambre fédérale allemande des médecins (Deutsches Ärzteblatt 1985, p. 1649, 1699 et s.).

Après être parvenue à conserver hors du corps humain le sperme de l'homme, elle a maintenant réussi à isoler l'ovule de la femme. On est aujourd'hui en mesure de les assembler l'un avec l'autre en milieu extra-corporel (*fertilisation in-vitro*). A un stade précoce de son développement, l'embryon ainsi produit in-vitro est alors implanté dans l'utérus (*transplantation de l'embryon*). Le taux de réussite des cas conduisant à une grossesse naturelle de la femme est à l'heure actuelle de 10 à 15 %. Cette méthode est pratiquée par des gynécologues du monde entier et permet de surmonter certaines causes de stérilité de l'homme ou de la femme. Malgré ce taux de réussite resté faible jusqu'à présent et malgré les troubles physiques considérables que le prélèvement de l'ovule occasionne à la femme, le bilan de la procréation artificielle en éprouvette reste positif, surtout quand les donateurs de l'ovule et de sperme sont époux (*système homogène*).

Mais le fait de pouvoir disposer librement d'ovules et de sperme à l'extérieur du corps humain n'est pas dénué d'atteintes supplémentaires au processus naturel de reproduction et peut poser des cas de conscience quant au destin de l'embryon produit in-vitro :

- La fécondation extra-corporelle est, du moins d'un point de vue moral, controversée quand les donateurs d'ovules et de sperme ne sont pas mariés (*système hétérologue*). A ceci s'ajoutent les doutes éthiques et juridiques lorsque le donateur reste anonyme. L'enfant ainsi engendré ne saura donc jamais qui sont sa mère et son père génétiques. On utilise par exemple pour la fécondation artificielle une solution de sperme provenant d'une multitude de donateurs ("cocktail de sperme"). Une femme peut-elle demander à être fécondée avec le sperme d'un mort, sperme que l'on aurait conservé par le froid, cryotiquement, même s'il s'agit de celui de son mari décédé ?

- Le problème de la "commercialisation" : des entreprises créent des banques de sperme et d'ovules dans lesquelles des gamètes de différents donateurs et donatrices sont conservés cryotiquement et font mention de caractéristiques de qualité et de garantie. Peut-on en toute conscience assembler en éprouvette et à des fins d'élevage ovule et sperme tel qu'on le fait pour l'élevage des animaux et des plantes ? Le rôle d'étalon serait ainsi assuré par un Prix-Nobel, une star du foot-ball ou un professeur de droit pénal ! On recherche ensuite une femme pour porter, contre rémunération, une ovule fécondée et faire office de "loueuse de ventre" !

Mais à quel moment le *droit pénal* a-t-il un rôle à jouer ? Au moins lorsqu'il s'agit de se pencher sur le destin des embryons produits en excédents. Ces embryons ne peuvent pas être implantés car la mère biologique a disparu de la circulation. Le cas de l'embryon orphelin, en Australie, est bien connu : les parents sont morts dans un accident d'avion et la mère biologique, malade, ne veut plus continuer. Que peut-on, que doit-on faire de cet embryon in-

vitro ? Le cas de figure suivant est également d'une grande importance : soit pour les conserver, soit à des fins expérimentales, le chercheur produit dès le départ trop d'embryons. De telles expériences sont peut-être nécessaires pour améliorer le pourcentage de réussite de fertilisation in-vitro ou pour obtenir des informations supplémentaires sur le génome et sur les causes des maladies génétiques. La production d'embryons identiques est ainsi une des méthodes permettant d'obtenir des embryons supplémentaires. Elle est génétiquement possible par la division des cellules embryonales à un stade très précoce du développement (création artificielle de jumeaux) ou encore par clonage des cellules embryonnaires.

On peut alors imaginer des scénarios macabres, sortis tout droit des archives de l'horreur : le chercheur crée des êtres hybrides, entre l'homme et la bête. Il croise par exemple l'ovule d'une femme avec un sperme animal. La nature elle-même a conçu de façon analogue la mûle, issue de croisement d'un âne et d'une jument. Le savant pourrait implanter un embryon humain dans le ventre d'une femelle de gorille. Il pourrait aussi développer un embryon en couveuse ou faire fusionner les cellules germinatives de deux embryons et ainsi créer un enfant ayant quatre parents, sautant de cette manière une génération (création de chimères).

2 - Considérons maintenant la *génétique humaine*, la biotechnique appliquée à l'homme. Elle analyse et corrige l'héritage génétique. Il s'agit donc d'une problématique entièrement différente. On parle de "génétique rouge" par opposition à la "génétique verte" qui se consacre à l'élevage de bactéries, de plantes et d'animaux et dont les applications de par le monde sont surtout alimentaires.

Selon les suppositions de la biologie moléculaire, le génome humain est composé d'au moins 50 000 gènes. Ceux-ci recèlent, articulés autour de 23 paires de chromosomes que contient chaque cellule de l'organisme humain, toutes les informations sur l'héritage génétique des individus. Les premiers pas ont déjà été fait et on a décodé le code génétique de l'Homme. On est en mesure dès aujourd'hui d'attribuer certaines caractéristiques et certains processus biologiques humains à des gènes bien définis. Ces gènes peuvent être isolés et leur structure moléculaire analysée. Une "carte factorielle" complète, voire une bibliothèque génétique de l'Homme ne sont cependant pas envisageables dans un futur immédiat et ceci en raison du caractère complexe de la combinaison entre différents gènes sur laquelle reposent les principaux caractéristiques et processus biologiques humains. En outre, le phénotype humain est non seulement déterminé par son génome, mais aussi par son environnement.

La génétique humaine a donc deux faces, en quelque sorte comme une médaille. L'endroit de cette médaille, la bénédiction pour

l'humanité, réside dans les possibilités de diagnostic précoce et ainsi de prévention et peut-être un jour dans la thérapie des maladies mono-génétiques héréditaires. On connaît de nos jours quelques 3 000 maladies héréditaires comme par exemple les diabètes, les anémies hyperchromes, les maladies du sang ou le mongolisme. On connaît aujourd'hui 30 à 40 maladies monogénétiques dont l'origine est attribuée à un gène. Ces maladies peuvent être diagnostiquées très tôt et avec une grande certitude, ce qui a permis une nette amélioration du diagnostic prénatal. A l'avenir, le simple risque d'un embryon non-viable ne sera plus une cause d'interruption de la grossesse. Au-delà du diagnostic de ces maladies héréditaires, on nourrit de grands espoirs quant à leur thérapie : on pourrait par exemple enlever le gène défectueux et le remplacer par un gène sain (transfert de gènes) ou faire appel à un traitement biochimique. Des perspectives nouvelles de guérison s'ouvrent alors pour de nombreuses maladies jusqu'à présent incurables. De l'avis de tous les experts, les connaissances sur ce que l'on pourrait appeler les "composantes moléculaires de la vie" vont se développer à grande allure dans les dix années à venir.

Comment se présente alors l'envers de la médaille, cette génétique humaine en tant que malédiction possible pour l'humanité ? Les nouvelles possibilités de la génétique vont entraîner un changement d'attitude de l'Homme vis-à-vis de la nature. Les progrès au niveau du diagnostic prénatal entraîneront un accroissement du nombre des interruptions de grossesse car il sera possible, dans un proche avenir, de diagnostiquer avec une certitude croissante, ces maladies génétiques prénatales qu'on ne pouvait dépister auparavant. La génétique permet également de reconnaître très tôt d'autres caractéristiques de l'embryon, tels son sexe, sa croissance, la poussée de ses cheveux ou sa constitution physique. Quand il sera possible de mettre en place une thérapie contre les maladies génétiques (eugénique négative), il sera également possible de manipuler le reste de l'héritage génétique, "d'améliorer" l'embryon et de cultiver un humain de plus en plus parfait (eugénique positive). Où se situe alors la frontière entre "thérapie" et "amélioration", entre la maladie et le défaut ? Lors d'expérimentations sur des animaux, on a déjà créé des souris surproportionnées en leur implantant dans les cellules germinatives, l'hormone de croissance du rat. L'Homme sera-t-il immunisé à l'avenir contre les poisons de l'environnement grâce à un code génétique artificiel ? On a déjà tenté, sur des souris, des expériences correspondantes afin d'augmenter leur résistance face à certaines maladies virales. Appartiendra-t-il dès lors au généticien de décider qui obtiendra une médaille d'or aux Jeux Olympiques ? Un médecin a-t-il le droit de manipuler de façon irréversible les cellules germinatives de l'être humain avec toutes les conséquences que cela entraîne pour les descendants ? A-t-il le droit, uniquement dans le but de servir la recherche, d'intervenir dans le génome de l'embryon ?

III. - LA DISCUSSION INTERNATIONALE

Le problème de la valeur morale, éthique, juridique et surtout pénale de telles méthodes de reproduction se pose au niveau international à tous les états à technologie avancée. Il serait souhaitable d'arriver à une réglementation uniforme allant jusqu'à la conclusion d'une convention internationale nécessaire si l'on veut éviter, d'une part l'apparition de "paradis de la recherche" au même titre qu'il existe des "paradis fiscaux", et d'autre part l'utilisation abusive de la génétique à des fins militaires ou pour des raisons de concurrence économique.

En 1985, la 12^{ème} conférence internationale des "World Peace Through Law Center" a tenté d'aboutir à un consensus dans le cadre d'un groupe de travail constitué à Berlin-Ouest sur les questions de la fertilisation in-vitro, de l'analyse génome et des transferts génétiques. Lors de la Réunion Internationale de Bioéthique à Rambouillet, les représentants de 28 nations industrialisées ont formulé des recommandations au sujet des techniques de la médecine des techniques de reproduction et génétique. Dès 1975, furent mis en place aux Etats-Unis les "Ethics Advisory Boards". De la même façon, le "Warnock-Committee" exigeait en Grande-Bretagne en 1984, la mise en place d'instances de contrôle indépendantes. En France, le "Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé" a présenté la même année un "Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle".

IV. - LES OPINIONS ET L'ETAT ACTUEL DE LA LEGISLATION EN REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

Nous allons maintenant tenter de faire le point sur la législation en vigueur en R.F.A. et sur les diverses opinions (2) que l'on peut y rencontrer à propos du rôle que peut jouer le droit pénal en matière de protection de l'embryon contre les interventions de la médecine des techniques de reproduction et de la génétique. Les questions inhérentes au droit de la famille et successoral seront laissées de côté (3).

(2) Les ouvrages allemands sur le sujet sont innombrables, se reporter à l'annexe 1 qui se trouve en fin de communication.

(3) L'association des juristes de F.R.A. a discuté ces questions lors de son 56ème congrès qui s'est tenu en septembre 1986 à Berlin-Ouest. Voir à ce sujet les expertises de Christian Starck et Dagmar Coester-Waltjen : Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Beck, Munich, 1986.

1 - Conformément au droit pénal allemand en vigueur, l'embryon est sans protection juridique jusqu'à son implantation dans l'utérus (Art. 219d StGB). En outre, seuls les avortements intentionnels sont passibles de sanctions : les blessures portées à l'embryon et l'homicide involontaire de l'embryon ne sont pas réprimés. Actuellement, les manipulations d'embryons en éprouvette ne sont donc pas sanctionnées par le droit pénal allemand.

2 - Presque tous les groupes politiques et sociaux, y compris le parti Social-Démocrate, les Libéraux, les Ecologistes et même les associations féminines, ont compris la nécessité de mesures de contrôle étatiques et de dispositions légales, voire même d'une réglementation pénale, pour assurer la protection de l'embryon.

3 - Le Ministère Fédéral de la Justice a publié fin avril 1986, un avant-projet de loi sur la protection de l'embryon prévoyant un grand nombre de nouvelles dispositions pénales concernant (4) :

- la production d'embryons excédentaires et non destinés à la transplantation,
- le développement d'embryons in-vitro au-delà du 14^{ème} jour,
- l'expérimentation avec des embryons produits extra-corporellement sans l'autorisation des autorités de l'Etat compétentes,
- la manipulation des informations héréditaires d'une cellule germinative,
- la création de clones, de chimères et d'êtres hybrides.

4 - Le Bundesrat, assemblé représentant les Lands fédérés au sein de la République Fédérale d'Allemagne, a arrêté en Mai 1986, à l'initiative des Lands de Baden-Wurtemberg et de Bavière, une "Décision sur la fécondation extra-corporelle" (5) qui propose en outre des mesures de réglementation pénale :

- sur la production d'embryons à d'autres fins que celle de provoquer une grossesse qui n'aurait pu être obtenue par des moyens naturels,
- sans exception, sur la recherche utilisant des embryons,
- sur le placement contre rémunération de "loueuses de ventre".

5 - Ces activités sur le plan législatif permettent de supposer avec quasi certitude que le Bundestag s'occupera rapidement d'une législation pénale sur la protection de l'embryon contre les

(4) Publié dans : Zeitschrift für Rechtspolitik, 1986, p. 243.

Auparavant, un groupe de travail commun (la commission Benda) du Ministère Fédéral de la Recherche et de la Technologie et du Ministère Fédéral de la Justice avait publié, fin 1985, un rapport exhaustif sur "la fertilisation in-vitro, l'analyse génome et la thérapie génétique" (In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie), Schweitzer, Munich, 1985.

(5) Entschliessung des Bundesrates zur extrakorporalen Befruchtung, Bundesrat-Drucksache 210/86.

manipulations de la médecine des techniques de reproduction et de la génétique humaine. Il manque cependant encore un accord sur le contenu, et les propositions faites jusqu'à présent nécessitent un examen exhaustif.

V. - ASPECTS SPECIFIQUEMENT PENAUX DE LA PROTECTION DES EMBRYONS

1 - Quels principes faut-il observer lorsqu'il s'agit de la *protection par le droit pénal* ? Le droit pénal ne criminalise pas un comportement seulement parce qu'il est contraire au Droit, contraire aux moeurs ou simplement répréhensible du point de vue éthique. Par contre, il définit lequel de ces comportements nécessite et mérite d'être pénalement sanctionné. Cette subsidiarité ou nature fragmentaire (*Binding*) du droit pénal correspond à la pensée juridique des états démocratiques du monde. Les critères de sélection sont les suivants :

- l'acte répréhensible doit léser un bien juridique,
- l'utilisation du droit pénal doit être appropriée et nécessaire,
- elle ne doit pas être disproportionnée par rapport au contenu fautif et de tort de l'acte.

S'agit-il d'évaluer ces conditions préalables, le droit pénal est déterminé tout d'abord par des facteurs scientifiques, les connaissances sociologiques et criminologiques, puis par le jugement éthique de l'événement par la société et enfin par l'échelle des valeurs du système juridique général, en particulier le cadre constitutionnel, dans lequel les normes pénales doivent s'inscrire sans contradiction aucune.

2 - Si l'on applique ces principes au cas particulier de la protection pénale de l'embryon, le problème se pose en ces termes :

a) L'Etat n'a un intérêt légitime à assurer la protection pénale de l'embryon contre les interventions de la technologie reproductive et génétique que si la vie, la santé et la dignité de l'embryon ont la qualité d'un *bien juridique* digne de protection. Pour la problématique générale, il est donc d'une importance capitale de répondre à cette question ce qui nécessite, au moins pour le stade précoce de la vie prénatale, un examen approfondi.

D'un point de *vue biologique*, la fusion de l'ovule et du sperme développe une vie individuelle, propre, possédant un héritage génétique provenant de la mère comme du père. Ce nouvel individu a déjà toutes les caractéristiques génétiques de la personne humaine qui va naître. Il se développera sans interruption depuis sa conception jusqu'à sa mort. La naissance de l'Homme elle-même, n'est que la forme externe d'un processus biologique s'étendant de la conception à

la mort de l'individu. En raison de ces évidences biologiques, l'opinion dominante aujourd'hui dans la discussion constitutionnelle en R.F.A. défend la thèse selon laquelle l'embryon peut prétendre, dès sa création, à une protection par les droits fondamentaux à la vie, à la santé et à la dignité humaine (6).

Ceux qui aimeraient autoriser des expérimentations aussi étendues que possible sur l'embryon et son héritage génétique font valoir que le droit pénal a, durant un certain temps, "libéré" l'embryon pour permettre l'avortement. Sauf dans les cas où l'homicide de l'embryon ne résulte pas d'une nécessité pour la femme enceinte, cet argument pourrait faire naître l'impression que le droit pénal ne considère pas la vie prénatale comme un bien juridique digne de protection. En R.F.A., toute protection juridique est donc refusée à l'embryon jusqu'au moment de la nidation, c'est-à-dire l'implantation de l'ovule fécondée dans l'utérus de la femme, environ 10 jours après la fécondation naturelle. Par sa réglementation (Art. 219d StGB), le législateur n'a cependant pas voulu ôter à la vie prénatale jusqu'à cette phase sa qualité de bien juridique, il a désiré uniquement laisser sans sanctions les méthodes de prévention de la nidation (comme par exemple la "pilule du lendemain matin"). A ce stade précoce de la grossesse, le législateur pénal a donc donné la priorité au droit personnel de la femme de vouloir rester sans enfant par rapport au droit de l'embryon à la vie, sans toutefois nier ce droit. La solution française résulte des mêmes observations et laisse à la femme enceinte le choix pour décider si elle se trouve dans une situation justifiant une interruption de grossesse ou non.

Autre point de vue : certaines objections biologiques argumentent contre la reconnaissance en tant que bien juridique de la vie prénatale à un stade précoce en montrant que 30 % des embryons seulement, un nombre donc peu élevé, arrivent à s'implanter naturellement et de manière durable dans l'utérus et qu'une partie d'entre eux périra encore suite à une fausse couche. Cette prodigalité avec laquelle la nature joue avec la vie humaine n'enlève cependant pas à celle-ci son caractère de bien juridique. Le grand nombre de décès naturels d'embryons à un stade précoce de leur développement ne légitime pas un usage dispendieux des embryons par l'Homme. A la différence de la nature, l'humain doit tirer les conséquences, doit se justifier de ses actes. Tant du point de vue éthique que juridique, il existe une différence entre l'enfant mort par noyade accidentelle et l'enfant mort, noyé par ses parents.

Synthèse : pour l'ordre juridique, la vie humaine commence à la conception de l'embryon, que ce soit par les voies naturelles ou par fécondation in-vitro. Dès ce moment, la vie et la santé de l'embryon

(6) Voir à ce sujet : Coester-Waltjen (note 3), p. 103 ; Fechner (annexe 1), p. 653 et s. ; Laufs (annexe 1), p. 769, 774 ; Starck (note 3), p. 15 & 16 ; Graf vitzthum, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Juristenzeitung 1985, p.201, 207 et s.

sont garanties par la Constitution. Chaque vie humaine a droit dès sa conception, à la protection de sa dignité humaine.

b) La *seconde* condition préalable de tout comportement criminel est que l'acte punissable *nuise* réellement au bien protégé. Toute une série de mesures relevant des techniques reproductives et génétiques remplissent aisément cette condition :

La recherche sur l'embryon viole la vie ou la santé de celui-ci. La création d'embryons non destinés au transfert signifie leur mort certaine. Il est un fait établi que l'opération de transfert, telle qu'elle est actuellement pratiquée, ne donne pas naissance seulement à des enfants, mais aussi à des embryons voués à la mort car pour augmenter les chances de réussite, le gynécologue produit en éprouvette et implante dans l'utérus trois à quatre embryons à la fois, bien qu'il sache qu'un seul enfant doit naître. Les autres embryons sont dès lors condamnés à mourir.

La limite entre, d'une part un comportement simplement contraire à la morale ou aux moeurs et d'autre part la violation associée d'un bien juridique devient difficile à tracer au moment où la dignité et le droit à la personnalité de l'embryon en cours de développement vers la personne humaine sont affectés et ceci considéré comme une atteinte à un bien juridique:

- La dignité de l'Homme est bafouée dès qu'on l'identifie à l'animal, ce qui est le cas lors de la création d'hybrides.
- L'individualité de l'Homme fait partie de sa dignité et de sa personnalité. La création artificielle d'identitismes (jumeaux, clones) enlève à l'Homme son individualité. Le fait que la nature produise parfois de tels jumeaux ne légitime pas un chercheur à vouloir la copier.
- Dans le cadre de la discussion éthique et constitutionnelle qui a lieu en R.F.A., une quasi-unanimité s'est formée autour de l'idée que la connaissance de l'ascendance génétique fait partie intégrante de la dignité et de la personne humaine. L'enfant a un droit fondamental à être informé de l'identité de ses parents génétiques. L'anonymat des donateurs d'ovule et de sperme ainsi que le recours au "cocktail de sperme" pour la fertilisation in-vitro ou pour l'insémination artificielle porte de ce fait atteinte à ce bien juridique. La généalogie génétique doit en outre être connue pour éviter d'une part les dangers de la consanguinité subséquente et d'autre part pour permettre d'appliquer avec succès certaines thérapeutiques des maladies génétiques.
- Par contre, la fertilisation in-vitro par système hétérologue ne porte pas atteinte à la dignité de l'embryon, tout au plus peut-on la considérer comme contraire à la morale et aux moeurs. Le droit pénal ne sanctionnant pas l'adultère, il ne saurait interdire la fertilisation in-vitro pratiquée avec le consentement des personnes concernées.

c) Nous en arrivons donc à la *troisième* condition préalable à la criminalisation. Tant que les manipulations reproductives et génétiques ne lèsent pas l'embryon, le droit pénal ne peut protéger ce bien que s'il s'agit d'un *moyen approprié*. Cette condition n'est pas remplie lorsque la sanction pénale nuirait à l'embryon plus qu'elle ne lui profiterait.

Ce serait par exemple le cas si le législateur interdisait sans restriction toute conservation par méthode cryogénique ou tout "louage de ventre". En effet, si la transplantation de l'embryon sur la patiente ne peut être opérée de suite, les seuls moyens envisageables pour laisser à l'embryon une chance de survie, restent la conservation par cryogénie ou la "portée" par une mère d'emprunt. Si le droit pénal autorise l'homicide de l'embryon pour indication eugénique, il ne peut interdire les tentatives de guérison génétique prénatale. Dans cette optique, les interventions sur le tissu germinatif elles-mêmes, devraient être autorisées. Ceci suppose cependant qu'une intervention précise sur le tissu germinatif soit génétiquement réalisable, ce qui paraît actuellement peu probable. Tant que le défaut génétique a des chances d'être éliminé mais qu'en contrepartie apparaîtront des modifications inconnues ou incontrôlables dans la programmation génétique de l'embryon, cette intervention peut être considérée comme nuisible à la santé de l'embryon. Les interdictions pénales sont alors admissibles.

d) Le besoin de protection pénale constitue la *quatrième* condition préalable, le principe de la *nécessité* de la protection pénale. En appliquant leur interdiction pénale, l'Etat désavoue de la manière la plus stricte certains comportements. Il ne peut y recourir dès lors que la protection désirée contre les manipulations des techniques reproductives et génétiques peut être obtenue avec un résultat analogue voire même meilleure par des mesures moins contraignantes.

Dans le cadre très complexe et très contesté de l'admissibilité et des limites de la recherche utilisant des embryons, on tend actuellement vers l'autocontrôle par la communauté scientifique et par les Ordres de Médecins sous forme de Commissions d'Ethique. Les directives de la Chambre Fédérale des Médecins (7) (Ordre des Médecins

(7) Le Conseil scientifique de la Chambre Fédérale des Médecins (Bundesärztekammer) a publié en 1985 des "directives pour la pratique de la fertilisation in-vitro et du transfert d'embryons en tant que méthode de traitement de la stérilité humaine" et des "recherches sur les embryons humains à un stade précoce".

Ces directives encouragent la fertilisation in-vitro suivie du transfert de l'embryon comme méthode thérapeutique de la stérilité des couples mariés (système homologues) et pratiquée dans certaines cliniques et certains cabinets spécialisés. D'autres points furent considérés par contre comme inacceptables : la "location" de ventre, la commercialisation des

de R.F.A. -N.d. Tr.-) tendent à restreindre les atteintes des techniques reproductives et génétiques. Elles sont juridiquement contraignantes pour les médecins affiliés à l'Ordre mais n'ont aucune emprise sur les généticiens expérimentant avec du matériel génétique. Tout ceci est en outre extrêmement délicat à définir car une organisation professionnelle de médecins ne saurait prétendre exercer un contrôle dans des domaines ne relevant pas de sa compétence, comme c'est le cas pour la valeur juridique des biens, à savoir de l'embryon et de ses parents génétiques, biologiques ou sociaux. Une intervention concernant les droits fondamentaux des embryons ne peut donc incomber qu'au législateur démocratiquement légitimé et mandaté.

Autre constatation : au cours du large débat qui eut lieu en Allemagne Fédérale à l'occasion de la réforme du droit pénal sur l'IVG, un des arguments avancés pour contraindre le droit pénal à se retirer de ce domaine, consistait à dire que, vu le grand nombre d'échecs, c'est-à-dire la multitude des avortements néanmoins pratiqués, la protection de la vie de l'embryon serait mieux assurée si, par un service-conseil et une prise en charge, on aidait la femme enceinte au lieu de la laisser seule dans sa détresse en la poussant ainsi vers l'illégalité. Mais l'exemption pénale de l'avortement, parallèlement à l'assistance juridique accordée par les caisses d'assurance maladies à la femme désireuse d'interrompre sa grossesse, ont provoqué dans la conscience juridique collective d'une grande partie de la population allemande une relativisation du droit à la vie de l'embryon. Pour 600 000 naissances enregistrées chaque année en R.F.A., on compte plus de 200 000 IVG financées par les caisses-maladies. Cette évolution montre le poids des valeurs défendues par l'opinion publique dans la mise en place d'interdictions pénales. Lorsqu'il s'agit d'un bien aussi capital que la vie, la retenue dont fait preuve le droit pénal, peut être trop facilement interprétée par la conscience juridique collective comme une mesure passive en faveur de l'homicide d'embryons ou du moins de sa tolérance.

Si l'on veut protéger efficacement l'embryon des dangers des techniques de procréation artificielle et de la génétique et aussi restaurer la valeur de la protection de la vie prénatale dans la conscience populaire, on devra donc se prononcer en faveur de l'application du droit pénal, même si celle-ci ne doit avoir qu'une valeur symbolique.

embryons, la production d'une quantité d'embryons supérieure aux besoins réels pour un transfert.

La recherche embryonnaire est considérée par la Chambre Fédérale des Médecins comme admissible sous certaines conditions strictes et dans le cadre d'un contrôle institutionnalisé : les buts poursuivis par les recherches doivent être impossibles à atteindre en expérimentant uniquement sur les animaux, les parents génétiques doivent avoir donné leur accord. Les expériences sont limitées dans le temps au 14ème jour après la fécondation et doivent avoir une utilité clinique, c'est-à-dire présenter un intérêt prophylactique, diagnostique ou thérapeutique pour une maladie donnée.

e) Nous en arrivons à la *cinquième* et dernière condition préalable, le principe de la *proportionnalité* de la protection pénale. La Constitution accorde une grande importance à la vie, à la santé et à la dignité humaine. L'embryon a droit à ces garanties et à l'application des droits fondamentaux à partir du moment de sa conception. En conséquence, tout acte portant atteinte à sa vie, sa santé ou sa dignité déclenche l'appréciation sur l'opportunité de la protection pénale.

Une interdiction pénale peut cependant déroger à ce principe de la proportionnalité lorsque la violation des droits de l'embryon résulte de la prise en compte d'intérêts encore supérieurs, se heurtant à ceux de l'embryon. Ici se pose une question centrale, une des plus difficiles à résoudre : à quelles conditions la prise en compte de tels intérêts des tiers peut-elle compenser la violation des droits de l'embryon ? L'intérêt des chercheurs par exemple, peut-il suffire ? Si oui, de quelle nature sont ces intérêts supérieurs ? Suffit-il de vouloir exhausser le vœu de la patiente stérile -avoir un enfant- et ce avec le moins de désagréments et le plus efficacement possible, pour avoir le droit de produire des embryons en "réserve" ? Peut-on garantir l'anonymat des donateurs de sperme et ainsi retirer à l'enfant son droit à l'information sur sa provenance génétique dans le seul but de continuer à trouver assez de donateurs de sperme en les protégeant du droit au versement d'une pension alimentaire que pourrait réclamer l'enfant ?

Les considérations suivantes devraient guider le législateur dans sa recherche de rationalité :

- 1 - La violation des droits fondamentaux de l'embryon doit résulter d'une *nécessité absolue* si elle veut s'imposer en cas de collision des intérêts. Voici quelques exemples à ce sujet :

- De l'avis de la plupart des gynécologues allemands et de la Chambre Fédérale des Médecins, la conservation par cryogénie d'embryons "en réserve" en cas d'échec de la première transplantation embryonnaire, ne constitue plus une nécessité pour améliorer l'efficacité du traitement de la stérilité de la patiente tout en la ménageant. On peut actuellement obtenir le même résultat en surgelant des ovules non fécondées. La conservation par cryogénie n'est donc acceptable que si elle accroît les chances de survie des embryons.

- Le recours à une "mère porteuse", avec ses conséquences possibles sur la santé psychique et physique de l'embryon, n'est justifié que pour surmonter la stérilité d'un couple désirant un enfant ou assurer la survie d'un embryon.

- Tant que l'intervention thérapeutique sur la lignée germinative de l'embryon humain sera plus nuisible que profitable, il faudra la considérer comme une mesure inadaptée. Il en va de même pour les opérations sans fondement médical sur toute autre cellule de l'embryon humain.

- De nombreuses expériences réalisées avec des embryons humains pourraient selon toute probabilité être également pratiquées avec des embryons animaux.

- Quelques modifications des dispositions légales sur le versement des pensions alimentaires suffiraient pour faire respecter le droit de l'enfant à être informé de son ascendance génétique.

- 2 - Certaines manipulations particulièrement grossières devraient se heurter à un refus catégorique, facilement compréhensible :

il s'agit de la conception artificielle de jumeaux ainsi que toute forme de clonage, de création de chimères et d'hybrides, de l'élevage in-vitro d'embryons humains au-delà d'un court laps de temps et de l'implantation d'embryons humains dans un utérus animal. Aucune de ces manipulations ne saurait être légitimée par quelque intérêt que ce soit.

VI. - CONCLUSION

Parvenu au terme de cet exposé, il me faut néanmoins revenir à nouveau sur les liens existant entre la médecine des techniques de procréation artificielle, la génétique humaine et l'interruption de grossesse.

L'étendue de l'interdiction pénale assurant la protection de l'embryon contre les interventions des techniques génétiques et de reproduction artificielle dépend de la valeur accordée à la vie prénatale dans sa phase précoce de développement. La répression des comportements esquissés dans cet exposé ne devrait se trouver en contradiction avec les dispositions légales sur l'avortement. Si le système juridique permet aux femmes et aux gynécologues, sur demande de la femme, de *tuer* un embryon par le biais de l'avortement et finance cette mesure à travers les caisses-maladies, le droit pénal ne peut empêcher une femme, par des interdictions, d'*avoir* un enfant en ayant recours à un procédé de procréation artificielle dans ce cas nécessaire. La recherche, utile et nécessaire, utilisant des embryons au cours des quatorze premiers jours de leur développement, mérite-t-elle moins de respect que la prévention de la nidation par la femme, et ce, même si la recherche mène un dur combat contre des maladies jusqu'ici incurables (comme le cancer p. ex.) et devient une nécessité lorsqu'il s'agit d'éviter que ne se répètent des catastrophes comme celle des "enfants-contergan" ? A cette question, il faut répondre par "non" si l'on ne veut pas s'enfermer dans la contradiction.

Ces quelques réflexions concernaient exclusivement la protection pénale de l'*embryon*. Il faudrait encore examiner à part si le droit pénal en vigueur suffit à la protection des autres personnes concernées par le processus de procréation artificielle, en particulier celle de la femme et celle des donateurs de gamètes.

ANNEXE - 1 -

Ernst BENDA :

- Humangenetik und Recht - eine Zwischenbilanz, Neue Juristische Wochenschrift 1985, p. 1730 et s.

Erwin DEUTSCH :

- Gentechnologie und Recht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1985, p. 73 et s.

Albin ESER :

- Humangenetik. Rechtliche und sozialpolitische Aspekte, in : *Reiter/Thiele, Genetik und Moral*, 1985, p. 130 et s.

Erich FECHNER :

- Menschenwürde und generative Forschung und Technik, Juristenzeitung 1986, p. 653 et s.

Christian FLÄMIG :

- Die genetische Manipulation des Menschen, Nomos, Baden-Baden, 1985.

Rainer FLÖHL :

- Genforschung - Fluch oder Segen ? J. Schweitzer, München, 1985.

Hasso HOFMANN :

- Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum ? - Juristenzeitung 1986, p. 253 et s.

Arthur KAUFMANN :

- Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht, in : Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, p. 649 et s.

Adolf LAUFS :

- Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Juristenzeitung 1986, p. 769 et s.

Rudolf LUKES / Rupert SCHOLZ :

- Rechtsfragen der Gentechnologie, Heymanns, Köln 1986.

Eibe H. RIEDEL :

- Gentechnologie und Embryonenschutz als Verfassungs- und Regelungsproblem, Europäische Grundrechtszeitschrift 1986, p. 469 et s.

Wolfgang GRAF VITZTHUM :

- Gentechnologie und Menschenwürde, Medizinrecht 1985, p. 249 et s. ; La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche, Revue de la recherche juridique 1986, p. 69 et s.

PROBLEMES ACTUELS DE LA NATIONALITE EN ALLEMAGNE

Par

Hans v. MANGOLDT
Professeur à l'Université de Tübingen

Quand des questions de la nationalité en Allemagne sont discutées dans la doctrine juridique française, ce sont moins des questions particulières de l'acquisition ou de la perte de la nationalité allemande : ce qui intéresse d'abord, ce sont des questions fondamentales quant à la construction juridique de la nationalité allemande et de leurs rapports à la réalité étatique en Allemagne - question alors qui étaient traitées avant sous la notion de la "situation juridique de l'Allemagne"-, le débat concernant la nationalité en Allemagne se présente en quelque sorte comme une reprise de ce vieux sujet.

En ce qui concerne les ordres juridiques pratiqués actuellement en Allemagne, les notions de "nationalité allemande" et "ressortissant allemand" n'apparaissent plus que dans la Rép. féd. d'Allemagne, inclus les secteurs occidentaux de Berlin. Dans la zone soviétique d'occupation de l'Allemagne -plus tard la RDA- depuis 1967 on ne parle que de "citoyens de la RDA", de "citoyens de la RFA" et de "citoyens de l'unité politique indépendante de Berlin-Ouest". C'est pour cette raison que je veux centrer mes réflexions sur l'ordre juridique en vigueur en Allemagne occidentale en abordant surtout la question de la signification de la "nationalité allemande" ; dans ce contexte, il faudra aussi se demander quelles sont les personnes qu la Rép. féd. d'Allemagne peut -conformément au droit international public- regarder comme "Allemands". Pour mieux faire comprendre l'actualité brûlante de mon sujet, je partirai de sept thèses qui -à propos d'intérêts polonais particuliers- ont été développées par un juriste polonais l'année dernière dans la Revue critique de droit international privé.

A - CES THESES SONT LES SUIVANTES :

1 - Il y aurait, dans le droit ouest-allemand, trois notions différentes du terme "national", au sens du droit de la nationalité : celle d'"Allemand" (Deutscher), la plus englobante, celle de "ressortissant allemand" (deutscher Staatsangehöriger) et enfin celle de "citoyen de la RFA" (Bundesbürger).

2 - La construction juridique de la nationalité allemande engloberait, selon la doctrine ouest-allemande, côte-à-côte la nationalité de la RFA et celle du Reich "suspendu" et donc frappé d'incapacité d'agir.

3 - Il serait contraire au droit international que la nationalité allemande, au sens de l'art. 166 al. 1 de la Loi fondamentale allemande, soit toujours étendue à une partie de la population des anciens territoires de l'Est du Reich aussi bien qu'à la majorité des citoyens de la RDA.

4 - Eu égard au transfert des territoires de l'Est du Reich à l'administration de la Pologne et de l'URSS, on pourrait supposer que l'Etat allemand a continué d'exister dans les frontières définies à Potsdam entre 1945 et 1949. Mais puisque le statut de la population serait strictement lié à la situation juridique du territoire du domicile, les ressortissants allemands d'origine polonaise dans ces territoires auraient acquis la nationalité polonaise au moment même du transfert de la souveraineté, conformément à la règle du droit international coutumier qui prévoit le changement automatique de nationalité en cas de succession d'Etats.

5 - Par incorporation de la majorité des citoyens de la RDA dans la nationalité allemande, le droit de la RFA relatif à la nationalité refuserait, contrairement au droit international, certains effets de la reconnaissance internationale de la RDA.

6 - On pourrait se demander si la RFA a une quelconque compétence pour régler la nationalité du Reich allemand.

7 - L'art. 116 al. 1 de la Loi fond. allemande serait contraire aux principes du droit international coutumier, selon lesquels nul Etat ne pourrait être autorisé à intervenir dans le droit de la nationalité d'un autre Etat. De même, il ne pourrait conférer sa propre nationalité à des ressortissants d'un autre Etat ou bien aux habitants de territoires qui ne sont pas sous sa souveraineté, du moins sans leur accord.

B - Quelques-unes parmi ces thèses suscitent une raison^c favorable même dans le public ouest-allemand ; et parfois déjà la terminologie politique courante semble consolider une de ces thèses ; par exemple celle de l'existence de "citoyens de la RFA". Néanmoins ces thèses ne reflètent pas la situation existence. La raison la plus

marquante en est que la situation juridique de l'Allemagne dans son ensemble -de nouveau "monstro simile", pour ainsi reprendre une vieille définition fameuse- n'a pas été tenue en compte. Ce sont notamment les droits et responsabilités des Quatre Puissances et leurs conséquences juridiques pour le droit allemand de la nationalité qui ont été totalement négligés.

Pour l'observateur français, les rapports entre la nationalité allemande et les droits et responsabilités quadripartites concernant l'Allemagne dans son ensemble s'expriment le mieux dans une réponse donnée, en 1979, par le ministère des affaires étrangères devant l'assemblée nationale sur une interpellation concernant l'état des négociations sur une convention consulaire entre la République française et la RDA. La réponse était la suivante :

"... la RDA persiste à réclamer une "clause de nationalité" par laquelle la France ferait sienne la définition de la nationalité est-allemande donnée par la RDA. Compte tenu des droits et responsabilités quadripartites qu'il assume à l'égard de l'Allemagne dans son ensemble, le Gouvernement français ne veut pas trancher, dans une convention conclue avec l'une des parties, la question de la nationalité allemande que les deux Etats allemands ne sont pas parvenus à résoudre entre eux.

De plus le Gouvernement français ne peut accepter une formule qui reviendrait à priver les individus de la faculté d'opter à l'étranger entre les deux allégeances dont ils peuvent se réclamer".

Cette dernière formule faisait allusion à la pratique établie qu'un Allemand d'origine de la RDA en France peut toujours obtenir la protection diplomatique ou consulaire ouest-allemande, s'il le demande.

Mais pour mieux comprendre la complexité de la situation il faut reprendre les thèses que je viens de présenter et les discuter une par une.

1 - La protection que le droit de la nationalité en vigueur de la Rép. féd. d'Allemagne connaisse la notion de "citoyen de la RFA" (Bundesbürger) n'a pas de fondement juridique : cette notion n'existe pas dans le droit de la nationalité en vigueur en Allemagne occidentale. Tout particulièrement, l'exposé de motifs au projet de la Loi sur les passeports a fait expressément référence au fait qu'il n'y ait ni une "nationalité fédérale" ni de "citoyens de la RFA".

Quant aux deux autres notions de nationaux mentionnées dans la première thèse, à savoir celle d'"Allemand" et celle de "ressortissant allemand", il faut préciser que toutes deux sont des catégories juridiques, elles ne sont ni de caractère politique ni ethnique.

Le terme de "ressortissant allemand" est historiquement le premier et a la portée la plus étroite. Il provient de la Loi relative à

la nationalité du Reich et des Etats fédérés de 1913, comme modifiée par l'Ordonnance sur la nationalité allemande de 1934. Il désigne toute personne ressortissante de l'Allemagne dans son ensemble, c'est-à-dire d'un Etat dont même la quatrième thèse ne conteste pas l'existence, du moins jusqu'à 1949, année de la mise en vigueur de la Loi fond. de la Rép. féd. d'Allemagne.

Dans la conception de cette loi, la nationalité de l'Etat allemand dans son ensemble n'a pas non plus disparu au moment de l'apparition de la nouvelle organisation politique ouest-allemande. L'idée de continuité en matière de nationalité se manifeste, par exemple, dans l'art 116 al. 2 de la Loi fond. qui, à titre de compensation de l'arbitraire de la politique nazi, offre la réintégration d'anciens Allemands dans leur *ancienne* nationalité et n'établit donc pas une sorte de "nationalité" fédérale.

La notion d'allemand au sens de la Loi fond., par contre, est plus large que la notion de ressortissant allemand. Dans la définition de l'art. 116 al. 1, elle comprend, d'une part, les ressortissants allemands au sens de la définition que je viens de donner et, d'autre part, les individus d'appartenance ethnique allemande, qui ont été admis sur le territoire allemand en qualité de réfugiés ou d'expulsés. Cet article fut conçu comme remède aux misères de l'expulsion et de l'exode collectif qu'on dû souffrir les minorités allemandes en Europe orientale, même si les individus concernés possédaient la nationalité de leur Etat de résidence et non pas la nationalité allemande. En leur reconnaissant le statut d'Allemand la Loi fond. a voulu faciliter leur intégration en Allemagne. Il y a donc assimilation complète en droit public, en droit international privé et en droit civil allemand entre ces expulsés et réfugiés d'une part, et les ressortissants allemands d'autre part. La même assimilation vaut également pour les relations internationales de la Rép. féd. d'Allemagne : A la conclusion d'un grand nombre de conventions internationales, le gouvernement ouest-allemands a déclaré son intention d'en appliquer les règles se référant à des "ressortissants" indifféremment aux Allemands au sens de la Loi fond.. En conséquence, le passeport ouest-allemand désigne, en langue allemande, son porteur non pas comme ressortissant allemand mais comme "Allemand".

Ainsi, en droit interne comme dans les relations internationales de la Rép. féd. d'Allemagne, une seule notion est employée pour déterminer les nationaux : celle d'Allemand. Sont alors de nationalité allemande les ressortissant allemands au sens technique de la loi de 1913, mais aussi les expulsés et réfugiés assimilés dans l'art. 116 par une sorte de naturalisation spéciale. Le droit allemand de la nationalité est donc beaucoup moins compliqué que l'on ne pourrait le supposer. La distinction entre les titulaires du statut d'"Allemand" et les "ressortissants allemands" n'a de signification, en droit allemand, que dans la mesure où les conditions pour l'acquisition

et la perte du statut d'"Allemand" (au sens de l'art. 116 al. 1 Loi fond.) varient légèrement de celles requises pour l'acquisition et la perte du statut de "ressortissant allemand".

Qu'un individu est Allemand au sens du droit ouest-allemand, de l'autre côté, ne signifie pas encore que de ce seul fait la Rép. féd. d'Allemagne s'octroie le pouvoir d'un contrôle total sur cette personne, même si elle est d'origine est-allemande ou berlinoise. A ce propos, trois exemples peuvent illustrer la complexité de la situation juridique en Allemagne : (a) Le statut toujours démilitarisé des quatre secteurs de Berlin empêche le recrutement des résidents permanents des secteurs occidentaux de Berlin au service militaire sur territoire fédéral alors même qu'ils y auraient un deuxième domicile. (b) Le droit pénal interlocal ouest-allemand exclut qu'un individu, du seul fait qu'il soit allemand, puisse être jugé par des tribunaux ouest-allemands pour une infraction commise en RDA. (c) En cas de rattachement à la nationalité selon le droit international privé allemand, il n'en résulte pas que le droit privé ouest-allemand s'applique automatiquement à tout Allemand, mais plutôt qu'il faut considérer que le droit est-allemand a vocation à s'appliquer si l'intéressé a sa résidence en RDA.

2 - Il est incorrect de prétendre que la nationalité allemande engloberait, selon la doctrine ouest-allemande, côte-à-côte celle du Reich "suspendu" et celle de la RFA. Dans ce contexte, il faut rappeler que le Tribunal constitutionnel fédéral -dont les décisions ont un effet obligatoire pour tous les organes ouest-allemands- a décidé que, comme Etat, la Rép. féd. d'Allemagne constitue la même personne que le Reich allemand, encore que cette identité ne soit que partielle et limitée au domaine territorial de la Rép. féd. d'Allemagne. Cet arrêt est conforme à l'esprit du préambule de la Loi fond., selon lequel le peuple allemand a adopté cette Loi "afin de donner un ordre nouveau à la vie politique durant une période transitoire" ("um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben"). Donner "un ordre nouveau" à la vie politique, cela ne signifie pas la fondation d'un Etat nouveau, quoique cette dernière notion, pleine d'ambiguïté, soit encore employée de temps en temps. Instaurer "un ordre nouveau", n'est-ce pas plutôt réorganiser un Etat toujours existant en élaborant une nouvelle constitution ? Comme, par exemple, à l'occasion de la transition de l'Empire allemand à la République de Weimar ou de la Quatrième à la Cinquième République en France ? Donc, si l'ordre nouveau ne constitue pas un Etat nouveau mais seulement une réorganisation d'un Etat toujours existant, il ne peut établir une nouvelle nationalité.

3 - La troisième thèse concernant la non-conformité au droit international de l'extension de la nationalité allemande à des

personnes autres que les Ouest-Allemands s'appuie uniquement sur l'argument que la Rép. féd. d'Allemagne ne devrait réclamer comme nationaux que ceux désignés comme "citoyens de la RFA". En conséquence de cette idée, même les Allemands habitant les secteurs occidentaux de Berlin ne pourraient pas être considérés "Allemands" selon la Loi fond. parce que Berlin n'est pas un "Land" de la Rép. féd. d'Allemagne selon la conception de la Kommandantura interalliée de Berlin. Cependant, la nationalité allemande est -comme déjà précisé- celle de l'Etat allemand entier, la nationalité donc du sujet qui est soumis aux "droits et responsabilités quadripartites pour l'Allemagne dans son ensemble". Et cette Allemagne couvre même plus que la seule Rép. féd. et Berlin. La preuve en est donnée par le fait que l'URSS, par exemple, continue d'appeler, expressément et de façon évocatrice, ses armées encore stationnées en RDA sous le nom de "Groupe des forces soviétiques en *Allemagne*". De même elle assume "son rôle" dans les relations entre les Missions militaires quadripartites établies en Allemagne. Par conséquent, on ne peut douter que la nationalité allemande, qui dans l'opinion des Puissances occidentales se range parmi leurs droits et responsabilités, comprend plus que les seuls Ouest-Allemands et Berlinois des secteurs occidentaux. La seule question qui pourrait subsister est celle de savoir dans quelle mesure la Rép. féd. d'Allemagne aurait autorité pour soumettre à sa législation et protection d'autres Allemands que ceux de l'ouest. A part les remarques déjà faites, il doit suffire d'attirer l'attention sur certains documents de sources alliées, qui ont gardé une grande importance notamment pour l'exercice de la protection consulaire en faveur des Allemands qui n'ont pas de rattachement particulier ni à l'Allemagne fédérale ni aux secteurs occidentaux de Berlin. Ainsi, le 19 septembre 1950, les Ministres des Affaires étrangères des Trois Puissances occidentales ont déclaré à New-York : "En attendant l'unification de l'Allemagne, les Trois Gouvernements considèrent que le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est le seul Gouvernement allemand librement et légitimement constitué et donc le seul habilité à parler pour l'Allemagne, en tant que représentant du peuple allemand dans les affaires internationales". Selon une minute interprétative transmise au Gouvernement fédéral le même jour, cette déclaration est basée "sur la présomption que l'Etat allemand continuera d'exister ... la formule reconnaît le caractère provisoire de la République Fédérale d'Allemagne en constatant que le statut qui est reconnu est un statut en attendant 'la réunification de l'Allemagne'. Elle ne constitue donc pas la reconnaissance du Gouvernement de la République Fédérale comme le gouvernement de jure de l'Allemagne entière".

Pour le gouvernement de la Rép. féd. cette fonction de représentant reconnue jusqu'à nos jours reste la base pour l'exercice de la protection diplomatique et consulaire en faveur des allemands

autres que ceux de l'ouest. D'ailleurs, pendant quelque temps, même la RDA a revendiqué un tel rôle de représentant du peuple allemand tout entier, par exemple, à l'occasion de rapatriement des prisonniers de guerre allemand de l'URSS vers leurs domiciles en Allemagne de l'Ouest ou de Berlin-Ouest. Pour déterminer si un habitant actuel des territoires de l'est du Reich allemand ou de la RDA peut être considéré Allemand (au sens de la Loi fond.) conformément au droit international, il faut donc uniquement vérifier s'il y a eu, en droit international et concernant le statut de ces territoires, des développements significatifs par rapport au droit de la nationalité allemande. Ce sera l'objet des remarques suivantes.

4 - Il est assez remarquable que la quatrième thèse à discuter admette que le Reich allemand ait continué à exister du moins jusqu'à 1949. Mais la thèse va encore plus loin en s'appuyant sur l'hypothèse que la RFA semblerait être identique avec le Reich, encore que cette identité serait limitée au territoire ouest-allemand de 1949. Car il s'en suit que le Reich a survécu en forme du système gouvernemental de la Rép. féd. ; et même sans incapacité d'agir puisque le Gouvernement de jure du Reich allemand -une déduction à la fin incompatible du moins avec les déclarations des Trois Puissances à New-York. En effet, une multitude de documents prouvent que le Reich n'a pas cessé d'exister jusqu'à présent : (1) En assumant, le 5 juin 1945, l'autorité suprême à l'égard de l'Allemagne, les Quatre Puissances ont expressément renoncé à "annexer l'Allemagne". (2) En vertu de l'Accord concernant les organismes de contrôle en Allemagne, ils ont institué un Conseil de Contrôle avec autorité suprême "pour tout ce qui concerne l'ensemble de l'Allemagne". (3) Ce dernier a aussitôt étendu sa compétence pour légiférer sur la nationalité allemande, ainsi reconnaissant l'existence continue de l'Etat correspondant à cette nationalité, à savoir du Reich allemand. (4) Peu de temps après l'entrée en vigueur de la Loi fond., la Rép. féd. a remis en application, avec l'approbation ou même la coopération de la grande majorité des Etats concernés, les traités internationaux du Reich suspendus par fait de guerre. (5) De même, la Rép. féd. s'est déclarée prête à honorer les dettes extérieures du Reich et a entreprise également la réparation des actes illicites pour lesquels ce dernier est responsable : ainsi par exemple, en matière de persécutions, et tout récemment encore pour les Alsaciens et Lorrains enrôlés de force dans la Wehrmacht. Logiquement, par contre, quiconque suppose la disparition du Reich en 1945, ou après, devrait en tirer les conséquences du principe du droit international : "actio personalis moritur cum persona". (6) Ce n'est qu'en 1951 et plus tard que les Etats ennemis du Reich ont déclaré -à l'adresse de la Rép. féd. d'une part, à l'adresse du Gouvernement à Berlin-Est pour les Etats alignés sur Moscou, d'autre part- la cessation de l'état de guerre

avec l'Allemagne (dans son ensemble) ; état de guerre qui n'aurait pu durer jusqu'alors si le Reich avait cessé d'exister. Car un état de guerre n'est concevable que contre des Etats, et non pas seulement en rapport avec des territoires. (7) Il ne peut en être différent pour un traité de paix ; on peut ainsi citer l'ultimatum de Chrouchtchov, en 1958/59, menaçant de conclure un traité de paix séparé avec la RDA. Tout récemment encore, le 3 mars 1985, le sous-directeur du département des "Sciences" au Comité central du Parti socialiste unifié d'Allemagne (S.E.D.), le Prof. Schirmer, dans l'hebdomadaire de politique culturelle "Dimanche" (Berlin-Est) a exprimé l'opinion qu'un traité de paix ne serait plus nécessaire, mais n'a pas prétendu qu'un tel traité serait impossible -conséquence inévitable sous l'hypothèse de la disparition du Reich (8). En outre, la Convention sur les relations entre les Trois Puissances et la Rép. féd. d'Allemagne, entrée en vigueur le 5 mai 1955, la Déclaration de l'URSS concernant la souveraineté de la RDA du 25 mars 1954 ainsi que l'Accord sur les relations entre l'URSS et la RDA du 20 septembre 1955, ont créé une situation qui pour les deux Etats allemands -pour la RDA seulement après sa reconnaissance internationale- se schématise le mieux par la formule suivante : "Sous réserve des droits et responsabilités des Quatres Puissances concernant Berlin et l'Allemagne dans son ensemble ... (chacun des deux Etats allemands) exerce la pleine autorité d'un Etat souverain sur des affaires intérieures et extérieures". Ainsi l'a déclaré, le 6 février 1973, le Minister of State, Foreign Commonwealth Office, en ce qui concerne la situation juridique de la RDA. Il n'y a donc "souveraineté" que pour les deux Etats en Allemagne et seulement pour *leurs* affaires intérieures et extérieures. Il n'y a pas souveraineté pour l'Allemagne comme un tout et pour les affaires de celle-là. D'ailleurs la délimitation des affaires soumise à l'autorité souveraine des deux Etats en Allemagne dépend, comme avant, de l'étendue des droits alliés sur l'Allemagne dans son ensemble. Et cet étendue est toujours unilatéralement déterminée par les Puissances alliées qui rangent toujours parmi les affaires concernant l'Allemagne dans son ensemble, et donc de leur compétence, notamment le règlement définitif des questions concernant le territoire et la nationalité allemande. (9) On doit, enfin, attirer l'attention sur la Déclaration quadripartite du 9 novembre 1972, dans laquelle les Trois Puissances occidentales de même que l'URSS -siégeant à Berlin (Ouest) dans le palais précédemment occupé par le Conseil de Contrôle, ont constaté que, en ce qui concerne l'adhésion proposé des deux Etats allemands à l'Organisation des Nations-Unies, celle-ci n'affecterait en aucune manière les droits et responsabilités des Quatres Puissances et les accords, décisions et pratiques quadripartites s'y référants. Dans ce contexte on doit aussi citer le délégué français au Conseil de Sécurité, qui, à l'occasion de l'admission des deux Etats allemands aux Nations-Unies, organisation

qui sous le terme de "nations", unit les Etats du monde et non pas les peuples, s'est référé à cette déclaration de Berlin pour préciser que les deux parties Allemandes sont admises en tant que "nation divisée". Ce que l'on a appelé la nation allemande, l'Etat allemand entier, continue donc à exister, mais il est toujours frappé d'incapacité d'agir ; car, depuis 40 ans, il manque un gouvernement allemand commun, avec responsabilité du moins sur le territoire des deux Etats allemands et de Berlin. Notamment on ne peut pas affirmer, ainsi que l'avaient déjà constaté les Puissances occidentales en 1950, que "le Gouvernement de la Rép. féd. d'Allemagne (soit) le gouvernement de jure de l'Allemagne dans son ensemble". Ainsi, le gouvernement réorganisé sur le territoire fédéral n'a jamais pu être considéré comme davantage que le simple représentant du peuple allemand dans son ensemble.

L'incapacité persistance d'agir de l'Allemagne dans son ensemble se manifeste, le plus clairement, dans l'impossibilité de faire retirer, par traité conclu soit par un des Etats allemands, soit par les deux, un territoire du Reich allemand des droits et responsabilités quadripartites et donc de la souveraineté territoriale de l'Etat allemand dans son ensemble. Ainsi, dans l'Accord concernant le Statut de la Sarre la Rép. féd. et la République française avaient prévu une durée temporelle "jusqu'à la conclusion d'un traité de paix" avec l'Allemagne dans son ensemble, et le Tribunal constitutionnel fédéral, saisi à propos de la Convention, a jugé que la Rép.féd. "n'a pas capacité à disposer du territoire de la Sarre". De même, dans le cas de la Convention belgo-allemande, sur une rectification de la frontière, les Puissances occidentales, se référant aux droits quadripartites, ont indiqué que, contrairement aux stipulations des parties contractantes exprimées dans le Protocole final, la rectification des frontières n'était pas définitive. Enfin, dans le Traité de Varsovie de 1970 sur les fondements de la normalisation des relations entre la Rép. féd. et la Pologne les parties ont inséré l'affirmation "que la ligne frontière existante (le long de l'Oder et de la Neisse) constitue la frontière nationale occidentale de la République de Pologne". Mais on doit, tout d'abord, interpréter ce traité sous l'angle de son art. 4 précisant que "le présent Traité ne porte pas atteinte aux arrangements internationaux bilatéraux ou multilatéraux conclus antérieurement par les Parties, ou les concernant". Il faut ensuite, tenir compte du fait que la Rép. féd. a notifié aux Puissances occidentales que au cours des négociations "le Gouvernement fédéral a clairement indiqué à la République populaire de Pologne que le Traité ... n'affecte en rien et ne saurait affecter les droits et responsabilités (quadripartites), tels qu'ils sont exprimés dans les traités et accords antérieurs. Le Gouvernement fédéral a, de même, attiré l'attention sur le fait qu'il ne peut traité qu'au nom de la Rép. féd. d'Allemagne". La Pologne ne

pourrait plus, après de telles déclarations, douter que le traité n'ait pas pu affecter les frontières de l'Etat allemand dans son ensemble.

C'est peut-être à cause de cela qu'en Pologne on défend la thèse que la souveraineté sur certains territoires à l'est de l'Oder et de la Neisse a été transférée à la Pologne dès l'Accord de Potsdam. Si tel était le cas, on ne comprendrait guère l'attitude de la Pologne pendant les négociations du Traité de Varsovie. En effet, elle n'était, à aucune condition, prête à accepter la formule de Potsdam pour sa frontière occidentale. En guise de compromis, on finit par introduire le terme de "ligne frontière" dans l'art. 1 du Traité (au lieu de terme "frontière" employé dans le "Traité de Görlitz" entre la RDA et la Pologne). Mais en réalité, l'"Accord de Potsdam" ne pouvait pas modifier les frontières de l'Allemagne, puisque, à part de l'absence de la France, l'Allemagne n'y était pas représentée. A ce propos, l'adage "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" semble approprié.

En outre, les trois Gouvernements représentés à Potsdam n'étaient d'accord, en ce qui concerne la Pologne, que "sur le fait que, en attendant le tracé définitif, les territoires ex-allemands ... seront remis à l'*administration* de l'Etat polonais et à *cette fin* ne devront pas être considérés comme partie de la zone soviétique d'occupation de l'Allemagne". Cette terminologie est en contradiction évidente avec le texte adopté par la Conférence concernant le territoire de Königsberg, qui, "en attendant la fixation définitive des problèmes territoriaux par les traités de paix", a de principe accepté son transfert à l'URSS, sur proposition de cette dernière. Même le Traité concernant la frontière polono-soviétique du 16 août 1945 qui contient, d'une part, un règlement définitif de la frontière polono-soviétique sur la "ligne Curzon", ne trace, d'autre part, la "ligne frontière" en Prusse orientale, c'est-à-dire sur le territoire du Reich allemand, que "jusqu'à la solution définitive des questions territoriales lors du règlement de la paix". Même ce Traité soviétique se base donc sur l'hypothèse qu'une acquisition territoriale définitive n'a pas encore été possible.

Il faut aussi rappeler que, selon la formule de Potsdam, les territoires de l'Est seulement remis à l'administration polonaise "à *cette fin* ne devront pas être considérés comme partie de la zone soviétique d'occupation de l'Allemagne". Ceci se manifeste jusqu'à nos jours par "la présence temporaire d'unité de l'Armée soviétique", comme le constate une Déclaration commune de l'URSS et de la Pologne en 1956, dans la ville de Liegnitz (Legnica) en Silésie. Il n'y a aucune base conventionnelle bilatérale polono-soviétique autorisant cette présence sauf le Traité d'amitié, d'assistance mutuelle et de collaboration du 21 avril 1945, qui, cependant, ne pourrait justifier une assistance militaire soviétique que "jusqu'à la victoire complète et définitive" sur l'Allemagne, donc en tout cas jamais au-delà de la capitulation inconditionnelle de cette dernière. Le Traité polono-

soviétique relatif au statut légal des groupes soviétiques stationnés temporairement en Pologne, du 17 décembre 1956, ne justifie, non plus, une telle "occupation". Cependant, la Déclaration du Gouvernement de l'URSS du 30 octobre 1956 révèle innocemment : "Des unités militaires soviétiques sont stationnées dans la République polonaise sur la base de l'Accord quadripartite (sic!) de Potsdam et du Pacte de Varsovie". La même question est traitée dans la Déclaration commune polono-soviétique de 1956: "La présence temporaire des unités de l'armée soviétique ... est toujours désirée, un fait également lié à la nécessité de la présence des forces soviétiques en Allemagne conformément aux traités et accords internationaux". Donc, ici encore invocation des droits quadripartites *relatifs à l'Allemagne*. Puis le Pacte de Varsovie ne peut pas servir de justificatif à un éventuel droit de stationnement et n'est, de même, pas invoqué dans la Déclaration commune, est puisqu'un développement subséquent concernant ce droit n'est pas visible dans la documentation disponible, l'on est poussé à penser que ce dernier est toujours dérivé de l'occupation de guerre de l'Allemagne (*occupatio bellica*).

Tout cela prouve suffisamment que l'"Accord de Potsdam" n'a pas retiré les territoires de l'Est, désignés comme "anciens territoires allemands", des droits et responsabilités quadripartites pour l'Allemagne dans son ensemble et, par conséquence, de la souveraineté territoriale de l'Etat allemand, même vaincu et occupé. En accord avec cette conception, le Tribunal américain à Würzburg a décidé, le 19 juin 1952, que jusqu'au traité de paix, la ville de Breslau n'appartiendrait pas à la Pologne, et en poursuivant son idée, que la Pologne, n'ayant qu'une puissance administrative, ne serait pas autorisée à changer la nationalité de ceux qui habitent les territoires remis à son administration. En ce qui concerne les changements unilatéraux de nationalité accomplis par le Reich allemand pendant la deuxième guerre mondiale (lors de l'occupation de l'Alsace-Lorraine, du Grand-Duché de Luxembourg et d'Eupen-Malmédy), les Puissances occidentales ont adopté le même point de vue en constatant la nullité rétroactive de l'octroi unilatéral de la nationalité allemande.

Aujourd'hui l'on voulait peut-être adopter un autre point de vue en ce qui concerne l'octroi de la nationalité polonaise dans les territoires au-delà de la ligne Oder-Neisse. Car, depuis le Traité de Varsovie de 1970 l'occupation et le droit à l'administration de ces territoires ne peuvent plus guère être contestés. Cependant, aucun transfert de souveraineté n'a eu lieu. Par conséquent, même s'il y avait des règles de droit international coutumier prévoyant un changement automatique de nationalité en cas de succession d'Etats, une telle règle ne saurait s'appliquer au cas présent.

5 - L'opinion que la grande majorité des habitants de la RDA et du secteur oriental de Berlin possède la nationalité allemande au

même titre que les ouest-allemands fut d'abord partagée par le Gouvernement de Berlin-Est. En 1949, ainsi que pour les quelques années suivantes, il est certain que, selon la conception des dirigeants dans la zone soviétique, un nouvel Etat, séparé du Reich allemand, n'a pas été fondé et ne pouvait donc exister. Ce n'est que bien plus tard que le point de vue officiel à Berlin-Est a été changé. Prétendre qu'une citoyenneté autonome de la RDA, séparée de la nationalité allemande, a surgi avec la "fondation de la RDA", est alors une allégation anachronique.

En outre, il paraît inconcevable qu'un Etat, dans le cadre de ses relations internationales, puisse unilatéralement changer son point de vue et par conséquent son statut juridique, en vue d'en tirer des conséquences juridiques définitives touchant sa place dans la société internationale.

Il est encore plus significatif, cependant, que la RDA, comme je l'avais déjà indiqué, ne se soit pas détachée du cadre des droits et responsabilités quadripartites pour l'Allemagne dans son ensemble. Or, la RDA n'aurait pas pu en être destitué par un acte unilatéral de la part de l'URSS, car un tel acte aurait constitué un excès de pouvoir (*ultra vires*). Donc, si la RDA demeure un élément constitutif de l'Etat allemand entier, de même la nationalité de ses habitants n'a pu être modifiée. Et comme, de plus, la nationalité allemande, inséparablement rattachée à l'Allemagne dans son ensemble, fait partie des droits et responsabilités quadripartites, une reconnaissance internationale de la RDA qui ne porte pas atteinte à ces droits ne peut pas non plus affecter le maintien de cette nationalité pour la majorité des citoyens de la RDA : cette reconnaissance reste limitée. C'est bien de cette façon que les Trois Puissances occidentales ont reconnu la RDA -conformément au communiqué de l'OTAN du 8 décembre 1972 dans lequel les Etats membres de l'OTAN constatent que, même en établissant des relations bilatérales à la RDA, "ils continueront à tenir pleinement compte de la situation particulière en Allemagne, caractérisée par le fait que le peuple allemand vit actuellement dans deux Etats, qu'il n'y a pas encore de règlement de paix librement conclu pour l'Allemagne et que, jusqu'à la conclusion d'un tel règlement, les Quatre Puissances conservent leurs droits et responsabilités ci-dessus mentionnés en ce qui concerne Berlin et l'Allemagne dans son ensemble".

Tout cela pourrait peut-être expliquer pourquoi même la RDA n'a pas prétendu qu'une scission de la nationalité en Allemagne se serait déjà produite par le seul fait de sa reconnaissance internationale. Elle a plutôt essayé, par la négociation de conventions consulaires, de faire introduire une telle séparation, toutefois sans grand succès. Ainsi, par exemple, la Convention consulaire entre la République française et la RDA de 1980 ne contient pas de définition des ressortissants des Etats contractants, telle que l'aurait voulu la

RDA. Au contraire, dans l'échange de lettres annexées à la Convention les personnes auxquelles les consuls de l'Etat d'envoi auront le droit d'accéder sont définies comme "les personnes qui sont ressortissantes de l'Etat d'envoi". Le texte ne se prête donc certainement pas à une interprétation de telle façon qu'on puisse reconnaître une nationalité séparée de la RDA. En outre, l'exposé de motifs du Gouvernement français précise expressément que la Convention et l'échange de lettres annexées "ne modifie(nt) en rien la position du Gouvernement français sur la question de nationalité allemande compte tenu des droits et responsabilités quadripartites que la France exerce à l'égard de l'Allemagne dans son ensemble". De même, on a indiqué aux deux Etats en Allemagne que la Convention consulaire n'affecterait en rien la compétence de la Rép. féd. à protéger, comme dans le passé, tous les Allemands au sens de l'art. 116 al. 1 de la Loi fond. -y compris les Allemands de la RDA et du secteur oriental de Berlin, le désirant.

Quant à la situation bilatérale entre les deux Etats en Allemagne, il faut, finalement, noter que le Traité de 1972 sur les bases des relations entre la Rép. féd. d'Allemagne et la RDA fut conclu "nonobstant les divergences de vues entre la Rép. féd. d'Allemagne et la Rép. Démocratique allemande sur les questions fondamentales, dont la question nationale" (préambule). En plus, la Rép.féd. a déclaré à l'occasion de la signature que "des questions de nationalité n'ont pas été réglées par ce traité", tandis que, de son côté, la RDA a déclaré qu'elle "présume que le traité facilitera un règlement des questions de nationalité". La reconnaissance de la RDA comme Etat allemand par la Rép. féd. à partir de l'entrée en vigueur du Traité fondamental ne pouvait donc pas affecter la nationalité allemande de la grande majorité des citoyens de la RDA. De même, la Rép. féd. ne pourrait, de par le domaine restreint de ses compétences intérieures et extérieures, provoquer de telles conséquences : La réduction de la nationalité allemande à une nationalité purement ouest-allemande porterait atteinte à l'Allemagne dans son ensemble, excluant ainsi les territoires autres que les zones occidentales de l'Allemagne du domaine territorial des droits et responsabilités quadripartites. Ce n'est cependant pas un des chefs de compétence relevant des affaires intérieures et extérieures attribuées à la Rép. féd. pour qu'elle puisse y exercer la pleine autorité d'un Etat souverain (pour ainsi revenir aux termes de l'art. 1 al. 2 de la Convention générale).

6 - S'agissant de la sixième thèse concernant la compétence législative de la Rép. féd. en matière de nationalité allemande, il faut, en effet, constater que la législation dans une telle matière est normalement attribué aux organes centraux d'un Etat. Néanmoins, à cet égard, depuis que le Reich a été frappé d'incapacité d'agir, la

situation en Allemagne est devenue exceptionnelle. Le Conseil de Contrôle s'est, le premier, reconnu compétent pour légiférer en matière de nationalité allemande et a, à cet effet, exercé ses prérogatives. Cependant, son ajournement sine die a créé une nouvelle situation. Ne serait-ce que pour des raisons d'ordre pratique, la nouvelle impossibilité de fait de pouvoir adapter le droit de la nationalité allemande aux nécessités dues à l'évolution d'après-guerre ne pouvait pas subsister. C'est dans ces conditions que la constitution réorganisant politiquement les zones occidentales de l'Allemagne, la Loi fond., a aussitôt revendiqué le pouvoir législatif en matière de la nationalité de l'Allemagne dans son ensemble et a fait preuve de ses intentions dans l'art. 116.

Pour mieux comprendre cette position, il faut se rendre compte que, en adoptant la Loi fond., "le peuple allemand dans les Länder ... a également agi au nom des Allemands à qui il a été interdit de collaborer à cette tâche". Formule du préambule de la Loi fond. qui se réfère surtout aux Allemands dans la zone soviétique d'occupation.

Au début, cette revendication ouest-allemande d'une compétence normalement attribuée à l'Etat allemand entier n'était qu'un acte unilatéral de la Rép. féd.. Mais l'approbation de la Loi fond. par les Puissances alliées occidentales a marqué le premier pas d'une reconnaissance internationale, par la suite complétée par un nombre important de traités internationaux conclus entre la Rép. féd. et la grande majorité des Etats. Cette reconnaissance générale s'explique avant tout par le fait que le Gouvernement de la Rép. féd., auquel on n'a pas voulu donner le titre de gouvernement de jure de l'Allemagne dans son ensemble, a quand même été considéré comme l'unique représentant du peuple allemand entier, étant seul sorti d'élections libres, (càd. par l'exercice du peuple allemand de son droit d'autodétermination interne). A cet égard, rien n'a changé jusqu'à présent.

Par contre, la RDA n'était pas aussitôt reconnue comme Etat allemand. Après qu'elle le fut, elle ne revendiqua plus, à cause de sa politique d'"Abgrenzung" (séparation), le droit de légiférer en matière de nationalité de l'Allemagne dans son ensemble. Il n'est donc plus besoin d'examiner si sa compétence à cet égard correspond à celle de la Rép. féd.. Plutôt se pose-t-il la question inverse, à savoir si la RDA pouvait, contrairement à la Rép. féd. avec sa législation concernant la nationalité allemande, se détacher de l'Allemagne dans son ensemble en établissant, par la loi, une citoyenneté séparée.

7 - La dernière thèse soutenant que l'art. 116 al. 1 de la Loi fond. réglerait la nationalité d'un Etat étranger et serait donc contraire au droit international, me semble incompréhensible. D'après les thèses discutées jusqu'ici, la Rép. féd. devrait être considérée

identique au Reich allemand. En légiférant en matière de nationalité allemande, elle n'empiéterait donc pas, d'après cette conception, sur une nationalité étrangère.

Et si selon les lois allemandes, les résidents des territoires au-delà de l'Oder et de la Neisse, ou de la RDA, n'ont pas perdu leur nationalité allemande, cela n'affecte pas la question différente qu'ils puissent, simultanément, posséder la nationalité polonaise ou la citoyenneté de la RDA. Cette question n'est pas réglée par l'art. 116 al. 1 de la Loi fond..

Ce qui reste, c'est l'argument qui affirme qu'un Etat ne peut pas conférer sa propre nationalité, sans leur accord, à des ressortissants d'un autre Etat ou bien aux habitants des territoires qui ne sont pas sous sa souveraineté. Cette thèse n'a pas de base dans le droit international public actuel. Selon l'opinion générale, il faut un lien de rattachement suffisant pour qu'un Etat puisse conférer sa nationalité à un individu conformément au droit international public. Or, un tel lien à un Etat donné n'existe pas seulement en cas de rattachement à son territoire (principe du jus soli) mais aussi en cas de rattachement par l'ascendance d'un de ses ressortissants (principe du jus sanguinis). A cet égard, le cas typique pour les Etats du système du jus sanguinis ne pose aucun problème de conformité au droit international : une personne est née en pays étranger, et a ainsi acquis la nationalité selon la "loi du sol" ; bien que résidant dans ce pays, la loi de l'Etat d'origine d'un de ses parents peut lui faire acquérir, simultanément et selon la "loi du sang", la nationalité d'un de ces Etats sans autre lien de rattachement que ce jus sanguinis.

Enfin, dans le cas concret de l'Allemagne, les particularités de la situation juridique très complexe ont déjà été exposées. Je vais donc conclure mes remarques en réaffirmant que, au vu de l'existence continue de l'Allemagne dans son ensemble comme base aux droits et responsabilités quadripartites, on ne peut pas invoquer une contrariété au droit international si la législation allemande, concernant l'acquisition de la nationalité allemande, se contente d'un lien de rattachement de l'individu concerné à l'Allemagne dans son ensemble ou à un des ressortissants du Reich allemand.

R. R. J. 1987

Pages 891 à 900

INFORMATIONS COMPARATIVES

INFORMATIONS COMPARATIVES

LA REVUE DE DROIT DE MCGILL A PUBLIE DANS SON

VOLUME 31 (1985-1986) (*)

1. - DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

"Canadian Business Negotiations in Post-Mao China : A Progress Report on the New Foreign Economic Legislation"; p. 1.

Par Richard J. Goossen

En 1979, dans le cadre d'une campagne visant la modernisation de son économie à l'aide d'investissements étrangers, la République populaire de Chine promulguait The Law of the Peoples Republic of China on Chinese-Foreign Joint Ventures (J.V.L.). Plusieurs sociétés canadiennes, anxieuses de voir augmenter leurs exportations de technologie et d'expertise technique, ont profité de cette occasion. Certaines sociétés ont négocié des entreprises à capitaux mixtes ("equity joint ventures"). D'autres ont interprété le J.V.L., dont la rédaction est fort ambiguë, comme l'expression d'un désir de la Chine de développer ses relations économiques avec l'étranger. Ce dernier groupe de sociétés, considérablement plus nombreux que le premier, a préféré négocier soit des opérations conjointes moins formelles ("contractual joint ventures"), soit de simples contrats de vente. Après avoir résumé les dispositions de la J.V.L. et les autres lois et règlements pertinents traitant ce sujet, l'auteur étudie les expériences de ces compagnies canadiennes depuis 1979 et isole les facteurs déterminants du succès ou de l'échec de négociations commerciales avec la Chine. Certains de ces facteurs, tels l'insuffisance de la législation chinoise en matière de commerce extérieur, les programmes d'exportation canadiens et l'encombrante bureaucratie chinoise sont, selon l'auteur, des facteurs que ne peuvent contrôler les négociateurs canadiens. Il invite donc les milieux d'affaires canadiens intéressés à négocier leur entrée dans le marché chinois à concentrer leurs efforts sur des facteurs sur lesquels ils ont plus de contrôle. L'approche globale du marché chinois par le Canada qui, jusqu'à ce jour, n'a pas été suffisamment agressive, est un de ces facteurs. Un autre de ces facteurs est l'attitude des négociateurs chinois, laquelle, selon l'auteur, est susceptible d'être influencée par des interlocuteurs capitalistes patients. Le facteur concluant, qui est aussi celui sur lequel les compagnies canadiennes ont la plus grande liberté d'agir, est celui du prix. Ce n'est qu'en offrant leur technologie à des termes plus compétitifs que les investisseurs canadiens seront invités à participer à d'autres entreprises à capitaux mixtes et opérations conjointes en Chine.

(*) Sommaires reproduits avec l'autorisation du McGill Law Journal que nous remercions.

2. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms", p. 50.

Par José Woehrling

L'adoption de la Charte a eu pour effet d'accroître la protection accordée aux minorités linguistiques et culturelles canadiennes. L'auteur examine la portée de cette protection autant en ce qui concerne les minorités francophone et anglophone que les autres groupes minoritaires du Canada, en partie au moyen d'une comparaison avec les garanties découlant de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il traite ensuite de la possibilité de conflits apparaissant entre le principe d'égalité et les droits des minorités enchâssés dans la Charte. Les tribunaux étant appelés à jouer un rôle décisif dans la résolution de ces conflits, l'auteur examine leurs réactions éventuelles à cet égard. Certains concepts juridiques susceptibles d'influencer l'analyse du problème sont pris en considération, en particulier le concept de droits collectifs par opposition aux droits individuels.

3. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Commentaire sur la décision de la Cour suprême du Canada dans le renvoi au sujet des droits linguistiques au Manitoba, jugement rendu le 13 juin 1985", p. 93.

Par Michel Bastarache

Dans cette décision récente, la Cour suprême tente de définir une solution au problème de la législation manitobaine qui est unilingue depuis quatre-vingt dix ans. L'auteur considère d'abord la force obligatoire de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et de l'article 133 de la Loi constitutionnelle, 1867, qui constitue un aspect fondamental de la décision de la Cour. L'auteur porte ensuite son attention sur les conséquences qu'entraînerait un refus de la Législature manitobaine d'adopter les lois dans les deux langues, tout en considérant l'ambiguïté de l'obligation que la Cour a imposée au Manitoba.

4. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"The Quest for Meaning in Charter Adjudication : Comment on R. v. Therens", p. 104.

Par Dennis R. Klinck

L'auteur commente la décision récente de la Cour suprême concernant l'application du sous-paragraphe 10 (b) et de l'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés à l'obtention de la preuve en vue de l'analyse d'un échantillon d'haleine prévu au paragraphe 235 (1) du Code criminel. Dans cette perspective, l'auteur examine les prémisses sur lesquelles la Cour semble fonder son étude de cette question. Même s'il est évident que la Cour suprême n'a pas, à ce jour, développé une théorie cohérente d'interprétation de la Charte, des arrêts comme R. c. Therens indiquent des domaines dans lesquels un tel développement pourrait se réaliser.

5. - RESPONSABILITE CIVILE

"Negligence, Causation and Information", p. 128.

Par Stephen Marks

Ce commentaire présente un modèle qui unifie la notion de négligence et les diverses notions de causalité, dans un cadre simple fondé sur l'information. En fait, ce modèle démontre que la négligence, la probabilistic cause et la cause-in-fact représentent un concept identique appliqué à de différents ensembles d'information. Ce commentaire emploie un cadre unifié en vue de développer un algorithme simple devant servir l'application pratique des principes de causalité dans l'étude du tort de négligence.

6. - DROIT COMMERCIAL

"Equine Business Organizations", p. 159.

Par Nicholas Kasirer

En se servant de l'industrie hippique comme arrière-plan de son analyse, l'auteur étudie le problème auquel font généralement face les avocats qui conseillent leurs clients sur le type d'entreprise le plus approprié à la nature de leurs investissements. L'auteur emprunte le modèle d'un important spécialiste américain du droit des affaires. W.A. Klein, afin de considérer les diverses entreprises reliées aux chevaux pur-sangs non comme des ensembles de règles juridiques abstraites mais plutôt comme des "ententes" négociées entre un nombre quelconque de participants. Ces règles juridiques abstraites, selon l'auteur, n'expliquent pas adéquatement les relations économiques très particulières que l'on retrouve dans les entreprises de course et d'élevage de chevaux. L'auteur envisage donc les différentes formes d'associations commerciales hippiques du point de vue de leurs éléments fonctionnels : le contrôle, la rentabilité, le risque, la durée et les contraintes. En examinant d'abord comment ces aspects de l'"entente" négociée seraient le mieux répartis parmi les participants, les investisseurs dans l'industrie du cheval et les gens d'affaires généralement pourraient exploiter plus efficacement les règles juridiques disponibles pour organiser leurs relations commerciales.

7. - DROIT MEDICAL

"A Justice-Based Argument for the Uniform Regulation of Psychoactive Drugs", p. 212.

Par Chester N. Mitchell

Les "psychotropes" sont sujets à des systèmes de réglementation différents tels la prohibition sous peine de sanctions criminelles pour certains, la prescription médicale pour d'autres ou la libre circulation comme c'est le cas pour la caféine, la nicotine et l'alcool. L'auteur considère cette pluralité de réglementations comme discriminatoire étant donné que tous les psychotropes partagent les mêmes caractéristiques de base. Après avoir démontré que les dommages imposés à la société par l'usage des drogues ne sont pas assez élevés pour justifier une sanction criminelle, et que, d'autre part, la médicalisation générale des psychotropes conférerait au corps médical un pouvoir qu'il n'est pas apte à assumer, l'auteur en vient à la conclusion que le contrôle des psychotropes doit être pris en charge par l'Etat en créant un système uniforme de taxation sur la vente des psychotropes.

8. - DROIT DE LA FAMILLE

"Pure Patriarchy" : Nineteenth-Century Canadian Marriage", p. 264.

Par Constance Backhouse

L'auteur fournit un compte rendu détaillé des attitudes canadiennes envers le mariage et le divorce au dix-neuvième siècle. Dans la première partie de l'article, l'auteur discute des conceptions et des attitudes à l'égard du mariage, et des différences entre elles au niveau de la rhétorique et la réalité. Dans la seconde partie, l'auteur examine les réactions législatives et jurisprudentielles face à l'échec du mariage. En utilisant de façon approfondie les lois et les arrêts du dix-neuvième siècle, l'auteur démontre l'existence d'un contraste entre l'attitude des législatures qui adoptaient un "modèle de compagnons" pour le mariage (i.e. l'égalité entre les époux), les tribunaux adhéraient à un "modèle patriarcal" qui investissait le mari de l'autorité à l'intérieur du mariage. En conclusion, le mariage n'était pas une institution exclusivement morale, comme le prétendait la rhétorique du dix-neuvième siècle, plutôt, le mariage a servi à soutenir la suprématie masculine au Canada.

9. - DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

"Re-thinking Penalties for Corporate Environmental Offenders : A View of the Law Reform Commission of Canada's Sentencing in Environmental Cases", p. 313.

Par John D. Wilson

L'auteur fait l'examen critique d'un rapport de la Commission de réforme du droit par John Swaigen et Gail Bunt, intitulé La détermination de la peine en droit de l'environnement. Ce rapport met l'accent sur les sanctions traditionnellement destinées à prévenir la pollution, dont les amendes et l'emprisonnement. Toutefois, l'auteur estime qu'une réforme plus fondamentale s'avère nécessaire dans le domaine du droit de l'environnement. Les sanctions traditionnelles sont inadéquates et créent des problèmes, particulièrement au niveau théorique, quand elles sont appliquées à des personnes morales telles les corporations. Des sanctions plus innovatrices comme le désinvestissement, la révocation de permis et la probation devraient être mises de l'avant. L'auteur préconise la décriminalisation car les sanctions civiles seraient à la fois plus flexibles et plus efficaces.

10. - PROCEDURE PENALE DROIT CONSTITUTIONNEL

"Dedman c. R. : Pouvoir et fonction se confondent", p. 333.

Par Daniel Jutras

Dans l'affaire Dedman c. R., la Cour suprême s'est récemment prononcée sur l'étendue des pouvoirs policiers d'arrêter au hasard des véhicules afin de faire subir un alcootest à leurs conducteurs. Après avoir analysé l'effet de la coopération d'un conducteur sur l'étendue du pouvoir policier, l'auteur examine les opinions majoritaire et dissidente. Il constate que l'approche choisie par la majorité de la Cour suprême, laquelle est de trouver dans la common law tous les pouvoirs raisonnablement nécessaires à l'exercice de la fonction de policier, constitue une extension induite des attributions de la police.

11. - DROIT MARITIME

"La compétence maritime du Parlement canadien et ses conséquences sur l'application du Code civil", p. 369.

Par André Braën

Après avoir tracé l'origine des sources du droit maritime au Canada, l'auteur s'attarde sur l'expression "navigation and shipping" et tente d'en cerner le contenu en se fondant sur la jurisprudence qui s'est développée autour de l'interprétation du paragraphe 91 (10) de la Loi constitutionnelle de 1867. Il reprend le débat sur la compétence en amirauté de la Cour fédérale. L'auteur constate que la jurisprudence, en définissant la juridiction de la Cour fédérale, n'est pas conforme à celle qui a interprété le partage des compétences en matière de "navigation and shipping". L'auteur met en question l'application par la Cour fédérale de la common law dans les incidences privées de causes d'amirauté même si le litige a pris naissance au Québec et, n'eut été du caractère maritime, aurait été adjugé selon le droit civil du Québec. L'auteur favorise l'application des dispositions du Code civil et constate la réticence de la Cour fédérale à ce faire.

12. - DROIT FISCAL

"Looking the Gift Horse in the Mouth : An Examination of Charitable Gifts Which Benefit the Donor", p. 417.

Par Ellen B. Zweibel

Cet article porte sur la déduction pour contributions aux oeuvres de charité et en particulier sur la définition d'un "don" pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu. Après avoir fait état de l'incertitude et de l'insatisfaction qui règnent en droit canadien suite à des décisions récentes en provenance de la Cour fédérale sur cette question, l'auteur met en évidence les aspects des politiques fiscales sous-jacentes à cette déduction. Notamment, la prohibition par la Loi des déductions pour dépenses purement personnelles et l'intention d'éviter de donner aux organisations charitables un avantage indu font obstacle à la politique fiscale d'encourager les donations charitables. En s'inspirant de la jurisprudence américaine, australienne et canadienne, l'auteur élabore trois tests susceptibles de promouvoir ces politiques fiscales. L'auteur en arrive à la conclusion qu'une combinaison des trois tests serait la solution optimale.

13. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"The Canadian Charter. A Time for Bold Spirits, Not Timorous Souls", p. 456.

Conférence de la Revue de droit de McGill

Par l'Honorable Fred Kaufman

Voici une partie de l'exposé prononcé par Monsieur le juge Kaufman (qui fut le deuxième rédacteur en chef de la Revue) lors de la seconde Conférence annuelle de la Revue de droit de McGill qui eut lieu à la Faculté de droit de l'Université McGill le 30 octobre 1985. Dans son texte, l'auteur insiste sur la nécessité, tant pour les avocats que pour les juges, d'interpréter la Charte canadienne des droits et libertés de façon audacieuse et originale. Plus particulièrement, l'auteur tient à ce que soit réévaluée la pertinence de la Déclaration canadienne des droits.

14. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Defining "Constitution of the province" - The Crux of the Manitoba Language Controversy", p. 466.

Par Margaret A. Banks

L'auteur présente un compte-rendu historique de l'adoption, par la Législature du Manitoba en 1890, du Official Language Act qui abolissait l'usage du français dans les tribunaux et à la Législature de la province. Elle étudie la validité constitutionnelle de l'action législative à la lumière du paragraphe 92 (1) (aujourd'hui abrogé) de la Loi constitutionnelle de 1867, qui permettait à la législature d'amender la "constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur". L'auteur soutient que l'ambiguïté historique des termes "constitution de la province" est responsable du fait que le gouvernement ait adopté une loi qui fut, par la suite, déclarée ultra vires par la Cour suprême du Canada. Elle conclut que l'absence d'une définition précise de ces termes ne peut que mener à de nouvelles controverses constitutionnelles.

15. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Beyond "Manner and Form" : Reading Between the Lines in Operation Dismantle Inc. v. R.", p. 480.

Par J.R. Mallory

L'auteur commente Operation Dismantle Inc. c. R. et les implications de cette décision sur le contrôle judiciaire des actes législatifs et exécutifs. Le problème est étudié sous l'angle de la "manière et forme", une question rarement décidée par les tribunaux mais qui, à la lumière de la Loi constitutionnelle de 1982, pourrait se voir attribuer une importance grandissante en droit canadien.

16. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Comment on Singh v. Minister of Employment and Immigration", p. 496.

Par Julius H. Grey

L'auteur évalue les répercussions de la décision de la Cour suprême dans l'affaire Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration sur les droits constitutionnel, administratif et l'immigration. Cette décision annonce une nouvelle approche plus humaine du droit de l'immigration canadien, et l'influence potentielle de la Charte. De plus, la Cour clarifie le rôle du contentieux administratif et la distinction entre "droit" et "privilège" en droit administratif.

17. - DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

"Current Approaches to Foreign Investment Review in Canada", p. 508.

Par James M. Spence, Q.C.

L'auteur commence la récente Loi sur Investissement Canada qui amende la Loi sur l'examen de l'investissement étranger et qui instaure une nouvelle approche de la réglementation canadienne de l'investissement étranger. Après un bref résumé de la nouvelle loi, l'auteur relève d'éventuelles matières problématiques lors d'un examen des nouvelles dispositions à la lumière des anciennes.

18. - DROIT CONSTITUTIONNEL

"Indian Hunting Rights : Dick v. R., Jack and Charlie v. R. and Simon v. R.", p. 527.

Par Diana Ginn

L'auteur commente trois décisions récentes de la Cour suprême concernant la réglementation provinciale des droits de chasse des Indiens. Les trois décisions ont considéré tour à tour l'article 88 de la Loi sur les Indiens, la liberté de religion, ainsi que la nature de l'interprétation des traités indiens.

19. - DROIT DES BIENS

"Enforcing Rights in Corporeal Moveables : Revendication and its Surrogates", p. 573. (Première partie).

Par R.A. Macdonald

Portant son attention sur les recours concernant les droits mobiliers corporels, l'auteur discute de la façon dont l'action en revendication et ses substituts peuvent être utilisés pour protéger ces droits. L'auteur examine en particulier les retombées de l'évolution des conceptions de la notion de meubles corporels sur certains des principes de base du Code civil du Bas-Canada de 1866, en incitant, notamment, les tribunaux à développer de nouvelles applications des recours traditionnels.

20. - THEORIE GENERALE

"Criticising the Judges" : Some Preliminary Reflections on Style", p. 655.

Par Dennis R. Klinck

Partant des fréquentes allusions faites dans les commentaires juridiques quant à l'importance des "qualités littéraires" dans l'écriture juridique, l'auteur tente d'illustrer une approche de la critique stylistique des jugements. Dans un premier temps, il soutient que le lien intrinsèque entre la forme et le fond fait du style un élément important de la signification, et prétend que les observations stylistiques des commentateurs sont trop souvent superficielles ou impressionnistes, ou qu'elles prennent pour acquis des questions non résolues. Il effectue ensuite une analyse littéraire et linguistique détaillée de trois brefs exemples de prose judiciaire, et cherche à déterminer l'apport du style à l'effet créé par ces passages. Il prétend que la critique stylistique devrait reconnaître que la qualité plus ou moins bonne du style d'un auteur dépend de l'effet que l'auteur veut donner à ce qu'il écrit, et qu'avant d'émettre des affirmations qualitatives sur le style, il faut être à même d'identifier et de décrire les éléments de style et leur influence sur la signification d'un texte.

21. - RESPONSABILITE QUASI-CONTRATS

"L'affaire Lapierre : Vers une théorie économique de l'obligation quasi-contractuelle", p. 683.

Par Michel Krauss

L'auteur commente la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Lapierre c. P.G. Québec à la lumière d'une analyse économique du droit. Après un rappel des faits et des décisions de la Cour supérieure et la Cour suprême, l'auteur procède à une analyse économique des programmes de vaccination massive. Cette analyse permet à l'auteur d'avancer les fondements d'une éventuelle théorie économique des obligations quasi-contractuelles. L'analyse économique du quasi-contrat permet aussi à l'auteur de conclure que le cas de Nathalie Lapierre aurait pu être réglé par le principe de l'enrichissement sans cause du droit civil plutôt que par une loi spéciale.

R. R. J. 1987

Pages 901 à 992

ETUDES

LA PERTE D'UNE CHANCE

Par

Isabelle VACARIE

*Maître de Conférences à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)*

PLAN

INTRODUCTION

- 1 - Perte d'une chance et intégration de la chance dans le champ juridique
- 2 - Perte d'une chance et droit de la responsabilité civile

I - LA PERTE D'UNE CHANCE, CONDITION DE LA RESPONSABILITE

- A - Une solution justifiée : la perte d'une chance de survie ou de guérison
 - 1 - *Analyse de la jurisprudence*
 - 2 - *Orthodoxie du recours à la perte d'une chance*
- B - Une solution contestable : la perte d'une chance d'éviter un dommage
 - 1 - *Analyse de cette solution ...*
 - 2 - *... aujourd'hui censurée par la Cour de cassation*

II - LA PERTE D'UNE CHANCE, MESURE DE LA REPARATION

- A - Perte d'une chance en raison de la probabilité d'un événement heureux
 - 1 - *La règle jurisprudentielle*
 - 2 - *La flexibilité des jugements*
- B - Perte d'une chance en raison d'un risque pathologique
 - 1 - *Analyse de la solution*
 - 2 - *Portée : distinction entre risque pathologique et risque thérapeutique*

CONCLUSION

INTRODUCTION

La réparation de la perte d'une chance est fréquemment ordonnée par les juridictions civiles, pénales ou administratives. Pourquoi ? La question mérite d'être posée car la réparation de ce préjudice signifie que les juges indemnisent la réalisation désormais impossible d'un événement heureux mais *aléatoire*. Plus exactement qu'ils ont *jugé* aléatoire. En effet, un événement n'est pas en lui-même aléatoire, (le terme évoque un résultat, un fait consommé), mais il l'est pour celui qui ignore s'il s'est réalisé ou se réalisera, pour celui qui ne peut l'empêcher ou le produire. L'indemnisation de ce préjudice répond ainsi au doute des juges sur la survenance d'un fait, alors que la technique juridique de la *preuve par présomptions* leur permet justement de combattre les incertitudes en inférant le fait à prouver de faits connus. Quels facteurs les conduisent à conclure au doute et à ordonner une indemnisation malgré leur doute ? C'est ce qui doit être recherché dans la jurisprudence.

Mais avant, le sens d'une telle réparation est à souligner : en indemnisant la perte d'une chance, le juge reconnaît la part de chance - opposée à la volonté - dans la vie humaine. La réparation de ce préjudice s'inscrit ainsi dans le mouvement d'intégration de la chance dans le champ juridique, décrit par M. Alain Benabent (1). Situer liminairement la perte d'une chance dans ce mouvement donnera une première idée de cette notion.

1 - Perte d'une chance et intégration de la chance dans le champ juridique

Les manifestations de cette intégration sont nombreuses dans le droit des obligations si la chance n'est pas limitée à son sens courant d'événement heureux mais envisagée dans son sens propre ; ce terme exprime alors moins la nature de l'événement, qui peut être heureux ou malheureux, que la manière dont il se produit : par l'effet du hasard, selon un processus qui échappe à la prévision ou à la volonté humaine (2). La chance évoque aussi bien un événement aléatoire qui peut se produire comme ne pas se produire, qu'un événement fortuit, dont la survenance était imprévisible ou demeure inexplicée. Autant d'événements non maîtrisés par l'homme : la chance commence où s'arrête le pouvoir humain. Et il est vrai que l'on attribue à la chance, l'imprévu, l'imprévisible, l'inconnu,

(1) *La chance et le Droit*, L.G.D.J. 1973.

(2) "Ce n'est que par une extension de langage, souligne M. Benabent, que la chance est souvent comprise comme désignant la manière heureuse dont peut se produire cet événement. Son sens propre est impartial : il y a la chance, et elle peut être bonne ou mauvaise. Ainsi comprise, la chance équivaut au hasard" (ouvrage préc., p. 5).

l'incertain, l'inexplicable, le fortuit, le casuel. Dans son acception large, la chance recouvre ainsi l'aléa, le hasard, les risques. Ces différents facteurs, le droit les saisit à maintes occasions, pour en compenser les effets négatifs, ou en raison au contraire de leurs virtualités.

L'aléa peut être au centre des prévisions contractuelles. Dès l'origine le Code Civil l'a envisagé en réglementant les contrats aléatoires (3) et les contrats assortis d'une condition casuelle (4) ; les parties ont ainsi la faculté de subordonner l'existence ou les effets de leur lien juridique à un événement futur et incertain. Puis l'instabilité économique et monétaire a incité les contractants à prévoir la révision de leur contrat si des circonstances imprévues, imprévisibles ou inconnues lors de sa conclusion, déséquilibrent les prestations (5). En matière de responsabilité civile, le développement de la responsabilité objective traduit la faveur du législateur et du juge pour la réparation des méfaits dus au hasard, des dommages fortuits (6). Parallèlement les tribunaux ont étendu la réparation à la perte d'une chance de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice. Cette évolution jurisprudentielle résulte de la prise en compte lors de l'évaluation du dommage, de la situation actuelle du demandeur mais également de sa situation virtuelle. On observe ainsi que la même année 1932, la Cour de cassation a admis la réparation de la perte d'une chance (7) et du préjudice futur (8).

Il n'est pas nécessaire de prolonger l'inventaire pour constater la diversité des réactions juridiques aux manifestations de la chance. Le droit intervient pour compenser les coups du sort, a posteriori en organisant la réparation du dommage fortuit, mais surtout préventivement ; le développement actuel de l'assurance en est un exemple significatif. Il dicte les effets de l'aléa sur la loi contractuelle : ainsi l'aléa exclut-il la lésion (9). Mais il saisit aussi

(3) Articles 1104 et 1964 et s. du Code Civil.

(4) Articles 1168 et s. du Code Civil.

(5) V. A. Benabent, ouvrage préc. (1) spécial. n° 88 et s.

(6) Les premières manifestations de cette évolution remontent à la "découverte" de l'article 1384, al.1 par l'arrêt du 16 juin 1896 (D. 1897, I., p. 433, note Saleilles) et au vote de la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail. La responsabilité de plein droit du gardien comme de l'employeur englobe le fait de la chose et l'accident du travail fortuits, dont la cause demeure inexpliquée ou inconnue. Dans le domaine de la responsabilité contractuelle une solution analogue découle de la distinction des obligations de moyens et de résultat. Ainsi depuis l'arrêt du 21 novembre 1911 qui attribue au transporteur une obligation de résultat (D.P. 1913, I., p. 249), celui-ci est responsable de tout accident qui s'est produit en cours de transport, quelle qu'en soit la cause, même si la cause en est demeurée inconnue, dès lors qu'il n'établit pas que le dommage résulte d'une cause étrangère. Sur le développement de la responsabilité objective V. G. Viney, Traité de droit civil, La responsabilité, L.G.D.J., 1982, n° 22 et s.

(7) Cass. Req. 26 mai 1932, S. 1932, I. p. 387; 30 avril 1940, G.P. 1940, II. p. 37. Un tel préjudice était déjà réparé par certaines juridictions du fond. V. notamment C. Appel de Limoges, 24 mars 1896, D. 1898, II, p. 259.

(8) Cass. Req. 1er juin 1932, D. 1932, I, p.102, rapp. de M. le conseiller Pilon.

(9) V. J. Ghestin, Traité de droit civil, Le contrat, L.G.D.J. 1980, n° 558 et s.

directement la chance. Tel est le cas des jeux et paris, que le législateur les condamne ou les légalise. Tel est également le cas de la perte d'une chance : en réparant ce préjudice, le juge saisit et attribue une valeur patrimoniale à la chance individuelle pour ses seules virtualités.

Cette variété des règles juridiques s'explique par la diversité des chances, des événements visés. La chance peut suggérer un événement futur ou s'être déjà matérialisée. Ainsi dans le contrat conditionnel, la condition est un événement futur. A l'inverse, la réparation du dommage fortuit repose sur un fait consommé.

La chance exprime soit l'imprévisibilité soit l'incertitude d'un événement. Le dommage causé fortuitement se caractérise par son imprévisibilité ; et c'est d'ailleurs cette imprévisibilité qui a longtemps justifié sa non-réparation (10). Dans les contrats aléatoires au contraire, un événement précis, envisagé par les deux contractants, est au centre de la convention ; mais sa réalisation - ou tout au moins son moment - est incertaine.

Enfin, la chance peut évoquer un événement positif, heureux ou un événement négatif, malheureux : "*la chance peut être bonne ou mauvaise*" (11). En se concrétisant, elle peut rompre l'équilibre initial et appeler une compensation, ou au contraire permettre un profit. On opposera ainsi une dévaluation monétaire qui déséquilibre les prestations au détriment de l'un des contractants à la chance au jeu. Encore ces exemples montrent-ils que ce qui est heureux pour l'un peut être malheureux pour l'autre.

La perte d'une chance quant à elle évoque une chance de gain ou d'éviter une perte dont bénéficiait la victime, c'est-à-dire un événement positif, futur et incertain. Ces traits, nous le verrons, expliquent les difficultés juridiques que soulève la réparation de ce préjudice, au regard des conditions de la responsabilité civile.

Cependant cette diversité des situations juridiques ne doit pas dissimuler qu'elles traduisent toutes une évolution du droit dans le sens de la reconnaissance de la part de chance dans la vie humaine. Cette reconnaissance bouscule les assises du Code Civil de 1804 qui concevait l'homme "*comme un être noble, maître de lui-même et de son destin*" (12). Le caractère mystificateur de cette conception a été dénoncé (13). Et on observe parallèlement à l'intégration de la chance dans le champ juridique un rétrécissement du rôle de la volonté dans le droit des obligations. Ce mouvement contraire s'explique par l'antinomie de la chance et de la volonté : la chance exclut la volonté,

(10) V. A. Benabent, ouvrage préc. (1) n° 15 et s.

(11) A. Benabent, ouvrage préc. (1), p. 5.

(12) R. Savatier, "Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui", 2ème série, "L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques", Dalloz 1959, p. 10

(13) V. notamment E. Gounot, "Le principe de l'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique", th., Dijon 1912.

la volonté marque la frontière de la chance. Les solutions juridiques traduisent cette opposition. Ainsi le Code Civil distingue-t-il la condition casuelle et la condition potestative, ainsi la faute exclut-elle la force majeure. Et c'est à partir de cette distinction que les tribunaux ont circonscrit la perte d'une chance.

2 - Perte d'une chance et droit de la responsabilité

La jurisprudence concernant la perte d'une chance est abondante, hétérogène ; la motivation des arrêts est parfois déconcertante (14) ; les formules même de la Cour de cassation peuvent être maladroites (15). Cependant, l'examen attentif des décisions révèle que la perte d'une chance est invoquée dans deux hypothèses qui méritent d'être distinguées, car elles ne mettent pas en jeu les mêmes aspects du droit de la responsabilité.

- Soit le juge retient la perte d'une chance lorsqu'il se prononce sur la responsabilité du défendeur, l'admission de ce préjudice étant alors une condition de la responsabilité. Par exemple, au vu des rapports d'expertise, le tribunal estime qu'il n'est pas certain que telle faute médicale soit à l'origine de l'invalidité du patient, mais considère cependant que cette même faute l'a privé d'une chance de guérison.

- Soit le juge n'invoque la perte d'une chance qu'au stade de l'évaluation du préjudice, la responsabilité du défendeur étant déjà établie. Deux exemples : l'appel n'ayant pas été interjeté dans les délais par suite d'une négligence de l'avocat, le juge alloue à son client une indemnité pour compenser la perte d'une chance de gagner le procès ; ou bien, à la suite d'un accident, est réparée la perte d'une chance de promotion ou de secours alimentaires.

Quelle que soit l'hypothèse, le recours à la perte d'une chance traduit l'incertitude du juge. Cependant cette incertitude porte sur le lien de causalité ou l'étendue du dommage. Pour faciliter l'étude de la jurisprudence nous distinguerons ces deux situations, d'autant que chacune suscite des interrogations propres. Le recours à la perte d'une chance dissimulerait-il une responsabilité partielle pour causalité possible ? Est-il compatible avec l'exigence de certitude du dommage ?

I - La perte d'une chance, condition de la responsabilité.

II - La perte d'une chance, mesure de la réparation.

(14) V. notamment Cass. Civ. 1ère, 14 décembre 1965, J.C.P. 1966, II n° 14753, obs. R. Savatier.

(15) V. particulièrement Cass. Civ. 1ère, 2 octobre 1984, Bull. civ. I. n° 245, p. 208.

I - LA PERTE D'UNE CHANCE, CONDITION DE LA RESPONSABILITE

La faute du défendeur n'a-t-elle fait perdre qu'une chance au demandeur ? Cette question se pose moins lorsque ce dernier allègue un manque à gagner (*lucrum cessans*) que lorsqu'il a subi un dommage corporel ou une perte (*damnum emergens*) (16). C'est alors en effet que l'on s'interroge sur le bien-fondé de la réparation de la perte d'une chance, en raison du décalage entre le préjudice subi : un préjudice physique ou économique, et le préjudice indemnisé : la perte d'une chance. Cette solution semble a priori contraire au principe de la réparation intégrale. Lorsqu'un tel préjudice est indemnisé parce que le lien de causalité entre la faute et le préjudice matériel n'a pu être établi, la réaction immédiate est de considérer non plus que la réparation est insuffisante mais qu'elle équivaut à une réparation partielle pour causalité possible. Les décisions allant en ce sens ont d'ailleurs fait l'objet des plus vives critiques (17).

L'indemnisation de la perte d'une chance, en l'absence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice matériel, est certainement contestable lorsque la faute résulte d'une action, d'un fait positif du défendeur. En pareil cas en effet, sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est établi que son action fautive a matériellement contribué à la réalisation du dommage. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, elle peut être induite de présomptions graves, précises et concordantes, mais elle est indispensable (18). Le doute du juge sur la relation causale ne peut justifier une réparation partielle par le biais de l'indemnisation de la perte d'une chance : la règle est en effet celle de la réparation intégrale du préjudice direct. La Cour de cassation veille, nous le verrons, au respect de cette règle.

Est-ce que l'indemnisation de la perte d'une chance, en l'absence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice matériel, est également contestable lorsque la faute résulte d'une abstention ou d'une omission du défendeur ? Cette interrogation est suggérée par la lecture de la jurisprudence. En effet, d'une façon générale, les arrêts ayant décidé que la perte d'une chance est le seul préjudice direct, reprochent au défendeur une faute d'abstention, une abstention dans l'action. Il est sûr que la causalité ne s'apprécie pas de façon identique

(16) Lorsque le demandeur allègue un manque à gagner, se pose la question de la certitude du dommage (V. 2^{ème} partie).

(17) V. tout particulièrement R. Savatier "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?", D. 1970, ch. p. 123.

(18) En ce sens, Cass. Civ. 2^{ème}, 29 avril 1969, Bull. civ. II n° 129, p. 93 ; 31 mai 1972, Bull. civ. II. n° 166, p. 136.

selon la nature de la faute (19). Lorsque la faute résulte d'une abstention, par hypothèse elle n'a pas matériellement contribué à la réalisation du dommage ; cependant les tribunaux et la doctrine sont aujourd'hui unanimes à considérer qu'elle peut être juridiquement causale, s'il est établi que l'action du défendeur aurait évité la réalisation du dommage (20). Ce raisonnement entraîne un déplacement de la preuve. Il ne s'agit plus de reconstituer l'enchaînement de faits passés mais d'imaginer quel aurait été l'enchaînement des faits si le défendeur avait agi, s'il avait satisfait à ses obligations. Ce pronostic imaginaire s'appuie sur les effets à attendre de l'acte omis par le défendeur. Cependant, chaque fois que n'existe pas une relation nécessaire de cause à effet, nul ne peut affirmer que cet acte aurait eu des effets bénéfiques : s'il y a des chances qu'il eût évité le dommage, cela n'est pas certain. Cette part d'incertitude explique le recours à la notion de perte d'une chance, pour sanctionner une abstention fautive. Cette solution s'est particulièrement développée depuis une vingtaine d'années, dans le domaine de la responsabilité médicale, entraînant la réparation de la perte d'une chance de survie ou de guérison. Elle a été également retenue dans des litiges portant sur la responsabilité de professionnels ayant dissimulé à leur client, dans la période précontractuelle, les risques auxquels l'exposait ou que laissait subsister le contrat ; est alors indemnisée la perte d'une chance d'éviter un préjudice.

En matière de responsabilité médicale, le raisonnement judiciaire est le suivant : s'il ne peut être affirmé qu'une intervention médicale immédiate aurait assuré la survie ou la guérison du patient, néanmoins il y a des chances - plus ou moins grandes selon les cas - qu'il en fût ainsi. Ce raisonnement révèle que le recours à la perte d'une chance est dicté par l'aléa thérapeutique. L'acte médical est en effet très généralement considéré comme un acte comportant une part d'aléa. Cet aléa a conduit la Cour de cassation à affirmer que le médecin n'était tenu qu'à une obligation de moyens : celle de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science (21). La notion de perte d'une chance de survie ou de guérison traduit quant à elle l'influence de l'aléa thérapeutique sur la causalité (A).

On peut penser que la réalisation d'un risque caché au contractant appelle un raisonnement analogue. Dûment informé des

(19) V. Aubry et Rau, *Droit civil français*, tome IV par A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, Librairies Techniques, 7ème éd., 1975, n° 354, 355 et 389 ; A. Weill et F. Terré, *Les obligations*, Précis Dalloz, 4ème éd. 1986, n° 741 note 1.

(20) La formule de la deuxième Chambre civile, dans un arrêt du 18 mai 1955, résume parfaitement la position de la Cour de cassation : "Attendu qu'une abstention peut être fautive lorsqu'elle constitue l'inexécution d'une obligation d'agir ; que d'autre part cette faute ne saurait être déclarée sans rapport avec le dommage si les précautions omises étaient de nature à en écarter le risque".

(21) Cass. Civ. 20 mai 1936, S. 1937, J. p. 321, note A. Breton.

risques du contrat, il y a des chances que le demandeur se fût prémuni, mais cela n'est pas certain ; dès lors le silence du défendeur ne lui a fait perdre qu'une chance d'éviter un préjudice. Pourtant, les deux situations ne sont pas identiques : un traitement médical est par nature aléatoire en raison de l'état pathologique du patient ; les mesures destinées à prévenir un risque n'ont pas ce même caractère à l'égard du contractant, puisque la décision de les prendre lui appartient, relève de sa propre volonté. Le rôle de la volonté du demandeur dans la production de l'événement qui lui aurait été bénéfique exclut la chance, et rendre par là-même contestable la réparation de la perte d'une chance (B).

A - Une solution justifiée : la perte d'une chance de survie ou de guérison

Depuis une vingtaine d'années, la réparation de la perte d'une chance de survie ou de guérison est admise par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Un arrêt de la première Chambre civile du 17 novembre 1982 a pu être interprété comme condamnant cette solution (22) : il censurait en effet le recours des juges du fond à la notion de perte d'une chance parce qu'ils n'avaient pas jugé établi le rôle causal de la faute médicale dans la réalisation du dommage corporel. Mais depuis, la Cour de cassation a réaffirmé l'indemnisation possible de ce préjudice (23). Contrairement aux apparences, il n'y a pas de contradiction si l'on tient compte de la nature des fautes retenues dans chaque espèce : faute par commission ou faute par omission.

D'une façon générale en effet, les décisions ayant retenu la perte d'une chance de survie ou de guérison reprochent au médecin une faute d'abstention, une omission dans l'exercice de son activité de soin, une abstention dans l'action (24) . La perte d'une chance a été au contraire censurée par la Cour de cassation dans des espèces où la faute du médecin résultait d'un fait positif. Ces solutions différenciées traduisent l'influence de la nature de la faute médicale sur la preuve de la causalité (parag. 1) et sont, selon nous, justifiées (parag. 2).

(22) J.C.P. 1983, II. n° 20056, obs. M. Saluden ; D. 1984, p. 305, note A. Dorsner-Dolivet, obs. Durry, R.T.D.C. 1983, p. 547.

(23) V. Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 1985, Bull. civ., I. n° 10, p. 10 ; 12 novembre 1985, 2 arrêts, Bull. civ. I. n° 298, p. 264 et n° 299, p. 265. En ce sens J. Penneau, note sous Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 1985 et 27 mars 1985, D. 1986, p. 390.

(24) En ce sens J. Bore "L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité dommageable", J.C.P. 1974. I. n° 2620 (spéc. n° 37 et 45).

*1 - Analyse de la jurisprudence*a) La perte d'une chance de survie ou de guérison est imputée à une faute d'abstention.

1) Pour montrer la relation entre faute d'abstention et perte d'une chance, citons quelques unes des fautes médicales auxquelles ce préjudice a été imputé. Défaut d'examens pré-opératoires (25), défaut de surveillance du patient (26), omission de s'assurer du concours d'un anesthésiste-réanimateur (27), retard apporté aux investigations et traitements nécessaires (28), telles sont les fautes relevées dans les arrêts de la première Chambre civile. Elles sont analogues dans les décisions rendues par la Chambre criminelle ou le Conseil d'Etat. Si la Chambre criminelle a très clairement affirmé que le médecin ne pouvait être déclaré pénalement responsable sur la base des articles 319 ou 320 du Code Pénal, en l'absence d'une relation causale certaine entre la faute médicale et le dommage corporel subi par la victime (29), elle a au contraire jugé que la responsabilité civile du médecin pouvait être engagée dès lors que sa faute avait fait perdre une chance au patient ; et ceci dans un litige où il était reproché au médecin ayant pratiqué un électrochoc de ne s'être pas assuré du concours d'un anesthésiste-réanimateur (30). Le Conseil d'Etat a également admis la responsabilité des établissements publics hospitaliers en raison d'une faute lourde médicale ou du fonctionnement défectueux du service, ayant compromis les chances de survie ou de guérison du patient (31). Et l'on trouve dans ces décisions le même type de fautes que dans le contentieux judiciaire : absence d'examen du patient, défaut de soins lors de son arrivée à l'hôpital (32), appel tardif du chirurgien par le personnel infirmier (33).

(25) Cass. Civ. 1ère, 18 mars 1969, J.C.P. 1970, II. n° 16422 (1ère espèce), obs. A. Rabut ; C. Appel de Lyon, 5 décembre 1974, D. 1975, som. p. 100.

(26) Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1971, Bull. civ. I, n° 171, p. 144 et n° 172, p. 145.

(27) Cass. Civ. 1ère, 27 janvier 1970, J.C.P. 1970, II. n° 16422 2ème espèce, Bull. civ., I. n° 37, p. 30 ; Rapp. Cass. Civ. 1ère, 21 novembre 1978, (J.C.P. 1979, n° 19033, note R. Savatier) qui reproche au chirurgien d'avoir laissé son associé "qu'il savait ne pas être un spécialiste" procéder à une anesthésie délicate.

(28) Cass. Civ. 1ère, 17 novembre 1970, Bull. civ. I. n° 301, p. 247 ; Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1978, Bull. civ. I. n° 167, p. 134, J.C.P. 1978 n° 18966, note R. Savatier.

(29) Cass. Crim. 7 janvier 1980, G.P. 14/15 novembre 1980.

(30) Cass. Crim. 9 janvier 1979, J.C.P. 1980, n° 19272, note F. Chabas ; Lyon, ch. accus. 1er décembre 1981, D. 1982, som. p. 276.

(31) M. Laroque "La réparation de la perte de chances", G.P. 6/7 novembre 1985.

(32) C. Etat 18 novembre 1966, Gojat Rec. p.613 ; 19 décembre 1984, Boehrer, Rec. p. 433.

(33) C. Etat 24 avril 1964, Hôpital-hospice de Voiron, Rec. p. 259 ; également Trib. administratif de Rennes, 4 janvier 1984, Centre Hospitalier de Quimper, qui retient la responsabilité de cet établissement, le retard mis à administrer des soins au patient du fait de l'arrêt de l'ascenseur lui ayant fait perdre une chance sérieuse de survie.

2) La jurisprudence la plus récente confirme cette corrélation entre perte d'une chance et abstention médicale fautive. Il suffit pour s'en convaincre de comparer deux arrêts de la première Chambre civile : l'un du 12 novembre 1985 (34), l'autre du 17 novembre 1982 (35). Dans le premier litige, il était reproché au médecin de n'avoir pas adressé un patient victime d'une hémiplegie à un service spécialisé et d'avoir retardé d'autant l'intervention nécessaire. Pour les juges de fond, il n'existait pas de lien de causalité prouvé entre la prétendue faute du médecin et le dommage "*même sur le terrain de la perte d'une chance*", l'expert ayant déclaré qu'il n'est pas certain que l'hémiplegie se serait trouvée mieux guérie si l'intervention avait été précoce. La première Chambre civile casse cette décision car juge-t-elle, "*la Cour d'appel s'est ainsi bornée à constater l'absence de relation causale entre le retard dans les soins donnés et les séquelles dont souffre (le patient) (...) sans rechercher s'il n'existait pas néanmoins un lien de causalité entre ce retard et la simple perte des chances que le malade avait avant d'être guéri*". Au contraire, lorsque le 17 novembre 1982, la première Chambre civile a très fermement condamné le recours à la notion de perte d'une chance en l'absence d'une relation causale certaine entre la faute et le dommage corporel, les juges du fond reprochaient au médecin un fait positif : l'imprudence commise en poursuivant une intervention, malgré l'apparition d'une hémorragie créant un risque d'embolie.

3) Cette corrélation entre perte d'une chance et faute médicale d'abstention est-elle fortuite, ou bien s'explique-t-elle par les conditions différentes de preuve du lien de causalité, selon la nature de la faute ?

* Lorsque la faute du médecin résulte d'une abstention, par hypothèse elle n'a pu matériellement contribuer à la réalisation du dommage ; le décès ou l'invalidité du patient résulte de l'évolution spontanée de la maladie. On observe d'ailleurs que l'enchaînement des faits est connu et n'est pas discuté. Les tribunaux n'excluent pas pour autant tout lien de causalité, mais il est alors déduit du bénéfice que l'on pouvait attendre d'une intervention médicale immédiate. La preuve est en conséquence déplacée : elle porte sur la capacité d'une telle intervention à enrayer le processus morbide. Le plus souvent les juges du fond commettent un expert pour les éclairer (36). Ils demandent à l'expert si le patient correctement traité aurait survécu, aurait évité l'infirmité dont il reste atteint. Plus qu'en tout autre domaine, la réponse du technicien est fréquemment dubitative en

(34) Premier arrêt préc. (23).

(35) Préc. (22).

(36) Art. 232 du nouveau Code de Procédure Civile ; sur les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, V. le Xème colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à cette question (Coutiers, mai 1975), P.U.F. 1976.

raison de l'état pathologique du patient. Les examens et traitements appropriés étaient susceptibles d'enrayer le processus morbide, mais la survie ou la guérison du patient n'était pas certaine (37). Cette part d'aléa conduit les tribunaux à considérer que le décès du patient ou son invalidité ne peut être imputé en toute certitude à l'abstention fautive du médecin ; aussi le médecin n'est pas déclaré responsable de la mort ou de l'état actuel du patient. Néanmoins, si le médecin avait correctement rempli son obligation de soin, le patient aurait eu une chance de survivre ou de guérir ; l'abstention médicale l'a privé de cette chance. La première Chambre civile a ainsi plusieurs fois jugé que la faute médicale avait fait perdre une chance au patient, après avoir relevé qu'une intervention médicale immédiate aurait pu enrayer le processus mortel (38).

* Au contraire lorsque la faute médicale résulte d'un acte positif (faute opératoire, injection ou prescription contre-indiquées ou excessives par exemple), la contribution matérielle de cette faute à la réalisation du dommage corporel doit être établie. Si elle ne peut l'être directement, le juge peut l'induire de présomptions graves, précises et concordantes (39). Mais cette preuve est indispensable à la mise en cause du médecin. La Cour de cassation l'a très clairement rappelé dans son arrêt du 17 novembre 1982 (40). Dans cette espèce, les experts s'étaient montrés très dubitatifs sur le rôle causal de l'imprudence du médecin ; ils croyaient davantage à une cause fortuite. Retenant leur conclusion, la Cour d'appel de Versailles conclut au défaut de lien de causalité entre l'imprudence du médecin et le dommage corporel. Néanmoins elle reprocha au médecin *"d'avoir augmenté les chances de son malade d'être exposé à la complication survenue"*. Pour la Cour d'appel, l'imprudence du praticien a aggravé le risque d'embolie, aggravation qui, à elle seule, équivalait à la perte d'une chance, et engageait dès lors sa responsabilité. La première Chambre civile a cassé cette décision pour violation de l'article 1147

(37) Pour un exemple significatif, V. Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1978, Bull. civ. I, n° 18966, obs. R. Savatier.

(38) Cass. Civ. 1ère, 27 janvier 1970, préc. (27) ; 17 novembre 1970, préc. (28) ; 25 mai 1971, préc. (26) ; 2 mai 1978 préc. (28).

(39) Articles 1353 C. Civ. La 1ère chambre civile a par exemple approuvé une Cour d'appel d'avoir retenu un lien de causalité entre une prescription médicamenteuse excessive et une affection dermatologique ayant entraîné une cécité presque totale au motif que "la très grande probabilité dont les experts faisaient état en ce qui concerne l'existence d'un lien de causalité entre l'absorption du Fanasil et l'apparition du syndrome de Lyell équivalait à une certitude, dès lors qu'il était affirmé que dans un très grand nombre de cas ce syndrome survenait à la suite de l'administration d'un tel médicament et qu'aucune autre hypothèse n'était formulée en l'espèce en ce qui concerne son apparition" (Cass. Civ. 1ère, 29 mai 1979, Bull. civ. I, n° 156, p. 126). La démarche des juridictions pénales est analogue. Ainsi la Chambre criminelle a-t-elle admis que l'atteinte à l'intégrité corporelle d'un patient soit due à l'injection d'un produit anesthésique malgré les symptômes réactionnels qui en commandaient l'arrêt. (Cass. Crim. 12 juillet 1961, Bull. crim. n° 335, p. 636). Sur la preuve du lien de causalité, V. également Cass. Civ. 1ère, 28 octobre 1974, Bull. civ. n° 283 p. 242 et 11 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 269, p. 210.

(40) Préc. (22).

du Code Civil, rappelant ainsi l'exigence d'un lien de causalité entre l'acte fautif du médecin et la réalisation du dommage corporel.

S'il apparaît ainsi que le recours à la perte d'une chance résulte du mode de preuve particulier du rôle causal d'une faute médicale d'abstention, il faut ajouter pour que l'analyse de la jurisprudence soit complète, que la perte d'une chance n'est pas imputée à toute faute médicale d'abstention.

b) Mais la perte d'une chance de survie ou de guérison n'est pas nécessairement imputée à toute faute médicale d'abstention.

La responsabilité du médecin est exclue si le processus pathologique était irréversible, si l'aggravation de l'état du patient était inéluctable (41). Elle est également écartée lorsque l'influence causale de la faute apparaît aux tribunaux comme trop incertaine, parce qu'il résulte des rapports d'expertise que rien ne contredit l'hypothèse du caractère inéluctable de la mort ou de l'infirmité (42), rien ne permet d'affirmer que des examens ou traitements préalables auraient contribué à prévenir le dommage (43).

A l'opposé, la première Chambre civile et la Chambre criminelle ont toujours approuvé les juges du fond d'avoir déclaré un médecin personnellement responsable du décès ou de l'infirmité du patient si l'abstention fautive du praticien était à l'origine du processus pathologique ayant conduit à la mort ou au dommage corporel (44). Parmi les énonciations des Cours d'appel, la Cour de cassation relève tout particulièrement que selon l'avis des experts, le dommage aurait dû être évité (45). Mais il faut également noter la tendance de la Chambre criminelle à retenir la responsabilité personnelle du médecin chaque fois qu'elle juge sa faute inacceptable, le lien de causalité étant alors présumé en raison de la gravité de la faute (46).

La perte d'une chance de survie ou de guérison se situe entre ces deux solutions : le médecin n'est pas déclaré responsable du

(41) C. Etat 27 avril 1984, Tronville, Rev. Droit san. et soc. 1985, p. 165, note F. Moderne.

(42) Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1971, Bull. civ. I. n° 169, p. 142 ; Cass. crim. 9 janvier 1979 préc. (30). Rapp. Cass. civ. 1ère, 27 mars 1985 préc. (23).

(43) C. Etat 31 janvier 1964, Melle Bruchet, Rec. p. 71 ; Cass. civ. 1ère, 20 mars 1984, Bull. civ. I. n° 107, p. 89, G.P. 19 janvier 1985, p. 9, note A. Dorsner-Dolivet, 12 novembre 1985, Bull. civ. I. n° 299, p. 265 ; comp. avec le 1er arrêt rendu ce même jour préc. (23). Autre exemple significatif : Cass. civ. 1ère, 2 mai 1978, Bull. civ. I. n° 133, J.C.P. 1978, IV, p. 205 à comparer avec l'autre arrêt rendu ce même jour préc. (28).

(44) V. Cass. Civ. 1ère, 18 juin 1970, Bull. civ. I. n° 212, p. 173 ; 1er juin 1976 (2 arrêts), Bull. civ. I. n° 208, p. 168 et J.C.P. 1976, II, n° 18483 observations R. Savatier ; 13 juin 1978, D. 1978, som. p. 255 ; Cass. crim. 25 mai 1982, Bull. crim. n° 134, p. 368 ; 27 novembre 1984, Bull. crim. n° 369, p. 976.

(45) V. spécialement Cass. Civ. 1ère, 1er juin 1976 préc. (44).

(46) V. les arrêts de la Ch. crim. préc. (44). Comp. avec C. Cass. Belge, 2ème ch. 23 septembre 1974, J.C.P. 1976, II, n° 18216, obs. R. Savatier.

dommage corporel parce qu'un lien de causalité certain n'est pas établi, mais il n'est pas non plus dégagé de toute responsabilité parce que, s'il avait correctement rempli son obligation de soins, il est possible que le patient ait survécu, ait guéri, en raison des virtualités du traitement approprié (47).

En définitive, l'imputation à la faute médicale d'abstention soit du dommage corporel, soit de la seule perte d'une chance, ou au contraire l'exonération de toute responsabilité médicale, dépendent du degré d'efficacité attribué au traitement qui eût été approprié (48).

2 - *Orthodoxie du recours à la perte d'une chance*

1) Les plus vives critiques ont été adressées à cette jurisprudence, particulièrement par René Savatier. Pour cet auteur, elle élude l'une des trois conditions de la responsabilité pour faute : à savoir le lien de causalité entre la faute et le dommage. Elle pallie l'incertitude du juge sur le rôle causal de la faute médicale (49). *"N'ayant pu déchiffrer le mystère d'une causalité, il déclare "au jugé" que la faute créait une chance sur deux, trois, quatre ou vingt de produire le dommage. Et il condamne l'auteur de la faute à réparer, dans cette proportion, un préjudice dont il ignore en réalité s'il est dû à cette faute"* (50). A cette analyse on peut objecter que dans les différents litiges, les juges du fond n'avaient pas à *"déchiffrer le mystère d'une causalité"* ; ils n'avaient pas à établir si tel acte du médecin avait concrètement contribué au dommage corporel ; ils devaient rechercher, pour décider du rôle causal de l'abstention médicale, si le traitement approprié eût évité le dommage, ce qui n'est pas la même chose. En réalité, la critique de René Savatier résulte de ce qu'il ne tient pas compte de l'appréciation différenciée de la causalité suivant la nature de la faute médicale. Nous l'avons vu, l'objet de la preuve n'est pas le même.

Cela explique également le procès fait par ce même auteur, mais aussi par M. Penneau au rôle des statistiques médicales dans l'administration de la preuve du lien de causalité. Pour René Savatier *"c'est seulement dans la logique de la cause par rapport aux lois biologiques que doit se former la conviction du juge sur la causalité du dommage"* (51). Et ajoute M. Penneau *"il existe un abîme profond entre les chances statistiques d'évolution d'une affection donnée et les*

(47) V. supra.

(48) Sur l'appréciation judiciaire du caractère certain, probable ou éventuel d'un fait, v. deuxième partie.

(49) R. Savatier "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?" Chron. préc. (17). V. également J. Penneau, La responsabilité médicale, Sirey 1977, n° 103 et s. ; G. Mémeteau, Perte de chance en droit médical français, Mc Gill Law Journal 1986, p. 126.

(50) R. Savatier, obs. sous Cass. crim. 30 octobre 1974, D. 1975, p. 178 ; comp. J. Carbonnier, "La Justice de Salomon", in Flexible Droit, L.G.D.J., 5ème éd., 1983, p. 307.

(51) R. Savatier, obs. sous Cour de cassation Belge, 23 septembre 1974, préc. (46).

chances individuelles du patient atteint par cette affection ; or, dans chaque espèce déterminée, ce sont les chances individuelles qui sont seules en cause" (52). A cela on objectera que pour apprécier le rôle causal d'une faute médicale d'abstention, le juge sera nécessairement conduit à prendre en considération les virtualités statistiques du traitement qui eût été approprié à l'état du patient. Comment en effet juger des conséquences dommageables d'une abstention si ce n'est par référence aux effets connus d'une intervention dans des circonstances analogues.

2) Le respect de l'exigence d'un lien de causalité certain conduit au contraire à déclarer le médecin responsable de la seule perte d'une chance, chaque fois que les résultats bénéfiques d'une intervention immédiate ont été jugés aléatoires : en raison de cet aléa thérapeutique, la perte d'une chance paraît bien alors le seul préjudice qui puisse être imputé de façon certaine à l'abstention médicale. Comme l'a souligné M. le Professeur Durry *"en droit, le médecin n'a pas l'obligation de guérir, mais celle de bien soigner et s'il a mal soigné, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir guéri, mais seulement d'avoir diminué les chances de guérison"* (53).

3) Encore faut-il très clairement préciser le domaine de cette responsabilité fondée sur la privation d'une chance de survie ou de guérison :

- La perte d'une chance ne peut être invoquée pour fonder la responsabilité d'un médecin dont la faute résulte d'un fait positif. Dans ce cas, la participation matérielle de sa faute à la réalisation du dommage corporel doit être prouvée. Certes cette preuve peut être rapportée par tous moyens, puisqu'il s'agit de prouver un fait ; elle peut l'être notamment par présomptions ; mais elle est indispensable. Toute décision ayant recours à la notion de perte d'une chance parce que le lien de causalité entre le fait positif fautif et le préjudice physique n'a pu être établi avec suffisamment de certitude, mérite certainement la censure : une telle solution équivaut en effet à une réparation partielle pour causalité possible.

- Par contre, la perte d'une chance de survie ou de guérison peut être imputée à une faute médicale d'abstention si les résultats du traitement le plus approprié ont été jugés aléatoires. Cependant, il y a des degrés dans l'aléa : du très probable au peu probable. Aussi peut-on considérer que la perte d'une chance constitue un préjudice à la fois direct et certain chaque fois que les chances de survie ou de

(52) J. Penneau, note sous Cass. civ. 1ère, 27 mars 1973, D. 1973, p. 595 ; comp. J. Boré, article préc. (24), spéc. n° 25.

(53) Obs. R.T.D.C. 1967, p. 182. Cet auteur approuve sans réserve la réparation de la perte d'une chance dans le domaine de la responsabilité médicale ; V. ses observations à la R.T.D.C. 1969 (p. 797), 1972 (p. 408), 1975 (p. 712), 1983 (p. 547).

guérison l'emportaient sur les risques de décès ou d'invalidité. C'est là bien sûr une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

B - Une solution contestable : la perte d'une chance d'éviter un dommage

Un contentieux relativement abondant résulte du manquement de certains professionnels à leur devoir d'information (54). Au fil des espèces les tribunaux ont précisé cette obligation professionnelle, mais l'unanimité ne s'est pas réalisée sur les conséquences juridiques de cette faute : le professionnel doit-il réparer l'entier préjudice subi par son client si se réalise le risque caché ? Ou ne doit-il réparer que la perte d'une chance, celle d'éviter un dommage ?

Une observation préliminaire : si les conséquences préjudiciables du défaut d'information d'un contractant apparaissent une fois le contrat conclu et parce qu'il l'a été, la faute reprochée au professionnel a été commise antérieurement, dans la période précontractuelle (55). Elle peut être le fait du co-contractant lui-même, mais aussi d'un mandataire, tel un agent immobilier, ou d'un officier ministériel, un notaire par exemple (56).

Le professionnel est jugé fautif parce qu'il a tu les risques que comportait ou ne couvrait pas le contrat, ou bien parce qu'il a induit en erreur le contractant sur l'étendue de ses droits et obligations. Si le risque caché se réalise ou parce que la réalité juridique est moins favorable au contractant que l'apparence donnée, celui-ci demande réparation. Se pose alors la question du lien de causalité entre la faute reprochée au défendeur : un manquement à son obligation d'information, et le dommage allégué par le demandeur : les suites préjudiciables d'un contrat qu'il a personnellement conclu. Une raison de douter de ce lien a été invoquée : l'incertitude sur le comportement du demandeur s'il avait été correctement informé du risque qu'il courait, incertitude dictant de n'indemniser que la perte d'une chance d'en éviter la réalisation. La Cour de cassation écarte aujourd'hui cette solution (parag. 2). Pourquoi ? C'est ce qu'il faut analyser (parag. 1).

(54) Sur le devoir d'information, v. G. Viney, *Traité de Droit Civil, La Responsabilité*, L.G.D.J., 1982, spécial. n° 502 et les références données. J. Ghestin, *Traité de Droit Civil, le Contrat*, L.G.D.J. 1980, n° 457 et s. ; également Conformités et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983, n° 95 et s. et les références données.

(55) Sur la nature de la responsabilité qui en découle, v. G. Viney, ouvrage préc. n° 200 ; et J. Ghestin, ouvrages préc..

(56) J.L. Aubert, *Responsabilité professionnelle des notaires*, Répertoire du notariat Défrénois, 2ème éd. 1981.

1 - Analyse de cette solution ...

Certaines décisions écartent le lien de causalité entre le silence du défendeur et le préjudice matériel subi par le demandeur parce qu'il supposerait une relation certaine de cause à effet entre la faute et l'engagement contractuel du demandeur ; or il n'est pas sûr que ce dernier, dûment informé des risques de l'opération, n'ait pas contracté ou ait personnellement pris les garanties nécessaires. Le raisonnement est le suivant : l'absence de préjudice réclamait que le demandeur ait été correctement informé, mais en outre qu'il n'ait pas contracté ou se soit prémuni ; or s'il est possible que dûment informé, il n'ait pas contracté, cela n'est pas certain ; peut-être le demandeur eût-il subi le même préjudice, en l'absence de toute faute du défendeur. Néanmoins, par sa faute, le défendeur n'a pas mis le demandeur en situation d'éviter le dommage, lui faisant perdre ainsi une chance de l'éviter. La réparation de la perte d'une chance est ainsi motivée par l'incertitude du juge sur le comportement du demandeur s'il avait été correctement informé et par le doute qui en résulte sur le rôle causal de la faute.

La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 5 novembre 1974, qu'un chirurgien, en n'informant pas son patient des risques de l'opération qu'il envisageait, l'avait privé d'une chance d'éviter une invalidité (57). La Cour d'appel de Rennes a adopté une solution analogue le 9 juillet 1975 à l'égard d'un organisme de prêt ayant dissimulé à un emprunteur le refus de l'assureur de couvrir le risque d'invalidité (58).

Ce raisonnement se heurte pourtant à plusieurs objections.

1) Dûment informé, peut-être le demandeur eût-il néanmoins accepté l'intervention ou contracté l'emprunt. Cependant, et c'est là l'important, la décision lui appartenait. La chance évoque au contraire un fait échappant à la volonté (59). Il n'y a de chance pour une personne que lorsqu'un événement est pour elle-même aléatoire, ce qui sous-entend que la réalisation de cet événement s'il est heureux, ou au contraire sa non-réalisation s'il est préjudiciable, sont indépendantes de son propre fait, de sa propre volonté. Le contrat aléatoire se caractérise ainsi par l'incertitude des parties sur l'une au moins des prestations, son montant ou son exécution dépendant d'un fait dont les parties, lors de la conclusion du contrat, ignorent la survenance. De même la perte d'une chance suppose que l'événement

(57) Bull. civ., I n° 291, p. 250.

(58) D. 1976, p. 417, note J. Schmidt et obs. G. Durry, R.T.D.C. 1976, p. 547. Dans le même sens Cour d'appel de Rennes, 10 février 1982, décision cassée par la 1ère chambre civile le 12 juillet 1983 (Bull. civ. I. n° 206, p. 184).

(59) Sur la notion de chance individuelle, v. l'introduction.

dont le fait dommageable a exclu la réalisation fut aléatoire pour le demandeur. Fonder la réparation de la seule perte d'une chance sur le caractère hypothétique de la décision qui aurait été prise par le demandeur revient à assimiler acte volontaire et événement aléatoire, alors que chance et volonté sont antinomiques. Le rôle actif qu'aurait pu jouer le demandeur dans la prévention du risque exclut la perte d'une chance (60).

2) La négation d'une relation causale certaine entre le défaut d'information du demandeur et son préjudice matériel part de l'idée - exacte - qu'il n'y a pas de certitude absolue sur le comportement qu'il aurait adopté s'il avait été correctement informé ; il n'existe pas en effet une relation nécessaire de cause à effet entre l'information du contractant et sa décision. Mais cela interdit-il toute reconnaissance judiciaire d'un lien de causalité ? La réponse est négative dès lors que le lien de causalité peut être prouvé par tous moyens et notamment par présomptions (61). L'admissibilité de ce dernier mode de preuve signifie en effet que le juge peut retenir le lien de causalité à partir d'un ensemble d'indices objectifs lui permettant de présumer la décision qu'aurait prise le demandeur s'il avait été correctement informé. C'est le but des présomptions de fait que d'autoriser le juge à tenir pour établi ce qui est vraisemblable, probable (62). Notons que cette démarche judiciaire qui consiste à induire d'indices tels que la gravité du risque caché le comportement vraisemblable du contractant est déjà celle du juge qui prononce l'annulation d'un contrat pour réticence dolosive (63).

3) Une troisième objection enfin porte sur la solution proprement dite : le professionnel n'est pas jugé responsable du dommage matériel causé à son client par la réalisation du risque caché mais d'un préjudice moindre, la perte d'un chance d'éviter le dommage.

En matière de responsabilité médicale, l'imputation au médecin fautif de la perte d'une chance de survie ou de guérison est justifiée par l'état pathologique préexistant du patient et les résultats aléatoires du traitement qui aurait été le plus approprié. La situation est différente lorsqu'un professionnel taît à son client, dans la période précontractuelle, les risques que comporte ou ne couvre pas le contrat

(60) En ce sens Cass. civ. 1ère, 2 octobre 1984, Bull. civ. I. n° 245, p. 208.

(61) V. Cass. civ. 2ème, 29 avril 1969, Bull. civ. II. n° 129, p. 93 ; 31 mai 1972, Bull. civ. II. n° 166, p. 136.

(62) V. notamment R. Decottignies, Les présomptions en droit privé, L.G.D.J., 1949.

(63) V. Cass. civ. 1ère, 21 juin 1960, Bull. civ. I. n° 339, p. 279 ; soc. 4 avril 1962, Bull. civ. V. n° 357, p. 276 ; civ. 1ère, 13 février 1967, Bull. civ. I. n° 58, p. 43. Sur le recours aux présomptions de l'homme pour établir le dol, v. Cass. civ. 4 janvier 1949, D. 1949, p. 135. Pour une synthèse, v. J. Ghestin, ouvrage préc. (54) ; cet auteur montre notamment que l'ensemble de la jurisprudence sur l'obligation précontractuelle de renseignement traduit "une exigence accrue de bonne foi dans les relations contractuelles".

qu'il lui propose. Les risques ne préexistent pas, ils résultent de la conclusion du contrat. Ils auraient pu être évités par la non-conclusion du contrat ou par des mesures de prévention l'accompagnant. Par son silence, le professionnel a contribué, peut-être même incité à la création d'une situation contractuelle présentant des risques pour son client. Il paraît dès lors juste que le professionnel en supporte les conséquences préjudiciables.

Ajoutons qu'une telle responsabilité, fondée sur la création fautive d'une situation contractuelle à risques est le corollaire non d'une obligation d'information extensive mais au contraire d'une obligation limitée aux risques sérieux ou susceptibles d'une mesure de prévention. Loin d'étendre obligation et responsabilité professionnelles, elle les limite au contraire à ces risques.

2 - ... aujourd'hui censurée par la Cour de cassation

La Cour de cassation a clairement affirmé que la perte d'une chance supposait "un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime" (64). Par cette définition, la Haute juridiction condamne le recours à la notion de perte d'une chance motivée par l'ignorance du juge sur l'attitude qu'aurait adopté le demandeur s'il avait été correctement informé (a).

En outre, lorsqu'un professionnel manque à son obligation d'information, la Cour de cassation retient sa responsabilité en présument le rôle causal de la faute (b).

a) Distinction entre décision hypothétique du demandeur et événement aléatoire pour le demandeur

Cette distinction apparaît dans deux arrêts de cassation rendus récemment par la première chambre civile.

* Cour de cassation, 1ère chambre civile, 2 octobre 1984 (65)

L'administrateur provisoire d'une étude de notaire n'avait pas immédiatement transmis à ce dernier une lettre recommandée le mettant en demeure de payer la prime de son contrat d'assurance-vie. En raison de la situation financière obérée du notaire et de son épouse, la Cour d'appel décide que la négligence de l'administrateur provisoire ne leur a fait perdre qu'une chance. La Cour de cassation censure ce raisonnement : "la possibilité ou l'impossibilité pour les époux de payer la prime, à apprécier par les juges du fond, ne pouvait que déterminer l'existence ou l'absence d'un lien de causalité entre la faute de l'administrateur provisoire et le préjudice allégué", car souligna-t-elle "la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un

(64) Cass. civ. 1ère, 2 octobre 1984, préc. (60).

(65) Préc.

événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime".

* *Cour de cassation, 1ère chambre civile, 30 avril 1985 (66)*

Pour avoir été conclue sans le consentement d'un des époux, la promesse de vente d'un immeuble commun est annulée. Le bénéficiaire de cette promesse agit alors contre les avocats ayant prêté leur concours à l'établissement de cette promesse ; il leur demande réparation du préjudice résultant pour lui de la non-acquisition de l'immeuble. La Cour d'appel fait droit à sa demande, mais la 1ère chambre civile casse, faute d'un lien de causalité entre la faute professionnelle et le préjudice réparé. Pour la Cour de cassation, mettre à la charge des avocats la non-acquisition de l'immeuble "impliquait que Mme X..., si elle y avait été invitée, aurait nécessairement donné un consentement qu'elle avait toute liberté de refuser" ; cette liberté de refuser dont disposait la co-proprétaire de l'immeuble interdisait de rendre les avocats négligents responsables de sa non-acquisition par le demandeur. La Cour d'appel, conclut-elle aurait dû rechercher "la véritable nature du préjudice attaché à une faute de cette sorte".

* Ces deux affaires ont un point commun : indépendamment de toute faute du défendeur, la réalisation de l'événement favorable au demandeur n'était pas certaine ; le paiement de la prime en raison de la situation financière obérée des époux ; l'acquisition de l'immeuble en raison de la liberté de la femme de refuser la vente. Mais cette similitude n'est qu'apparente. Dans le premier litige, la décision de payer ou non la prime appartenait aux époux demandeurs ; dans le second cas au contraire, l'acquisition de l'immeuble par le demandeur dépendait de la volonté de vendre de chacun des propriétaires. La Cour de cassation tire les conséquences de cette différence. Dans le premier litige, les juges du fond doivent apprécier si en raison de la situation financière des époux au moment de la mise en demeure, un lien de causalité peut ou non être retenu entre la faute de l'administrateur provisoire et le non-paiement de la prime d'assurance. Cette appréciation les conduit à s'interroger sur le comportement vraisemblable des époux s'ils avaient eu immédiatement connaissance de la mise en demeure, à imaginer en fonction des indices objectifs dont ils disposent ce qu'auraient probablement décidé les époux. Cette démarche est celle que nécessite tout établissement d'une relation causale entre une faute d'abstention et un dommage matériel (67). Dans le second litige, il appartient aux juges du fond de rechercher la véritable nature du préjudice. N'est-ce pas la perte d'une chance d'acquérir l'immeuble, dans la mesure où, en

(66) Bull. civ. I. n° 135, p. 125, J.C.P. 1986, n° 20653, obs. M. Dagot.

(67) Sur la preuve du lien de causalité, v. supra.

l'absence de toute faute des avocats, son acquisition était aléatoire pour le demandeur puisque subordonnée au consentement des deux époux propriétaires ? (68).

b) Responsabilité professionnelle pour risques cachés

Il ressort d'une abondante jurisprudence concernant la responsabilité des professionnels, pour manquement à leur obligation d'information, que la Cour de cassation approuve la condamnation du professionnel à réparer l'entier préjudice résultant pour le contractant de la réalisation du risque caché ; et elle l'approuve en retenant un lien de causalité entre la faute professionnelle et le dommage matériel subi par le contractant, indépendamment des considérations des juges du fond sur le comportement vraisemblable de ce dernier s'il avait été loyalement éclairé (69). Le lien de causalité est en réalité directement induit de la nature de l'information dissimulée ; par exemple, du silence du professionnel sur le défaut d'assurance ou l'exclusion de certains risques (70), sur les risques opératoires graves et fréquents (71), sur l'étendue exacte des obligations (72). Seule la preuve par le professionnel d'une cause étrangère peut le libérer ou diminuer sa dette de réparation (73).

Cette jurisprudence équivaut en réalité à une garantie pour risques cachés. Une telle protection du client, du consommateur est justifiée si corrélativement l'obligation d'information porte sur des risques sérieux ou susceptibles d'une mesure de prévention (74). Tel paraît bien être le raisonnement de la Cour de cassation, particulièrement en ce qui concerne l'information due au patient (75).

(68) On remarquera une différence significative entre cette espèce et les autres espèces étudiées dans le paragraphe : ici le demandeur n'a pas éprouvé une perte (*damnum emergens*) du fait de l'annulation de la promesse de vente ; il n'a pu acquérir l'immeuble (*lucrum cessans*), on se trouve là dans le domaine naturel de la perte d'une chance.

(69) Très significatif est à cet égard l'arrêt de cassation du 12 juillet 1983, préc. (58).

(70) V. par ex. Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1978, Bull. civ. I. n° 292, p.227 ; 12 juillet 1983, préc. (58) ; 3 novembre 1983, Bull. civ. I. n° 253, p.228, J.C.P. 1984, n° 20147 conclusions Gulphe, G.P. avril 1984, note F. Chabas et obs. G. Durry, R.T.D.C. 1984, p. 322.

(71) Cass. civ. 1ère, 11 février 1986, Bull. civ. I. n° 24. V. également Cass. civ. 1ère, 29 juin 1976 (Bull. civ. I. n° 235, p. 191) et 27 septembre 1983 (Bull. civ. I. n° 214, p. 192).

(72) V. par ex. Cass. civ. 3ème, 7 mars 1969 (Bull. civ. III. n° 207, p. 158) ou 24 juin 1971 (Bull. civ. III, n° 406, p. 288) ; également Cass. civ. 1ère, 4 octobre 1978, Bull. civ. I. n° 292, p. 227. Sur la dissimulation de la réalité financière, v. Cass. com. 17 octobre 1984, Bull. civ. IV. n° 269, p. 220.

(73) V. Cass. civ. 1ère, 11 février 1986, préc. (71) et 28 avril 1986 (Bull. civ. I. n° 104, p. 105).

(74) V. supra.

(75) Raisonnement qu'illustre notamment l'arrêt de la 1ère chambre civile du 9 mai 1983 (D. 1984, p.121, note J. Penneau).

II - LA PERTE D'UNE CHANCE, MESURE DE LA REPARATION

Lorsque les juges du fond ont décidé que le demandeur a perdu une chance, la Cour de cassation veille à ce que soit réparé ce préjudice particulier, distinct du dommage corporel ou matériel. Ce préjudice sera réparé exclusivement si les premiers juges, écartant le rôle causal de la faute dans la réalisation du dommage corporel, impute à cette même faute la perte d'une chance (76). Il le sera cumulativement s'ils décident que le dommage matériel causé par la faute du défendeur a également privé la victime d'une chance telle que celle d'obtenir une promotion ou de bénéficier d'aliments (77). Dans tous les cas, l'indemnisation doit être proportionnelle aux chances perdues. C'est là faire application du principe de la réparation intégrale qui, comme le souligne Mlle le Professeur Viney, oblige les juges du fond à tenir compte dans l'évaluation du dommage de l'aléa affectant la réalisation de l'événement qui aurait été heureux pour la victime (78).

Cependant, cette modulation de l'indemnisation suffit-elle à autoriser la réparation de toute chance perdue pour le demandeur, ou bien la condition de certitude du dommage conduit-elle à ne réparer que la perte de chances sérieuses. Existe-t-il un seuil de réparation de ce préjudice ? Faut-il qu'en l'absence du fait dommageable, l'événement heureux pour la victime ait été possible ou bien probable ? La Cour de cassation retient cette dernière condition : la probabilité est à la fois la condition et la mesure de la réparation. Mais, nous le verrons, l'appréciation du degré de probabilité d'un événement est flexible, flexibilité donnant aux juges une grande liberté de décision (A).

Le contentieux de la responsabilité médicale suscite une dernière interrogation : le préjudice réparé peut-il être différent du préjudice matériellement causé ? On observe en effet que certaines décisions après avoir admis une relation causale entre la faute médicale et le dommage corporel subi par le patient, n'ordonnent que la réparation de la perte d'une chance. Sont-elles contraires au principe de la réparation intégrale ? (B).

(76) Cass. civ. 1ère, 27 mars 1973, Bull. civ. I. n° 115, p. 105 ; 9 mai 1973, Bull. civ. I. n° 162, p. 146 ; 2 mai 1978, J.C.P. 1978, n° 18966, obs. R. Savatier. Rapp. Cass. civ. 1ère, 10 juin 1986, J.C.P. 1986, som. p. 245. La solution est moins nette dans la jurisprudence administrative, v. notamment C. Etat, 19 décembre 1984 Melle Boehrer, Rec. p. 433.

(77) V. par ex. Cass. civ. 2ème, 27 février 1985, Bull. civ. II., n° 52, p.36.

(78) Traité de droit civil, La Responsabilité : conditions, L.G.D.J. 1982, n° 284.

A - Perte d'une chance en raison de la probabilité d'un événement heureux

1 - La règle jurisprudentielle

Lorsque le demandeur allègue la perte d'une chance, une condition se dégage des décisions de la Cour de cassation se prononçant sur la certitude de ce dommage : la probabilité que se soit réalisé l'événement favorable au demandeur, en l'absence du fait dommageable (79).

* Cette condition est posée de façon explicite par la Chambre criminelle ; elle a en effet maintes fois affirmé que "*l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine*" (80).

* Les Chambres civiles n'ont jamais exprimé aussi clairement cette condition. Cependant, plusieurs décisions relèvent l'existence de "*chances sérieuses*" (81) ou de "*chances raisonnables*" pour le demandeur (82). Et même lorsqu'il n'est pas fait référence au sérieux des chances perdues, la réparation est motivée par le constat d'une situation de fait rendant probable la réalisation de l'événement favorable au demandeur. Prenons quelques exemples. A la suite d'un

(79) En ce sens G. Durry, obs. R.T.D.C. 1975, p. 542 ; cet auteur souligne qu'"en définitive, au travers des espèces, c'est toujours la plus ou moins grande probabilité de réalisation de la chance perdue qui est prise en considération par les tribunaux". Également Y. Chartier, La réparation du préjudice, Dalloz 1983, spécial n° 36, qui observe qu'"il faut d'abord établir qu'existait une probabilité soit qu'un événement défavorable ne se serait pas produit, soit à l'inverse que dans le futur un fait bénéfique pour la victime serait advenu".

(80) Cass. crim. 18 mars 1975, Bull. crim. n° 79, p. 223 ; 9 octobre 1975, Bull. crim. n° 212, p. 567 ; 23 février 1977, Bull. crim. n° 73, p. 169 ; 3 avril 1979, Bull. crim. n° 134, p. 380 ; 15 juin 1982, Bull. crim. n° 159, p. 446 ; 20 novembre 1984, Lexis, pourvoi n° 83-90.484. Pour la chambre criminelle, la probabilité est une condition nécessaire et suffisante ; ainsi a-t-elle jugé que la demande de réparation de la perte d'une chance d'obtenir un nouvel emploi ne pouvait être écartée au seul motif que n'était pas démontrée la certitude de la réalisation de la chance invoquée (23 février 1977, préc.) ; ou sans que soit analysée la nature exacte de la proposition faite à la victime, pour, éventuellement, en déduire qu'elle était exclusive de toute chance de réalisation ou que cette chance de réalisation présentait un degré de probabilité si faible qu'elle pouvait être tenue pour négligeable (15 juin 1982, préc.). Inversement elle a approuvé les juges du fond de ne pas avoir retenu une perte de chance de gains après avoir constaté leur caractère hypothétique (Cass. crim. 19 février 1975, Bull. crim. n° 59, p. 161 ; 23 novembre 1971, D. 1972, p. 225. Rapp. Lecourtier).

(81) V. notamment Cass. civ. 2ème, 20 décembre 1966, Bull. civ. II. n° 979, p. 684 ; 8 juin 1983, Bull. civ. II. n° 124, p. 86 ; Cass. soc. 1er décembre 1971, Bull. civ. V. n° 701, p. 602.

(82) V. par ex. Cass. civ. 1ère, 8 décembre 1981, Dalloz 1982, I.R. p. 212.

accident de la circulation, lors de l'évaluation du préjudice économique causé à la victime directe ou aux victimes par ricochet, la deuxième chambre approuve la prise en considération non seulement des revenus professionnels de la victime mais également de l'avenir professionnel qui s'offrait à elle au moment de l'accident (83). Sont ainsi réparées la perte d'une chance d'obtenir un meilleur emploi (84), la perte d'une chance d'occuper la profession de son choix (85), la perte d'une chance d'amélioration de ses revenus professionnels (86). Cependant, un tel préjudice n'est retenu que si les juges du fond ont constaté l'aptitude de la victime à l'emploi espéré au moment de l'accident : cette aptitude professionnelle lui donnait une chance de l'obtenir (87). De bons résultats scolaires (88), la préparation d'une thèse (89) n'ont pas été au contraire jugés suffisants pour caractériser une telle chance ni, par suite, établir la certitude du préjudice. Parfois les parents de la victime allèguent la perte d'une chance de bénéficier d'aliments. Ces demandes ont été le plus souvent rejetées en raison du caractère hypothétique du préjudice, si les parents invoquaient un état de besoin à venir ou bien si les ressources futures de la victime paraissaient trop aléatoires (90). La Cour de cassation a au contraire approuvé la réparation d'un tel préjudice lorsque les juges du fond ont constaté l'état de besoin du demandeur au moment de l'accident et les perspectives de ressources qui s'offraient à la victime (91). En pareil cas en effet, la créance alimentaire bien que future était probable ; aussi le décès du débiteur a-t-il fait perdre une chance au créancier. La première chambre civile apprécie de façon analogue la certitude du préjudice résultant des chances perdues par suite de fautes professionnelles. L'avocat ou l'avoué négligents se voient reprocher d'avoir fait perdre une chance à leur client si celui-ci avait une chance raisonnable de gagner le procès, "*compte tenu d'une jurisprudence constante*" (92), compte tenu "*du contexte différent*

(83) Très significatif de la prise en considération de l'avenir professionnel qui s'offrait à la victime, Cass. civ. 2ème, 31 janvier 1974, Bull. civ. II. n° 49, p. 38, obs. G. Durry, R.T.D.C. 1975, p. 511.

(84) Cass. civ. 2ème, 27 février 1985, Bull. civ. II n° 52, p. 36.

(85) Cass. civ. 2ème, 17 février 1961, Bull. civ. II. n° 137, p. 100. Rapp. Cass. crim, 24 février 1970, J.C.P. 1970 n° 16.456 note P. Le Tourneau.

(86) Cass. civ. 2ème, 8 juin 1983 préc. (81) ; rapp. Cass. crim. 28 avril 1971, Bull. crim. n° 124, p. 32.

(87) V. tout particulièrement Cass. civ. 2ème, 17 février 1961 préc. (85).

(88) Cass. civ. 2ème, 9 novembre 1983, Bull. civ. II. n° 175, p. 122 ; J.C.P. 1985, n° 20.360 (1er arrêt), obs. Y. Chartier.

(89) Cass. civ. 2ème, 10 octobre 1973, Bull. civ. II. n° 254, p. 203.

(90) V. notamment Cass. civ. 2ème, 3 novembre 1971, Dalloz 1972, p. 666, note C. Lapoyade-Deschamps ; 22 janvier 1975, Bull. civ. II. n° 22, p. 17. Rapp. Cass. crim. 21 novembre 1968, Bull. n° 309, p. 739, obs. G. Durry, R.T.C.D. 1969, p. 779 ; 5 janvier 1974, G.P. 1974, I. p. 240.

(91) V. Cass. civ. 2ème, 2 juillet 1975, Bull. civ. II. n° 203, p. 165 ; comp. Cass. civ. II. 10 mars 1976, Bull. civ. II. n° 96, p. 74.

(92) V. Cass. civ. 1ère, 18 novembre 1975, Bull. civ. I. n° 332, p. 274 ; V. également 8 décembre 1981, préc. (82).

dans lequel la juridiction aurait été amenée à apprécier les griefs invoqués par le mari contre l'épouse" (93), ou encore parce que le demandeur n'a pu "soumettre à la juridiction saisie des éléments de nature à lui permettre de proclamer la vérité juridique" (94). Le préjudice a été au contraire jugé hypothétique parce que les juges du fond considéraient que "les chances de l'appel étaient nulles" ou "pratiquement nulles" (95).

La probabilité que se soit réalisé l'événement favorable au demandeur constitue ainsi le seuil de protection juridique de la chance individuelle ; en deçà sa survenance était trop aléatoire pour que son impossible réalisation cause au demandeur un préjudice certain. Mais on le pressent, la frontière du probable est flexible, d'autant plus flexible qu'elle n'est pas constatée mais appréciée par les juges. En effet, comme l'a souligné Stuart Mill, la probabilité n'est pas une qualité de l'événement lui-même ; elle exprime le degré d'assurance que nous pouvons avoir de son arrivée d'après ce que nous savons actuellement (96).

2 - La flexibilité des jugements

La perte d'un chance donne lieu à réparation lorsque la réalisation de l'événement favorable au demandeur a été jugée probable ; probable sans le fait dommageable puisque par hypothèse ce dernier en a exclu la réalisation. L'appréciation de ce préjudice suppose donc que le juge fasse abstraction de la réalité, pour se livrer à un pronostic rétrospectif sur les chances de la victime au moment du fait dommageable. L'incidence de ce pronostic judiciaire sur l'étendue de la réparation apparaît très nettement lorsque le demandeur allègue un manque à gagner. Ce préjudice en effet, à la différence de la perte éprouvée, ne peut être directement constaté ; il suppose que le juge présume que sans le fait dommageable, le demandeur aurait réalisé un gain. Le pronostic rétrospectif est donc un passage obligé de son raisonnement chaque fois qu'il statue sur un gain manqué. Selon qu'il estime que la victime aurait éventuellement, probablement ou très certainement réalisé un gain, il écarte la

(93) Cass. civ. 1ère, 4 mars 1980, Bull. civ. I. n° 71, p. 59.

(94) Cass. civ. 1ère, 16 mars 1965, D. 1965, p. 425, note L. Crémieu.

(95) Cass. civ. 1ère, 29 avril 1963, Bull. civ. I. n° 229, p. 194, J.C.P. 1963, II, n° 13.226, conclusions Lindon ; 11 mai 1964, Bull. civ. I. n° 191, p. 78 ; 18 octobre 1978, G.P. 1979, I, p. 118, note A. Damien. On observera qu'indépendamment des chances de gagner le procès, la 1ère chambre civile a admis que la perte du second degré de juridiction et les frais de procédure exposés constituaient à eux-seuls un préjudice réparable (2 juin 1969, Bull. civ. I. n° 206, p. 167 ; rapp. civ. 2ème, 19 octobre 1976, G.P. 1976, II, som. p.274).

(96) Système de logique inductive et déductive, 1843.

demande (97), conclut à la perte d'une chance (98) ou à un manque à gagner certain (99).

Mais, il faut le souligner, ce pronostic est fictif, imaginaire, puisqu'il porte sur un événement dont la réalisation est exclue. Par exemple, à la suite d'un accident ayant entraîné une incapacité de travail pour la victime, le juge imagine la carrière qui s'offrait à elle au moment de l'accident. La réparation découle ainsi d'une pure spéculation judiciaire. On peut se demander s'il n'y a pas là un risque d'arbitraire.

On répondra que la conviction du juge doit être fondée sur des motifs de fait pertinents ; par exemple l'état des choses au moment de l'accident, où étaient plus ou moins en germe toutes les conditions de réalisation de l'événement en cause (100), ou au contraire son caractère par nature hypothétique (ainsi du prédécès de l'autre époux) (101). En outre, si les juges du fond apprécient souverainement les preuves et les éléments du débat, la Cour de cassation contrôle leurs déductions "*sur le point de savoir notamment si la chance existait réellement, si son existence était certaine et s'il a été tenu compte de sa perte*" (102). Sont ainsi cassées les décisions qui retiennent dans l'évaluation du préjudice un élément hypothétique (103), ou ne précisent pas en quoi la perte d'une chance était certaine (104), ou au contraire ne la retiennent pas alors que ce dommage s'évince de leurs propres constatations (105).

Pourtant cette rigueur judiciaire ne fait pas obstacle à une grande flexibilité des jugements tant de la part des juges du fond que de la Cour de cassation, car selon les considérations de fait retenues tel événement sera logiquement jugé éventuel, probable ou certain. Le remboursement d'un prêt en constitue un exemple jurisprudentiel très significatif. L'emprunteur ayant été tué dans un accident de la circulation et ses héritiers ayant renoncé à la succession, le prêteur demande réparation de son préjudice au responsable de l'accident. Les juges de fond rejettent sa demande. Dans un premier arrêt du 25 juin 1975, la deuxième chambre civile casse leur décision en s'appuyant sur la nature du contrat : "le contrat de prêt qui liait D... à B... n'était pas aléatoire" (106). Le 21 février 1979, elle approuve au contraire la

(97) V. Cass. crim. 16 février 1981, Bull. crim. n° 58, p.165.

(98) V. Cass. com. 14 octobre 1965, Bull. civ. III, n° 501, p. 452 ; Cass. crim. 6 mars 1973, Bull. crim. n° 113, p.268 ; Cass. civ. 1ère, 8 juin 1977, Bull. civ. I. n° 268, p. 212.

(99) V. Cass. soc. 23 juin 1971, Bull. Civ. V. n° 466, p.390 ; Cass. civ. 2ème, 16 janvier 1985, Bull. civ. I. n° 13, p. 10.

(100) V. par ex. Cass. civ. 2ème, 20 décembre 1966, Bull. civ. II, n° 979, p. 684 ; Cass. crim. 24 février 1970, Bull. crim. n° 73, p. 162, J.C.P. 1970, II, n° 16456, obs. Ph. Le Tourneau ; Cass. civ. 2ème, 9 novembre 1983 préc. (88).

(101) Cass. soc. 21 juin 1978, Bull. civ. V., n° 491, p. 370.

(102) M. le Conseiller Lecourtier, Rapport sur Cass. crim. 23 novembre 1971 préc. (80).

(103) Cass. civ. 2ème, 22 janvier 1975, préc. (90).

(104) Cass. civ. 2ème, 9 novembre 1983, préc. (88).

(105) Cass. civ. 2ème, 7 février 1961, préc. (85) ; 31 janvier 1974, préc. (83).

(106) Bull. civ. II., n° 195, p. 199, D. 1975, I.R., p.199.

cour de renvoi en se fondant cette fois sur l'effectivité du remboursement : *"le recouvrement de la dette était empreint d'un caractère éventuel, puisqu'il reposait sur la poursuite des activités des débiteurs au rythme et dans les conditions existants à la date où ils avaient contracté, et dont rien ne permettait de dire qu'ils se seraient maintenus"* (107). Et l'on observe que l'équité, l'opportunité ne sont pas étrangères au choix des motifs. Le dédommagement des caisses de Sécurité sociale pour les rentes qu'elles devront servir à la victime ou à ses ayants-droit l'illustre. La chambre criminelle comme la deuxième chambre civile ont estimé que le paiement d'une rente au fils de la victime d'un accident du travail au-delà de seize ans n'était ni hypothétique ni éventuelle, bien qu'elle fut également subordonnée à la poursuite des études au-delà de seize ans ou à un état d'invalidité (108). La deuxième chambre civile a au contraire jugé éventuel le paiement d'un supplément de pension de vieillesse, celui-ci supposant que son bénéficiaire atteigne l'âge de soixante ans (109). Il n'est pas sûr que les statistiques sur l'échec scolaire ou la mortalité corroborent ces jugements. Sans doute traduisent-ils davantage une appréciation différenciée de l'opportunité de la demande des caisses de Sécurité sociale.

Qu'en conclure ? Sans doute que la réparation de la perte d'une chance est discutable, si l'on se place du seul point de vue de la réalité du dommage. Loin d'être évident, ce préjudice résulte en effet d'un jugement dont on a constaté la flexibilité. Mais à l'inverse, qu'en raison même de cette flexibilité, la réparation de la perte d'une chance est un mode de solution des litiges privilégié.

B - Perte d'une chance en raison d'un risque pathologique

La perte d'une chance de survie ou de guérison est retenue, nous l'avons vu au début, dans des cas où le lien de causalité entre la faute médicale et le dommage corporel n'est pas certain ; mais elle l'est également lorsque ce lien est établi. En voici deux exemples :

- Une cour d'appel juge que l'invalidité dont reste atteint un patient est la conséquence directe d'une erreur de traitement, puis elle ordonne la réparation des chances de guérison dont ce patient a été privé. Dans un arrêt du 14 décembre 1965, la Cour de cassation estime qu'une telle décision est dépourvue de contradiction (110).
- Un gynécologue pratique un examen pour déterminer la capacité de procréation d'une femme. Une faute opératoire entraîne pour cette

(107) Bull. civ. II. n° 56, p.42.

(108) Cass. crim. 22 avril 1975, Bull. crim. n° 104, p. 290 et Cass. civ. 2ème, 4 janvier 1978, J.C.P. 1978, IV, p. 70. Rapp. Cass. soc. 13 février 1969, Bull. civ. V. n° 105, p.89.

(109) Cass. civ. 2ème, 14 février 1985, Bull. civ. II. n° 41, p. 29. On aurait pu soutenir que manquait la deuxième condition de réparation du préjudice futur : sa possible évaluation immédiate.

(110) J.C.P. 1966, II, n° 4753, obs. R. Savatier.

femme, une stérilité totale et permanente. Cependant, les juges du fond considérant qu'avant cet examen, ses possibilités de procréation étaient très limitées allouent à la patiente une faible indemnité, pour compenser la simple perte d'une chance. La Cour de cassation les approuve (111).

1 - Analyse de la solution

1) La réparation de la seule perte d'une chance et non du dommage corporel est motivée dans ces décisions par le risque auquel était exposé le patient en l'absence de toute faute médicale : risque de non-guérison, risque de non-procréation. La Cour de cassation relevait ainsi dans son arrêt de 1965 que les experts avaient émis des doutes sur les résultats du traitement qu'il était reproché au médecin de ne pas avoir pratiqué. M. le Professeur Chabas suggère ce même raisonnement si le patient était en danger de mort lors de la faute médicale, s'il n'avait qu'une chance de survie (112). Le préjudice causé par son décès à la suite de cette faute n'est pas la perte de la vie, mais la perte d'une chance de survie.

2) Ce raisonnement ne méconnaît pas l'objet que la Cour de cassation reconnaît au principe de la réparation intégrale : rétablir l'équilibre détruit par le dommage, replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit (113). Cette finalité conduit en effet le juge à évaluer in concreto le préjudice et corrélativement à comparer la situation actuelle de la victime et sa situation antérieure, sa situation actuelle et sa situation vraisemblable en l'absence du fait dommageable. Cette comparaison peut entraîner un décalage entre le dommage matériellement causé et le dommage réparé.

L'incidence des prédispositions de la victime d'un accident sur l'étendue de la réparation en est un exemple connu. L'état pathologique de la victime au moment de l'accident ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un lien de causalité entre son décès ou son invalidité et l'accident, si celui-ci a matériellement contribué à la réalisation du dommage corporel (114). Cependant, une fois admis la responsabilité de l'auteur de l'accident, la Cour de cassation n'exclut

(111) Cass. civ. 1ère, 28 mars 1984, Lexis, arrêt n° 328.

(112) Notes sous T.G.I. Montpellier, ch. correct, 21 décembre 1970, D. 1971, p. 633 et sous Cass. crim. 9 janvier 1979, J.C.P. 1980, n° 19272.

(113) Cass. civ. 2ème, 12 octobre 1962, Bull. civ. II, n° 647, p. 473.

(114) V. notamment Cass. civ. 2ème, 5 avril 1973, Bull. civ. II, n° 137, p. 109 ; 17 mai 1973, Bull. civ. II, n° 170, p. 134 ; 14 février 1974, Bull. civ. II, n° 66, p. 53 ; 28 novembre 1974, Bull. civ. II, n° 317, p. 261 ; 8 mai 1978, Bull. civ. II, n° 123, p. 99 ; 14 février 1979, Bull. civ. II, n° 45, p. 33 ; 13 janvier 1982, Bull. civ. II, n° 9, p.6, J.C.P. 1983, n° 20025, obs. N. Dejean de la Batie.

pas une pondération de la réparation lorsque l'évolution de la maladie était inéluctable. Est alors seule indemnisée l'aggravation de l'état de la victime (115) ou l'accélération du processus mortel, imputable à l'accident (116). L'incidence du risque pathologique en fournit une autre illustration.

3) Cependant il faut préciser que ce risque ne peut se mesurer en considération du seul état pathologique du patient : il doit être tenu compte des virtualités du traitement qui aurait été approprié ; quelles chances donnait-il au patient ? Les chances de non-guérison l'emportaient-elles ? A cette seule condition peut être retenu le risque, même sans faute médicale, de mort ou de non-guérison.

En outre ce risque doit être établi par le médecin fautif. En effet, le lien de causalité entre sa faute et le dommage corporel étant admis, il lui appartient de prouver les faits propres à limiter sa dette de réparation, les faits interdisant au juge de présumer que le patient aurait survécu, lui imposant au contraire le doute. Par exemple, selon les statistiques médicales, le taux d'échec élevé du meilleur traitement.

Enfin la portée de cette solution est limitée : il ne faut ni confondre ni assimiler risque pathologique et risque thérapeutique (117).

2 - Portée : distinction entre risque pathologique et risque thérapeutique

La réparation de la perte d'une chance résulte du risque de mort ou de non-guérison auquel aurait été exposé le patient, même correctement soigné, en raison de son état pathologique rendant aléatoire le meilleur traitement.

Ce risque pathologique doit être distingué du risque thérapeutique, c'est-à-dire du risque inhérent à une technique d'investigation ou de traitement. Le développement de techniques médicales présentant des risques a en effet conduit simultanément les tribunaux et le code de déontologie à poser la règle de la "*raison*

(115) Ass. plénière, 27 novembre 1970, Bull. civ. n° 6, p. 9, D. 1971, p. 181, concl. Lindon ; R.T.D.C. 1971, p. 658, obs. Durry.

(116) Cass. civ. 2ème, 28 novembre 1974, préc. (114). Dans cette décision, la 2ème chambre civile a considéré que la cour d'appel ne s'est pas contredite en décidant que dame V... devait réparer l'intégralité du préjudice, tout en admettant que celui-ci devait "être apprécié en tenant compte du degré de gravité de la tumeur maligne mortelle dont était atteinte la victime". Rapp. Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1976, Bull. civ. I. n° 261, p. 212 et Cass. crim. 10 février 1976, D. 1976, p. 297, rapp. M.E. Robert.

(117) Confusion malencontreusement opérée par les juges du fond comme par la Cour de cassation dans un litige récent : V. Cass. civ. 1ère, 8 janvier 1985 (Bull. civ. I. n° 10, p. 10, D. 1985, p. 390 (1ère espèce) note J. Penneau) : les juges ont en effet assimilé les conséquences dommageables d'une cobalthothérapie injustifiée à la perte d'une chance, alors qu'il y avait de la part des médecins création fautive d'un risque ayant contribué à la réalisation du dommage (contra. J. Penneau note préc.).

proportionnée" (118). Les risques que présente la technique utilisée doivent être proportionnés aux bénéfiques que l'on peut attendre de cette technique, seul un intérêt thérapeutique certain peut justifier de faire courir ces risques au patient (119). "*Le médecin, indique le code de déontologie, doit s'interdire, dans les investigations ou les interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié*" (120). Si tel n'est pas le cas, le médecin ou l'établissement hospitalier sera tenu de réparer l'intégralité du dommage corporel causé au patient par la réalisation du risque injustifié, le choix fautif d'une thérapeutique dangereuse étant à l'origine du dommage (121).

Une observation finale : de même que l'aléa thérapeutique explique le recours à la perte d'une chance lorsque le juge se prononce sur le rôle causal d'une faute d'abstention, de même cet aléa peut conduire à l'indemnisation de la seule perte d'une chance malgré la participation de la faute médicale à la réalisation du dommage corporel. Qui ne voit que loin d'accentuer la responsabilité médicale, la notion de perte d'une chance de survie ou de guérison entretient l'idée d'échec toujours possible d'une thérapeutique et préserve ainsi l'obligation médicale de moyens.

CONCLUSION

Le juge retient la perte d'une chance lorsqu'il n'a pas à reconstituer des faits passés ou bien à prévoir des faits à venir, mais à imaginer ce qui se serait produit sans le fait dommageable : le patient aurait-il survécu, le plaideur aurait-il gagné son procès, la victime de l'accident aurait-elle eu une brillante carrière ? C'est-à-dire lorsque l'indemnisation du demandeur ne repose pas sur la réalité d'un fait mais sur ses possibilités de réalisation si les choses avaient suivi leur cours normal. Si un fait doit être établi, faute de preuve directe, les juges recourent nécessairement à la preuve par présomptions, et ils ont pour seule alternative de le juger ou non certain. Si ce n'est pas l'existence d'un fait qui doit être démontrée, mais sa réalisation possible dans un autre contexte, on entre dans le domaine de l'imaginaire, par hypothèse improuvable, invérifiable. Il n'est plus

(118) Sur cette règle de la raison proportionnée, empruntée à la théologie, V. A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, n° 434, p. 436 ; G. Memeteau, *le Droit médical*, Litec 1985, n° 498.

(119) Cette mise en balance de l'utilité et des risques de l'acte médical est très nette dans deux arrêts rendus successivement par la 1ère chambre civile : 20 février 1979 (Bull. civ. I. n° 6, p. 55) et 18 décembre 1979 (Bull. civ. I. n° 323, p. 263, D. 1981, I.R. p. 256 note J. Penneau). Rapp. Cass. civ. 1ère 20 mars 1974, Bull. civ. I. n° 74, p. 63.

(120) Art. 18 du code de déontologie médicale (D. n° 79.506 du 28 juin 1979).

(121) Rapp. Cass. crim. 9 juin 1977, J.C.P. 1978, II. n° 18839, obs. R. Savatier.

question de certitude, de vérité mais de vraisemblance, de probabilité. Le pronostic du juge peut demeurer un pronostic, il n'est pas nécessaire pour l'application du droit substantiel de le transformer en certitude par le jeu de la preuve par présomptions. Non seulement le doute est possible mais il détermine l'étendue de la responsabilité, de la réparation. Les chances jugées perdues sont inversement proportionnelles à ce doute. Cette influence du doute mérite d'être relevée car, M. le doyen Carbonnier l'a souligné, notre système juridique n'est pas volontiers douteur (122). L'article 1353 du code civil chasse l'incertitude en admettant la preuve par présomptions, en attribuant aux juges des lumières particulières. L'indemnisation de la perte d'une chance montre les limites de ce parti et corrélativement fait une place à la justice par division, à la justice de Salomon.

(122) La justice de Salomon, in *Flexible droit*, L.G.D.J., 5 e éd. 1980, p. 307.

LE VICE DE LA CHOSE PRODUITE

Par

Jean-François ABEILLE

Assistant-Docteur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille

I - OBLIGATION DE CONFORMITE

A - Conformité et garantie

- a) Le vice caché
- b) Le bref délai

B - Conformité et délivrance

- a) Les prémisses
- b) L'aboutissement

II - OBLIGATION DE SECURITE

A - Obligation de sécurité contractuelle

- a) Le non-cumul des actions
- b) La responsabilité contractuelle

B - Obligation de sécurité extra-contractuelle

- a) La responsabilité extra-contractuelle
- b) L'obligation de réparer

"Le maître de l'ouvrage, comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ...; il dispose donc à cet effet d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée... Dès lors (qu'a été) fabriqué et vendu un produit non conforme à l'usage auquel il était destiné et qui était à l'origine des dommages subis par (le) maître de l'ouvrage, la Cour d'appel qui a caractérisé un manquement contractuel dont... (le maître de l'ouvrage) pouvait se prévaloir pour... demander directement la réparation dans le délai de Droit commun, a pour ces motifs, légalement justifié sa décision" (1).

C'est au terme de cette motivation pratiquement identique pour deux espèces différentes que la Cour suprême semble avoir "balayé" certains principes traditionnels régissant le droit de la vente des choses mobilières.

C'est ainsi que le vice de la chose produite paraissant assimilé à une non-conformité, l'acquéreur peut agir contre le vendeur-fabricant dans le délai de droit commun.

"Exit" le "bref délai" ?

Qu'en est-il du concept de même de "vice caché" ?

Il est vrai que la Directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux, qui devrait entrer en vigueur au plus tard le 30 juillet 1988, bouscule, pour ne pas dire plus, les vieux principes civilistes qui régissent (ou régissaient) la matière (2).

Déjà en matière de louage d'ouvrage ou de contrat d'entreprise, la Cour suprême, dès 1982, paraît avoir écarté la notion de bref délai (3) qu'une règle prétorienne avait instituée, semble-t-il, par analogie, le contrat de vente d'un bien meuble ayant, il est vrai, parfois le même objet que le contrat de louage de service ou le contrat d'entreprise (4).

En matière de vente de biens meubles, les obligations du vendeur, lorsque la chose ne donne pas satisfaction ou a causé un dommage, sont traditionnellement bien différenciées (5).

Il ne saurait être question ici d'analyser dans le détail les différentes actions possibles qui doivent toutefois, pour la clarté du débat, être rappelées.

La défaillance du vendeur peut intéresser les qualités matérielles de la chose et ne se révéler qu'après la remise de celle-ci ; l'acheteur déçu ou qui éprouvera un dommage pourra tenter de faire valoir son droit soit par application des règles de droit commun, soit

(1) Cass. Ass. Plén. 7/2/86 (2 espèces) JCP 86 II 20616, note Malinvaud - D 86 II 293 note A. Benabent - RTD Civ. 1986 606, obs. Rémy - Gaz. Pal. 1986. 2. 543. note Berly.

(2) J. Ghestin D 86 I 139 - C. Torem - L. Focsaneanu JCP 87 3269.

(3) Cass. Civ. I 2/6/82 B. civ. n° 214.

(4) Cass. Civ. I 4/1/1958 JCP 58 10808 note B. Starck.

(5) Ph. Malaurie - L. Aynes Droit civil - "Les contrats spéciaux" - Cujas n° 408 S - J. Huet Juris-classeur CIV art. 1641 à 1649 FASC 1 n° 21 à 107.

en utilisant celles spécifiques au droit de la vente de choses mobilières.

Ainsi, s'il manque à la chose l'un de ses caractères, la vente peut être annulée pour vice du consentement au sens de l'article 1110 du Code civil (6). Cette action en nullité relative doit être intentée dans les cinq ans du jour de la connaissance du vice et ce, par application de l'article 1304 du Code civil. Une telle action exclut pour l'acquéreur la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts sauf s'il établit que son vice du consentement a été provoqué par un dol du vendeur.

La chose livrée peut encore ne pas être conforme à ce qui a été contractuellement stipulé ; l'acquéreur peut agir alors en résolution par application des articles 1184 et 1610 du Code civil (7) ; c'est l'intention des parties au regard de la chose effectivement livrée qui permet traditionnellement de tracer une ligne de démarcation entre non-conformité de la chose et vice de celle-ci, une chose non conforme pouvant, il est vrai, être exempte de vice.

La chose livrée peut également causer à l'acquéreur un dommage soit parce qu'elle n'est pas adaptée aux besoins de celui-ci, soit parce qu'en raison même de son utilisation, elle cause à l'utilisateur (contractant ou non) un préjudice.

La responsabilité du vendeur peut alors être engagée soit parce qu'il a failli à l'obligation de conseil qui était la sienne et qui est une obligation de moyens au sens de l'article 1137 du Code civil (8), soit parce que le vice de la chose qu'il a livrée a causé un dommage à la suite de son utilisation ; alors sa responsabilité contractuelle ou délictuelle (selon que l'utilisateur est ou n'est pas co-contractant) peut être engagée (9).

L'action en garantie en raison des vices de la chose vendue est, quant à elle, délimitée par les articles 1641 et suivants du Code civil.

Le vendeur, en effet, doit livrer à l'acheteur une chose apte à l'usage prévu et exempte de vice caché. Autrement dit, la chose doit être capable de remplir son usage objectivement normal. Le vice qui peut faire l'objet d'une action en garantie (rédhibitoire ou estimatoire) doit : être caché, exister au moins en germe lors de la vente, empêcher l'usage objectivement normal de la chose et être imputable à celle-ci (10).

(6) Douai 30/5/1949 D 1949 11592 - Cass. civ. I 13/12/1983 D 84 III 340 note J.L. Aubert.

(7) Ph. Malaurie - L. Aynes précités - J. Huet précité - J. Ghestin "Conformités et garanties dans la vente" - LGDJ 1983 n° 35 s.

(8) Cass. Civ. I 3/7/1985 B CIV I n° 211.

(9) Ph. Malinvaud "La responsabilité civile du fabricant en Droit français" - GAZ - PAL du 5/7/1973.

(10) Ph. Malaurie précité n° 460 et s. - L. Bihl - "Le droit de la vente" p. 237 et s. - Ph. Malaurie et L. Aynes précités n° 460 et s. - Mazeaud - de Juglart, 4ème édition 1978 et s.

L'action en garantie en raison des vices de la chose vendue a pour fondement un défaut bien spécifique de la chose ; donc la finalité de cette action est non moins spécifique ; des dommages et intérêts pouvant, en cas de mauvaise foi du vendeur, s'ajouter à la restitution du prix ou à la diminution de celui-ci.

L'action doit être intentée à "bref délai" au sens de l'article 1648 du Code civil ; l'estimation de la brièveté découle du pouvoir d'appréciation des juges du fond au regard de "la nature des vices rédhibitoires et l'usage des lieux où la vente a été faite" ; le point de départ de celui-ci ne peut être qu'une action en justice (11).

Ce "bref délai" est issu de la réglementation des édiles curules qui assuraient la police des marchés romains et se préoccupaient des fraudes commises dans la vente des esclaves (12).

L'acquéreur victime d'un vice de la "chose" vendue disposait de deux actions : d'une part, une action rédhibitoire, d'autre part une action estimatoire ; ces deux actions étaient soumises à de très courts délais de prescription ; la première devait être intentée, selon les circonstances, dans les deux mois ou dans les six mois utiles qui suivaient la vente, la seconde dans les six mois utiles ou dans l'année (13). Cette réglementation qui, à l'origine, ne concernait que les ventes soumises à la juridiction des édiles, c'est-à-dire les ventes faites sur les places publiques ou dans les marchés, est reprise dans la compilation de Justinien comme concernant toutes les ventes ; ce n'est qu'à l'époque Justinienne que la garantie ne dépend plus d'une stipulation particulière, mais découle du contrat de vente lui-même.

En effet, primitivement, la garantie dépendait bien d'une stipulation ; le vendeur garantissait que la chose n'était pas affectée de tel ou tel vice ; si un vice se révélait, l'acheteur obtenait des dommages-intérêts en engageant une action sur la base de cette stipulation (14).

Ainsi donc, le "bref délai" corollaire des actions estimatoires ou rédhibitoires (édiliennes) trouve son origine dans la vente d'"objets vivants" ; il a en quelque sorte suivi l'action pour en devenir son corollaire obligé non seulement en Droit romain (15), mais encore dans notre Droit positif.

Le développement des sciences et techniques a entraîné un changement radical non seulement dans les procédés de vente ou de distribution et donc dans les formes contractuelles de l'échange des

(11) La loi n° 85 - 677 du 5 juillet 1985 a modifié l'art. 2244 du Code civil qui dispose dorénavant qu'"une citation en justice même en référé interrompt la prescription ainsi que les délais pour agir".

(12) P. Ourliac - J. Malafosse "Histoire du Droit privé" - I - "Les obligations", Thémis.

(13) J. Macqueron "Histoire des obligations - Le Droit romain" - Publications du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité classique, p. 135 et s.

(14) J. Macqueron, précité p. 134.

(15) R. Monier "Manuel de Droit romain des obligations" - 5ème édition, édition Domat Montchrestien, 1954, p. 158 et s.

consentements, mais également dans la nature des choses vendues qui créent des risques pour les utilisateurs ; si bien que ce qui était certainement vrai en Droit romain et souvent encore en 1804 peut ne plus l'être aujourd'hui.

C'est ainsi que la nécessité de la protection accrue de l'utilisateur face au vendeur, de la transmission de l'action contractuelle face au fabricant, que l'attraction exercée par la garantie contractuelle, sans oublier l'évolution des règles de la responsabilité civile qui interfèrent en la matière, peuvent se heurter aux règles traditionnelles précitées et rendre insupportables les particularismes de l'action en garantie (16).

Ainsi, aujourd'hui, un produit vendu doit objectivement répondre à l'usage que l'on peut en attendre ; il en résulte une obligation inhérente à la qualité de fabricant, obligation d'autant plus impérative que le débiteur de celle-ci est un non-initié, un profane face à son co-contractant.

L'acquéreur non initié peut être un professionnel d'une autre spécialité que le vendeur ou, tout simplement, un consommateur (17) ; c'est, semble-t-il, cette dernière notion qui a fait ressortir avec évidence l'inadaptation des règles traditionnelles.

L'équilibre du contrat doit ainsi être rétabli par le juge qui renforce la responsabilité civile du professionnel en présence d'un vice du produit qu'il met en service (18), sa responsabilité étant étendue, au-delà du rapport contractuel initial, aux dommages subis par les tiers du fait d'une particularité qui rend la chose dangereuse.

La loi (19) va même plus loin et institue une réparation automatique en cas d'accident domestique, en affirmant la responsabilité de plein droit du professionnel pour les produits et les services (20)

Ainsi, l'utilisateur d'une chose viciée a droit à réparation ès-qualité ; le produit est considéré comme défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité que l'on peut en attendre ; la responsabilité du fabricant est acquise soit parce que l'on estime que la livraison d'un produit défectueux suffit à établir sa faute, soit parce que le vice de fabrication constitue un vice de structure dont le fabricant répond ès-qualité de gardien, soit, en l'absence de vice de fabrication, à raison d'un manquement à une obligation professionnelle de renseignement (21).

Que deviennent les distinctions traditionnelles ?

(16) Ph. Le Tourneau "Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers et corporels" RTD COM 80 P 231 et s.

(17) "Traité de droit de la consommation" - G cas D Ferrier p. 9 et s. PUF.

(18) Ph. Malinvaud "La protection des consommateurs" D 81 I 49 et s.

(19) Loi n° 83-660 du 21/7/1983.

(20) G. Cas - D. Ferrier précité, p. 449 et s.

(21) J. Revel "La prévention des accidents domestiques : vers un régime spécifique de responsabilité du fait des produits" D 1984.I.P.69.

Le vice de la chose n'est en principe pas assimilable à la non-conformité de celle-ci ; de même la responsabilité du vendeur paraît classiquement délimitée par l'article 1137 du Code civil ; en cas de dommages causés par la chose, les excursions au-delà de la sphère contractuelle sont par définition exceptionnelles et strictement définies par les mécanismes de causalité traditionnels.

Et pourtant, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation (22) semble confondre garantie contre les vices cachés et obligation de délivrance ; la Directive des Communautés européennes du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits (23) paraît remettre en cause l'ensemble de notre droit positif en prévoyant, pour la réparation des dommages causés par les produits, une responsabilité objective du producteur de la chose envers tous les utilisateurs de celle-ci (co-contractants ou non).

A n'en pas douter, les hauts magistrats de notre Cour suprême, lorsqu'ils admettent la transmission au maître de l'ouvrage des droits et actions attachés à la chose, lorsqu'ils qualifient de nécessairement contractuelle l'action transmise, lorsqu'ils disent que cette action peut être engagée dans le délai de droit commun, ne commettent aucune confusion ; l'expression utilisée émet un principe qui déborde, bien sûr, le cadre des espèces qui ont été tranchées (24).

Certes, le contenu des articles 1641 et suivants du Code civil demeure ; cependant, la matière est renouvelée par l'ordre public économique interne (25) ou communautaire (26).

Désormais, lorsqu'un produit est vendu par un fabricant ou vendeur professionnel à un utilisateur non professionnel ou à un consommateur, celui-ci est en droit de recevoir une chose conforme à ce qui a été commandé et peut inclure dans ce droit l'absence de vice. Dès lors que le produit livré est affecté d'un vice, l'utilisateur co-contractant ou sous-contractant peut agir dans les délais de droit commun à l'encontre du vendeur professionnel ou du fabricant soit en résolution, soit en responsabilité.

La responsabilité du producteur ou du vendeur devient alors objective aussi bien vis-à-vis du co-contractant et du sous-contractant que vis-à-vis des tiers à la convention.

Autrement dit, le vendeur fabricant paraît avoir désormais l'obligation objective, obligation de résultat, de délivrer une chose dépourvue de vice ; cette obligation peut avoir un double aspect :

(22) Ass. Plén. 7/2/1986 précités.

(23) Précité J.O.C.E. 7/8/1985.

(24) Note précitée Ph. Malinvaud JCP 1986 20616 n° 11 : "On ne saurait limiter cette solution aux rapports entre le vendeur originaire et les maîtres de l'ouvrage. Elle a de toute évidence la même vocation à s'appliquer dans les rapports entre vendeurs et acheteurs ou sous-acquéreurs".

(25) Ph. Le Tourneau précité ; RDT COM p. 231 et s. J.P. Pizzio "L'introduction de la notion de consommateur en Droit français". D 1982 I.p. 91 et s.

(26) Larroumet "Réflexions sur la Convention européenne et la Directive de Bruxelles concernant la responsabilité du fait des produits". D 1978 I 219.

- d'une part, obligation de conformité vis-à-vis des participants à la sphère contractuelle (I) ;
- d'autre part, obligation de sécurité vis-à-vis de tous les utilisateurs de la chose participant ou non à la sphère contractuelle (II).

I - OBLIGATION DE CONFORMITE

Le fabricant a l'obligation de fournir un produit efficace et adapté aux besoins de l'utilisateur ; dès lors, la non-conformité peut revêtir deux aspects :

- l'un matériel (manquement ou défaut d'une qualité promise) ;
- l'autre fonctionnel (inadéquation à l'usage auquel le destinait l'acquéreur).

Le fabricant est objectivement tenu aux résultats attendus de son produit par référence aux désirs et besoins d'un usager moyen.

Ainsi la référence à l'intention des parties telle qu'elle résulte des spécifications du contrat de vente n'est pas suffisante pour limiter l'obligation du fabricant quant à l'utilité de son produit (27).

Certes, l'obligation de garantie contre les vices cachés est classiquement la suite naturelle de la vente (A).

Cependant, l'extension de l'obligation de conformité paraît être de nature à modifier la notion même de vice caché et à l'inclure dans l'obligation de délivrance (B).

A - Conformité et garantie

Le vice caché est le vice qui, on le sait, est : caché, antérieur à la vente (au moins en germe) et doit empêcher la chose vendue de remplir son usage normal ; il doit être imputable à la chose ; dès lors qu'il est en présence d'un tel vice (a), l'acquéreur doit traditionnellement agir à bref délai (b).

a) Le vice caché

Le vice caché est celui qui, tout d'abord, rend la chose impropre à son usage normal ; il est constitué par toute inaptitude de la chose ne lui permettant pas de répondre à l'usage auquel elle était destinée, les juges du fond ayant en la matière un souverain pouvoir d'appréciation (29).

En outre, n'est point caché le vice dont l'acheteur a eu ou a pu avoir connaissance ; de ce chef, l'acquéreur professionnel est plus

(27) Cass. Civ. I 22/11/1978 JCP 1979 19139 note G. Viney.

(29) Req. 13/2/1911, D.P. 1916.1.231.

sévèrement considéré, surtout lorsqu'il a la même spécialité que le vendeur (30).

De plus, le vice doit exister au moins en germe antérieurement au transfert de propriété (31), les juges du fond ayant également de ce chef un souverain pouvoir d'appréciation.

Enfin, il n'y a pas de vice caché si la défectuosité résulte d'une mauvaise utilisation de la chose par l'acquéreur ou même d'un mauvais montage (32).

Dès lors que l'on constate l'existence d'un vice caché au sens de l'article 1641 (33), dès lors que ce vice est imputable à un vendeur professionnel, celui-ci peut être considéré comme le débiteur d'une obligation de résultat qui n'a pas exécuté son obligation (34), si bien que, seule, la cause étrangère pourra l'exonérer.

Le vendeur professionnel qui délivre une chose affectée d'un vice est, en sa qualité de vendeur professionnel, supposé n'avoir pu ignorer ce vice au moment de la conclusion du contrat ; il est donc, aux termes de l'article 1145 du Code civil, tenu de tous dommages-intérêts envers l'acquéreur (outre la restitution du prix).

La solution est ancienne et la Jurisprudence est constante.

S'agit-il d'une présomption de mauvaise foi (35) ?

S'agit-il d'une obligation de connaissance des vices de la chose (36) ? S'agit-il d'une obligation de sécurité (37) ?

Peu importe le fondement de cette solution qui, en tout état de cause, interdit au vendeur professionnel de se dégager de son obligation par des clauses exonératoires ou limitatives de garantie (38).

En réalité, la Jurisprudence ayant, à coup sûr, abandonné l'insatisfaisante notion de mauvaise foi présumée pour adopter, semble-t-il, celle d'obligation de résultat (39), approche, inconsciemment peut-être mais nécessairement, de l'obligation de conformité.

Et pourtant le bref délai issu de l'édit des édiles curules paraît demeurer un "passage obligé".

(30) Cass. Com. 5/10/1965, D. 1965 II 831.

(31) Req. 8/3/1882, D.P. 1892.I.204.

(32) Cass. Com. 25/1/1966 B Civ. III n° 51.

(33) Ph. Malaurie - Aynes précité - L. Bihl précité.

(34) J. Ghestin précité "Conformités et garanties" n° 262 et s.

(35) Cass. Com. 6/7/1961 B Civ III n° 315.

(36) Civ 30/1/1967, JCP 1967 2 15025.

(37) Ph. Malinvaud, "La responsabilité civile du fabricant en Droit français", Gaz. Pal. 1973 463.

(38) Cass. Com 3/5/1983 B Civ n° 131 - Cass. Civ III 22/11/1974 D. 1974 2 288.

(39) B. Starck "Le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité" D 1974 I, p. 158.

b) Le bref délai

On sait que le Code civil ne définissant pas la notion de bref délai, celui-ci est une notion de pur fait (40).

Logiquement, se retranchant derrière le souverain pouvoir d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation aurait pu refuser de s'immiscer dans le débat.

Certains arrêts de principe font ressortir ce pouvoir souverain quant à l'appréciation du moment à partir duquel commence à courir le bref délai en fonction des circonstances de la cause (41), ou encore quant à l'appréciation de la durée du bref délai (42).

S'il est vrai que la Cour suprême paraît avoir précisé que l'action réhabilitatoire ne se prescrit qu'à dater de la découverte du vice, c'est plutôt par application de l'article 2257 du Code civil aux termes duquel une action ne se prescrit pas avant d'être née (43).

Par la suite, avec une constance remarquable, la Haute juridiction a donné de ce bref délai et de ses modes d'interruption une définition avantageuse pour les vendeurs ; en effet, jusqu'à la loi du 25 juillet 1985, seule une assignation au fond pouvait être interruptive, le retard dans celle-ci ne pouvant être justifié par le dépôt tardif d'un rapport d'expertise (44).

En bref, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, toutes chambres confondues, que l'action en garantie doit être introduite dès que l'utilisateur a pu se convaincre de l'existence même d'un vice.

Autrement dit, c'est selon la nature des vices et des circonstances de la cause que les juges du fond déterminent la durée du délai accordé à l'acheteur pour intenter l'action réhabilitatoire (45).

Face à ce qui est donc pratiquement devenu une obligation de résultat, subsiste cette notion subjective, voire même parfois arbitraire, de bref délai, si bien que ce qui sera vrai devant une juridiction ne le sera pas devant une autre, des pourparlers amiables, souvent purement factices, pouvant entraîner une forclusion au sens de l'article 1648.

C'est le contenu de l'article 1648 qui paraît inadapté dès lors qu'il peut constituer une sorte de "passage obligé".

Et ainsi se révèle choquant tout un courant de jurisprudence qui refuse à l'acquéreur victime d'un vice caché de la chose toute

(40) Et pourtant les actions issues en Droit romain des édits devaient être intentées dans de brefs déterminés par les textes - P. Ourliac, J. de Malfosse "Histoire du droit privé", précité p. 280.

(41) Cass. Civ 27/6/1887 D 1888 I 300.

(42) Cass. Ch Req 15/7/1897 D 1898 I.

(43) Cass. Ch Req 7/2/1872 D 1872 I 129.

(44) Cass. Com 21/12/1971 B Civ IV n° 309.

(45) Voir notamment Cass. Com 27/11/1973 (2 espèces) JCP 1974 17887, note Ph. Malinvaud - Civ III 26/2/1986 JCP 1986 IV 130.

autre action que l'action en garantie, celle-ci devant elle-même être intentée à "bref délai" (46).

C'est cette obligation objective, obligation de résultat pour le vendeur fabricant ou professionnel de délivrer une chose exempte de vice, qui est souvent mise à néant par l'article 1648 du Code civil ; le "bref" délai est d'ordre subjectif et il est dangereux de le laisser à l'appréciation des juges du fond, inévitablement fluctuante.

Mais ici, l'erreur peut avoir des conséquences d'autant plus considérables que le vice peut causer un préjudice dépassant les seules conséquences découlant de l'inaptitude totale ou partielle de la chose à l'usage auquel elle était destinée par la convention.

C'est pourquoi les arrêts de l'Assemblée plénière du 7 février 1986 doivent être considérés comme une consécration de ce caractère objectif de l'obligation de conformité du vendeur fabricant ou professionnel, l'obligation de délivrer une chose exempte de vice, obligation de résultat, pouvant s'assimiler à l'obligation de délivrance de droit commun.

B - Conformité et délivrance

La délivrance est "le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur" au sens de l'article 1604 du Code civil.

La délivrance implique que la chose ait été mise à la disposition de l'acheteur, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci en ait effectivement pris possession.

Cette mise à disposition suppose, pour le moins, une possibilité d'usage de la chose.

Ainsi donc, la délivrance doit avoir pour objet la chose même qui a été vendue ou une chose conforme à ce qui a été stipulé.

Par voie de conséquence, la remise d'une chose comportant un vice peut constituer une inexécution de l'obligation de délivrance (47) ; il est vrai que la confusion est largement permise entre l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie contre les vices cachés.

Classiquement, on estime que lorsque l'acheteur a pris livraison, il y a eu accord de volontés sur celle-ci sauf si elle a été viciée en raison d'un défaut caché par suite d'une erreur sur les qualités essentielles de la chose livrée, la garantie des vices cachés s'appliquant non plus lors de la formation de la convention, mais lors de son exécution.

(46) Cass. Com. 11/10/1971 D. 1972 II 139 - Cass. III 26/2/1980 GP 20/10/1981 note Leneveu - (action tentée sur la base de l'article 1110 du Code civil rejetée) - Cass. Civ III 11/2/1982 D. 82 II 287.

(47) Ph. Malaurie et L. Aynes "Les contrats spéciaux" précité n° 413 et s. Ph. Malaurie Répertoire civil précité Vente n° 15 et s.

L'acceptation de la chose livrée purge en quelque sorte l'obligation de délivrance (48).

Force est toutefois de constater que les critères de distinction entre l'inexécution de l'obligation de délivrance et l'inexécution de l'obligation de garantie pour vice caché peuvent ne pas être convaincants, surtout pour un ressortissant de la Communauté Economique Européenne peu averti de l'usage de notre Code civil et de ses interprétations jurisprudentielles.

Comment justifier qu'une même non-conformité de la chose vendue pourra entraîner, selon les juridictions amenées à l'apprécier, soit une action résolutoire pour défaut de délivrance, soit une action réhibitoire pour vice caché (celle-ci devant être engagée à bref délai) ?

Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 février 1986 constituent donc une heureuse harmonisation des règles en la matière (b) que laissaient supposer, il est vrai, certaines prémices (a).

a) Les prémices

C'est tout d'abord la doctrine qui, consciente de l'inadaptation du Droit positif en la matière, a appelé de ses voeux la disparition du pluralisme des obligations du vendeur ainsi que la création d'une obligation unique de remise d'une chose conforme à l'usage pour lequel elle est vendue ; peu importe que l'éventuelle non-conformité se révèle lors de la délivrance ou lors du premier usage effectif de la chose (49).

L'unification des obligations du vendeur en la matière apparaît d'autant plus logique que, finalement, la délivrance n'est pas forcément le corollaire d'une livraison ou d'une prise de possession effective. Dès lors, la non-conformité, telle qu'elle est de nature à rendre la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée, se révélant nécessairement lors du premier usage, doit être assimilée à un défaut de délivrance effective puisque l'acquéreur n'a matériellement pas pu exercer sa "puissance" (au sens de Domat) sur celle-ci.

Ces prémices ne se révèlent toutefois pas dans la Doctrine ou la Jurisprudence ayant de l'erreur sur la substance et de l'action en nullité correspondante une conception relativement extensive (50), ni

(48) J. Ghestin "Conformités et garanties dans la vente", précité n° 225 et s. (L'auteur insiste sur les incertitudes de la Jurisprudence et appelle de ses voeux une réforme législative).

(49) J. Ghestin précité "Conformités et garanties dans la vente" n° 226-227 - Ph. Letourneau "Les ventes internationales de marchandises : conformités et garanties dans le Droit français". G. Cas, D. Ferrier "Traité de droit de la consommation" précité p. 246 n° 265.

(50) Ph. Malinvaud "De l'erreur sur la substance" D. 1972 I 215 et s. - TGI Pau 1/1982 JCP 1983.II.1999 - Cass. civ. I 13/12/1983 note J.L. Aubert - TGI Paris 21/1/1976 D. 1977 II 478 note Ph. Malinvaud.

dans celle qui admettait et continue à admettre de façon non moins traditionnelle que la victime de manoeuvres dolosives lors de la formation du contrat peut, certes, en demander la nullité sur le fondement des articles 1116 et 1117 du Code civil, mais également exercer une action pour responsabilité délictuelle qui se prescrit par trente ans.

Succédant et accédant aux vœux de la doctrine, de façon certes embryonnaire, la Cour suprême a tout d'abord admis que la sanction de la non-conformité du produit livré n'est pas nécessairement l'action en garantie contre les vices cachés au sens de l'article 1641 et suivants du Code civil (51).

Puis la chambre commerciale (52) a confirmé, si besoin en était, que l'action en résolution d'une vente de marchandise défectueuse peut être fondée sur l'article 1184 du Code civil, l'acheteur pouvant solliciter et obtenir des dommages et intérêts, sans pour autant agir en garantie au sens des articles 1641 et suivants du Code civil.

De façon plus nette, par deux arrêts successifs (53), la Chambre commerciale a admis qu'un matériel insuffisant, défectueux et inutilisable peut être considéré comme non conforme à sa destination sans qu'il en résulte qu'il soit différent de celui prévu au contrat.

Enfin, par un arrêt relativement méconnu, la Première chambre civile de la Cour de cassation (54) a admis qu'un vice de conception pouvait s'analyser "eu égard aux circonstances de la cause, en un manquement du fabricant-vendeur à son obligation de délivrer une machine conforme à sa destination normale, ce qui exclut l'application de l'article 1648 du Code civil".

Première Chambre civile, Chambre commerciale ; restait l'assemblée plénière pour que soit consacrée cette obligation unique de conformité.

(51) G. Viney "Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde" - D. 1975 I 2633 et s. - Cass. civ. III 18/12/1972 B Civ III n° 679 ; D. 1973 II 272, note J. Mazeaud - Cass. civ. I 4/2/1975 D. 1975 II 405 et s., note C. Gaury - Amiens. Audience solennelle 24/5/1984 GP 20/10/1984, note D. Tardieu - Naudet. (Au dol du débiteur lui-même doit être assimilé celui émanant de toute personne qu'il a introduite, déléguée ou commise dans l'exécution de la convention et dont il doit contractuellement répondre).

(52) Cass. Com. 24/11/1966, JCP 1967 II 15288.

(53) Cass. Con. 15/5/1972 - 16/7/1973 JCP 74 17864 note J. Ghestin.

(54) Cass. Ci. I 5/11/1985, D. 1986 IR 152 - JCP 1986 IV 65.

b) L'aboutissement

Inutile de reprendre les termes essentiels de ces arrêts fondamentaux du 7 février 1986, qui, semble-t-il, contredisent l'affirmation selon laquelle il n'existerait pas en matière de vente de décision "aussi célèbre que les arrêts Jand'heur ou Franck" (55).

Bien que les éminents commentateurs de ces décisions (56) ne les approuvent pas pleinement, loin s'en faut, ils conviennent que la solution ne saurait être limitée aux rapports entre le vendeur originel et les maîtres de l'ouvrage : "elle a, de toute évidence, la même vocation à s'appliquer dans les rapports entre vendeurs et acheteurs ou sous-acquéreurs" (57).

C'est bien le glas de l'article 1648 du Code civil (58).

En réalité, l'Assemblée plénière a pleinement rempli son rôle en unifiant les règles de droit. Dès lors que l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie deviennent deux obligations de résultat assimilables à une obligation de conformité, il eût été à la fois inéquitable et inefficace de continuer à considérer que la première peut être exercée dans un délai de droit commun et la seconde doit l'être dans un "bref délai", au surplus laissé à l'appréciation des juges du fond.

Traditionnellement, l'action résolutoire sous-entendue par l'article 1184 du Code civil est distincte des actions rédhibitoires ou estimatoires prévues par les articles 1644 et suivants du Code civil ; ainsi, lorsque l'acquéreur sollicite la résolution de la vente pour défaut de délivrance ou remise d'une chose non conforme à celle qui a été promise, les juges du fond peuvent apprécier si le défaut de conformité est suffisamment grave pour entraîner une résolution du contrat ou s'il ne justifie pas seulement une diminution du prix ; la délivrance est alors considérée comme partielle (59).

En revanche, et par définition, l'article 1644 du Code civil ouvre à l'acquéreur d'une chose viciée au sens de l'article 1641 une option entre l'action rédhibitoire (qui aboutit à l'anéantissement du contrat, l'acheteur devant rendre la chose et le vendeur le prix) et l'action estimatoire (qui a pour objet une réduction du prix correspondant à la perte de qualité que le vice imprime à la chose) (60).

En réalité, les effets des deux actions sont pratiquement identiques puisqu'aussi bien l'anéantissement de la convention ou sa

(55) Ph. Malaurie et L. Aynes, précité, "Droit civil et contrats spéciaux" n° 406.

(56) Ph. Malinvaud JCP 86 20616 - A. Benabent D 86 II 293.

(57) Ph. Malinvaud, précité.

(58) A. Benabent, précité.

(59) Cass. Civ. 10/6/1856, D.P. 56.1.254.

(60) Weil et Terré, "Les obligations", 1986, n° 495 et s. - Mazeaud et de Juglart "Principaux contrats", 1984, n° 497 et s. - J. Huet, J. Class. - Civil, Art.. 1641 à 1649 Fasc. 3 n° 122 et s.

réfaction peuvent toujours s'accompagner de dommages-intérêts en raison du préjudice causé par la non-conformité de la chose, que ce soit par application de l'article 1611 du Code civil, de l'article 1142 ou par celle de l'article 1645 (61). Quant à l'option, il n'est pas évident qu'elle demeure souveraine ; en effet, usant de son office, le juge saisi d'une action en résolution pour vice rédhibitoire peut fort bien prononcer une résolution pour non-conformité ou inversement (62).

Mais ce n'est pas tout ; l'oeuvre unificatrice de l'Assemblée plénière s'est exercée au-delà même de la sphère des co-contractants directs, tendant à régler ainsi un conflit opposant la Première et la Troisième chambre civile de la Cour de cassation en désaccord sur la nature de l'action devant être engagée par un maître d'ouvrage contre un fournisseur de matériaux viciés (63).

Il est vrai que, par une décision postérieure, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation paraît résister, estimant qu'un architecte chargé par un maître d'ouvrage de la construction d'un immeuble ne peut être condamné sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun à indemniser les acquéreurs des malfaçons affectant cet immeuble, en l'absence d'un lien contractuel l'unissant à ceux-ci (64).

Cet arrêt paraît être davantage révélateur d'un "combat d'arrière-garde" que du "premier signe d'une rébellion durable" (65) ; en effet, il paraît aller à l'encontre de ce qui a fondé les décisions de l'Assemblée plénière, bien qu'en l'espèce l'action transmise n'ait pas été issue d'un contrat de vente, mais d'un contrat d'entreprise.

Désormais, statuant au vu des conclusions prises par M. G. Paire, Avocat général, la Cour d'appel de Paris (66) a dit de façon on ne peut plus claire qu'"indépendamment de la garantie due par le vendeur du fait des vices cachés de la chose vendue et dont la poursuite est enfermée dans le bref délai de l'article 1648 al. 1 du Code civil, le vendeur (est) tenu, au titre de son obligation de délivrance, de livrer à son co-contractant... (des produits) répondant aux exigences des stipulations contractuelles, lesquelles (impliquent) une qualité propre à une utilisation normale" (67).

La règle paraît donc désormais établie avec comme corollaire celle selon laquelle l'acquéreur -comme le sous-acquéreur- dispose

(61) Le vendeur professionnel ayant désormais l'obligation de résultat de délivrer une chose exempte de vice - B. Starck précité.

(62) Cass. Com. 14/5/1985, B. IV, n° 147.

(63) Cass. Civ. I 29/5/84 - Cass. Civ. III 19/6/1984 D. 1985 OO 213 ; JCP 1985 2 20387 note Ph. Malinvaud RTD Civ. 1985.402. P. Rémy - 588 - J. Huet.

(64) Cass. Civ. 3ème 7/5/1986 D 1987 II 257 note A. Benabent.

(65) Note A. Benabent précitée.

(66) C. Paris 15 X 86. D 87 II 334.

(67) Par cette décision la Cour de Paris précise à juste titre qu'une telle action pour non-exécution de l'obligation de "délivrance conforme" exclut toute limitation de la garantie stipulée sur le fondement de l'art. 1648 du Code civil.

nécessairement d'une action contractuelle puisqu'il "jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur" (68).

Il y a là, semble-t-il, une extension de la notion de partie contractante (69) pouvant bénéficier non seulement de l'obligation de conformité due par le vendeur fabricant ou professionnel, mais aussi d'une obligation de sécurité qui s'étend, quant à elle, à tout utilisateur, même non-contractant.

II - OBLIGATION DE SECURITE

La chose livrée peut, en raison de sa nature même, causer un préjudice à son utilisateur ; ce préjudice, différent de celui consécutif à une non-conformité, peut lui-même trouver son origine non seulement dans un vice de conception ou de fabrication, mais aussi dans la structure même de la chose.

Certes, l'origine du dommage causé à l'utilisateur peut être la même que celle entraînant une non-conformité.

Cependant, le dommage lui-même est différent ; il ne s'agit plus d'un préjudice directement consécutif à un vice lui-même assimilable à un défaut de délivrance, mais plutôt d'un dommage postérieur à la délivrance, dépassant en quelque sorte le cadre tracé par le caractère synallagmatique de la convention.

Ce dommage peut être subi par l'utilisateur co-contractant ou non.

De ce chef également, l'oeuvre unificatrice de la Jurisprudence paraît coïncider avec la lettre et l'esprit de la Directive du Conseil des Communautés Européennes du 25 juillet 1985 (70).

Le vendeur fabricant ou professionnel est donc tenu d'une obligation de sécurité contractuelle (A) ou extra-contractuelle (B).

A - Obligation de sécurité contractuelle

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par ses deux arrêts du 7 février 1986, a, on le sait, mis fin au conflit jurisprudentiel (et doctrinal) qui s'était instauré sur la nature de l'action du sous-contractant vis-à-vis du vendeur fabricant originaire.

Sous réserve de la dissidence de la Troisième chambre de la Cour de cassation (71), il paraît désormais certain que cette action est, par nature, contractuelle.

De ce chef, il eut été inéquitable, voir même absurde, d'imposer à l'utilisateur d'une chose (réputé sous-contractant) le bref

(68) Cass. Ass. Plén. 7/12/1986 précité.

(69) J.F. Abeille : "Le principe de l'effet relatif des conventions et le droit de l'entreprise" Thèse doctorat, Aix-Marseille III 1980.

(70) G. Cas et D. Ferrier, "Traité de Droit de la Consommation" p. 269 et s.

(71) Précité Cass. Civ. III 7/5/1986 D. 1987 II 257 note A. Benabent.

délai découlant de l'article 1648 du Code civil, d'autant que le préjudice dont celui-ci demande réparation n'est pas toujours consécutif à une non-conformité.

De ce chef, la Cour suprême est particulièrement claire ; l'action peut être intentée dans le délai de droit commun : c'est dire que la règle du non-cumul (a) s'applique sans dommage à l'utilisateur d'une chose qui prétend avoir été victime d'un dommage en raison de l'usage de celle-ci (b).

a) Le non-cumul des actions

Désormais, la règle du non-cumul entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité non-contractuelle s'applique à tout utilisateur ayant un lien contractuel, même éloigné, avec le vendeur fabricant initial.

L'obstacle constitué par l'article 1648 du Code civil paraissant définitivement écarté, la qualification de la responsabilité du vendeur fabricant ou professionnel est nécessaire dans la mesure où la situation respective des parties est susceptible d'influer sur leurs obligations.

Il est, en effet, opportun de soumettre à un même régime, à savoir celui de la responsabilité contractuelle, ceux qui ont souffert d'un dommage parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; ce régime commun permet de caractériser le manquement du débiteur de l'obligation de sécurité (72).

L'action de l'utilisateur pour ce type de dommage est-elle une exception au principe de l'effet relatif des conventions ? Est-elle "intuitu rei" ? Est-elle "propter rem" parce que l'accessoire de la chose (73) ?

En réalité ayant, même très indirectement, fourni une contrepartie à la propriété ou à la possession de la chose, il est normal que son utilisateur actuel, même s'il n'a pas directement contracté avec le producteur ou le distributeur professionnel, non seulement bénéficie des règles de la responsabilité contractuelle, mais aussi puisse se les voir imposer, dans la mesure où celles-ci demeurent tout de même moins libérales que celles relatives à la responsabilité non-contractuelle.

Ainsi l'ordre public économique qui, dans un premier temps, a entraîné des exceptions au principe de l'effet relatif des conventions a, peu à peu, suscité un renouvellement de ce principe fondamental directement issu de l'article 1134 du Code civil ; les relations

(72) J. Huet RTD Civ. 84 page 504 et s.

(73) Voir références précitées ; également note A. Benabent sous Cass. civ. (I) 29/5/84, (III) 19/6/1984 D. 1985 II 213 et s. - Note Ph. Malinvaud sous les mêmes décisions JCP 1985 II 20387.

contractuelles deviennent souvent collectives ; des personnes qui, originairement, étaient étrangères à une convention peuvent y pénétrer parce qu'appartenant au même "groupe de contrat" (74).

Désormais, non seulement le co-contractant mais le sous-contractant disposent d'une action nécessairement contractuelle.

b) La responsabilité contractuelle

Les dommages subis par l'utilisateur actuel de la chose peuvent avoir une double origine :

- tout d'abord, son inadaptation aux besoins de l'utilisateur ou sa mauvaise utilisation en raison d'une insuffisance de conseil par le vendeur (75),

- en second lieu, un défaut de conception ou de réalisation de la chose entraînant des conséquences liées à son utilisation ; le préjudice subi est alors différent de celui consécutif à un défaut de délivrance par non-conformité (76).

1) Le devoir de conseil sur la chose

L'obligation de sécurité dans l'utilisation de la chose dont se trouve débiteur le vendeur professionnel ou fabricant se manifeste par un devoir de conseil tant antérieurement à l'accord contractuel que postérieurement à celui-ci.

Antérieurement à l'accord, le vendeur a le devoir de s'inquiéter de l'adaptation de la chose objet du contrat aux besoins de l'acquéreur (75).

Ainsi, le vendeur a une obligation de conseil qui, il est vrai, peut paraître éloignée de son obligation de sécurité ; elle s'en rapproche toutefois par sa nature ; il s'agit d'une obligation de moyens (76).

L'obligation pré-contractuelle est classique ; le vendeur professionnel (comme le prestataire de service qui lui est souvent proche) doit connaître les besoins de l'acquéreur et éviter de lui fournir un bien inadapté.

Il s'agit de l'obligation de renseignement applicable à tous les contrats et appréciée en considération de la situation personnelle des co-contractants (77) ; aujourd'hui, et en raison du développement des ventes de produits de haute technicité, cette obligation devient plus sensible.

(74) G. Teyssie "Les groupes de contrat" - Thèse Montpellier, 1975 - J.F. Abeille, Thèse précitée.

(75) J. Huet, précité JCP Civ. Art. 1641 à 1649 Fasc. n° 60 et s. - J. Ghestin précité "Conformités et garanties dans la vente" n° 97 et s. - Ph. Malaurie et L. Aynes précités, "Droit civil et contrats spéciaux", n° 423 et s.

(76) Ph. Le Tourneau "De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil" D. 1987 I p. 101 et s. - J. Mestre RTD Civ. 1987 p. 84 et s.

(77) M. de Juglart, RTD Civ. 1945 p. 13 et s.

L'obligation pré-contractuelle de conseil est assimilée par la Cour de cassation à une obligation contractuelle (78) ; le défaut d'instruction, voire même de conditionnement, est alors considéré comme un vice "extrinsèque" de la chose.

Le conseil préalable doit être adapté à l'objet du contrat ainsi qu'à la personnalité de l'acquéreur.

Ce devoir de conseil est par principe une obligation de moyens (79) ; cette obligation de moyens paraît toutefois renforcée dès lors que le vendeur professionnel ou fabricant fournit à un acquéreur non initié un produit de haute technicité (80).

Cette obligation de renseignement sur l'utilisation de la chose est en réalité une obligation de sécurité ; elle s'exerce en raison d'un danger inhérent à l'objet livré et dont l'usage nécessite certaines précautions (81).

C'est une obligation autonome par rapport à la garantie des vices cachés et à l'obligation de délivrance ; elle permet au "bon père de famille" sur qui pesait auparavant le devoir de se renseigner, d'être aujourd'hui bénéficiaire du droit d'être renseigné.

Cette obligation autonome engendre donc une responsabilité propre lorsque la victime établit un lien de causalité avec un dommage découlant de l'utilisation de la chose.

La qualité des informations est en rapport avec le danger du produit ; c'est pourquoi l'obligation de renseignement pèse sur le fabricant, lui seul étant en mesure d'informer l'utilisateur (82).

Le défaut d'instructions sur l'utilisation de la chose peut être assimilé à un vice "extrinsèque" de celle-ci, le vendeur ayant failli à son obligation de sécurité dans l'utilisation de la chose produite.

Cette obligation de sécurité devient nécessairement plus légère lorsque l'acquéreur est un professionnel de la même spécialité, cette qualité lui permettant de contribuer plus efficacement à sa propre sécurité (83) ; à l'obligation de conseil ou de renseignements succède une autre obligation de "moyen-sécurité" ou de "moyens renforcée" ; il s'agit de celle qui consiste à éviter à l'acquéreur ou l'utilisateur co-contractant de subir un dommage en raison d'un vice intrinsèque de la chose, dommage lui aussi différent de celui pouvant être consécutif à un défaut de conformité.

(78) G. Durry RTD Civ. 1981 p. 157-158.

(79) Cass. Com. 3/12/1985 B. civ. IV n° 284.

(80) En ce sens, Cass. Com. 17/3/1981, B. civ. IV n° 150. La Chambre commerciale ayant expressément fait référence à l'article 1147 du Code civil.

(81) J. Ghestin "Conformités et garanties dans la vente", précité n° 97 - Ph. Malaurie et L. Aynes, "Droit civil et contrats spéciaux" précité n° 424 et s.

(82) D. N°Guyen Thanh - Bourgeois et J. Revel "La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue" (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation 1ère Chambre civile du 31/1/1973 JCP 1975 2679).

(83) Cass. civ. I 10/6/1980 V I n° 179.

2) Le vice "intrinsèque" de la chose

Le vice intrinsèque est celui qui tient à la nature propre de la chose mal conçue ou mal réalisée.

Ici, on ne peut reprocher au producteur ou distributeur professionnel d'avoir manqué à son obligation de renseignement sur la chose ; la chose qu'il a livrée étant affectée d'un vice cause à son utilisateur co-contractant ou sous-contractant un dommage différent de celui consécutif à une non-conformité elle-même assimilable à un défaut de délivrance.

Le dommage subi dépasse là aussi les limites synallagmatiques de la convention ; il s'étend également au-delà des simples stipulations contractuelles.

Dès lors, s'il est normal d'exiger du producteur ou du distributeur professionnel une obligation de résultat dans son obligation de délivrance d'une chose conforme (84), seule une obligation de moyens, même renforcée, peut être exigée de lui dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner sa responsabilité.

En effet, si le défaut total ou partiel de délivrance par non-conformité de la chose produite est susceptible d'entraîner des conséquences prévisibles par tout professionnel normalement diligent, tel n'est pas le cas du vice "intrinsèque" de celle-ci dont les conséquences sont peu prévisibles.

La responsabilité dont il s'agit, obligation de "moyens renforcée" ou de "résultat atténuée" (85) permet, en tout état de cause, au vendeur de s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute même si son attitude est nécessairement, puisqu'il est professionnel, appréciée plus sévèrement.

La différence de régime est capitale au regard de la charge de la preuve qui incombe encore, par application de l'article 1315 du Code civil, au créancier de l'obligation de sécurité, alors surtout que celui-ci peut avoir joué un rôle actif dans la réalisation de son dommage (86).

La position adoptée par la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 16/5/1984 (87) paraît donc logique ; le dommage causé par l'utilisation de la chose, même consécutif à un vice de celle-ci, dès lors qu'il est différent de celui dont la réparation peut être sollicitée notamment par application de l'article 1184 du Code civil, ne peut engager la responsabilité du vendeur que si celui-ci a commis une faute ; même si le caractère fautif de son attitude est

(84) B. Starck "Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité" - D. 1974 I 157 n° 69.

(85) Ph. Rémy RTD Civ. 1984 p. 119 et s.

(86) TGI Le Mans 9/11/1982, D. 1983 II 128, note Ph. Le Tourneau - Cass. civ. I 16/5/1984 D. 1985 II 485 note J. Huet.

(87) J. Huet RTD Civ. 1985 p. 403 - J. Hemard - B. Bouloc RTD Com. 1985 p. 559, Cass. civ. (I) 27/6/1984 B. civ. I p. 181.

apprécié d'autant plus sévèrement qu'il est professionnel, la charge de la preuve pèse logiquement sur l'utilisateur co-contractant.

Ce qui est vrai pour un utilisateur qui a fourni une contrepartie à l'usage de la chose ne l'est certainement plus pour l'utilisateur, tiers véritable à la relation contractuelle ou, par définition, totalement profane parce que consommateur.

B - Obligation de sécurité extra-contractuelle

Le producteur ou vendeur professionnel conçoit, réalise ou distribue des produits destinés à une diffusion commerciale ; son but ne se limite pas à satisfaire la demande de ses propres contractants ni même les besoins des participants indirects à la sphère contractuelle. Il assure une fonction économique particulière qui entraîne un élargissement du support de ses obligations au-delà de ses seuls créanciers contractuels, que ceux-ci soient des usagers professionnels ou des particuliers simples consommateurs.

Il est vrai que l'ordre public économique dit "de protection" (88) a évolué de façon jugée anarchique dans le cadre de certains contrats particuliers ; on assiste toutefois à un nouveau système de responsabilité du fabricant vis-à-vis de l'utilisateur non-contractant. L'obligation de sécurité du vendeur fabricant ou professionnel demeurant une responsabilité (a) deviendra une véritable obligation à réparation (b).

a) La responsabilité extra-contractuelle

Lorsque l'utilisateur qui subit un dommage en raison d'un vice de la chose est "tiers véritable", seule la voie non-contractuelle lui est ouverte.

Tout d'abord, la responsabilité du vendeur ou du producteur peut être fondée sur la faute résidant dans le seul fait de mettre en circulation un produit qu'il sait ou ne peut ignorer être défectueux, c'est-à-dire affecté d'un vice intrinsèque.

La solution ne fait aucun doute ; elle est classique et se trouve clairement illustrée par un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 18 juillet 1972 (89) qui précise que "la mise en fonctionnement... d'un système... défectueux constitué en elle-même la faute dont le fabricant pouvait être rendu responsable...".

Autrement dit, parfois le fabricant ne peut être considéré comme ayant ignoré l'existence d'une défectuosité de la chose mise en circulation, chose elle-même susceptible de causer un dommage ; la connaissance effective du vice et donc la faute subjective ne sert alors qu'à qualifier sa responsabilité pénale.

(88) Note G. Viney, sous Cass. II 22/11/1978 JCP 1979 19319.

(89) Cass. civ. I 18/7/1972 B Civ. n° 189.

Qu'il s'agisse d'un système de responsabilité fondé sur une obligation de "moyens renforcée" (90) ou sur une faute objective, le résultat est pratiquement identique dans la mesure où, dans un cas comme dans l'autre, l'utilisateur contractant, sous-contractant ou "tiers véritable", victime d'un vice de la chose, pourra aisément établir que le vendeur fabricant ou professionnel, en raison même de sa qualification, ne pouvait ignorer l'existence du vice.

Mais il est vrai que, parfois, aucune faute, même objective, ne peut être mise à la charge du producteur ou distributeur professionnel ; dans ce cas l'utilisateur non-contractant bénéficie d'un avantage puisqu'il peut se fonder, pour obtenir réparation du préjudice qu'il subit en raison du vice de la chose, sur l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

En effet, la garde d'une chose peut être scindée dans la mesure où un dommage est causé par un dynamisme propre de celle-ci, par sa structure susceptible de se manifester dangereusement.

Autrement dit, une chose peut, on le sait, avoir deux gardiens, d'une part celui de son comportement, d'autre part, celui de sa structure (celui sur qui pèse la charge des vices : le propriétaire ou le fabricant) ; ainsi l'utilisateur et le fabricant ne répondent de la chose que jusqu'à une certaine limite et la division de la garde ne porte pas atteinte au principe selon lequel celle-ci est alternative et non cumulative (91).

Il est vrai que cette répartition des gardes a longtemps été refusée par la Cour suprême (92).

La question est désormais réglée : la Jurisprudence est maintenant bien établie et il semble même que la distinction vaille également pour les choses n'ayant rien de redoutable mais que les circonstances dotent d'un "dynamisme propre" (93).

Même si cette notion de garde de la structure entraînant la responsabilité non-contractuelle du fabricant envers les "tiers véritables" demeure d'application relativement limitée, elle permet cependant l'indemnisation de dommages consécutifs à un "vice interne" (ou intrinsèque) ou à un "dynamisme propre" de la chose même lorsque l'origine ou la nature de ce vice ou dynamisme n'ont pas été clairement déterminées (94) ; ainsi donc, est déclaré objectivement responsable celui qui a donné à la chose son dynamisme propre et dangereux, c'est-à-dire le fabricant.

Seul, l'accident doit être établi et non sa cause ; celle-ci est alors présumée provenir de la structure même de l'objet et non de son

(90) Voir supra.

(91) "Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées", A. Tunc, JCP 1957 I 1384.

(92) Cass. Civ. II 11/6/1953 JCP 1953 II 7825, note A. Weill - D 1954 II 21 note R. Rodière.

(93) Note G. Viney sous Cass. Civ. I 12/11/1975, JCP 76 II 18479.

(94) Cass. Civ. II 3/10 - 14/11/1979, D. 1980 II 326, note C. Larroumet.

maniement (95) ; insensiblement on ne parle plus de responsabilité ; paradoxalement, on adopte en la matière une nouvelle conception de la garantie de la chose, puisque la victime n'a pas à établir la cause (humaine) de l'accident (96).

Sont ainsi pratiquement appliqués, dans ce domaine également, les principes édictés par la Directive des Communautés Européennes du 25 juillet 1985 relatives à la responsabilité du fait des produits ; insensiblement, on quitte le domaine de la responsabilité pour aborder celui de l'obligation de réparer.

b) L'obligation de réparer

Ce qui, dans un domaine voisin, était considéré comme révolutionnaire il y a quelques années, fait maintenant partie du Droit positif.

Le fameux "projet Tunc" est devenu, après bien des péripéties, la "loi Badinter" du 25 juillet 1985.

Certes, cette loi (qui, au passage, admet enfin qu'une procédure en référé est interruptive d'un délai de prescription) ne s'applique qu'aux accidents causés par les véhicules terrestres à moteur.

Cependant, elle instaure plus un droit à réparation pour les victimes qu'un système de responsabilité objective pour les auteurs d'accidents de la circulation.

Il est, semble-t-il, permis de considérer que l'apport essentiel du "projet Tunc" est justement cette obligation à réparation consécutive à la création d'un risque, pulvérisant ainsi les principes traditionnels qui régissent la causalité (97). C'est l'"ordre public social" qui justifie la coexistence de plusieurs systèmes de responsabilité (98) : il a même été considéré que ce droit à réparation des victimes, qui n'est plus une règle de responsabilité civile, deviendrait un véritable principe constitutionnel (99).

Il en est logiquement de même lorsque l'"ordre public économique" est moteur de l'évolution du Droit, surtout lorsqu'il devient communautaire.

Une telle obligation de sécurité ne vise encore, en Droit positif actuel, aux termes de la loi interne, que les seuls consommateurs ; la loi du 21 juillet 1983 (100) a pour objet la

(95) Cass. Civ. II 7/6.1984, GP 16/10/1984, note F. Chabas.

(96) Cass. Civ. I 8/4/1986 JCP 1987 20721 note G. Viala - A. Viandier.

(97) Voir notamment note J. Borre sous Cass. civ. II 29/3 - 23/3/1971 II, 19/5/1971, JCP 1972.II.17086.

(98) A. Tunc "Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit", D. 1976 I p. 13 et s.

(99) Y. Lambert - Faivre "L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation", RTD Civ. 87 p. 1.

(100) Loi n° 83-660 du 21/7/1983 D. 1983 389.

sécurité des consommateurs ; son but est essentiellement la prévention des accidents domestiques ; elle a toutefois l'autre intérêt d'entraîner une réparation automatique des accidents domestiques en affirmant la responsabilité de plein droit du professionnel pour les produits défectueux.

Cette loi, bien que limitée aux seuls consommateurs, certes dignes de protection (101), annonce le futur régime de la "responsabilité du fait des produits" (102), applicable à tous les utilisateurs, consommateurs ou non, co-contractants ou "tiers véritables".

La Directive des Communautés Européennes du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits et à laquelle devront se conformer les Etats membres dans les trois ans de sa publication (103) rend le producteur objectivement responsable, c'est-à-dire obligé à réparer le préjudice causé par le défaut de son produit à son co-contractant comme aux tiers. Le défaut est établi par le seul fait qu'un produit "n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre".

Il s'agit paradoxalement d'une obligation de garantie considérée comme une obligation de résultat bénéficiant à la victime d'un dommage, co-contractante ou tiers.

Il n'y a donc pas de limite à l'obligation de garantie, le producteur ou distributeur professionnel ne pouvant s'exonérer que s'il prouve soit qu'il n'a pas mis lui-même en circulation le produit dangereux, soit que ce dernier n'était pas dangereux à ce moment.

La victime bénéficie ainsi d'une présomption légale selon laquelle le produit présentait un défaut d'origine.

L'obligation à réparation pèse pendant dix ans sur le fabricant, la responsabilité ainsi définie ne pouvant être écartée par des clauses qui viendraient y déroger ; cette obligation ne porte toutefois que sur la réparation des dommages causés, qu'ils soient corporels ou matériels.

C'est donc bien la sécurité des produits qui est ainsi visée (104).

*** - ***

Ainsi le "bref délai" pour agir dès lors qu'un produit est affecté d'un vice ne paraît plus être une obligation inéluctable pour l'acquéreur ou l'utilisateur.

(101) Ph. Malinvaud "La protection des consommateurs", D. 1981 I 49 et s.

(102) J. Revel "La prévention des accidents domestiques : vers un régime spécifique de la responsabilité du fait des produits", D 1984 I p. 69 et s.

(103) J.O.C.E. 7/8/1985.

(104) J. Ghestin "La Directive Communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux" D. 86 I p. 135 et s. - C. Torem, L. Focsaneanu "La Directive du Conseil des Communautés Européennes du 25 juillet 1985" JCP 1987 I 3269.

Si le vice rend le produit non conforme à l'usage auquel il était destiné, l'acquéreur ou le sous-acquéreur participant à la sphère contractuelle peut, considérant qu'il y a défaut de délivrance, agir en résolution afin que le contrat soit anéanti (le juge ayant la possibilité en vertu de son souverain pouvoir d'appréciation de procéder à une refaction) ; il peut également obtenir réparation du préjudice que lui cause cette non-conformité du produit.

Si le vice extrinsèque ou intrinsèque du produit cause un dommage, en raison de son utilisation, à un co-contractant (ou participant à la sphère contractuelle) ou à un tiers utilisateur, la responsabilité (contractuelle ou extra-contractuelle) du producteur, qui peut être aujourd'hui engagée dans le délai de droit commun, va se transformer dans un proche avenir en une obligation à réparation en raison du risque créé.

LES GRANDES ETAPES DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS DANS LA PENSEE POLITIQUE EUROPEENNE D'ARISTOTE A KELSEN

Par

Antoine LECA (*)

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

La notion d'un contrôle de la constitutionnalité des lois est susceptible d'être envisagée d'un double point de vue, l'un purement juridique, l'autre idéologique.

Dans la première optique, le contrôle désigne une fonction dévolue à un organe constitutionnel, une juridiction (1), un Conseil (2) ou une Assemblée (3), assurant la conformité des actes édictés par une Législature d'Etat à une norme supérieure, faisant partie du même ordre juridique. Cette règle de droit supérieure, au regard de laquelle s'opère le contrôle, est la constitution, définie, au point de vue matériel comme un ensemble de dispositions coutumières ou écrites

(*) Conférence prononcée le 14 janvier 1987 dans le cadre du Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

(1) Tel est le cas dans un grand nombre de constitutions (par exemple, celle des Etats-Unis (1787), la loi préliminaire à la Constitution tchécoslovaque (1920), la constitution de la République d'Autriche (1920), de la République espagnole (1931) et de la République d'Irlande (1937) pour s'en tenir aux textes antérieurs au dernier conflit mondial).

(2) La Constitution de la Pennsylvanie du 28 septembre 1776 avait institué un "Conseil des Censeurs", distinct de la Législature d'Etat, pour "rechercher si la constitution était restée inviolée dans toutes ses parties, si les branches législatives et exécutives du gouvernement avaient rempli leurs devoirs de défenseur du peuple, et si elles s'étaient approprié ou si elles avaient exercé d'autres ou de plus grands pouvoirs que ceux qui leur sont conférés par la Constitution" (A. Hamilton, J. Jay, G. Madison, "Le Fédéraliste", L.G.D.J., Paris, p. 413).

(3) Les Constitutions françaises des 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799) et 14 janvier 1852 avaient institué une procédure de contrôle au profit du Sénat (C. de 1799, art. 21 ; C. de 1852, art. 25, 26 et 29), qui eut un commencement d'effectivité sous le II^e Empire.

qui prévoient l'organisation et le fonctionnement de l'Etat (4), au point de vue organique, comme un corps de règles "émanant de l'organe constituant établi selon la procédure spéciale requise pour l'établissement ou la modification" de celles-ci (5).

Le concept renvoie à un contexte qui, principalement (6), est celui de l'Etat de Droit. Dans ce type de régime, l'exercice des fonctions publiques est dominé par le principe fondamental de la légalité.

En Droit public français, il signifie que les autorités de l'Etat sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent de se conformer non seulement aux lois formelles, mais à un corps hiérarchisé de règles juridiques (7) englobant les traités internationaux, la constitution, les lois, les règlements et diverses sources non écrites.

Si l'on ramène les fonctions publiques au triptyque traditionnel, distinguant les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (8), cela suppose que chacun de ceux-ci soit soumis à ce principe de juridicité. Il implique que les lois votées par le Parlement soient conformes à la constitution, que les décisions individuelles, comme les actes réglementaires, pris par l'Administration soient compatibles avec les normes juridiques de valeur supra-réglementaire (9), et que les décisions des tribunaux, pour s'en tenir au seul domaine répressif, ne considèrent comme des infractions et ne répriment que les actes ainsi qualifiés par les lois, en ne prononçant que des peines prévues par

(4) G. Burdeau, "Traité de Science Politique", t. IV, L.G.D.J., Paris, 2^e édition, 1969, p. 20. Voir dans le même sens : P. Pactet, "Institutions politiques et Droit constitutionnel", Masson, Paris, 5^e édition, 1981, p. 65 et B. Jeanneau, "Droit constitutionnel et Institutions politiques", Dalloz, 4^e édition, 1975, p. 55.

(5) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 20.

(6) Principalement, mais pas exclusivement depuis l'émergence du concept de "légalité socialiste" en droit soviétique. Aujourd'hui, nombre d'Etats d'Europe orientale ont ainsi institué un contrôle de constitutionnalité des lois, soit au profit d'une assemblée politique, soit au bénéfice d'une juridiction ("Le contrôle juridictionnel des lois", Actes du Colloque d'Uppsala des 26-28 juin 1984, Economica-P.U.A.M., Paris-Aix-en-Provence, 1986, p. 88 à 101).

(7) Il faut d'ailleurs regretter qu'étymologiquement le vocable de "légalité" n'évoque qu'une partie de ce "bloc de juridicité" qui s'impose aux autorités de l'Etat. (Cf. G. Vedel, "Droit administratif", 236).

(8) Cette distinction remonte à Aristote (384-322), qui avait mis en évidence les pouvoirs de délibération, de commandement et de justice ("Politique", IV, 11). On la retrouve ensuite sous une forme assez différente chez J. Harrington (1611-1677), dans "The Commonwealth of Oceana" (1656) et chez J. Locke (1632-1704), dans son "Treaty" de 1689 ("Traité du Gouvernement civil", Garnier-Flammarion, Paris, p. 293-294). Mais, chez tous ces auteurs, il s'agissait seulement d'une distinction théorique, dépourvue de nécessité politique. Le premier à l'ériger en revendication partisane fut Bolingbroke (1678-1751), mais c'est Montesquieu (1689-1755) qui en fit un principe constitutionnel dont la nécessité transcendait tout esprit de faction ("Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers", M. Shackleton, "French Studies", 1949 ; "Politique de Montesquieu", J. Erhard, A. Colin, Paris, 1965, p. 22).

(9) "Traité de Droit administratif", A. de Laubadère, t. 1, L.G.D.J., Paris, 1980, 8^e édition, p. 251.

celles-ci (10).

La finalité du contrôle de la constitutionnalité des lois répond donc à une nécessité de technique juridique pure, celle d'assortir d'une sanction la nécessaire conformité d'une règle de droit inférieure à une norme supérieure. Elle fut pressentie dès 1789, discutée pendant un siècle et demi et, comme l'on sait, finalement consacrée dans la constitution du 4 octobre 1958 (11) qui a mis en place un Conseil constitutionnel (12).

On pourrait imaginer d'en tenter l'historique dans une perspective purement juridique. Or, celle-ci, aussi intéressante soit-elle, n'entre pas dans les axes de recherches du Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques.

Au plan idéologique, qui entre essentiellement dans notre propos, le concept de contrôle de la constitutionnalité des lois désigne le système destiné à assurer la conformité à un ordre supérieur des actes créateur du Droit pris par le Souverain.

Il n'importe guère que les actes visés soient adoptés par une assemblée délibérante ou un organe unique, qu'ils soient généraux impersonnels et permanents, comme nos lois en Droit public positif, ou personnels et circonstanciels, comme les décrets en droit attique (13). Il n'importe pas davantage que le corps de règles en référence duquel s'organise le contrôle appartienne au même ordre juridique que les normes subordonnées (14) ou même qu'il réponde à notre définition

(10) "Droit pénal général", G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Dalloz, Paris, 1980, 11^e édition, p. 131-132.

(11) Si l'on définit la loi comme un acte voté par le Parlement, parce qu'il "suffit que les Chambres aient décidé l'adoption d'un texte pour que leur législation soit parfaite" (Carre de Malberg, "La loi, expression de la volonté générale", 1931, p. 147-148 ; L. Favoreu, "Les Cours constitutionnelles", P.U.F., Paris, 1986, p. 25), la constitution de 1958 a bel et bien institué un contrôle de la constitutionnalité des lois, étant précisé que la juridiction qui en a reçu compétence est impuissante pour apprécier de l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée (C. de 1958, art. 61, al. 1 et 2, révisé par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974), sauf en une exception limitée (C. de 1958, art. 37, al. 2).

En revanche, si on tient la loi pour un acte voté par le Parlement et promulgué par le Président de la République, car c'est la publication, effectuée par insertion du décret de promulgation au Journal Officiel de la République Française qui rend l'acte exécutoire (P. Pacter, op. cit., p. 435), le contrôle constitutionnel ne concerne pas des lois, mais des actes ayant vocation à le devenir.

(12) G. Dupuis, J. Georgel, J. Moreau, "Le Conseil constitutionnel", 1970 ; L. Favoreu et L. Philip, "Le Conseil constitutionnel", P.U.F., Paris, 3^e éd. 1978 ; F. Luchaire, "Le Conseil constitutionnel", 1979 ; Revue "Pouvoirs", n^o 13 (1980) ; L. Favoreu et L. Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", Sirey, Paris, 3^e éd., 1984.

(13) En principe, les décrets, à la différence des lois, étaient votés en raison de circonstances particulières et n'avaient de valeur que jusqu'à ce qu'un autre le remplace (Aristote, "Ethique de Nicomaque", V, 14). Mais la distinction n'a pas toujours été respectée (U.E. Paoli, "Studi sul processo attico", Padova, 1933, p. 56 ; VV. Ehrenberg, "Der Staat der Griechen", I, Leipzig, 1957, p. 42 ; J. Imbert, "Loi et coutume dans la Grèce antique", VI^e Congrès International de Droit Comparé, Hambourg, 1962 ; M. Cappelletti, "Quelques précédents historiques du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", Studi in Memoria di T. Ascarelli, vol. 5, Milano, 1969, p. 2786).

(14) L'idée d'un "jus naturale" représenté comme une "norma superior" aux règles de droit positif entre donc dans cette perspective, quoique les règles de droit naturel et de droit

juridique de la Constitution, pourvu qu'il s'analyse comme un ensemble de principes fondamentaux et intangibles pour une société politique donnée, qu'il soit ce "noyau permanent", auquel se référerait Kelsen, "l'idée d'un principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre", par exemple les "nomoi" du droit attique ou les "Lois Fondamentales" en vigueur dans la France d'Ancien-Régime. Lorsqu'en 1717, le Parlement de Paris cassa le testament de Louis XIV qui modifiait l'ordre de succession à la Couronne, il ne s'agissait pas juridiquement de l'annulation d'une loi au regard d'une constitution écrite, analogue à celle qui régit la France actuelle, mais, idéologiquement, la teneur de l'acte était identique. En effet, un tribunal se reconnaissait le droit de rendre nul et non avenu un acte juridique émanant du titulaire de la souveraineté étatique, au regard de principes juridiques supérieurs. Aussi bien, dans cette optique, les détails des réglementations juridiques pures sont-elles secondaires. Certes, l'Historien des Idées politiques ne saurait se désintéresser des règles de droit, mais il considère celles-ci beaucoup plus dans leur essence idéologique, leurs tenants et aboutissants intellectuels et politiques que dans leur manifestation technique.

Dans cette optique, la notion renvoie à l'idée de limitation de la souveraineté, populaire ou monarchique, en vertu d'un Ordre supérieur à celle-ci. En d'autres termes, elle n'évoque pas un type d'Etat déterminé : elle concerne toutes les sociétés politiques, qui, à un moment ou à un autre de leur histoire, en fonction de rapports sociaux, de mentalités, de doctrines, d'interventions de groupes dominants ou de personnalités décisives, ont établi des institutions limitatrices de la liberté décisionnelle des autorités publiques, frappant les normes générales et particulières. Sa finalité consiste fondamentalement à borner la liberté du Souverain.

*** _ ***

humain aient toujours appartenus à deux ordres juridiques distincts (M. Cappelletti, op. cit., p. 2787 à 2790).

Certes, les effets des doctrines jusnaturalistes furent d'ordre philosophique et politique, plus que proprement juridiques. Toutefois, certains auteurs médiévaux ont estimé que les juges ne devaient pas considérer comme obligatoires des lois contraires au droit naturel (St Thomas d'Aquin, "Summa Theologica", II-II, q. 60, art. 5).

Les problèmes des rapports entre le droit naturel et le droit positif ont fait l'objet de suffisamment d'études pour nous dispenser ici d'y consacrer de longs développements (voir par ex. : O. Lottin, "Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs", Bruges, 1931 ; J. Maritain, "Les droits de l'homme et la loi naturelle", Paris, 1953 ; M. Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", Paris, 1962).

L'idée émergea dès l'Antiquité et, après une certaine éclipse au Moyen-Age, elle reparut aux Temps modernes.

*

L'idée d'un tel contrôle apparut sans doute pour la première fois à Athènes et le premier auteur à s'en être fait l'écho est Aristote.

Certes, dans l'Antiquité la puissance publique n'était pas considérée comme un sujet de droit tombant à ce titre sous la prise de celui-ci (15), le droit de l'Etat ne relevait que de ses organes et il était sans borne : dans les Cités grecques, notamment, "on ne douta jamais que l'assemblée souveraine put disposer à son gré, tout au moins par des lois générales, de la vie, des biens, de la liberté et des croyances mêmes de citoyens" (16). Aristote lui-même ne dit pas autre chose (17).

Pendant, le droit attique connaissait plusieurs distinctions propres aux sources du droit, notamment celle qui opposait les "nomoi" aux "psephismata".

Le terme de "psephismata" désignait une règle de droit édictée, un

(15) Certes, le droit romain connaissait la notion de personne morale, connue sous le nom de "corpus" à l'époque classique (J. Macqueron, "Histoire des Institutions et des Faits sociaux de l'Antiquité méditerranéenne", La Pensée Universitaire, Aix-en-Provence, 1957, p. 595) et d'"universitas", à partir du VI^e siècle de notre ère (Corolsfeld et Lebras, "R.H.", 1934, p. 540). En outre, cette notion avait été appliquée à l'Etat, peut-être dès l'origine, peut-être après qu'elle ait été admise pour les municipes, les colonies et autres cités (R. Monier, "Manuel élémentaire de Droit romain", t. A, Domat-Montchrestien, 1947, rééd. Scientia Verlag Aalen, 1970, p. 337).

Mais il s'agit là d'une question d'un ordre différent. En disant que l'Etat "tombe sous la prise du droit", ou "est lié par le droit", on veut dire essentiellement "que l'Etat législateur est obligé par le droit de ne pas faire certaines lois" (L. Duguit, "Manuel de Droit constitutionnel", Paris, 2^e éd., 1911, p. 30). Dans les droits antiques, cette prohibition n'existait jamais pour les droits individuels. Tout au plus relève-t-on des mentions à propos de ce que l'on pourrait appeler les droits divins, notamment sur la propriété sacrée. En droit attique, celle-ci existait pour des territoires où les dieux étaient vénérés, des biens qui leur étaient affectés : des temples, des maisons, des objets matériels, voire des rentes constituées dès la fondation d'un sanctuaire (L. Beauchet, "Histoire du Droit privé de la République athénienne", t. III, Paris, 1897, p. 35 à 38). Mais, la Cité, pressée d'argent, pouvait toujours les exproprier (ibid., pp. 42-43). En Droit romain, la propriété sacrée, c'est-à-dire les "res divini juris" comprenaient trois catégories de biens (Gaius, 2, 8) : les "res sacrae", affectées à la célébration du culte, qui faisaient l'objet d'une affectation ("consecratio") et d'une désaffectation ("exsecratio") autorisées par la puissance publique (P. Ourliac et J. de Malafosse, "Droit romain et Ancien Droit", t. 2, P.U.F., 1961, p. 7), les "res religiosae", appartenant aux manes des morts, qui étaient absolument inaliénables, mais dont l'affectation, en droit post-classique, pouvait être modifiée par décision impériale (C. 3, 44, 1 et 14 ; D. 11, 7, 8), et enfin les "res sanctae" qui concernaient les limites de la propriété publique ou privée ("Droit romain et Ancien Droit", op. cit., p. 9).

(16) Fustel de Coulanges, "La Cité antique", livre III, chap. XVII ; A. Esmein, "Éléments de droit constitutionnel français et comparé", t. 1, Sirey, Paris, 6^e éd., 1921, p. 33 ; J. Ellul, "Histoire des Institutions", P.U.F., Paris, 4^e éd., 1972, p. 113.

(17) "Politique", IV, XIX, 3.

décret (18), le "nomos", matériellement un corps de lois anciennes et non écrites, du moins à l'origine (19), juridiquement le-Droit par excellence, le "Droit fondamental" (20) intangible (21). Pour certains auteurs, c'était pratiquement des "lois constitutionnelles" (22). Quelles que soient les controverses doctrinales sur le "nomos" (23), deux points sont à peu près sûrs. En premier lieu, les règles qui en faisaient partie ne pouvaient pas être modifiées par un simple décret de l'Ecclesia, l'Assemblée du peuple d'Athènes, sous peine de déclencher la procédure du "graphè paranomon". Il s'agissait d'une action publique, qui pouvait être déposée par tout citoyen devant le tribunal populaire de l'Héliée, dans un délai d'un an à partir du dépôt du projet de loi incriminé (24). Elle amenait les Héliastes à vérifier la compatibilité du texte qui leur était déféré avec les "nomoi". Le citoyen qui avait violé ceux-ci engageait sa responsabilité pénale (25) et, inversement, une poursuite non fondée exposait le demandeur débouté à des peines sévères (26). Sinon d'un point de vue juridique strict, du moins sous l'angle idéologique, c'était un véritable contrôle de la conformité des actes adoptés par l'Assemblée populaire souveraine au Droit fondamental (27).

En second lieu, la modification des "nomoi" par une loi générale était possible, mais elle requérait l'intervention d'un corps spécialement élu dans ce but, les Nomothètes (28), qui pouvaient annuler toute loi votée en violation de la procédure officielle par le procédé de la "nomosthésie" (28). En l'occurrence, c'était bien un acte général, impersonnel et permanent qui faisait l'objet d'une annulation en vertu du "nomos".

Aristote avait tiré de l'existence de ces règles l'idée de lois constituant le fondement de l'Etat, c'est-à-dire la constitution, la

(18) J. Gaudemet, "Les institutions de l'Antiquité", Sirey, Paris, 1967, p. 166 ; J. Ellul, "Histoire des Institutions", t. 1, op. cit., p. 112. F. Hayek parle, dans le même sens, de "theseis" ("Droit, Législation et Liberté", t. 2, P.U.F., Paris, 1981, p. 41).

(19) Selon le Professeur J. Ellul, le "nomos" désigne indifféremment la loi (écrite) et la coutume (op. cit., p. 112).

(20) F. Hayek, "Droit, Législation et Liberté", op. cit., p. 41. Le professeur J. Gaudemet parle de "lois fondamentales" (op. cit. p. 166).

(21) U.E. Paoli, "Studi sul processo attico", op. cit., p. 23 et s. ; J. Ellul, op. cit., p. 102.

(22) U.E. Paoli, "Nomothetai", in "Nuovo Digesto", vol. VIII, p. 1049 ; V. Ehrenberg, "Der Staat der Griechen", op. cit., pp. 38, 42-43, 74-75 ; L.R. Menager, "Institutions politiques et sociales de l'Antiquité", Publications du Chiedar, Série "Documents de travail et Notes de Cours", Aix-en-Provence, 1971, p. 132.

(23) D'après le professeur J. Ellul, les "nomoi" désigneraient des normes judiciaires sacrées, inassimilables aux "politeia" qui concernent les "lois constitutionnelles et administratives" (op. cit., p. 112).

(24) L.R. Menager, op. cit., p. 132. Suivant le professeur J. Gaudemet, ce droit pouvait s'exercer "sans limite de temps" (op. cit., p. 165).

(25) L.R. Menager, op. cit., p. 132.

(26) J. Gaudemet, op. cit., p. 165.

(27) Le professeur L.R. Menager parle expressément à ce propos d'un "contrôle de la constitutionnalité des lois" (op. cit., p. 132).

(28) J. Gaudemet, op. cit., p. 165 ; J. Ellul, op. cit., p. 125.

"politeia" (29), qu'il opposait aux lois ordinaires (30) et, selon lui, une Démocratie où le peuple pouvait librement modifier les premières n'était pas un Etat constitutionnel (31). Il est donc le premier auteur politique chez lequel émergent les notions de constitution et de contrôle constitutionnel des lois, élevé au rang de principe politique fondamental.

Soit que l'Antiquité grecque n'ait pas su s'élever à un tel niveau de maturité politique, soit que la logique de la Démocratie l'amène nécessairement à détruire tout obstacle posé à la volonté du peuple, fût-ce les plus nécessaires, comme le croyait Platon (32), pour qui cette forme de régime politique était inéluctablement vouée à la licence et au désordre (33), ces institutions limitatrices furent anéanties. Xénophon (34) et Démosthène (35) se sont fait l'un (36) et l'autre (37) l'écho des circonstances dans lesquelles l'Assemblée souveraine d'Athènes décida que rien désormais ne pourrait l'empêcher de légiférer à son gré.

Rome, qui fut l'héritière de la Grèce, n'emprunta pas les voies tracées par Athènes en matière de doctrine constitutionnelle.

Le premier auteur latin à se référer au concept de constitution fut Caton l'Ancien (38), mais celui-ci la concevait de façon originale : selon lui, c'était un corps de règles souvent coutumières, forgé par les Anciens, génération après génération (39). Cette conception qui fut plus tard celle de Burke (40) et, plus généralement des auteurs britanniques, débouche naturellement sur ce que les

(29) Dans l'oeuvre d'Aristote le terme de "politeia" est polysémique : il désigne aussi bien la constitution de la Cité que l'Etat constitutionnel auquel il aspire et qu'il définit comme un mélange d'éléments empruntés à la démocratie et à l'aristocratie (Politique, IV, 9).

(30) Ibid., IV, 1, 9.

(31) Ibid., IV, 4, 223 et s.

(32) (428-347 av. J.C.).

(33) "La République", VIII, 14.

(34) (v. 430- v. 355 av. J.C.).

(35) (384-322 av. J.C.).

(36) "Mais la multitude cria qu'il serait monstrueux que le peuple se trouve empêché de faire ce qu'il souhaite, sans exception (...). Alors les Prythanes, pris de peur, consentirent à mettre la question à l'ordre du jour, sauf un seul d'entre eux, Socrate, fils de Sophronisque ; et celui-ci dit qu'en aucun cas, il n'agirait sans respecter le droit" (Xénophon, "Helenika", I, VII, 12-16).

(37) "En une occasion mémorable, les Athéniens assemblés déclarèrent qu'il serait monstrueux de les empêcher de faire quoique ce soit qui leur convint ; aucune puissance ne pouvait les entraver ; ils résolurent que nulle obligation ne devrait leur faire obstacle et qu'ils ne seraient tenus par aucune loi qu'ils n'eussent faites eux-mêmes. C'est ainsi que le peuple athénien, d'émancipé devint tyran" (Démosthène, "Contre Leptines", 92).

(38) Cf. A. Leca, "Essai sur la pensée politique de Caton l'Ancien (234-149)", Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif, P.U.A.M., 1986-3.

(39) Caton a du exposer ces idées dans ses "Origines" (A. Novara, "Les idées romaines sur le progrès d'après les écrivains de la République", t. 1, Paris, 1982, p. 107) qui ne nous sont pas parvenues. Nous en connaissons toutefois la teneur grâce à Cicéron (106-43) qui s'y est expressément référé ("La République", II, 1).

(40) Burke (1729-1797) analysait également la constitution anglaise comme "le capital des siècles" (M. Ganzin, "La pensée politique d'Edmund Burke", L.G.D.J., Paris, 1977, p. 156).

constitutionnalistes contemporains appellent une "constitution souple" (41). Aussi bien excluait-elle absolument toute idée de contrôle de constitutionnalité des lois.

C'est ainsi que Cicéron, qui exprima clairement la distinction entre la constitution ("civitatis status") et les lois ("leges"), dans "De Legibus" (42), n'en tira jamais, comme Aristote, l'idée de contrôler la conformité de celles-ci à celle-là.

En fait de contrôle sur les actes édictés, le droit romain ne connaissait que celui qui était exercé par le Sénat, le Censeur et les Tribuns de la Plèbe sur les décisions prises par les magistrats (43)

(41) Une constitution souple est une constitution qu'une loi ordinaire suffit à réviser (M. H. Fabre, "Principes Républicains de Droit constitutionnel", L.G.D.J., Paris, 1977, p. 156 ; P. Pactet, op. cit., p. 73).

(42) Avant de présenter son système législatif, l'Arpinate précisait que celui-ci devait être "en rapport avec la constitution qui a notre préférence" ("accomodabimus leges ad illum quem probavimus civitatis statum" - "Des lois", III, 2). En d'autres termes, selon lui, la constitution renfermait les principes dont les lois n'étaient que l'application.

(43) Aux termes de leurs fonctions, les magistrats de l'époque républicaine devaient rendre compte de leur gestion et pouvaient être jugés par le Sénat (J. Gaudemet, op. cit., p. 341). Les Censeurs pouvaient les blâmer (ibid., p. 344 ; J. Ellul, op. cit., p. 308) et, au cours de leurs fonctions, les tribuns de la Plèbe pouvaient s'opposer à leurs décisions (J. Gaudemet, op. cit., p. 296 ; J. Ellul, op. cit., p. 279), voire les casser dans certains cas (J. Gaudemet, op. cit., p. 296).

suisant des formes comparables au droit attique (44). Cela n'a rien à voir avec le thème de cette conférence (45).

*

Si l'on met de côté les théories jusnaturalistes (46), on peut dire que les penseurs politiques de l'Occident médiéval se préoccupèrent surtout de reconstruire la souveraineté (47), en ressuscitant les notions romaines d'"auctoritas" et de "potestas" (48), et en transposant aux droits laïques, le concept canonique de "plenitudo potestas" (49),

(44) A leur sortie de charges, les magistrats rendaient leurs comptes à une commission de vérification, les "logistai" (Aristote, "Ath. Pol.", Liv. 2) et l'Héliée les contrôlait (J. Gaudemet, op. cit., p. 170 ; J. Ellul, op. cit., p. 131). Par ailleurs, l'administration des magistrats pouvait être critiquée par tout citoyen devant les "euthynoi" (Aristote, "Ath. Pol.", XLVIII, 4-5).

(45) Ces institutions de contrôle de la légalité des actes des magistrats, dont on retrouve des traces aux Temps Modernes, notamment dans les Républiques italiennes comme Venise (G. Durand, "Etats et Institutions", A. Colin, Paris, 1969, p. 182) et Gènes (Merlin, "Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence", t. VII, 1812, p. 486), en Corse, précisément à l'époque génoise ("Mémorial des Corses", t. 1, Ajaccio, 1980, p. 410 à 412, t. 2, p. 137 et 139) et, à l'époque contemporaine, depuis la constitution pennsylvanienne de 1776 (infra, note n° 2) jusqu'à la "Prokuratura" soviétique (G. Lavroff, "Les libertés publiques en Union Soviétique", 1960 ; R. David, "Garantie des libertés individuelles et contrôle de légalité des actes administratifs en U.R.S.S.", E.D.C.E., VII, p. 39) n'a en effet rien à voir avec le contrôle de constitutionnalité des lois. Non seulement, il ne concerne pas les actes votés par des Assemblées politiques, mais, surtout, il ne porte pas atteinte à l'idée de souveraineté de la loi. Même les "Supremi Sindicatori", en droit génois, ne paraissent pas avoir disposé de cette dernière prérogative : sous réserve d'une investigation plus complète, ils pouvaient annuler les actes des Collèges exécutifs violant la "constitution" de 1528, réformée en 1576, mais pas ceux du "consiglietto", qui détenait le pouvoir législatif.

Toujours est-il que Rousseau (1712-1778), qui tenait la loi pour souveraine admettait parfaitement l'existence d'un "Tribunat" indépendant des pouvoirs exécutif et législatif, auquel il aurait été interdit de s'immiscer dans la sphère de compétence de ces deux organes constitutionnels, et plus généralement d'agir positivement, mais qui aurait pu tout empêcher ("Du Contrat social", livre 4, chap. V). De même, il était favorable à l'institution du Censorat, à condition que "le tribunal censorial" soit "le déclarateur" et non l'arbitre de l'opinion du peuple (ibid, livre 4, chp. VII). Mably (1709-1785), pour qui la loi devait également être souveraine, excluait expressément l'idée d'une subordination de celle-ci à une norme quelconque ("Observations sur le gouvernement et les lois des Etats-Unis d'Amérique", O.C., t. VIII, Lyon, 1796, p. 312). Mais, comme Rousseau, il était partisan du Censorat, de "magistrats" chargés de veiller, en général, à l'intégrité des moeurs publiques ("Des droits et devoirs du citoyen", O.C., t. XII, p. 443) et, en particulier, à la conformité aux lois de l'action des autres magistrats (ibid., p. 466).

(46) Cf. note n° 14. Sur les conceptions de la doctrine savante relatives à la validité des actes du prince contrevenant au droit civil, cf. U. Nicolini, "La proprietà, il principio e l'espropriazione per publica utilità", t. XIV, Roma, 1952, pp. 167-185.

(47) J. Krynen, "Genèse de l'Etat et Histoire des Idées politiques en France à la fin du Moyen-Age", AFHIP, vol. 4, P.U.A.M., 1986, p. 9 et s.

(48) M. David, "La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^e au XV^e siècle", Paris, 1954, voir notamment le chap. IV : "De l'auctoritas et de la Potestas à la souveraineté", p. 67-81.

(49) P. Ourliac, "Souveraineté et lois fondamentales dans le droit canonique du XV^e siècle", in "Etudes d'Histoire du Droit médiéval", Toulouse, 1979, p. 563-565 et "Science Politique et Droit canonique au XV^e siècle", "Etudes....", p. 529-551.

Au XVII^e siècle, lorsque Loyseau (1566-1627) cherchait à définir la souveraineté, il

toujours en vigueur dans le droit de l'Eglise (50).

En revanche, les auteurs de l'Europe moderne cherchèrent plutôt à contrecarrer l'idée d'une conception illimitée de la souveraineté monarchique, qui en résultait et qui était alors en voie d'affirmation croissante dans le droit positif (51).

*

Le rejet de l'absolutisme monarchique, qui s'épanouit en Europe au XVI^e siècle, notamment en Angleterre à partir des Tudors et en France, à partir de François I^{er} et surtout d'Henri IV, se retrouve aussi bien chez le courant des Monarchomaques, qui est né de la Réforme protestante, que chez celui des défenseurs des libertés traditionnelles, qui procède volontiers d'une réaction aristocratique, hostile au renforcement du pouvoir royal, laquelle est à la genèse du Libéralisme contemporain.

Le point de rencontre entre la pensée des Monarchomaques, dont l'étude n'intéresse pas notre sujet, et l'idée de contrôle de constitutionnalité tient à l'affirmation par certains de ceux-ci, notamment F. Hotman (52), du concept de "lois fondamentales" opposables à la volonté du Souverain (53). Dans l'esprit de cet auteur, il s'agissait de tempérer la Monarchie française en affirmant la limitation des prérogatives royales et en consacrant celles de "la générale et solennelle assemblée de toute la nation, laquelle on a

écrivait encore qu'elle consiste en tout point avec ce que les Canonistes appellent plénitude de puissance (Loyseau, "Traité des Seigneuries", 1609, p. 25).

(50) "Codex Iuris Canonici", 1983, can. 331 à 333.

(51) En dépit de la césure fondamentale que fut la Révolution Française, la pertinence de l'observation de Tocqueville selon laquelle le pouvoir d'Etat n'a pas cessé de croître depuis l'aube de l'Ancien Régime ("De la Démocratie en Amérique", t. 2, Garnier-Flammariion, 1981, p. 13 ; "L'Ancien Régime et la Révolution", O.C., t. 2, Gallimard, 1952, p. 85) demeure incontestable. (Voir dans ce sens : R. Aron, "Mémoires", Julliard, 1983, p. 156 ; B. de Jouvenel, "Du pouvoir - Histoire de sa croissance", Hachette, 1972, p. 353 ; J. Ellul, "Histoire des Institutions", t. II (2), P.U.F., Paris, 1956, pp. 561-562).

(52) (1524-1590).

(53) La première théorie des "Lois Fondamentales" émergea dans le Droit canonique du XV^e siècle (P. Ourliac, op. cit., p. 533-565) et pénétra assez vite le droit laïque, avec notamment Jean de Terre Rouge, qui l'utilisa à propos de la succession royale dans son "Tractatus" de 1419.

Abstraction faite du "fabuleux exposé" (A. Thierry) d'Hotman, qui n'a pas grand rapport avec les réalités institutionnelles de l'époque (M. Prelot, G. Lescuyer, "Histoire des Idées Politiques", Dalloz, 1977, p. 252), il est indéniable qu'en Ancien Droit français, les pouvoirs du roi n'étaient pas illimités, notamment en matière législative, puisque celui-ci devait respecter les coutumes. On ne peut donc retenir l'analyse de H. Kelsen qui écrivait que "dans la monarchie absolue (...) la Constitution consiste en ce seul principe que toute expression de la volonté du monarque est une norme juridique obligatoire" ("La garantie juridictionnelle de la Constitution", R.D.P., 1928, p. 202). Ce point de vue repose sur une incompréhension du vocable de monarchie, de roi "absolu". Cet adjectif, qui traduit la locution latine "ab legibus solutus" (non lié par les lois), signifiait seulement que le prince n'était pas tenu par les lois et qu'il était indépendant de celles-ci, comme de toute autre autorité terrestre.

appelé depuis l'assemblée des trois Etats" (54), c'est-à-dire les Etats-Généraux du Royaume. En d'autres termes, les Monarchomaques, qui ressuscitèrent l'idée de constitution et celle d'un contrôle exercé sur les magistratures d'Etat, à commencer par la magistrature suprême qu'était la royauté (55), ne songèrent pas à établir un système particulier destiné à assurer la conformité des lois ordinaires aux "Lois Fondamentales" (56). Mais ils en ouvrirent la voie.

L'axe de confluence entre les doctrines défendant les libertés traditionnelles, tant au Royaume-Uni qu'en France, et l'idée qui nous occupe réside dans la volonté des premières de subordonner les normes de droit édictées par le Souverain à un ordre juridique supérieur.

En droit anglais, l'on distinguait traditionnellement, deux concepts : "Law", qui désignait tout le Droit, écrit ("Statute Law") et coutumier ("Common Law"), et "Enactment", plus couramment "Statute", qui concernaient les règles de droit, plus ou moins générales, adoptées par le Parlement (57). Sur la base de cette distinction, nombre de juristes, comme Sir Edward Coke (58), estimaient que le droit coutumier et les vieilles Chartes étaient intangibles, que ni le Roi, ni le Parlement ne pouvaient les modifier (59). Cette analyse aurait pu déboucher sur l'idée d'un contrôle analogue à celui qui existait en droit attique au profit des "nomoi", mais la situation de la Grande-Bretagne de l'époque, déchirée entre d'égaux prétentions à la souveraineté, venues de la Couronne et du Parlement, ne permit pas une telle évolution. Finalement, au dogme de l'"absolute power", défendu par Jacques I^{er} (60), et auquel aspirait Charles II (61), succéda, après la parenthèse du partage de la souveraineté entre le Roi et son Parlement, inauguré par Charles II (62), le dogme de la souveraineté parlementaire. La mutation fut préparée par T. Smith (63) mais surtout Prynne (64) et, malgré

(54) F. Hotman, "La France Gaule", ed. de 1573, t. 2, p. 423.

(55) T. de Bèze (1519-1605) notamment avait songé à instituer des "magistrats (...) ordonnés pour servir comme de bride et de frein au souverain Magistrat" ("Mémoire sur l'état de la France sous Charles IX", Ed. Meidelbourg, Wolff, 1578, t. 2, p. 491-492).

(56) Ils envisagèrent seulement le problème plus général de la tyrannie à laquelle ils répondaient par la désobéissance passive, la déposition du tyran (T. de Bèze), voire sa mise à mort (Boucher, Rose, Mariana).

(57) F. Hayek, "Droit, Législation et Liberté", t. 1, op. cit., p. 152.

(58) (1522 ou 1559 - 1634).

(59) E.S. Corwin, "The 'Higher Law', Background of American Constitutional Law", Harvard Law Review, XLII (1928-1929) ; A. Von Mehren, "The Judicial conceptions of Legislation in Tudor England - Interpretations of Modern Legal Philosophies", New-York, 1947, p. 751-766 ; M. Cappelletti, op. cit., p. 2792 ; J. Touchard, "Histoire des Idées Politiques", t. 1, P.U.F., Paris, 1978, p. 327.

(60) (1566-1603-1625).

(61) (1600-1625-1649).

(62) (1630-1660-1685). Voir dans ce sens F.C. Mougel, "L'Angleterre du XVI^e siècle à l'époque victorienne", P.U.F., Paris, 2^e éd., 1985, P. 56.

(63) T. Smith, "De Republica Anglorum" (1^e éd. 1583), 1630, p. 168.

(64) Prynne, "The Sovereign of Parliament", 1643.

certaines réticences doctrinales (65), elle s'acheva au XVIII^e siècle (66). L'idée d'une constitution fixe et d'une subordination des lois à celle-ci n'émergea donc jamais.

En France, ce ne furent point les Etats Généraux, mais les Parlements d'Ancien Régime qui se firent les vecteurs des doctrines de limitation de la souveraineté royale, au XVII^e, puis surtout au XVIII^e siècle, par-delà la parenthèse du règne de Louis XIV (67). L'opposition aristocratique à l'absolutisme royal accorda d'ailleurs beaucoup d'importance à ces juridictions traditionnelles.

D'après elle, comme pour les Monarchomaques, chez lesquels ils en puisèrent l'idée, l'Ancienne France avait une constitution, les "Lois Fondamentales du Royaume", coutumières, comme leur nom ne l'indique pas, et les Cours Souveraines, ainsi que les Parlements se plaisaient à se dénommer (68), en étaient les gardiennes indépendantes. En d'autres termes les tenants du "prélibéralisme" (M. Prelot) et du libéralisme aristocratiques, de Fénélon (69) à Montesquieu (70), s'accordaient pour penser que ces hautes juridictions avaient le droit de contrôler la conformité aux "Lois Fondamentales" des lois adoptées par le souverain.

Les dites Cours en étaient elles-mêmes convaincues : l'arrêt d'enregistrement qu'elles prenaient, c'est-à-dire "le jugement qui constate le consentement donné à l'exécution de la loi" (71) adoptée par le Roi était, pour elles, une condition sine qua non de l'applicabilité de celle-ci. Aussi bien, les Parlements se reconnaissaient-ils, non seulement le droit de refuser l'enregistrement et d'adresser des remontrances au monarque "pour objet de faire sentir à Sa Majesté les inconvénients d'une loi qu'Elle a envoyée pour être enregistrée" (72), mais encore celui d'adopter des "itératives remontrances", c'est-à-dire de refuser un enregistrement exigé par le Roi, après qu'il ait expressément rejeté les remontrances que lui avaient adressé la Cour (73).

Ce faisant, ces cours suprêmes exerçaient un véritable contrôle de la

(65) J. Locke, qui défendit la Révolution de 1689 qui consacra la prééminence du Parlement, n'en était pas moins hostile à la souveraineté de ce dernier : selon lui, l'autorité législative n'était pas un créateur libre du Droit, elle devait "agir d'une façon déterminée", notamment en se modifiant pas ses propres lois dans des cas particuliers (M.J.C. Vile, "Constitutionalism and Separation of Powers", Oxford, 1967, p. 63).

(66) Blackstone, "Commentaries on the Laws of England", 1765.

(67) De 1673 à 1715, les Parlements se cantonnèrent dans le silence (J. Egret, "Louis XV et l'opposition parlementaire", A. Colin, Paris, 1970, p. 9).

(68) Le vocable qui s'imposa finalement était celui de "Cours supérieures", plus conforme à la Doctrine officielle.

(69) Fénélon, (1651-1715), "Examen de conscience sur les devoirs de la royauté", 1694.

(70) Montesquieu, "De l'Esprit des Lois", V, 19 sur la vénalité des offices de nature à garantir l'indépendance des magistrats.

(71) Bouchet d'Argis, "Encyclopédie méthodique, Jurisprudence", t. IV, 1784, p. 292.

(72) "Correspondance politique et administrative de Miromesnil, Premier Président du Parlement de Normandie", 2 septembre 1764, t. III, p. 365.

(73) A. Dumas, "Histoire du Droit français", La Pensée Universitaire, Aix, 1977, p. 255-256.

constitutionnalité des lois adoptées par le Souverain. En effet, les "Lois Fondamentales" étaient une véritable constitution (74), en dépit de leur imprécision (75) et de leur philosophie particulière qui n'avait pas pour but de protéger les droits individuels des sujets, mais de préserver les intérêts de la Couronne (76), définie comme le détenteur de la Souveraineté, dont le Roi n'était que le titulaire passager (77). Or, cette expérience de contrôle avorta largement en raison de l'opposition du pouvoir royal (78) et, en France, elle pèsera lourdement sur l'avenir.

*** - ***

(74) La plupart des auteurs sont en accord sur ce point : voir dans ce sens J. Declareuil, "Histoire du Droit", t. 2, Paris, 1925, p. 390 ; A. Dumas, "Histoire du Droit français", op. cit., p. 332 ; F. Olivier-Martin, "Histoire générale du Droit français des origines à la Révolution", rééd. C.N.R.S., Paris, 1984, p. 660-661 ; M. Duverger, "Les constitutions de la France", P.U.F., 1971, p. 5-6 ; F. Garrisson, "Histoire du Droit et des Institutions", t. 1, 1977, p. 293 et s. ; H. Legohérel, "Histoire du Droit public français", P.U.F., Paris, 1986, p. 67.

Toutefois, M. le Doyen J. Godechot estime qu'"on ne peut guère parler de constitution sous l'Ancien Régime (...). On ne peut parler de constitution, au sens moderne du mot, que depuis l'époque où il y eut des constitutions écrites. Les premières furent les constitutions américaines, à partir de 1776, la constitution polonaise du 3 mai 1791 et la constitution française du 3 septembre 1791" (Mme de Stael, "Considérations sur la Révolution française", Tallandier, 1980, note de la p. 615).

Cette analyse est susceptible d'être critiquée à un double niveau. En premier lieu, il est incontestable que les "Lois Fondamentales" de l'Ancienne France constituaient une constitution au sens matériel du terme (cf. infra note n° 4). En second lieu, plusieurs constitutions écrites furent promulguées avant 1776, notamment l'"Instrument of Government" adopté en 1654 (A. Esmein, "Les constitutions du Protectorat de Cromwell", R.D.P., 1899) et la constitution corse de 1755 (D. Linotte, "Les constitutions françaises", M.A. Editions, 1985 ; A. Leca, "Les assises idéologiques de l'Etat national corse (1755-1768)", AFHIP, vol. 1, P.U.A.M., 1983).

(75) L'incertitude sur leur contenu a amené certains auteurs à douter de leur existence. On connaît assez le mot de Calonne qui avait écrit dans ce sens : "Ayant cherché pendant quarante ans la réalité de l'ancienne constitution, le reposoir de cette arche sainte, à laquelle il n'est pas permis de toucher, nous n'avons rien trouvé et ne savons pas encore ni quand ni où elle s'est fixée" (Tableau de l'Europe jusqu'au commencement de 1796", Londres, 1796).

En dépit de certaines controverses (cf. H. Morel, "La loi innommée", AFHIP, vol. 3, P.U.A.M., 1985, p. 29 et s.), la doctrine contemporaine en Histoire du Droit et des Institutions est unanime pour élever au rang de Lois Fondamentales, les règles de dévolution de la Couronne et d'inaliénabilité de son Domaine (cf. les ouvrages cités à la note n° 74).

(76) L'idée selon laquelle le terme de "constitution" pré-déterminait un certain contenu politico-institutionnel, concrètement des garanties pour les individus (voir dans ce sens l'article XVI de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et le célèbre rapport de Lally-Tolendal devant la Constituante), contribua également à nier la réalité de l'ancienne Constitution de la France.

(77) Louis XIV lui-même en avait pleinement conscience. Suivant le témoignage de Dangeau, il déclara ainsi sur son lit de mort : "Je m'en vais ; mais l'Etat demeurera toujours".

(78) Le meilleur exposé de la doctrine absolutiste en la matière est certainement le fameux discours prononcé par Louis XV devant le Parlement de Paris, le 3 mars 1766 ("Remontrances du Parlement...", t. 2, Ed. Flammarion, Paris, 1895, p. 555 et s.

La dénonciation de l'absolutisme démocratique est le trait d'union qui relie l'École libérale traditionnelle au libéralisme démocratique des XIX^e et XX^e siècles.

Les hommes de 1789 appartenaient essentiellement à la première. Ils concevaient le nouveau régime comme un système représentatif, qui n'était pas, qui ne saurait devenir un jour la démocratie (79). Cet état d'esprit est particulièrement net chez Siéyès, qui défendit et imposa d'ailleurs le suffrage censitaire (80) consacré une première fois par la loi du 22 décembre 1789 (81). Or, le refus dogmatique de subordonner la loi, adoptée par la représentation nationale, et la crainte plus prosaïque de voir les tribunaux marcher sur les voies des Parlements d'Ancien Régime l'emportèrent sur toute autre considération. D'autant que cette crainte n'avait rien de théorique. En novembre 1789, la Chambre des vacations du Parlement de Rennes refusa ainsi d'enregistrer un texte voté par l'Assemblée Constituante (82). Les Révolutionnaires choisirent donc de prohiber toute ingérence des tribunaux dans la vie administrative (83) et législative (84). A ce titre, la constitution du 3 septembre 1791 interdit expressément au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif (85), notamment en écartant une loi en arguant de son inconstitutionnalité. Ce faisant, les Révolutionnaires entraient évidemment en contradiction avec eux-mêmes, prétendant d'un côté avoir établi une loi fondamentale et immuable (86), et de l'autre, se privant de tout moyen d'en assurer le respect effectif. C'est

(79) A de rares exceptions près, comme Robespierre (1758-1794) en France et F. Mazzei (1730-1816) en Italie, la pensée politique de l'époque ne concevait la démocratie que sous sa forme directe et la rejetait comme étant une chimère. La notion familière aujourd'hui, de "démocratie représentatives" ne se diffusa qu'à partir des années 1830 - Cf. A. Leca, "Lecture critique de Tocqueville", Thèse Droit, Aix-en-Provence, 1987..

(80) Voir dans ce sens : P. Bastid, "Siéyès et sa pensée", Hachette, Paris, 1970, p. 89. Cela n'a rien d'étonnant. Les philosophes des Lumières eux-mêmes ne croyaient pas à l'égalité politique : Diderot et d'Holbach pensaient que c'était la propriété qui faisait le citoyen et même Rousseau et Mably admettaient comme un mal nécessaire les distinctions censitaires contraires à l'égalité qu'ils professaient (A. Jardin, "Histoire du Libéralisme politique", Hachette, Paris, 1985, p. 57).

(81) Les seules protestations qui s'élevèrent alors vinrent de l'extrême-droite, avec Montlosier, dont la gauche et l'extrême-gauche, avec l'abbé Grégoire et Du Port, rejetèrent l'argumentation (Archives Parlementaires, séances des 20 et 22 octobre 1789, t. IX, p. 469-470).

(82) Il s'agissait du décret du 3 novembre 1789 portant continuation des vacances de tous les Parlements du Royaume.

(83) La loi des 16-24 août 1790 qui décida de la séparation du judiciaire et de l'administratif était conçue de façon unilatérale. En effet, le législateur de l'époque se préoccupait surtout du respect de cette séparation à l'encontre des autorités judiciaires (J. Ellul, "Histoire des Institutions", t. II (2), op. cit., p. 570).

(84) Voir notamment le rapport de Bergasse sur le pouvoir judiciaire du 17 août 1789 (Archives Parlementaires, t. 2, p. 441 et s.), le discours de Mirabeau du 9 janvier 1790 ("Discours", Gallimard, 1973, p. 190) et le rapport de Thouret du 24 mars 1790 (Archives Parlementaires, t. XXV).

(85) C. de 1791, titre III, chap. V, art. 3

(86) Sous réserve d'une procédure de révision (C. de 1791, titre VII, C. de 1793, art. 115 à 117, C. de 1795, titre XIII).

là un non-sens que les artifices stylistiques des constitutions du 3 septembre 1791 (87) et du 24 juin 1793 (88) ne parviennent pas à dissimuler.

Lors du débat constitutionnel qui s'ouvrit à la chute des Montagnards, Siéyès présenta un projet de "Jurie constitutionnaire" (89). Mais la Convention la rejeta (90) et la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) se borna à indiquer que "les lois dont le préambule n'atteste pas l'observation des formes prescrites par les articles 77 et 91 (les trois lectures et les délais y afférents) ne peuvent être promulguées par le Directoire exécutif et sa responsabilité dure six années" (91), mais elle n'assortissait pas cette disposition de garanties sérieuses (92). Un tribunal tenta cependant de les mettre en oeuvre (93), mais tout cela fut balayé par le coup d'Etat de Brumaire. La constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) instaura en effet un contrôle politique de constitutionnalité au profit du Sénat (94).

L'idée de contrôle de la constitutionnalité des lois connut une fortune assez différente sous les deux régimes de monarchie constitutionnelle, qui succédèrent à l'aventure bonapartiste. Sous la Restauration, la Charte de 1814 étant une constitution souple (95), on

(87) La constitution de 1791 disposait que "le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils" (Titre I^{er}, parag. 3), mais, en fait de garanties, elle s'en remettait "à la fidélité du Corps législatif, du Roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français" (Titre VII, art. 8).

(88) La constitution de 1793 prévoyait que la République plaçait sa constitution "sous la garde de toutes les vertus" (art. 123).

(89) Dans ses interventions des 2 et 18 thermidor an III, il défendit la thèse de l'absence de souveraineté illimitée, fusse celle de la Nation, car "la fin de tout établissement public est la liberté individuelle". Aussi bien prônait-il une limitation des pouvoirs de l'autorité législative reposant sur la Constitution et l'institution d'un organe constitutionnel, émanant des Conseils des Cinq Cents et des Anciens, chargé d'en assurer le respect. En effet, "une constitution est un corps de lois obligatoires ou ce n'est rien ; si c'est un corps de loi, où sera le gardien, ou sea la magistrature de ce code ? (...) Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction avec un besoin réel de les faire observer et les lois constitutionnelles, plus que toutes les autres, doivent être protégées contre les infractions ; elles forment un corps de loi obligatoire dont il est indispensable d'assurer la stricte observation" (Réimpression de l'Ancien Moniteur, t. XXV, p. 294-295 et 442 ; "Siéyès et sa pensée", op. cit., p. 433 à 446).

(90) L'Assemblée suivit l'avis de Thibaudet qui s'était fait l'interprète des craintes suscitées par le projet : "Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait" (Discours du 24 Thermidor, Réimpression de l'Ancien Moniteur, t. XXV, p. 487).

(91) C. de 1795, art. 131.

(92) La seule garantie était "la fidélité du corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges, la vigilance des pères de famille, des épouses et des mères, l'affection des jeunes citoyens, le courage de tous les Français" (C. de 1795, art. 377).

(93) Ce fut le cas du Tribunal de la Dyle, dont le jugement fut cassé par le tribunal de Cassation le 18 fructidor an V ("Répertoire de Législation", M.D. Dalloz, t. XXX, p. 196).

(94) Cf. note n° 3.

(95) Certes le texte avait été octroyé "à toujours" et Louis XVIII en affirma l'immuabilité, notamment dans son discours du trône du 4 novembre 1816 (A.P., 2^e série, t. XVII, p. 47). Mais cette thèse avait davantage "le caractère d'un slogan politique (...) plus qu'elle ne comportait de signification juridique précise" (P. Bastid "Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française", p. 156). En effet, la théorie inverse fut

ne se soucia pas d'en assurer le respect. A l'issue de la Révolution de Juillet, la Charte de 1830 imita sa devancière en la matière (96) et c'est à tort que l'on présente divers arrêts de la Cour de cassation (97) comme reconnaissant aux juges le droit de contrôler les lois en s'appuyant sur la Charte. En effet, selon la Cour de cassation, dont la jurisprudence était en parfait accord avec la majeure partie de la doctrine (98), "une loi délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites (99) ne peut être attaquée devant les tribunaux pour cause d'inconstitutionnalité" (100). C'est là le sens du mot célèbre de Dupin (101), qui proclama devant la Chambre des Députés, qu'"il n'y a pas de loi inconstitutionnelle" (102).

Or, à cette époque, les esprits évoluèrent plus qu'une analyse strictement juridique ne pourrait le laisser supposer. La connaissance du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis, qui existait depuis 1789, et qui fut mis en oeuvre pour la première fois par la Cour suprême en 1803 (103), progressa en France, notamment après la parution, en janvier 1835, de la première partie de "La Démocratie en Amérique" de Tocqueville (104), qui y accordait une place importante (105). Toutefois son auteur n'était pas partisan d'étendre ainsi les

soutenue, non seulement par les Ultras et l'opposition libérale, mais parfois par le gouvernement lui-même (ibid.). Aussi bien, triompha-t-elle puisqu'on admit finalement que la Charte puisse être modifiée par une loi ordinaire (ibid., p. 161 et 164 ; S. Rials, "Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la Charte de 1814)", R.R.J. 1982-2). C'est donc avec raison que les constitutionnalistes contemporains l'analysent comme une constitution souple (J. Barthélémy et P. Duez, "Traité de Droit constitutionnel", Paris, 1933 ; M.H. Fabre, op. cit., p. 156 ; P. Pactet, op. cit., p. 73).

(96) Le texte suscita un certain flottement, mais la thèse de la mutabilité prédomina nettement (ibid, p. 159) et sa qualification comme constitution souple est universellement admise (J. Barthélémy, P. Duez ; M.H. Fabre ; P. Pactet, op. cit.).

(97) Crim., 11 mai 1833, Paulin, Recueil Sirey, 1833.1.357 ; Crim., 3 janvier 1834, Villette, S. 1834.1.371 ; Crim., 12 avril 1838, Doynes, Recueil Dalloz, 1.145.

(98) M. Macarel, "Eléments de Droit Politique", Paris, 1833, p. 421.

(99) En d'autres termes, le Juge se reconnaissait compétent pour contrôler la régularité des "formes constitutionnelles prescrites par la Charte", c'est-à-dire la "constitutionnalité extrinsèque" (G. Jeze), dite également "constitutionnalité formelle" (H. Kelsen) des lois, qui n'a jamais suscité d'opposition (G. Jeze, "Le contrôle juridictionnel des lois", RDP, 1924, p. 399 et s.). Lorsque l'on parle de contrôle de la constitutionnalité des lois, sans rien préciser, il faut entendre le contrôle de la "constitutionnalité intrinsèque", de la "constitutionnalité matérielle", qui porte, non sur la régularité de la procédure législative, mais sur le fond de l'acte adopté.

(100) Recueil Sirey, 1833.1.357. En revanche, mais c'est là un tout autre problème, la Cour de cassation estimait que les tribunaux pouvaient et devaient examiner la constitutionnalité de toute ordonnance royale dont on demandait devant eux l'application (Cass., 8 janvier 1834, Baradier, S. 1834.1.154). En effet, ce contrôle portait non sur un acte de la législature, mais une norme édictée par le pouvoir exécutif.

(101) A. Dupin (1783-1865), député et ministre sous la Monarchie de Juillet, présida la Chambre des Députés de 1832 à 1840 et l'Assemblée Législative en 1848.

(102) S. 1833.1.358.

(103) A. Leca, "Introduction historique au contrôle de la constitutionnalité des lois en Amérique du Nord (1619-1803)" - R.R.J. 1980.

(104) (1805-1859).

(105) "De la Démocratie en Amérique", t. 1, op. cit., p. 167 et s. Le cours de Droit constitutionnel professé à partir de 1835 à la Faculté de Droit de Paris, par P. Rossi (1787-1848), l'illustrait absolument (P. Rossi, "Oeuvres complètes", Guillaumin, Paris,

prérogatives des tribunaux français. Certes, il était parfaitement conscient qu'à refuser cette possibilité au juge, on permettait en fait au Parlement de modifier la constitution par une loi ordinaire, alors même que l'illégalité (lato sensu) d'une telle procédure serait évidente (106), mais, à tout prendre, il préférait cet inconvénient mineur à l'inconvénient majeur d'accorder une telle prérogative à des juges qui ne représentent pas le peuple : mieux valait encore "accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à d'autres qui ne représentent qu'eux-mêmes" (107). Mais, dans la voie ouverte par Tocqueville, d'autres auteurs, comme Berriat Saint-Prix (108), allèrent jusqu'à revendiquer le droit pour les juges ordinaires de ne point appliquer les lois inconstitutionnelles.

La constitution du 4 novembre 1848, qui imitait largement la constitution des Etats-Unis (109), et était silencieuse, comme elle, sur la faculté pour le juge de droit commun d'écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle, incita certains tribunaux à discuter de la conformité d'une loi à l'égard du texte de 1848 (110), mais la Constitution du 14 janvier 1852 coupa court à toute évolution en réservant ce rôle au Sénat (111).

*** - ***

Sous le régime suivant, on aurait pu penser que la brièveté des lois constitutionnelles de 1875, qui ne contiennent aucune déclaration des droits, aucune garantie de ceux-ci, n'aurait incité personne à revendiquer l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. De même, on aurait pu croire que la nouvelle constitution, qui ne

1877, (4 volumes). L'édition de 1850 du Répertoire de D. Dalloz (1795-1869) le passe toujours sous silence ("Répertoire de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence", t.XVIII, Paris, 1850, p. 342).

(106) "De la Démocratie en Amérique", t.1, op. cit., p. 170.

(107) Ibid., p. 170.

(108) Berriat Saint-Prix, "Commentaire sur la Charte constitutionnelle", Paris, 1836, p. 119 et s.

(109) Les similitudes entre les deux textes sont en effet fort nombreuses : notamment la séparation rigide des pouvoirs (art. 19), l'institution d'un président élu pour quatre ans (art. 45), sa prestation de serment avant son entrée en fonctions (art. 48) et l'institution d'un vice-président (art. 70).

(110) En l'occurrence, la loi du 9 août 1849 dont on se demanda si l'article 8 était compatible avec la constitution, en son article 4 (Cass. Crim., 17 novembre 1851, Gent, D.1851.1.333).

(111) Cf. note N° 3. Ce contrôle sénatorial de la constitutionnalité des lois se retrouve en droit public italien, avec le "Statuto Albertino" de 1848 ("Potere, Poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana", Atti del convegno nazionale di Roma (20-22 marzo 1985), Padova, 1986, p. 112), conformément aux propositions de G.D. Romagnosi (1761-1835), qui avait suggéré de confier cette prérogative à un "Senato dei Giudici" (sur cet auteur, cf. "G.D. Romagnosi - Libro-catalogo della mostra itinerante romagnosiana", Centro Studi Romagnosi, Milano, 1982 ; R. Ghiringhelli, F. Invernici, "Per conoscere Romagnosi", edizioni Unicopli, Milano, 1982 ; E.A. Albertoni, "Storia delle dottrine politiche in Italia", Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1985, p. 249 à 257).

contenait aucun article formulant quelque principe fondamental dont le respect s'impose au Parlement en vertu de la hiérarchie des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, n'aurait pas prêté à controverses. Or, il n'en a rien été et on a assisté à cette époque à un véritable foisonnement d'idées en la matière.

Certes, sous la III^e République, il était incontestable que les tribunaux de droit commun n'avaient pas la possibilité de contrôler la constitutionnalité des lois (112).

La doctrine y était d'ailleurs largement hostile. A. Esmein (113), renouant sur ce point avec la réflexion de Tocqueville, estimait qu'"une loi qui supprimerait ou entamerait une liberté ou l'un des droits garantis par la constitution (...) n'aurait pas dû être votée par le Corps législatif qui, en l'adoptant, a violé la constitution", mais, plutôt que de permettre au "pouvoir judiciaire" de "refuser d'en faire l'application", ce qui aurait ouvert la porte à tous les abus, il préférait encore considérer qu'une loi de ce type "ne serait pas nulle pour cela" et qu'elle n'en était pas moins obligatoire pour les pouvoirs publics, comme les citoyens (114). L'inconvénient en était mineur. D'ailleurs l'auteur faisait volontiers remarquer qu'il n'y avait pas de pays du monde où les droits et libertés individuels paraissent mieux assurés qu'en Angleterre "et pourtant le Parlement anglais est absolument souverain, et peut librement légiférer en toute matière" (114). C'était là, à ses yeux, la preuve que la meilleure garantie des droits résidait "dans les moeurs, dans l'esprit national et peut-être aussi dans l'institution des deux chambres" (114).

On retrouve un raisonnement comparable chez L. Duguit (115). Jusqu'en 1923, ce dernier jugeait qu'une loi "faite par les organes constitutionnels du pays doit être présumée utile et conforme au droit" (116) et que les tribunaux ne sauraient en apporter la preuve contraire car "les lois formelles émanent d'un organe tel qu'aucune juridiction n'est compétente pour apprécier la valeur juridique de ces décisions" (117). Au demeurant, le maître bordelais pensait qu'un tel contrôle aurait posé des problèmes techniques insurmontables (118).

(112) L. Duguit, "Manuel de Droit constitutionnel", Paris, 1911, p. 102-103 ; A. Esmein, "Éléments de droit constitutionnel français et comparé", t. 1, Sirey, 1921, p. 563 ; G. Jeze, "Le contrôle juridictionnel des lois", RDP, 1924, p. 399-430 ; G. Burdeau, op. cit., t. 4, p. 414. Ce point de vue se réfère au contrôle de régularité "intrinsèque" (voir infra, note n° 97).

(113) Esmein (1848-1913) était non seulement le grand Historien du Droit que l'on sait, mais également un Publiciste éminent. Au demeurant, la distinction entre les deux disciplines n'avait pas le sens qu'elle a de nos jours : ce n'est qu'en 1896 qu'une agrégation d'Histoire du Droit a été instituée.

(114) "Éléments de Droit constitutionnel", op. cit., t. 1, p. 563.

(115) 1859-1928.

(116) "Manuel de Droit constitutionnel", op. cit., p. 101.

(117) Ibid., p. 103.

(118) Ibid., p. 101. A partir de 1923, lorsque Duguit, revenant sur ses analyses antérieures, se rallia à l'idée d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, il maintint

A. Carpentier et G. Frèrejouan du Saint ne disaient pas autre chose (119).

*

Plusieurs juristes défendirent toutefois l'idée d'un contrôle.

Une première tendance s'efforça tout d'abord de démontrer que, conformément au droit public de l'époque, les tribunaux pouvaient contrôler la constitutionnalité des lois. Telle est la thèse développée en 1923 par L. Duguit, qui revint alors sur ses analyses antérieures (120), et, sensiblement à la même époque, par M. Hauriou (121) et Leblanc (122).

Un second courant d'idée, apparemment peu convaincu par cette argumentation, avança des idées de réforme destinées à introduire le contrôle juridictionnel.

Pour les uns, il s'agissait d'un contrôle de type américain, qui aurait accordé cette prérogative à l'ensemble des tribunaux (123). C'était notamment le point de vue du duc de Noailles en 1889 (124) et de Larnaude en 1902 (125). Leurs conceptions triomphèrent dans certains pays d'Europe au début du XX^e siècle (126), mais, en France, cette doctrine continua à concentrer sur elle toutes les critiques, notamment celle de placer dans l'Etat un pouvoir situé au dessus de la représentation nationale et celle de confier à la plus humble des juridictions d'Etat, le droit de censurer le Parlement de la République.

ses objections sur les difficultés techniques du contrôle, pour écarter l'idée d'une Cour constitutionnelle spéciale ("Traité de Droit constitutionnel", 2^e éd., t. 3, 1923, p. 615).

(119) Ceux-ci déniaient de surcroît à la constitution sa qualité de "loi d'une nature particulière" (A. Carpentier et G. Frèrejouan du Saint, "Répertoire général alphabétique du Droit français", t. XIII, Paris, Larose, 1895, p. 791).

(120) L. Duguit, "Traité de Droit constitutionnel", 2^e éd., t. 3, Paris, 1923, p. 669 et s.

(121) M. Hauriou, "Précis de Droit constitutionnel", Sirey, Paris, 1923, p. 322.

(122) M. Leblanc, "Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois", Thèse Droit, Paris, 1924.

(123) Au XIX^e siècle, ce modèle fut introduit en Suisse pour les lois adoptées au niveau des cantons ("Kantonales Recht") - Cf. Z. Giacometti, "Die Verfassungsgericht des schweizerischen Bundesgerichtes", Zurich, 1933; M. Cappelletti, "La giurisdizione costituzionale delle libertà", Milano, 1969 et, du même auteur, "The significance of Judicial Review of Legislation in the contemporary world", in "Ius Privatum Gentium - Festschrift für Max Rheinstein", Tubingen, 1969, p. 148.

A la fin du siècle, il apparut également en Norvège (F. Castberg, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Danemark", in "Vergassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Landerberichte und Rechtsvergleichung", Koln-Berlin, 1962, pp. 418-421, 428; M. Cappelletti, "The significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World", op. cit., p. 148).

(124) "Cent ans de République aux Etats-Unis", t. 2, Paris, Calmann-Levy, 1889, p. 163.

(125) L. Favoreu, "Les Cours constitutionnelles", P.U.F., Paris, 1986, p. 7.

(126) Le Danemark depuis le début du siècle (F. Castberg, op. cit.), la Roumanie depuis 1912 et la Grèce depuis les années vingt (G. Jeze, "Le contrôle juridictionnel des lois", op. cit., p. 407).

Soucieux d'éviter au moins ce dernier reproche, d'autres auteurs défendirent l'idée de réserver cette prérogative à un organe juridictionnel particulier, comme le "Reichsgericht", le Tribunal d'Empire, institué en Autriche par la constitution du 21 décembre 1867 (127) : une Cour suprême, comme le souhaitait Naquet (128) et C. Benoit (129), ou la Cour de cassation elle-même, toutes Chambres réunies, ainsi que le souhaitait J. Roche (130). Dans un premier temps l'idée fut sévèrement critiquée et passa pour chimérique (131). En son temps, Tocqueville lui-même, lorsqu'il présentait le système américain de contrôle de constitutionnalité, reconnaissait à celui-ci le mérite d'avoir obligé les juges "à n'attaquer les lois que par les moyens judiciaires" (132), c'est-à-dire, en cours de procès, en soulevant l'exception d'inconstitutionnalité. Il se félicitait qu'on ne soit pas allé jusqu'à permettre aux magistrats d'"attaquer les lois de façon théorique et générale" (133), c'est-à-dire en ouvrant un recours en annulation plus directement attentatoire à la majesté de la loi. Quoiqu'il n'ait pas sacralisé cette dernière, Duguit se fit l'écho des craintes suscitées par un tel projet de Cour suprême :

"Si elle ne peut être saisie que par le gouvernement, écrivait-il, il est à craindre que celui-ci n'intervienne que pour faire disparaître une loi qui lui déplaît. Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique pouvant devenir un organe trop puissant dans l'Etat. Enfin si l'on permet de la saisir à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle, on peut redouter que l'oeuvre législative ne soit elle-même complètement entravée" (134).

C'est au juriste autrichien Hans Kelsen (135) que revint le soin de balayer tous ces arguments.

Ce professeur de Droit de l'Université de Vienne, était un libéral démocrate, partisan de l'Etat de droit ("Rechtsstaat"), dont il suivit

(127) Cf. "Oesterreichische Zeitschrift für Staats und Rechtswissenschaft", 1867. Cet organe fut établi dans le cadre d'une vaste réorganisation de l'Empire, dont la portée essentielle était l'indépendance du royaume de Hongrie, qui, quoique soumis à l'Empereur d'Autriche, fut dotée d'institutions propres. Le "Reichsgericht", composé de représentants nommés par les Parlements de Vienne et du Budapest, devait contrôler la législation de ces deux assemblées, indépendantes l'une de l'autre.

(128) J.O., 16 mars 1894, p. 529.

(129) J.O., 28 janvier 1903.

(130) J.O., 28 février 1903.

(131) Elle fut condamnée par les détracteurs de l'idée de contrôle et les partisans d'un système de type américain (voir notamment : A. Esmein, "Eléments de Droit constitutionnel", op. cit., t. 1, p. 597 et s. ; M. Hauriou, op. cit., p. 302 et s., p. 321 ; L. Duguit, "Traité de Droit constitutionnel", 1923, op. cit., p. 615 ; G. Jeze, op. cit., p. 405, note 1).

(132) "De la Démocratie en Amérique", t. 1, op. cit., p. 171.

(133) Ibid., p. 171.

(134) "Manuel de Droit constitutionnel", op. cit., p. 101 ; "Traité de Droit constitutionnel", op. cit., p. 615.

(135) (1881-1973).

d'ailleurs toutes les vicissitudes, tant en Autriche qu'en Allemagne : en 1930, fuyant la dérive autoritaire de la première République autrichienne, il quitta son pays pour aller enseigner à Cologne, puis, en 1933, après l'avènement d'Hitler au pouvoir, il s'installa à Genève. Kelsen ne concevait de Démocratie que réglée par les lois, afin de remédier à ses vices tendancielles, comme la tyrannie de la majorité (136). Plus précisément, il fondait les droits et libertés individuels, qui sont à la base de ce régime, dans le seul droit positif de l'Etat, qu'il définissait comme un corps hiérarchisé de normes, depuis les règles générales (la constitution, la loi, le règlement), jusqu'aux règles particulières (les jugements, les actes administratifs individuels), pour s'achever avec les règles d'exécution matérielle (137). D'après lui, "chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur" (138). Dès lors, il devient indispensable de garantir la régularité de toutes les règles de droit interne à la norme en application de laquelle elle puise son existence. Au titre de la conformité de la loi à la constitution, Kelsen prôna un contrôle juridictionnel au profit d'un tribunal spécialisé, une Cour Constitutionnelle (139), compétente pour connaître des questions d'inconstitutionnalité par des recours en annulation et rendant des décisions aux effets généraux (140). A ce titre, l'exemple du "Tribunal d'Empire" existant dans son pays, l'a certainement inspiré. A l'objection politique de ceux qui prétendaient qu'une telle prérogative ferait de la Cour constitutionnelle une instance supérieure au Parlement et au Peuple, Kelsen répondait que cette Juridiction

(136) "Vom Wesen und Wert der Demokratie" (La démocratie : son essence et sa valeur), Siebeck, 1929. On ne peut donc écrire, sans y apporter des nuances, que Kelsen faisait "abstraction des réalités sociales que le droit a pour mission d'organiser" (H. Batiffol, "La philosophie du Droit", P.U.F., Paris, 1975, p. 30).

(137) "Reine Rechtslehre" (Théorie pure du Droit) ; trad. fr. C. Eisenmann, Paris, 1953.

(138) "La garantie juridictionnelle de la Constitution", op. cit., p. 200. La constitution elle-même n'y fait pas exception, car Kelsen faisait dériver le droit interne du droit international ("Les rapports de système entre le droit interne et le droit international", Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, 1926, IV, p; 231-331).

(139) "Il convient de préciser qu'une Cour constitutionnelle est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics" ("Les Cours constitutionnelles", L. Favoreu, op. cit., p. 3).

(140) C'était là une des critiques majeures que Kelsen portait au "modèle américain" qui n'annulait pas à proprement parler les lois inconstitutionnelles, mais écartait seulement leur application au cas concret déféré devant le Juge ("La garantie juridictionnelle de la Constitution", op. cit., p. 217-218). Certes, il ne méconnaissait pas le fait que le résultat équivalait en pratique à une véritable annulation, car la doctrine "stare decisis" a pour conséquence qu'un jugement de ce type sera presque toujours appliqué ensuite par les autres tribunaux. Mais il observait que d'une part, cela risquait d'engendrer le "manque d'unité des solutions", ce qui n'est valable que pour les pays de "civil law", et que d'autre part, ce qui était vrai pour les tribunaux ne l'était pas pour l'administration, dont les règlements devaient continuer à se conformer à la loi inconstitutionnelle (ibid., p. 218). L'annulation directe était donc préférable et il va de soi qu'un pouvoir aussi considérable ne pouvait pas être reconnu à n'importe quelle juridiction.

n'aurait aucun pouvoir d'action positive, fût-ce en matière législative, car son rôle serait l'annulation des lois et non leur confection (141). Par ailleurs, si le droit de légiférer est un acte à peu près libre, celui d'annuler est un devoir "qui se produit essentiellement en application de la Constitution" adoptée par le peuple souverain, auquel la Cour constitutionnelle est soumise (141).

Aux objections techniques des détracteurs du contrôle, Kelsen apporta également un certain nombre de réponses, dans le détail desquelles il n'importe pas d'entrer (142).

Son argumentation pénétra la doctrine française et rallia un certain nombre d'auteurs, comme P. Duez (143) et C. Eisenmann (144). A l'étranger, elle est directement à l'origine de l'institution d'un contrôle constitutionnel en Tchécoslovaquie (145), en Autriche (146), au Chili (147), en Espagne (148) et, dans une moindre mesure, en Irlande (149) dans l'entre-deux-guerres mondiale.

Notre Droit public lui-même s'y ouvrit après le dernier conflit mondial (150), notamment dans la constitution du 4 octobre 1958

(141) Ibid., p. 226. Cette argumentation rejoint celle des défenseurs du contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis qui, dès les années 1787-1788, se virent accuser de vouloir assujettir la volonté populaire (A. Hamilton, J. Jay, G. Madison, "Le Fédéraliste", op. cit., p. 647).

(142) "La garantie juridictionnelle de la constitution", op. cit., p. 226-2227, 245-250.

(143) "Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France", Mélanges Hauriou, 1929, p. 215.

(144) "La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche", Paris, 1928, rééd. P.U.A.M., 1987.

(145) La loi préliminaire de la constitution tchécoslovaque du 29 février 1920 institua en effet une Cour constitutionnelle de sept membres ("Tchécoslovaquie", Ouvrage collectif, Paris, Delagrave, Collection "La vie juridique des peuples", 1932, p. 114).

(146) La constitution du 1^{er} octobre 1920, élaborée justement à partir d'un projet de Kelsen, créa une Haute Cour Constitutionnelle, conforme aux théories de ce dernier. C. Eisenmann lui a consacré sa thèse, en 1928 (cf. note n^o 144).

(147) La Charte constitutionnelle de 1925 créa en effet un "Tribunal Constitutionnel" (art. 78 et 79). Voir sur celui-ci : "El Tribunal Constitucional de Chile", E. Silva Cimma, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, 1977 ; "El Tribunal Constitucional", in "Reforma constitucional de 1970", A. Silva-Bascudon, Editorial Juridica de Chile, Santiago, 1970, p. 199-274.

(148) La constitution de la Seconde République mit sur pied un "Tribunal des Garanties constitutionnelles" (cf. A. Luboc, "Le Tribunal espagnol des Garanties constitutionnelles", Thèse Droit, Montpellier, 1936).

(149) La constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937, toujours en vigueur de nos jours, institua deux juridictions habilitées à trancher des litiges constitutionnels (art. 34, al. 3) : une Haute Cour ("Ard-Chuirt") et une Cour suprême ("Chuir Vachtarach"), l'une servant de tribunal de première instance, l'autre de tribunal d'appel en dernier ressort (cf. B. Chubb, "The Government and Politics of Ireland", Oxford University Press, 1978 ; L.P. Beth, "The development of Judicial Review in Ireland", Dublin, 1967).

(150) La constitution du 27 octobre 1946 avait institué un "Comité constitutionnel", chargé d'examiner si les lois votées par l'Assemblée Nationale étaient conformes à la Constitution (art. 81 et 92), mais, en cas d'inconstitutionnalité, il était entendu que c'était la Constitution qui devrait être révisée : l'institution ménageait donc parfaitement la tradition française de souveraineté de la loi. Par ailleurs le Comité n'intervint qu'une seule fois, pour résoudre un conflit mineur (J. Chatelain, "La nouvelle constitution et le régime politique de la France", Paris, 1959, p. 175).

(151), qui, par ailleurs, consacre l'abaissement de la loi et du Parlement (152).

*** - ***

Un demi-siècle après l'exposé magistral de Kelsen, alors que dans un grand nombre de pays se multiplient les juridictions constitutionnelles, il est clair que celles-ci sont devenues un élément fondamental de l'Etat de Droit et qu'elles stimulent toujours la pensée politique, bien au-delà du monde des juristes (153).

Il est non moins clair que l'institution du contrôle juridictionnel des lois n'est pas une garantie suffisante contre les grands mouvements d'opinion, comme l'a montré l'histoire de la Cour suprême des Etats-Unis, et contre un Pouvoir autoritaire décidé à empiéter sur les libertés, tel celui du Chancelier Dolfuss (154), précisément en Autriche sous l'empire de la constitution rédigée par Kelsen. Elle n'est pas forcément la garantie nécessaire à une démocratie tranquille, ainsi qu'en témoigne le Royaume-Uni.

Toutefois, pour toutes les sociétés qui, sur telle ou telle question, ne sont point enflammées par des passions trop vives, contre lesquelles, de toute façon, la barrière du Droit serait impuissante à elle seule, pour toutes celles qui n'ont pas culturellement des moeurs démocratiques et paisibles, ou qui pourraient les perdre, une telle idée sera toujours d'une singulière actualité.

(151) Sur le Conseil Constitutionnel, cf note n° 12.

(152) L. Favoreu, Rapport introductif au Colloque d'Aix-en-Provence sur "Le domaine de la loi et du règlement", Economica-P.U.A.M., 2^e éd., 1981, p. 26.

(153) A ce titre, l'utopie libérale de M. F. Lalanne, qui présente une organisation assez originale, dont la physionomie organique évoque le système américain et dont les attributions de la Cour suprême rappellent le modèle de Kelsen, est très significative (sur la hiérarchie juridictionnelle, cf. "Ajedhora", Flammarion, 1986, p. 149 à 151 ; sur la critique du système en vigueur en France, Ibid., p. 151, 152, 155 ; sur la Cour suprême ajedhorienne, qui ne comprend pas moins de 800.000 magistrats (juges, conseillers et commissaires), ibid., p. 153-154).

(154) E. Dolfuss (1892-1934) réorganisa l'Etat autrichien sur la base de principes autoritaires et corporatifs, inspirés de l'expérience de l'Italie fasciste (J. Droz, "Histoire de l'Autriche", P.U.F., Paris, 1961).

INTRODUCTION HISTORIQUE AU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA LEGISLATION EN AMERIQUE DU NORD (1619-1803)

Par

Antoine LECA

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

Les origines de l'institution américaine du contrôle juridictionnel de la législation ("judicial review of legislation") sont assez mal connues dans notre pays, où les Constitutionnalistes s'en tiennent volontiers à l'idée qu'il n'est apparu en Amérique du Nord qu'avec le fameux arrêt *Marbury v. Madison*, rendu par la Cour suprême en 1803 (1).

Il est vrai qu'il s'agit là de la conclusion de l'étude majeure, existant, en la matière, en langue française, celle du Professeur J. Lambert, en 1931 (2). En effet, selon cet éminent spécialiste du droit américain, l'institution était "une création du Président de la Cour suprême Marshall siégeant en 1803" (3), lequel avait ainsi apporté une consécration juridique à des théories déjà défendues par plusieurs auteurs, depuis la révolution américaine (4).

Or, en son temps, Lambert n'a traité le problème que sous l'angle restreint des lois fédérales et il a délibérément écarté celui du

(1) Suivant MM. les Doyen B. Jeanneau ("Droit constitutionnel et Institutions politiques", Dalloz, 1975, p. 69) et P. Pactet ("Institutions politiques - Droit constitutionnel", Masson, Paris, 1981, p. 217), l'origine du contrôle de constitutionnalité remonte à l'arrêt *Marbury v. Madison*, rendu par la Cour Suprême en 1803.

(2) Cf. J. Lambert, "Les origines du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis", R.D.P., 1931, p. 5 à 69.

(3) Ibid., p. 61.

(4) Ibid., p. 61.

contrôle de la constitutionnalité des lois d'Etats (5) qui, chronologiquement, apparut le premier dans le contentieux américain.

Le propos de cet article est d'appréhender la question dans sa globalité. Il n'est assurément pas de la traiter de façon complète, pour au moins deux raisons. La première, aisément compréhensible, tient aux limites imparties à ce travail. La seconde vient du fait qu'en dépit de la publication de nombreux documents, à commencer par une grande quantité de chartes et de statuts (6), les sources juridiques actuellement disponibles demeurent très fragmentaires, dès lors que l'on s'intéresse à l'Amérique coloniale. Une étude plus approfondie exigerait, non seulement la rédaction d'un ouvrage, mais également de considérables dépouillements d'archives. Toutefois, d'ores et déjà, il demeure possible de retracer les grandes lignes de l'évolution historique qu'a connu le contrôle juridictionnel de la législation, quitte à les simplifier délibérément. Mais, comme le rappelait récemment le Doyen Hilaire, les approximations successives sont le lot des historiens (7) et elles ne sont jamais inutiles dans la mesure où elles ouvrent la voie à des recherches nouvelles.

Incontestablement, cette institution majeure du système constitutionnel américain trouve des précédents avant le raisonnement du Juge Marshall ou ceux de tels ou tels auteurs de l'époque, fût-ce Morris (8) ou Hamilton (9). En effet, les premières applications d'un tel contrôle renvoient aux traditions juridiques de l'Amérique anglaise. Le Professeur M. Cappelletti a d'ailleurs fort judicieusement écrit que la fameuse décision de 1803 avait été préparée par un siècle d'histoire (10). D'un point de vue subjectif, il apparaîtrait actuellement hasardeux d'affirmer péremptoirement que ces précédents ont ou n'ont pas influencés Marshall et ses collègues, au début du siècle dernier, et d'entrer ainsi dans un domaine

(5) En effet, les "prétendus précédents du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs fournis dans les différentes colonies ou Etats, pendant les périodes coloniales ou révolutionnaires, par les tribunaux locaux" ou "le conseil privé de la couronne anglaise" étaient, à ses yeux, soit étrangers au sujet, soit historiquement douteux et n'avaient, de toute manière, aucunement influencés le Juge Marshall (*ibid.*, pp. 60-61 ; voir également J. Lambert, "Histoire constitutionnelle", vol. 1, p. 88 et 172).

(6) Les ouvrages essentiels en la matière sont les recueils de F.N. Thorpe ("Federal and State Constitutions", vol. I à VII), de Poore ("The Federal and State Constitutions", Part. 1 et 2) et de H.S. Commager ("Documents of American History", vol. 1, 9^e édition, 1973). Mais, il n'existe pas l'équivalent de la compilation de droit public réalisée par C. Kettleborough ("The State Constitutions and the Federal Constitution and Organic Laws of the Territories and Other Colonial Dependancies of the U.S.A.", Indianapolis, B.F. Bowen and Compay, 1918) pour l'Ancien Régime colonial.

(7) J. Hilaire, "Introduction historique au droit commercial", P.U.F., 1986, p. 12.

(8) Intervention du Gouverneur Morris dans le débat sur l'abrogation de la loi d'organisation judiciaire de 1801 ("Annals of Congress", 7th Congress, 1st Session, p. 180).

(9) "Le Fédéraliste", A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, L.G.D.S., 1957, pp. 648-449.

(10) M. Cappelletti, "Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità della leggi", in "La Giustizia Costituzionale", 1967, p. 27 ; "Quelques précédents historiques du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", Studi in Memoria di T. Ascarelli, vol. 5, Milano, 1969, p. 797.

particulièrement controversé aux Etats-Unis (11). En revanche, d'un point de vue objectif, l'authenticité de ces antécédents historiques ne saurait être discutée.

De surcroît, il apparaît possible de reculer encore dans le temps la datation des premières applications d'un tel contrôle. En effet, depuis 1619, il existait en Amérique du Nord un contrôle juridictionnel sur les actes des législatures locales ("acts of the legislature", "legislation"), qui puise son origine dans la "Common Law" anglaise et qui, sous des formes nouvelles, survécut à la rupture du lien politique entre les colonies et leur Mère-Patrie.

Antérieurement à 1803, il y eut donc des précédents coloniaux et post-coloniaux.

I - LES PRECEDENTS COLONIAUX (1619-1776).

Les premières colonies britanniques en Amérique septentrionale furent établies à partir de 1607 (12) et le premier document promulgué à leur attention, la Charte donnée en 1606 à la "London Company" et à la "Plymouth Company" garantit aux futurs colons les libertés, les franchises et les immunités coutumières en Angleterre (13). La Couronne leur donna, ou leur reconnut suivant les cas (14), des assemblées locales, dont le mode de recrutement était calqué sur celui de la Chambre des Communes britanniques (15). Tel

(11) Voir à ce sujet l'abondante bibliographie fournie par J. Lambert ("Les origines du contrôle", op. cit., p. 54 à 61), qui s'est encore considérablement étoffée depuis 1931.

(12) En réalité, la première installation permanente se fit dans l'île de Roanoke, en Virginie, en 1587, mais trois ans plus tard, la petite colonie avait déjà disparue. Le premier établissement permanent et durable fut donc celui de Jamestown, également en Virginie, en 1607 (F.L. Schoell, "Histoire des Etats-Unis", Payot, Paris, 1985, p. 14).

(13) J. Beranger, R. Rouge, "Histoire des idées aux U.S.A.", P.U.F., 1981, p. 34-35. La première charte, datée du 10 avril 1606 ("The Federal and State Constitutions", Poore ed., part. II, p. 1889 et s. ; "Documents of American History", H.S. Commager, vol. 1, p. 8 et s.), fut suivie par celles du 23 mai 1609 (Poore, op. cit., p. 1893 et s. ; Commager, op. cit., p. 10 et s.) et du 12 mars 1612 ("Federal and State Constitutions", F.N. Thorpe ed., vol. VII, p. 3803 et s. ; Commager, op. cit., p. 12 et s.).

(14) La colonie du Massachussets, fondée en 1620, en vertu d'une Charte donnée en 1617, se dota elle-même d'une Assemblée générale, la "General Court", qui réunissait tous les hommes libres de la communauté puritaine établis sur le territoire (F.L. Schoell, op. cit., p. 36 et s.). Plus radicalement encore, les colonies du Rhode-Island, du Connecticut et du New-Hampshire furent créées et organisées "spontanément" par des dissidents du Massachussets, dans les années 1635, sans aucune intervention de la Métropole, qui ne légalisa leur existence et leurs institutions particulières que plusieurs années après : le Rhode-Island en 1644, le Connecticut en 1662, le New Hampshire, en 1679 (ibid, p. 39 à 41).

(15) En effet, ces assemblées furent toutes constituées sur des principes représentatifs et censitaires (R. Remond, "Histoire des Etats-Unis", P.U.F., Paris, 1974, p. 13), qui ne triomphèrent parfois que dans un second temps. Le système représentatif ne fut établi au Massachussets qu'en 1634 (H.W. Elson, "Histoire des Etats-Unis", Paris, Payot, 1930, p. 207) ou 1639 (F.L. Schoell, op. cit., p. 36) suivant les auteurs. Le suffrage restreint, qui n'existait pas originellement en Virginie et au Connecticut, ne s'imposa que dans la seconde moitié du XVII^e siècle. En Virginie, en 1619, le droit de vote était exercé par tous les hommes libres, mais, en 1654, la Colonie instaura le suffrage censitaire (F.G. Wilson, "The American Political Mind", New-York, Mc Graw - Hill Book Company Inc.,

fut le cas en Virginie, en 1619 (16) au Massachussets en 1634 (17), au Maryland en 1639 (18) et au Rhode-Island en 1644 (19), pour s'en tenir à la première moitié du XVII^e siècle.

Conformément à l'ancien Droit anglais, ces assemblées reçurent le droit de voter les impôts et de légiférer (20). En 1619, en Virginie, le gouverneur Yeardly mentionna d'ailleurs expressément cette dernière prérogative au profit de la "House of Burgesses", établie cette année là (21). Les colonies en usèrent et souvent dans des domaines importants : le Massachussets adopta ainsi une législation religieuse fort minutieuse, notamment en 1644 contre les Baptistes (22) et en 1656, 1657 et 1658 contre les Quakers (23). Parfois, elles légifèrent très librement : le Massachussets réglementa ses tribunaux et la procédure suivie devant eux s'écartait très nettement des usages suivis en métropole (24). Le volume de cette législation est fort important et, dès le XVII^e siècle, plusieurs Etats entreprirent de la codifier, notamment, en matière pénale, le Massachussets en 1648 et le Connecticut en 1650 (25), douze ans avant que sa constitution ne fut reconnue par la Couronne (26).

Or, juridiquement, cette liberté législative n'était pas entière : le "statutory law" était une norme subordonnée. Partout, les gouverneurs locaux disposaient d'un droit de veto (27), qui était plus ou moins effectif suivant l'indépendance de cet agent exécutif, qui était très relative au Rhode-Island (28) et au Connecticut (29), où il était élu.

1949, p. 177). Au Connecticut, les "Fundamental Orders" de 1638 accordèrent le droit de vote à tous les hommes libres légalement habitant d'une ville et ayant prêté serment de fidélité à la Colonie (B. Denis, "Un Etat de la Nouvelle Angleterre : le Connecticut", Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 13, A. Colin, 1950, p. 96), mais la Charte royale du 23 avril 1662 exigea de surcroit des conditions de moralité et de cens (ibid., p. 97).

(16) H.W. Elson, "Histoire des Etats-Unis", op. cit., p. 207. La première assemblée de Virginie fut réunie le 30 juillet 1619, mais le document l'y autorisant a été perdu. Tout laisse toutefois supposer que l'"Ordinance for Virginia" du 24 juillet 1621, laquelle nous est parvenue, en a repris les grandes lignes (F.N. Thorpe, op. cit., vol. II, p. 3810 et s. ; H.S. Commager, op. cit., p. 13 et s.).

(17) Ibid., p. 207.

(18) Ibid., p. 207.

(19) F.L. Schoell, op. cit., p. 39.

(20) Ibid., p. 36.

(21) J. Story, "Commentaries on the Constitution of the United States", vol. 1, p. 21 ; C.E. Stevens, "Sources de la Constitution des Etats-Unis", Paris, Guillaumin, 1897, p. 11.

(22) A. de Tocqueville, "De la Démocratie en Amérique", t. 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, p. 98 ; F.L. Schoell, op. cit., p. 38.

(23) J. Beranger et R. Rouge, "Histoire des idées aux U.S.A.", op. cit., p. 50.

(24) A. de Tocqueville, op. cit., p. 96.

(25) Ibid., p. 97.

(26) F.L. Schoell, op. cit., p. 41.

(27) C.E. Stevens, op. cit., p. 12. Voir par ex. Pennsylvania Charter of Privileges, october 28, 1701, art. IV (Thorpe, op. cit., p. 3076 et s. ; Commager, op. cit., p. 40 et s.).

(28) H.W. Elson, op. cit., p. 207.

(29) B. Denis, "Un Etat de la Nouvelle-Angleterre : le Connecticut", op. cit., p. 97.

Dans les colonies de propriétaires, comme la Virginie jusqu'en 1624 (30), l'acte voté par la législature devait en outre être ratifié par ceux-ci, en l'espèce, le Conseil Général de la "Virginian Company" (31).

Dans les colonies à charte, qui en fin de compte se virent bientôt limitées au Rhode-Island et au Connecticut (32), tout comme dans les colonies royales, qui devinrent vite les plus nombreuses (33), les actes votés par la Législature devaient être conforme aux "Laws and Statutes" du Royaume d'Angleterre (34), à peine d'être déclarés nuls en non avenues par le "Privy Council" de Londres (35) qui, en sa formation juridictionnelle, réunissait le Souverain et des conseillers, parmi lesquels une majorité de juristes, pour recevoir des appels et évoquer certains procès (36).

Enfin, les juridictions coloniales, étaient parfois amenées, dans le cadre d'un litige porté devant elles, à interpréter ces lois, voire à en écarter l'application en l'espèce, en ce référant à la Charte donnée à la Colonie. Plusieurs actes adoptés par les Législatures américaines furent ainsi annulés sous les coups répétés de la jurisprudence (37). Ceci apparaissait comme parfaitement normal car, en droit anglais, les tribunaux avaient traditionnellement la possibilité de juger et d'interpréter les lois (38). Mais, dans le contexte américain, ceci présentait une toute autre portée. En effet, à la différence de ce qui se passait en métropole, les tribunaux des colonies pouvaient s'appuyer sur des règles de droit écrit, dont la supériorité par rapport aux lois coloniales était claire et incontestable. En outre et surtout, si

(30) C.E. Stevens, op. cit., p. 13 ; H.W. Elson, op. cit., p. 61.

(31) C.E. Stevens, op. cit., p. 12.

(32) H.W. Elson, op. cit., p. 204.

(33) Il s'agissait du New-Hampshire, du New-York, du New-Jersey, de la Virginie (depuis 1624), du Maryland (de 1691 à 1715) et de la Géorgie (depuis 1752), cf. F.L. Schoell, op. cit., pp. 24-38-42-47 et D. Boorstin, "Histoire des Américains", t. 2, A. Colin, 1981, p. 466 et s.

(34) Cette expression revient fréquemment dans les textes, notamment les Chartes du Massachussets de 1628 et du New-Hampshire de 1679 (C.E. Stevens, op. cit., p. 14 et 16).

(35) Todd, "Parliamentary Govern in the British Colonies", 1894, p. 306-346 et s. ; E.B. Russel, "The Review of American Colonial Legislation by the King in Council" ; M. Cappelletti, "The significance of Judicial Review of Legislation", in "Ius privatum gentium - Festschrift für Max Rheinstein", Tubingen, 1969, p. 157 ; "Quelques précédents historiques du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois", op. cit., p. 2795.

Quelques cas d'annulation prononcés par le "Privy Council" sont restés fameux, notamment les affaires Winthrop v. Lechmere en 1727 et Philips v. Savage en 1737 (J.H. Smith, "Appeals to the Privy Council from the Americans Plantations", New-York, 1950, p. 537 et s., 562 et s. ; Mc Whinney, "Judicial Review in the English-Speaking World", in "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Länderberichte und Rechtsvergleichung", Köln-Berlin, 1962, pp. 13-14 et 49-60).

(36) G. Durand, "Etats et Institutions (XVI^e - XVIII^e siècles)", A. Colin, 1969, pp. 166-167. Dans cette hypothèse, il exerçait un contrôle juridictionnel matériellement distinct du contrôle politique auquel il se livrait en sa qualité de conseil de gouvernement. J. Lambert, en 1931, n'avait vu que celui-ci et considérait dès lors que le rôle du "Privy Council" n'avait "aucun rapport" avec son sujet (op. cit., pp. 60-61).

(37) Haines, "The American doctrine of Judicial Supremacy", 1914, p. 63 et s.

(38) C.E. Stevens, op. cit., p. 195.

le Parlement britannique et les Assemblées américaines pouvaient toujours adopter une nouvelle loi pour rectifier les effets futurs d'un jugement défectueux, rendu par un Juge ordinaire, cela n'était plus possible pour le Législateur colonial, dès lors que le "Privy Council" s'était prononcé sur la question. En effet, en rendant son jugement, celui-ci avait effectué un contrôle juridictionnel de la conformité d'une législation à un ordre juridique supérieur et il n'existait plus aucun procédé juridique permettant de rétablir l'acte incriminé (39). Cette conséquence était absolument inédite.

Même si la tutelle de la Métropole sur les actes des Assemblées locales était devenue peu fréquente au XVIII^e siècle (40), les Américains n'en méconnaissaient pas pour autant la menace et ils ignorèrent dès lors le concept britannique (41), puis français (42) de loi souveraine (43). En d'autres termes, il n'identifiaient pas la puissance législative à une création libre du droit et, par suite, la loi au droit tout entier, comme les Européens (44). Rien n'était plus éloigné de leurs pratiques et de leurs mentalités.

Ils étaient d'ailleurs tellement habitués à l'idée de voir fixé au pouvoir un statut qui ne dépendait pas de lui même et à une conception restrictive de la souveraineté législative qu'ils en transposèrent le schéma en droit anglais, auquel il était désormais absolument étranger (45). En effet, si au Royaume-Uni, on tenait pour illimitée la soumission des législatures coloniales au Parlement de Londres, comme celui-ci le réaffirma le 18 mars 1766 (46), l'idée était fort répandue outre-atlantique qu'une loi fondamentale limitait la liberté législative du Parlement métropolitain, comme celles des

(39) On peut noter que si les tribunaux ordinaires, tant métropolitains que coloniaux, ne rendaient que des décisions "inter partes" et que la loi qu'ils écartaient éventuellement n'était pas annulée à proprement parler, comme cela se fait toujours aux Etats-Unis, le jugement du "Privy Council" valait "erga omnes", tout comme la sentence d'une Cour constitutionnelle contemporaine, à l'issue d'un recours en annulation.

(40) D. Boorstin, op. cit., t. 2, p. 450.

(41) Dicey, "Introduction au Droit constitutionnel", Paris, 1902.

(42) Carre de Malberg, "La loi, expression de la volonté générale", Paris, 1931.

(43) Les théoriciens anglais de la souveraineté parlementaire et les tenants de l'absolutisme français auraient parfaitement pu s'approprier le point de vue de Rousseau, selon lequel "dans tous état politique, il faut une puissance suprême, un centre où tous se rapporte, un principe d'où tout dérive, un souverain qui puisse tout (...). Il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée ; elle peut tout ou elle n'est rien" ("Lettres écrites de la Montagne", part. 2, Lettre 7).

(44) H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", R.D.P., 1928, p. 98.

(45) L'idée de la souveraineté législative du parlement, à laquelle Prynne, consacra, en 1643, son maître-livre (précisément intitulé : "The Sovereign Power of Parliament") avait désormais triomphé dans le droit positif (cf. Blackstone, "Commentaries on the Laws of England", 1765, p. 72). Outre-Atlantique, cela ne suscita qu'incompréhension (cf. les déclarations de l'Assemblée du Massachussets des 15, 22 et 29 janvier 1768, in "Documents of American History", vol. 1, p. 65).

(46) D. Boorstin, op. cit., t. 2, p. 453-454.

Assemblées américaines (47). Celles-ci ne méconnaissaient certes pas la supériorité de celui-là, mais elles lui déniaient sa souveraineté absolue : ainsi, lorsqu'en 1772, Hutchinson, le gouverneur britannique du Massachussets somma la Colonie de reconnaître celle-ci, il se vit répliquer par le Conseil local (48) que l'autorité suprême et illimitée ne pouvait appartenir qu'à Dieu et que, sur terre, l'autorité de tout gouvernement se trouvait limitée (49).

Dès le début du conflit entre les colonies anglaises d'Amérique du nord et leur métropole, James Otis (50) répandit l'idée que les actes du Parlement du Royaume-Uni non conformes à l'équité naturelle étaient nuls (51).

C'est une idée que les Révolutionnaires concrétisèrent à partir de 1776.

(47) J. Beranger, R. Rouge, "Histoire des idées aux U.S.A.", op. cit., p. 93. Le contenu de cette norme supérieure englobait les grands principes du droit naturel, du droit anglais et du droit américain.

(48) Il apparut en 1644, par scission avec la "General Court" (F.L. Schoell, op. cit., p. 38). A l'exclusion de la Virginie et de la Pennsylvanie, toutes les législatures coloniales, se scindèrent également en deux branches. En général, le Conseil comptait une douzaine de membres, mais cette moyenne dissimule des écarts allant de trois (à l'origine au Maryland) à vingt-huit (à la veille de la Révolution, au Massachussets). Cf. H.W. Elson, op. cit., p. 205-206.

(49) G. Bancroft, "Histoire des Etats-Unis depuis la découverte du continent américain", Paris, 1881, t. 9, p. 276-277.

(50) (1725-1783).

(51) G. Bancroft, op. cit., t. 8, p. 221.

II - LES PRECEDENTS POST-COLONIAUX (1776-1803).

L'indépendance obtenue, les treize colonies devinrent autant d'Etats souverains (52) et se dotèrent de constitutions (53) qui établirent des mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois (54) sur la base desquels plusieurs tribunaux d'Etats annulèrent parfois des lois votées par les nouvelles Législatures (55).

Lors du débat relatif à l'élaboration d'une constitution fédérale, James Iredell plaida naturellement pour "une subordination de la Législature à l'autorité de la Constitution" (56), qui n'était jamais que la transposition, au niveau de l'Union, d'un schéma qui existait à l'époque coloniale et qui venait donc d'être consacré par les constitutions des Etats nouvellement créées. Aussi bien, ce point de vue était-il fort généralement partagé par les Constituants, en majorité fédéralistes, qui se réunirent à Philadelphie l'année suivante (57). Fondamentalement, il s'agissait de limiter le pouvoir des Assemblées délibérantes et d'endiguer les passions démocratiques et révolutionnaires qui se donnaient alors libre cours au niveau local (58). Par ailleurs, l'idée d'instituer une Cour suprême fédérale apparut

(52) A. Tunc, "Le droit des Etats-Unis", P.U.F., 1974, p. 11. Les "Articles de Confédération", qui furent rédigés en 1776, ménageaient en effet la souveraineté des Etats-membres.

(53) Il s'agit des constitutions du New-Hampshire (5 janvier 1776), de la Caroline du Sud (26 mars), de la Virginie (28 juin), du New-Jersey (2 juillet), du Delaware (20 septembre), de la Pennsylvanie (28 septembre), du Maryland (9 novembre), de la Caroline du Nord (18 décembre), de la Géorgie (5 février 1777), du New-York (20 avril 1777), du Massachussets (16 juin 1780). Seules, les Chartes coloniales du Rhode-Island et du Connecticut demeurèrent en vigueur jusque dans le courant du XIX^e siècle (D. Boorstin, op. cit., p. 466-470).

(54) Huit Cours suprêmes avaient été établies (New-Hampshire, Caroline du Sud, Virginie, Delaware, Maryland, Caroline du Nord, Géorgie, Massachussets) et un Conseil des Censeurs (Pennsylvanie).

(55) J. Dougherty, "Power of the Federal Judiciary over Legislation" New-York, 1912 ; W. Crosskey, "Politics and the Constitution in the History of the United States", 1953, p. 969-973 ; L. Levy, "Judicial Review and the Supreme Court", 1967, 1, 10 ; M. Cappelletti, "Judicial Review in Comparative Perspective", California Law Review, vol. 58, n^o 5, october 1970, p. 1031). Quelques affaires sont demeurées célèbres, notamment les cas Holmes v. Walton et Commonwealth v. Cato, respectivement tranchés par la Cour suprême du New-Jersey en 1780 et par celle de Virginie en 1782 (M. Einaudi, "Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America", Torino, 1931, p. 28 et s.). Cette prérogative n'était cependant par universellement admise, notamment dans les Etats de l'Ouest, plus démocratiques : jusqu'en 1807-1808, des juges de l'Ohio furent ainsi poursuivis pour avoir tenté de déclarer nuls des actes législatifs (J. Lambert, op. cit., pp. 61-62).

(56) "Life and Correspondence of James Iredell", Griffith J. Mac Ree, t. 2, New-York, 1949, p. 145 à 148.

(57) G. Wills, "Explaining America : The Federalist", Penguin Edition, 1981, p. 151-155.

(58) J. Lambert, op. cit., p. 5. En effet, contrairement à une idée reçue, les idées proprement révolutionnaires jouèrent un rôle important dans la révolution américaine, comme, plus tard, dans la révolution française, mais, à la différence de ce qu'il advint au cours de celle-ci, "l'Amérique se guérit à temps de ces rêveries romanesques pour n'en pas être infectée" (Lettre de Morris à Washington, 31 juillet 1789, in J. Sparks, "Memorial de Gouverneur Morris", Paris, 1842), pour reprendre les termes de l'auteur, qui, le premier, a

d'autant plus nécessaire qu'il importait, d'un point de vue technique, d'harmoniser la jurisprudence des Cours fédérées, d'assurer un égal respect de la Constitution fédérale dans tous les Etats de l'Union (59) et, d'un point de vue politique, de sceller l'unité du pays (60).

Toutefois, le texte qui fut adopté, s'il réglementa le pouvoir judiciaire fédéral (61) ne souffla mot du contrôle juridictionnel de la législation.

Il faut en effet se rappeler que cette prérogative fut contestée par le "parti démocratique" (62), notamment T. Jefferson (63) qui pensait que la suprématie de la Constitution était incompatible avec la souveraineté du peuple (64).

Certes, ce point de vue n'était pas majoritaire. Selon James Wilson (65), qui, deux ans plus tard fut nommé Juge à la Cour suprême (66),

comparé les deux révolutions (A. Esmein, "Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française", Paris, Hachette, 1906).

(59) *Ibid.*, p. 7.

(60) "Le Fédéraliste", op. cit., p. 174-176 et 670 et s.

(61) C. de 1787, art. III, sec. 1, 2, 3.

(62) La majorité des Constituants étaient des Libéraux qui récusait la démocratie. Ce terme, qu'ils identifiaient à la démocratie directe ("Le Fédéraliste", op. cit., p. 72 et 75) ne correspondait ni à leur vocabulaire, ni à leurs aspirations. Au "gouvernement populaire" dont ils ne voulaient pas, notamment G. Madison (*ibid.*, p. 71), ils préféraient un régime tout différent (*ibid.*, p. 100) : la "République", définie essentiellement comme un gouvernement représentatif (*ibid.*, p. 73 et 311). Certes, suivant l'exemple de J. Locke (1632-1704), ils admettaient le principe de la souveraineté initiale du peuple, que l'on trouve chez J. Wilson (G. Ticknor Curtis, "History of the origin, formation and adoption of the Constitution of the United States", London, 1854, t. 1, p. 473), A. Hamilton, J. Madison ("Le Fédéraliste", op. cit., p. 311), G. Washington (J. Sparks, "Correspondance et écrits de Washington" Paris, 1851, t. 2, p. 414), ou J. Adams (J. Beranger, R. Rouge, "Histoire des idées aux U.S.A.", op. cit., p. 106), mais ils tendaient à confier la souveraineté effective à une élite représentative, contre l'éventuelle tyrannie de laquelle, il importait de prévoir des mécanismes constitutionnels modérateurs. Le texte de 1787 a été principalement imprégné par leurs conceptions (R. Remond, op. cit., p. 32-33).

Toutefois, il existait dans l'Amérique de l'époque une tendance plus favorable à la démocratie, notamment chez T. Paine (J. Beranger, R. Rouge, "Histoire des Idées aux U.S.A.", op. cit., p. 90) et T. Jefferson, laquelle ne se structura que plus tard. En toutes hypothèses, le point de vue défendu par le Professeur J. Lambert suivant lequel ce courant d'idées s'identifiait à une catégorie sociale distincte ne paraît pas historiquement fondé. Pour reprendre ses propres termes, les Républicains étaient des "gentlemen", au même titre que les Fédéralistes ("Les origines du contrôle...", op. cit., p. 5). En effet, Jefferson était issu d'une famille de planteurs virginien, tout comme Washington, Madison ou Monroe (D.K. Bruce, "Les présidents des U.S.A. de Washington à Lincoln", Gallimard, 1954, p. 241).

(63) (1743-1826).

(64) Au demeurant, il pensait que les constitutions et les lois devaient s'éteindre avec les générations qui les avaient faites à peine d'enchaîner leurs descendants (Lettre à Madison, 6 septembre 1789, in "Writings", 1853, t. III, p. 106). C'est l'idée reprise dans un vers du poète J.T. Lowell (1819-1891) pour qui "the serf of his own past is not a man", l'esclave de son passé n'est pas un homme (A. Laugel, "Les Etats-Unis pendant la guerre (1861-1865)", Paris, 1866, p. 163) et par M. Peters, délégué à la Convention de l'Illinois en 1847, qui déclarait, dans un langage plus rude, que "nous avons le droit de fouler aux pieds notre Constitution même, comme de vieux papiers" (J.A. Jameson, "The Constitutionnal Convention", New-York, 1967, p. 292).

(65) (1742-11798).

(66) Duc de Noailles, "Cent ans de République aux Etats-Unis", t. 1, Paris, Calmann Lévy, 1886, p. 2.

la subordination de la Législature à la Constitution n'impliquait pas celle du peuple. En effet, si la Constitution réglementait la souveraineté de celui-ci, elle puisait en elle sa valeur (67).

Mais afin de parvenir à un accord le plus large possible, toute référence à ce point controversé fut bannie du texte définitif qui ne revêtit de précisions que dans les domaines où tout le monde était d'accord. Pour les détracteurs du contrôle, l'omission signifiait que la Judicature fédérale n'avait pas le droit d'écarter des lois inconstitutionnelles (68), pour les autres, il était entendu que ceci découlait de la "Common Law" (69) et, au-delà de celle-ci, de la nature des choses (70).

Cette controverse persistante n'est sans doute pas étrangère à la lenteur avec laquelle furent mises en place les juridictions fédérales (71) : c'est ainsi que le "Judiciary Act" ne fut adopté qu'en 1789 (72).

L'année même de leur création, des "Circuit Courts" (73) invalidèrent des lois inconstitutionnelles promulguées par certains Etats (74), mais la Cour suprême, qui allait se heurter à un échec

(67) G. Ticknor Curtis, "History of the origin, formation and adoption of the Constitution of the United States", op. cit., p. 473.

(68) L.P. Conseil, "Mélanges politiques et philosophiques extraits des Mémoires et de la Correspondance de T. Jefferson", t. 1, Paris, 1833, p. 85.

(69) L'idée que les juridictions fédérales puissent appliquer la "Common Law" anglaise transparait dans les instructions criminelles données par J. Jay, alors Président de la Cour suprême, en mai 1793. Mais elle ne fut vraiment formulée que par J. Wilson, deux mois plus tard ("Correspondance and Public Papers of John Jay", t. 3, p. 478 ; Warton, "State Trials of the U.S. during the Administration of Washington and Adams", p. 60 et s.).

Par la suite, les Cours de Justice fédérales prétendirent que, dans le silence de la constitution et des lois fédérales, il était de leur devoir de recourir aux principes du droit commun, tels qu'ils étaient formulés dans la "Common Law" anglaise.

Mais ceci suscita une très vive opposition, non seulement de Jefferson (Lettre du 18 août 1799, in "Jefferson's Works", vol. IX, Ford Edition, 1854 ; C. Warren, "The Supreme Court in United States History", t. 1, 1925, p. 164) et de ses amis, mais aussi dans les rangs fédéralistes : en 1798, dans l'affaire U.S. v. Robert Worrall, le Juge Chase déclara ainsi que les précédents anglais ne faisaient pas partie de la jurisprudence fédérale. Pour les premiers, la "Common Law" avait l'inconvénient d'être trop conservatrice, pour les seconds, elle avait le tort d'être anglaise.

(70) Selon A. Hamilton et J. Madison, "de pures déclarations dans la constitution écrite sont insuffisantes pour contenir les différents départements dans leurs droits légaux" ("Le Fédéraliste", op. cit., p. 421). Il faut les compléter par un équilibre subtil entre les pouvoirs publics constitutionnels (ibid., p. 428) et le droit pour le juge d'annuler les actes législatifs contraires à la constitution (ibid., p. 647).

(71) De toute évidence, il faut également tenir compte du peu d'importance de celles-ci : en effet, au début de l'histoire des Etats-Unis, la Cour suprême elle-même ne jugeait pas dix affaires par an et, dans ces conditions, la multiplication des instances juridictionnelles fédérales ne présentait pas le caractère d'une impérieuse nécessité (J. Lambert, op. cit., p. 25).

(72) F.L. Schoell, op. cit., p. 129-130 ; Beranger et R. Rouge, op. cit., p. 112.

(73) Les principales juridictions fédérales sont les tribunaux de districts ("District Court"), les tribunaux d'appel ("Circuit Court of Appeal") et, au sommet, la Cour suprême ("Supreme Court"), cf. "United States Code", 1958 Edition, vol. 6, Tittle 28, Chapters 47, 49 et 81.

(74) F.L. Schoell, op. cit., p. 129-130.

cuisant dans une tentative d'extension de ses compétences (75), ne tenta rien d'analogue. Au demeurant, les Fédéralistes y étaient devenus hostiles depuis qu'ils occupaient le pouvoir car, à leurs yeux, il ne s'agissait plus désormais d'accorder aux juges le droit de contrôler la constitutionnalité des lois, mais de censurer les actes édictés par leurs propres députés, ce qui leur paraissait inadmissible (76).

A l'issue de sa défaite aux élections présidentielles de novembre 1800, J. Adams profita du temps que lui laissait le délai entre la victoire des Républicains, conduits par T. Jefferson, et leur installation au pouvoir, en mars 1801, pour effectuer un certain nombre de nominations (77). Il pourvut ainsi soixante-deux postes de Juges de Paix et en janvier il éleva à la présidence de la Cour suprême un de ses Secrétaires d'Etat, J. Marshall (78), qui était partisan du contrôle juridictionnel (79). Or, sous l'administration Jefferson, le Secrétaire d'Etat J. Madison profita du fait que les nominations aux Justices de Paix n'avaient pas été notifiées pour en annuler la plupart notamment celle de W. Marbury, lequel porta alors l'affaire devant la Cour suprême en décembre suivant (80). Celle-ci se déclara incompétente en affirmant l'inconstitutionnalité de la disposition de la loi de 1789 (81) qui paraissait lui attribuer le droit d'adresser à l'administration une injonction d'exécuter par le procédé du "writ de mandamus" (82) : la manoeuvre était habile car le Juge Marshall, qui en fut l'instigateur, posa le principe du contrôle juridictionnel tant sur les lois fédérales, que sur les actes administratifs, sans contraindre en l'espèce l'administration républicaine à prendre une mesure positive de réintégration, que, de toute évidence, elle n'aurait pas adoptée, ce qui aurait discrédité la Cour suprême. Cette décision "répare" ainsi l'omission des Constituants de Philadelphie (83).

Elle fut suivie en 1810 par l'arrêt *Fletcher v. Peck* de 1810 qui annula pour la première fois une loi d'Etat pour incompatibilité avec

(75) En 1793, dans l'affaire *Chilsum v. Virginia*, elle admit le droit pour les citoyens d'un Etat d'intenter devant elle un procès contre un autre Etat, mais la Géorgie y répondit en votant une loi qui prononçait la peine de mort contre quiconque prêterait main à l'exécution de cet arrêt (J. Lambert, op. cit., p. 20) et le XI^e amendement, ratifié en 1798, lui ôta expressément toute compétence en la matière. Aussi bien, dut-elle s'incliner (*Hollingsworth v. Virginia*, 1798).

(76) C. Warren, *"The Supreme Court in U.S. History"*, t. 1, op. cit., p. 73.

(77) Le "spoils system" n'apparut que sous Jackson (H.W. Elson, op. cit., p. 495).

(78) (1755-1835).

(79) A.J. Beveridge, *"The Life of John Marshall"*, t. 1, 1916, p. 452.

(80) L'affaire est assez connue pour ne pas s'y attarder (cf. G. Burdeau, *"Traité de Science Politique"*, t. IV, 2^e éd., L.G.D.J., 1969, p. 431-435 ; *"Institutions Politiques - Droit Constitutionnel"*, P. Pactet, op. cit., p. 217-218).

(81) Pourtant, l'année précédente, la Cour avait admis la constitutionnalité de ce texte (*Stuart v. Laird*, 1802).

(82) Ce revirement jurisprudentiel était d'autant plus évident que, depuis 1789, la Cour avait plusieurs fois émis des "writs de mandamus" (J. Lambert, op. cit., p. 44-45).

(83) *Ibid.*, p. 33.

la Constitution de l'Union (84), puis, par d'autres décisions analogues en 1812, 1819, 1823 et 1824 (85).

Ni le texte du jugement rendu en 1803, ni ceux qui le suivirent ne fit référence aux précédents coloniaux et le raisonnement, juridiquement discutable (86), du Juge Marshall s'appuie, non sur une argumentation casuistique, pourtant habituelle chez les Juristes anglo-américains, mais sur une déduction générale et théorique qui prend appui sur l'essence même de la fonction de juger :

"L'attribution du pouvoir judiciaire est essentiellement de dire ce qu'est la loi. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent nécessairement exposer et interpréter cette règle. Si deux lois sont en conflit l'une avec l'autre, la Cour doit déterminer le champ d'application de chacune. Si une loi est en opposition avec la constitution, la Cour doit déterminer laquelle des règles en conflit gouverne le cas. C'est l'essence même de la fonction judiciaire. Un acte de la législature contraire à la constitution est nul. Il ne saurait lier les cours. Les juges doivent appliquer la norme supérieure et écarter la norme inférieure qui lui est contraire"

Or, la référence à l'héritage colonial en général (87) et à la "Common Law" anglaise en particulier (88), était alors fort mal vue en Amérique et il eut été difficile de l'invoquer.

On peut cependant supposer qu'elle a été présente. En toutes hypothèses, le droit américain étant foncièrement pragmatique et bâti, non sur des théories, mais sur des données expérimentales (89), on peut penser qu'une telle argumentation aurait eu peu de chances de s'ancrer dans le Droit si elle avait été dépourvue de racines historiques aussi anciennes et vivaces.

(84) A. Tunc et S. Tunc, "Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique", t. 1, Domat-Montchrestien, Paris, 1954, p. 122.

(85) Ibid., p. 122-123 et 127. Jusqu'à la Guerre de Sécession, le contrôle fédéral de constitutionnalité pesa d'ailleurs essentiellement sur les lois adoptées par les législatures des Etats-membres ; le seul arrêt par lequel la Cour suprême annula une loi fédérale fut pris en 1856, dans l'affaire Dred Scott v. Sandford (E. Lambert, "Le Gouvernement des Juges", 1921, p. 33 ; J. Lambert, "Les origines du contrôle...", op. cit., p. 66).

(86) J. Lambert, op. cit., p. 49-50.

(87) La ré-évaluation de cet héritage institutionnel est relativement récente dans la pensée juridique américaine. Le premier auteur à en avoir dressé un inventaire systématique est C.E. Stevens à la fin du siècle dernier ("Sources de la constitution des Etats-Unis", op. cit., p. 111).

(88) Voir supra, note n° 69. Par ailleurs, J. Marshall était personnellement hostile à la prise en compte des précédents anglais par les tribunaux de l'Union (J. Marshall, "Vie de Washington", t. 2, 2^e éd., pp. 273-274). C'est sous sa présidence, en 1812, que la Cour suprême décida de ne plus appliquer les principes criminels de la "Common Law" (U.S. v. Hudson and Godwin, 1812) et, par la suite, "les tribunaux fédéraux écartèrent résolument tout espoir de fédéraliser la Common Law" (J. Lambert, op. cit., pp. 17-18). A peine d'être illogique avec lui-même, Marshall ne pouvait assurément pas l'invoquer.

(89) J. Story, "Commentaires", op. cit., t. 1, p. 79.

R. R. J. 1987

Pages 993 à 1001

ACTUALITES DOCTRINALES

Claude FABIEN,

Les règles du mandat,

363 pages, Chambre des Notaires du Québec,
Extrait du Répertoire de Droit, v° Mandat, 1986.

Cet ouvrage ne passera inaperçu ni au Québec, ni en France. Pour s'en convaincre, il serait facile d'observer qu'il porte sur une question relativement délaissée par la doctrine récente de droit civil. Ce véritable traité du mandat comble assurément une lacune. Le succès de cet ouvrage ne sera pourtant pas seulement dû à l'importance pratique du contrat étudié, même si l'auteur a su, avec un rare bonheur, associer l'étude théorique et les préoccupations pratiques. C'est pour d'autres raisons encore que ce livre fera date et deviendra une référence.

La première tient à la qualité de la synthèse présentée. L'auteur a apporté un soin tout particulier à la coordination des solutions de détail en s'efforçant de leur trouver une juste place dans une harmonieuse conception d'ensemble. Le plan de l'ouvrage mérite attention. Les deux parties sont consacrées respectivement au contrat de mandat et au mandat apparent. Tout en reconnaissant clairement "l'unité de régime" du mandat, l'auteur souligne la "dualité des règles" applicables (n. 10, p. 65). Il montre comment s'associent "aux règles du contrat de mandat d'autres règles destinées à protéger les tiers dans les cas où le contrat est impuissant à le faire. La somme de ces règles compose ce que nous avons appelé l'institution juridique du mandat. Ces deux groupes de règles ne se distinguent que partiellement par leur finalité car il faut reconnaître que le contrat contribue, lui aussi, à la protection des tiers. Ils se distinguent toutefois radicalement par la source des obligations du mandant envers le tiers..." (ibidem). C'est prendre parti sans ambiguïté sur le fondement du régime juridique du mandat apparent (voir aussi n. 430 et s., p. 343). Parce que plusieurs dispositions du Code civil québécois font référence à cette qualification, c'est la loi qui est mise en avant comme source. Certains

auraient peut-être préféré voir le terme "droit" substitué ici à celui de "loi" ; l'auteur leur donne indirectement satisfaction recherchant, après la source, le fondement de son régime. Il insiste sur la politique juridique de protection des tiers et sur ses justifications (n. 435, p. 345). L'étude du contrat de mandat débute par d'utiles observations terminologiques relatives aussi bien au contrat lui-même ou à la procuration qu'aux mandataires. Après la présentation de la formation du contrat, ce sont ses effets qui sont examinés en détail. Le mécanisme de représentation prend ici toute son importance. Ce ne sont pas seulement les effets du contrat entre les parties qui sont étudiés, mais aussi "la création de pouvoirs chez le mandataire" (n. 159 à 208). Cette question cruciale est envisagée successivement du point de vue de l'étendue des pouvoirs et du point de vue de leur durée. Cette façon de progresser dans l'examen des différentes difficultés théoriques et pratiques est particulièrement heureuse. Elle met l'accent sur ce qui est l'âme-même du mandat ; ainsi placée au centre et au coeur de l'ouvrage, la théorie de la représentation en inspire l'ensemble des développements. Encore ne suffisait-il pas de décrire les effets du contrat lui-même ! Le comportement subséquent des parties qui ne peut être toujours confondu avec l'exécution du contrat est ensuite présenté. Du côté du mandataire par exemple, sont distinguées les deux hypothèses essentielles, celle où il exécute lui-même et celle où le mandat est accompli par un tiers. Dans le premier cas, il se peut que le mandataire accomplisse un acte autorisé par le contrat, mais il se peut aussi qu'il s'agisse d'une façon non autorisée ou qu'il ait un comportement fautif. Sans prétendre analyser la construction de l'ouvrage de manière exhaustive, il faut encore relever, au titre des règles de preuve très soigneusement envisagées, l'intéressante étude des "pratiques préventives" (n. 361 à 429) que constituent la "confection des moyens de preuve" et la "vérification des pouvoirs du mandataire".

Dans bien des développements de cet excellent livre, il y aurait à relever des trouvailles, des améliorations ou des innovations. Qu'il soit permis de signaler seulement la précision toute particulière de la présentation des obligations des parties. Il faut y relever l'accent mis sur la "fidélité" attendue du mandataire (n. 119 à 125), comme sur l'obligation de coopération qui pèse sur le mandant (n. 141). C'est une qualification originale qui est proposée fort opportunément dans l'étude des règles applicables à "l'accomplissement du mandat par un tiers". Il est habituel de traiter, sous cette rubrique, de la substitution. Le Professeur Claude Fabien y ajoute ce qu'il appelle le "sous-mandat". C'est là une proposition du plus haut intérêt théorique et pratique ; elle permet de remettre en place et d'expliquer des solutions ordinairement abandonnées à quelque développement annexe. "Le fondement du sous-mandat, comme cadre juridique de collaboration entre deux mandataires, distinct de la substitution, existe

d'abord dans la volonté des parties lorsqu'elles veulent que le mandataire continue d'assumer toutes ses obligations, tout en se faisant aider par d'autres dans ses fonctions de représentation auprès des tiers. Le fondement se trouve aussi dans l'usage : il est courant et accepté qu'une entité corporative, lorsqu'elle est mandataire, exécute ses obligations par le truchement de sous-mandataires" (n. 278, p. 249).

Ecrit dans un style sobre, précis et limpide, cet ouvrage comporte un important appareil critique qui contribue à en faire un excellent instrument de travail, de recherche et de réflexion. Le droit québécois étant, sur la question traitée, le plus souvent semblable au droit français, il est à souhaiter que ce traité connaisse, en France notamment, une très large diffusion. Nul doute que théoriciens et praticiens se réjouiront de disposer d'une telle étude du mandat, pièce importante d'une théorie à repenser, la théorie générale des contrats spéciaux.

Christian ATIAS

François OST et Michel van de KERCHOVE,

Jalons pour une théorie critique du droit,

Collection "Travaux et Recherches", vol. 9,
Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987,
602 pages.

Ce livre est d'une importance peu commune. Aujourd'hui, il est porteur d'information et invite à la réflexion. Demain, il portera témoignage de ce qu'était, en cette fin du XXème siècle, l'une des tendances les plus actives en philosophie du droit. Ce livre marque donc une étape majeure dans la réflexion juridique théorique ; tous ceux qui auront utilisé ce travail exemplaire en seront convaincus. Le modeste objectif assigné à cette trop brève présentation serait d'inciter les autres à se laisser tentés. Ce serait déjà une trop grande ambition que de prétendre réfléchir, comme lecteur, comme profane, sur les raisons pour lesquelles ce livre-là laisse une si forte impression.

Evoquer quelques-unes des grandes questions traitées, magistralement traitées, pourrait être une première façon de souligner l'importance des ces "Jalons" qui sont bien davantage. Ce qu'ils montrent, c'est l'aboutissement de la pensée juridique anti-cognitivist (1). Comme Kuhn a montré, en épistémologie générale, où mène la conviction que la réalité est indifférente à la science, les Professeurs Ost et van de Kerchove tirent les conséquences de la négation systématique du vrai et du juste. La première partie, consacrée au "statut épistémologique de la science du droit", examine les conditions de la constitution d'une science du droit et, en particulier, d'une science juridique interdisciplinaire. La distinction, désormais

(1) A la suite d'un échange de correspondance avec Monsieur le Professeur van de Kerchove, il apparaît nécessaire de préciser que les termes "non-cognitivist", "nihilisme" et "scepticisme" sont pris ici dans un sens technique : comparer M. Troper, "Le positivisme juridique", Revue de Synthèse, IIIème série, n° 118-119, avril-septembre 1985, p. 187 et s., notamment p. 191 et 195. Rappelons que le Vocabulaire technique et critique de la philosophie de A. Lalande définit notamment le nihilisme comme :
- la "doctrine d'après laquelle rien n'existe (d'absolu)"
- la "doctrine d'après laquelle il n'y a point de vérité morale, pas de hiérarchie des valeurs" (sens 1 et 2).

largement reçue -nos auteurs diraient qu'elle est devenue un véritable "paradigme"-, des points de vue interne et externe sur le droit et la réflexion sur les modalités de leur articulation -faut-il parler de réconciliation ?- fondent les propositions émises. L'objectif poursuivi apparaît alors clairement : "dans l'hypothèse où l'interdisciplinarité procède d'un intérêt émancipatoire, sont remises explicitement en question les déterminations tant sociales qu'individuelles qui pèsent sur les discours et les pratiques juridiques ; se trouve par le fait même favorisée la critique de la rationalité sociale dominante et suscitée la recherche de finalités alternatives" (p. 95). Il faut noter l'audace de la proposition épistémologique qui réunit sous le même statut le "fait" critique née de l'adoption d'une interdisciplinarité émancipatoire et "la recherche de finalités alternatives". Il y a donc de bons et de mauvais objectifs. La parfaite cohérence de l'ouvrage apparaît lorsque, cet enjeu ayant été clairement révélé, référence est faite au nihilisme (1) épistémologique de Thomas Kuhn (à ne pas confondre avec un scepticisme (1) : p. 283) ; l'emploi systématique et délibéré du terme directeur de "paradigme" (p. 98 et s.) dans l'un des multiples sens mis en honneur par cet auteur vaut, comme chacun sait, un engagement explicite et radical. Ainsi peuvent être présentés les principes de rationalité et de souveraineté du législateur, ici plus volontiers associés qu'opposés. Considérés comme centraux dans le discours et dans le raisonnement juridiques, ces principes sont qualifiés d'obstacles épistémologiques (p. 121). Nul ne s'étonnera de voir Gaston Bachelard convoqué aux côtés de Kuhn ; cette fois encore, la cohérence de ces théories est à relever. La même observation s'applique à la deuxième partie. L'étude du "phénomène juridique" est nourrie d'une réflexion approfondie sur les définitions du droit. Suit la mise au jour des "hiérarchies enchevêtrées et boucles étranges" (p. 205) que dissimule la distinction de la création et de l'application du droit (p. 183 et s.). La troisième partie envisage ensuite la notion de validité (p. 255 et s.) pour préciser sa place entre les concepts de légalité, d'effectivité et de légitimité. La lucidité des auteurs leur permet de s'interroger sur "les présupposés épistémologiques" de leurs propres propositions (p. 281 et s.). "L'analyse pourra être qualifiée non seulement de relativiste et de pluraliste, mais encore de *réursive*. Nous soutenons, en effet, que le jugement de validité ne résulte pas tant d'une auto-fondation ou auto-position de la part de l'organe créateur de droit que du jeu complexe d'un échange ininterrompu de prétentions et de reconnaissances croisées émanant des autorités qui, tour à tour, créent et appliquent le droit" (p. 283). La quatrième partie traite des contraintes pesant sur la question de l'interprétation, avant d'en élaborer un modèle théorique. La même inspiration générale précédemment évoquée se trouve présente dans la démonstration de la clôture du langage juridique. Enfin, la dernière partie de ce livre en

vient à la morale. L'analyse d'une tentative de dépassement des conceptions les plus usuelles, celle qui conçoit la légitimité comme le produit d'un consensus (p. 531), fait l'objet d'une critique serrée : "quel que soit l'intérêt de cette recherche de *fairness in discussions*, on ne saurait laisser indiscuté le présupposé sur lequel elle repose : la prétention d'atteindre un consensus rationnel" (p. 536). Au soutien des thèses de Kuhn et de Bachelard, ce sont cette fois Bourdieu et Lyotard qui sont appelés à la rescousse. C'est bien d'une "critique" dont il s'agit ; les fils de Kant ne sauraient admettre "la prétention d'atteindre un consensus rationnel". Ce rapide survol a permis d'insister sur l'une des qualités remarquables de cet ouvrage. Il parvient à une cohérence peu commune dans le développement d'une épistémologie juridique résolument pessimiste, sceptique et, pour tout dire, nihiliste. A cette tendance fortement représentée en toutes époques, ce livre donne, pour la nôtre, ses lettres de noblesse, sa somme de référence.

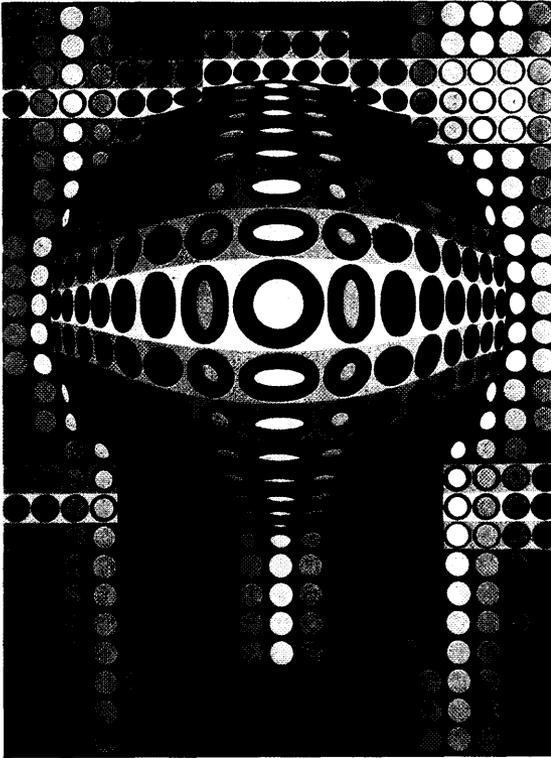
Une autre particularité est notable. L'un des grands talents des auteurs est de savoir rendre leur pensée immédiatement accessible et directement intéressante notamment pour les juristes. Un index thématique particulièrement riche permettra, aux enseignants en quête de documents à faire lire à leurs étudiants, de trouver aisément les passages répondant à leurs attentes du moment. Il faut encore signaler une caractéristique importante de ce livre. Le sérieux et la rigueur - faudrait-il dire l'objectivité ?- de ses auteurs leur ont permis de puiser à toutes les sources d'inspiration. Toutes les oeuvres qui comptent en épistémologie générale et en épistémologie juridique leur ont inspiré arguments, réflexions ou critiques. Pas une ne manque. La documentation scandinave, anglo-saxonne et d'Amérique latine est très importante. La bibliographie donnée en fin d'ouvrage démontre le souci d'utiliser toutes les sources connues ou moins usuelles. Outre les auteurs déjà cités, outre les Gadamer, Luhman, Hayek, Piaget, il faudrait relever les Maîtres Français du début du siècle ou d'aujourd'hui et, parmi ceux-ci, Messieurs les Professeurs Villey, Amselek, Legendre, Troper, Miaille, ainsi que Monsieur Arnaud.

C'est dire que ces jalons pour une théorie critique du droit sont bien davantage. Des repères, ils ont la clarté ; mais ils sont aussi des guides, mentors assurés pour tous ceux qui veulent connaître et comprendre le non-cognitivism en épistémologie juridique.

I S S N 0249-8731

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 2

**LES DÉFINITIONS DANS LA LOI
ET LES TEXTES RÉGLEMENTAIRES**

(suite et fin)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1987 - 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
1987-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N° XII - 31 (12ème année - 31e 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	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III 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. 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 : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

Service Commercial :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

3, Avenue Robert Schuman

13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1987

Abonnement de Soutien : 350 F

Abonnement (France) : 250 F

Abonnement étranger : 320 F

Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille

C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'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 METHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 2 -

Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (Suite et fin)

- Travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (1986 - 1987) avec la collaboration du groupe français de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (I).

- Colloque organisé à Aix-en-Provence les vendredi 11 et samedi 12 septembre 1987 (II).

- Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le Professeur Jean-Louis BERGEL, Directeur de l'Institut d'Etudes Judiciaires d'Aix-Marseille, Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL, par J.-L. BERGEL 1013

I - TRAVAUX DE L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE D'AIX-MARSEILLE

- M. le Professeur R. GASSIN, **Les définitions dans les textes en matière pénale**1019

- MM. les Professeurs A. BALDOUS et J.-P. NEGRIN, **L'étude du recours aux définitions dans les textes du droit administratif** 1043

- M. L. COUPET, Maître de Conférences, **Les définitions dans le Code de Procédure Civile**1051

- Melle F. GRIVART DE KERSTRAT, Maître de Conférences, **Observations comparatives sur la forme et la portée des définitions dans les textes législatifs anglais**..... 1063

- M. le Professeur C. ATIAS, **Définir les définitions juridiques ou définir le droit ?**..... 1079

Annexes aux travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique (1986-1987)..... 1097

II - COLLOQUE D'AIX-EN-PROVENCE (11-12/09/ 1987)

- Présentation, par J.-L. BERGEL	1115
- Rapport de M. le Professeur J.-L. BERGEL, Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires	1117
- Rapport de MM. les Professeurs J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, Méthodologie et modalités des définitions dans les textes législatifs et réglementaires	1137
- Rapport de M. le Professeur J. HERON, L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires	1149
- Rapport de Synthèse de M. le Professeur G. CORNU, Les définitions dans la loi et les textes réglementaires	1173

EDITORIAL

Par

Jean-Louis BERGEL

Depuis qu'en 1985, l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille s'est constitué, ceux qui s'y sont investis ont voulu y proclamer leur *certitude* que le droit ne se résume pas à la somme momentanée des prescriptions juridiques établies par les autorités publiques mais que l'articulation des principes, des concepts, des mécanismes, des institutions, des règles, des instruments ... qui le composent s'appuie, pour sa conception à son application, sur des méthodes particulières que l'abondance et le désordre de réglementations éphémères et spécialisées ne doit pas occulter.

Ils ont pris acte du *constat*, hélas trop banal, des déficiences graves du travail de préparation et de rédaction des textes législatifs et réglementaires à une époque où l'urgence, la difficulté technique et l'immensité des problèmes à régler semblent sans précédent.

Ils ont formé le *projet* de réfléchir ensemble sur des aspects importants et souvent peu explorés de la méthodologie législative qui exercent une influence essentielle sur la cohérence, la consistance et le fonctionnement de tout le système juridique.

Pendant les deux premières années de son existence, l'Atelier a ainsi tenté de circonscrire l'importance, le rôle, l'opportunité, les méthodes et le devenir des définitions dans la loi et les textes réglementaires. Cette approche, opérée matière par matière, dans la plupart des grandes disciplines juridiques, et dans une perspective comparatiste, en dépit d'une certaine focalisation sur le système français, s'est aussi nourrie de quelques

remarquables études déjà consacrées à ce problème en France et à l'étranger.

Certaines contributions aux travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique ont déjà été publiées dans le premier "Cahier de Méthodologie Juridique", en 1986. D'autres le sont dans ce deuxième "Cahier" et viennent compléter, sinon achever, la fresque entreprise.

Pour couronner les travaux que l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille a consacrés, pendant deux ans, aux définitions dans la loi et les textes réglementaires par une réflexion plus transversale et interdisciplinaire sur leurs rôles, leur méthodologie et leur devenir, un colloque sur ce sujet a été organisé à Aix, avec la participation du groupe français de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, les 11 et 12 septembre 1987 dont les actes sont également publiés dans ce volume.

Ces deux premiers "Cahiers de Méthodologie Juridique" veulent ainsi mettre l'accent sur cette opération essentielle de la pensée et de la méthode juridiques qu'est la "qualification".

Cette opération, "consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques", en la rattachant à la catégorie abstraite dont elle possède les critères distinctifs et aux règles dont elle doit relever (1), suppose des possibilités d'identification des objets à analyser (situations concrètes, notions, termes ou normes juridiques ...) aux modèles auxquels ils peuvent s'assimiler et aux règles auxquelles ils sont susceptibles d'obéir.

Elle est liée à la définition des concepts et à la connaissance du sens des termes utilisés dans le système juridique, spécialement dans les dispositions législatives et réglementaires. Cette définition procède, selon les cas, des dispositions normatives, de la jurisprudence, des usages ou de la doctrine.

Mais la place, l'opportunité, le rôle et la méthode des définitions dans les textes eux-mêmes sont encore mal déterminés. C'était précisément l'objet de ces recherches que d'essayer de préciser la réalité, l'intérêt et les techniques des définitions normatives.

(1) Sur la définition de la qualification : p. ex. G. Cornu "Vocabulaire juridique", P.U.F. 1987 V° Qualifications ; F. Terré "L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications", L.G.D.J. 1957

- I -

**TRAVAUX DE L'ATELIER DE METHODOLOGIE
JURIDIQUE
(Année 1986 - 1987)**

**LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES
EN MATIERE PENALE**

Par

Raymond GASSIN

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES EN MATIERE PENALE

Par

Raymond GASSIN

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

INTRODUCTION A L'INTRODUCTION : REMARQUES SUR LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES JURIDIQUES EN GENERAL

1 - Le problème des définitions dans les textes juridiques d'une manière générale me paraît dominé par une sorte de *contradiction* entre deux phénomènes majeurs : d'une part la *nature* du Droit, et d'autre part la *forme* de celui-ci.

1° - La nature du Droit

2 - Les juristes -ou pour être plus précis les professeurs de droit- considèrent volontiers que le Droit est une science et donc que, comme toute science, il ne saurait se passer de définitions et plus encore de bonnes définitions. Bien mieux, si le Droit est une science, il fait partie de cette catégorie de disciplines scientifiques que l'on appelle les "sciences hypothético-déductives" par opposition aux sciences empiriques. C'est-à-dire qu'il fait partie de ces sciences qui se donnent pour point de départ des constructions conventionnelles de l'esprit, à l'exemple des mathématiques, et qui déploient toute leur activité à déduire de ces hypothèses de base toutes les implications qu'elles renferment, alors que les sciences empiriques ont pour objet des réalités de type matériel ou mental, suivant qu'il s'agit de sciences de la nature ou de sciences sociales, et que leur préoccupation essentielle est d'induire à partir de l'observation de certains

aspects de ces réalités des lois destinées à expliquer le phénomène étudié.

3 - Or il se trouve que cette distinction entre sciences hypothético-déductives et sciences empiriques est particulièrement intéressante en matière de définitions. En effet dans les sciences empiriques les définitions ne sont toujours que des points d'aboutissement, des conclusions, au terme du travail d'induction qui est fait à partir de l'observation. Si vous demandez à un psychologue de définir au départ son objet de discussion : l'intelligence, la volonté, la mémoire, il vous rira au nez, et vous dira que la définition ne peut venir qu'à la fin. De même, si vous demandez à un sociologue de définir la Société, il vous dira qu'il n'est pas question de la définir au début et qu'il ne la définira que lorsqu'il aura terminé ses travaux. La définition clôture donc la recherche dans les sciences empiriques. En revanche, les sciences hypothético-déductives se caractérisent de ce point de vue en ce qu'elles partent toujours de définitions. C'est d'ailleurs tout à fait ce que l'on constate pour les Mathématiques ; c'est vrai en Logique et c'est vrai en Droit, du moins dans la mesure où le droit est une science car tout le problème est là.

4 - On pourrait s'attendre en effet à ce que si le Droit est une science, comme ce ne peut être qu'une science hypothético-déductive, tous les concepts utilisés dans les règles de droit fassent l'objet de définitions claires et précises et qui plus est de définitions préalables. Seulement voilà. Il se trouve que ce ne sont guère que les professeurs de droit qui disent que le Droit est une science. Dans la réalité le droit est d'abord et avant tout un vaste *instrument d'action sociale* dans les mains des législateurs, des administrateurs et des juges. Ce n'est qu'après coup et d'une manière "accessoire" qu'il devient un objet de connaissance, et non obligatoire ; le Droit a été pendant très longtemps une pratique sociale sans jamais être une science. Pour ceux qui le font aujourd'hui comme pour ceux qui l'appliquent, il est encore essentiellement perçu et conçu comme le moyen le plus efficace, grâce à la contrainte qui l'assortit, d'orienter les comportements des individus dans la vie sociale. Or il se trouve précisément que l'action n'a pas besoin de définition. Bien plus les définitions risquent d'entraver l'action. L'action se définit en quelque sorte elle-même en se réalisant. Les définitions préalables ne lui sont pas seulement inutiles, elles sont nuisibles à son efficacité parce qu'elles risquent de l'entraver ou d'en limiter la portée. Si bien que je crois qu'il y a une sorte d'antinomie naturelle entre la nature profonde du droit conçu comme instrument d'orientation des comportements des individus dans la société et les définitions

qui sont des procédés de fixation et donc de cristallisation des objets définis. Dans ces conditions on pourrait s'attendre à ce que aucune définition ne figure dans le Droit, que le Droit soit par essence quelque chose qui ne comporte aucune définition. Mais il se trouve qu'ici intervient un second phénomène qui consiste dans la forme du Droit et qui vient quelque peu tempérer la première proposition.

2° - La forme du Droit

5 - Le Droit en effet n'est pas un instrument d'action quelconque, mais c'est un instrument qui revêt la forme d'un *discours*, discours oral dans les civilisations archaïques, discours écrit dans les civilisations contemporaines et dont l'ampleur ne cesse d'augmenter, jour après jour, si l'on se réfère à la quantité de textes qui sont produits quasi quotidiennement par les législateurs et les administrations.

De plus, ce discours présente la caractéristique d'être un *discours d'anticipation des comportements*, un *discours de prescription* de ce que l'on devra faire ou de ce que l'on ne devra pas faire. De ce que l'on pourra faire si on le veut et des limites de ce pouvoir de la volonté individuelle ou collective. Par là, il s'oppose à cet autre type de discours que l'on peut appeler des discours de constatation et des discours d'explication qui suivent les faits au lieu de les précéder.

6 - Or, à partir du moment où l'on dit discours, on renvoie inévitablement à un souci de cohérence interne, d'accord de la pensée avec elle-même, et donc à la nécessité de recourir à divers procédés rationnels qui appartiennent au domaine de la logique formelle. Ce recours est d'autant plus nécessaire en matière de discours juridique que, comme on vient de le dire, celui-ci est un discours prescriptif, un discours d'anticipation, et que ceux à qui il s'adresse doivent comprendre le sens de ses prescriptions de la manière la plus exacte et la plus complète possible afin, soit de pouvoir leur obéir, soit, s'ils n'obéissent pas, de pouvoir se voir reprocher effectivement une faute précise parce qu'ils ont désobéi. Et il se trouve précisément que parmi les procédés de la Raison qui permettent au discours cette cohérence interne, cet accord avec lui-même, figure, au premier chef, *l'emploi de définitions*. Si bien que la forme "discursive-prescriptive" du droit postule à son tour, contrairement à sa nature, l'utilisation de définitions.

Nous nous trouvons donc, à mon sens, en présence d'une *contradiction fondamentale* entre d'une part un droit dont la nature conduirait, du fait qu'il est essentiellement un instrument

d'action, à se dispenser de définitions et même à s'interdire des définitions, et d'autre part un instrument d'action sociale qui, de par sa forme nécessaire de discours écrit préalable (même s'il est oral, la remarque vaut également), postule le recours à des définitions pour assurer la satisfaction des impératifs de la Raison humaine.

3° - La solution de la contradiction

7 - Comment alors cette contradiction se résout-elle dans les faits ? C'est, me semble-t-il, la question essentielle à laquelle nos séminaires s'efforcent de répondre.

Si l'on essaie à cette fin de dessiner les modèles théoriques de solution possible de cette contradiction, on pourrait se représenter une sorte de vecteur dont les composantes extrêmes seraient : à une extrémité un droit sans définition caractérisé par la force, par la seule contrainte et que l'on pourrait appeler un *droit-violence* ou encore un *droit force* ; à l'autre extrémité, un droit dont tous les concepts feraient au contraire l'objet de définition préalable, donc un droit fondamentalement marqué par la raison, et que l'on pourrait appelé un *droit-raison* et même un *droit-science*, puisque à la limite la science du droit postulerait que tous les concepts soient rigoureusement définis dans une perspective d'un droit purement scientifique. Entre ces deux extrêmes, on peut évidemment imaginer toutes les solutions intermédiaires et ce sont précisément ces solutions intermédiaires de nature différente suivant les branches du droit que nous avons pu repérer grâce aux divers exposés qui ont été présentés déjà sur les définitions en droit civil, en droit commercial, en droit public économique, en droit fiscal et en droit international public.

INTRODUCTION AUX DEFINITIONS DANS LES TEXTES EN MATIERE PENALE

8 - Aujourd'hui, il m'appartient de rechercher comment se présentent les définitions dans les textes en matière pénale et si ces textes possèdent à leur tour une certaine originalité par rapport aux branches du droit que nous avons précédemment étudiées. En d'autres termes, dans quelle position sur le vecteur théorique que j'ai décrit tout à l'heure se situe la composante "droit pénal" ou plutôt "textes en matière pénale" ?

Avant de répondre à la question, il importe d'abord de *délimiter le domaine* sur lequel va porter mon investigation. Deux précisions doivent être apportées à ce propos : l'une qui concerne l'extension logique de la matière et l'autre son extension géographique.

9 - 1° - **L'extension logique.** Je ne vous apprendrais rien en vous rappelant que le droit pénal comprend trois branches principales : le droit pénal général, la procédure pénale et le droit pénal spécial.

J'ai décidé de limiter mon propos au "droit pénal spécial" et au "droit pénal général" c'est-à-dire à ce que l'on appelle parfois le *droit pénal substantiel*, par opposition à la procédure pénale ou *droit formel*.

Deux raisons m'ont conduit à cette exclusion.

La première c'est qu'il est probable que les données du problème des définitions et donc les solutions apportées à ce problème en matière de procédure pénale se présentent d'une façon assez différente de celle que l'on peut observer en droit pénal substantiel. Le but propre de la procédure pénale en effet est différent de celui du droit pénal substantiel, si bien que traiter les deux séries de matières en même temps risquerait de provoquer des confusions.

Une deuxième raison me paraît encore plus déterminante : c'est que la procédure pénale n'est pas seulement une branche de droit pénal, mais c'est aussi une branche de la procédure. Or nos collègues processualistes qui sont là savent bien que la procédure civile a constitué pendant longtemps le droit commun de la procédure, et que aujourd'hui encore l'idée suivant laquelle la procédure civile serait le droit commun de toutes les procédures, sinon la chose elle-même, persiste fortement dans les esprits ; il arrive encore que, en matière de procédure pénale, on trouve affirmé qu'il faut se référer à la procédure civile lorsque le code de procédure pénale ne contient pas de disposition parce que la procédure civile est le "droit commun" qui permet de combler les lacunes des procédures pénales, voire même des procédures administratives. Dès lors pour parler utilement des définitions en procédure pénale, il faudrait le faire par comparaison avec les définitions en procédure civile. Mais pour comparer il faut avoir le premier élément de la comparaison, et malheureusement nous n'avons pas encore entendu l'exposé sur la procédure civile, si bien que c'était une seconde raison pour éliminer la procédure pénale de mon exposé.

10 - 2° - **L'extension géographique.** Je me suis limité au droit français en ce qui concerne l'extension géographique.

Sans doute aurait-il été intéressant de se pencher sur les droits pénaux étrangers mais cela suppose une culture séparatiste que je n'ai pas. De plus ici encore, il aurait fallu avoir un exposé sur la comparaison des droits en général, du point de vue des définitions, ce que nous n'avons pas encore eu, l'article de M.

Gérard Cornu (1) n'étant sur ce point qu'une simple amorce de la question et non pas une présentation suffisamment systématique et générale pour que l'on puisse utilement faire une comparaison en matière pénale.

Voilà donc les limites de mon exposé, le droit pénal substantiel et qui plus est le droit pénal français.

11 - Mais c'est déjà beaucoup. C'est même tellement que, lorsque j'ai réfléchi à la *méthode* qu'il y aurait lieu d'appliquer pour traiter ce sujet, je me suis dit que je ne serai certainement pas en mesure de vous dire quoi que ce soit aujourd'hui sur la question au-delà de ce que j'ai déjà dit.

La *méthode idéale* en effet, à mon sens, aurait dû être celle-ci. Si le loisir et les moyens m'en avaient été donnés, j'aurais divisé ma recherche en deux grandes périodes.

La première période aurait été consacrée à dresser l'état des connaissances actuelles sur la question. C'est-à-dire premièrement l'inventaire critique de ce qui a pu être écrit sur les définitions en droit pénal, à supposer qu'il y ait eu quelque chose, mais pour savoir qu'il n'y a rien, encore eût-il fallu avoir cherché s'il y a quelque chose ; constater d'ailleurs, le cas échéant, qu'il n'y a rien, aurait déjà été une sorte de résultat positif. En second lieu élargir l'étude de l'état de la question aux autres branches du droit et à la théorie générale du droit pour pouvoir procéder par comparaison. Enfin, aspect aussi très important dans l'état de la question, mener parallèlement l'étude de l'état de la question des définitions en logique formelle et en logique des sciences parce qu'il y a énormément de choses sur les définitions dans ces matières, qu'il s'agisse de la théorie générale des définitions en logique formelle ou des définitions dans les différentes sciences, comme par exemple les définitions en mathématiques, et que tout cela, à mon avis, est extrêmement important pour pouvoir se faire une idée satisfaisante du sujet fût-il réduit au droit pénal substantiel. Alors, muni des résultats de cette première série d'investigations, il devenait possible d'entrer dans la période de recherche proprement dite.

13 - La deuxième période à laquelle l'idéal aurait été que je puisse me livrer aurait dû, à mon sens, comporter trois phases.

Une première phase préparatoire comportant les trois opérations suivantes :

(1) Il s'agit de l'article "princeps" : Les définitions dans la loi, in *Mélanges Vincent*, 1981, p. 77 et s.

1° - Inventaire exhaustif de tous les concepts, nommés ou innomés, qui sont utilisés dans les lois pénales de fond, code pénal bien sûr, mais aussi dans ces innombrables lois pénales spéciales ou ces encore plus nombreuses lois spéciales qui ne sont pas spécialement pénales, mais qui comportent des dispositions pénales, comme par exemple la loi informatique, fichiers et liberté. Il m'aurait fallu évidemment un ordinateur pour pouvoir répertorier (c'est un chiffre tout à fait arbitraire que j'avance), les quelques dix ou quinze mille concepts que j'aurais probablement repéré dans cet inventaire.

2° - Détermination d'un critère clair et précis de la définition. En distinguant la définition de notions voisines, mais différentes, à savoir : la désignation (désigner n'est pas définir), la dénomination (dénommer n'est pas davantage définir), mais aussi, et on l'oublie trop souvent, l'analyse (analyser, c'est aller bien au-delà de la définition) et la synthèse (une synthèse est quelque chose de beaucoup plus qu'une définition).

3° - Identification et classifications rationnelles des différents types de définitions utilisables.

14 - Deuxième phase : phase de recherche quantitative. Muni de ces outils d'analyse et de l'inventaire des concepts utilisés en droit pénal, j'aurais pu alors grâce à l'ordinateur passer à une recherche quantitative qui aurait comporté les chapitres suivants :

1° - Dénombrement du nombre de définitions employées par rapport à l'ensemble des concepts pénaux inventoriés.

Cela aurait donné un premier aperçu pour savoir si le droit pénal définit beaucoup ou définit peu, définit tout ou ne définit rien du tout. Mais évidemment nous n'aurions eu là qu'un premier résultat encore très grossier, très sommaire.

2° - Détermination quantitative de la répartition des définitions entre les différents ensembles du droit pénal. Est-ce que par exemple le pourcentage des concepts définis est plus grand en droit pénal général qu'en droit pénal spécial ? ou inversement ? Est-ce que le législateur définit fréquemment les concepts en matière d'infractions contre les biens plutôt qu'en matière d'infractions contre les personnes ou contre la chose publique, ou inversement ? Voilà un type de recherche qui ne serait pas sans intérêt.

3° - Enfin, parmi les définitions dénombrées, rechercher la répartition respective des différents types de définition repérés

lors de la période préparatoire d'identification et de classification des diverses sortes de définitions utilisées. M. Cornu, par exemple, distingue entre les définitions terminologiques et les définitions réelles ? Est-ce que cette proportion varie suivant que l'on est en droit pénal général ou en droit pénal spécial ? En matière d'infractions contre les biens ou contre les personnes ? Vous voyiez le type d'évaluation quantitative.

Voilà en quoi aurait pu consisté cette deuxième phase d'analyse quantitative. Cette analyse quantitative aurait probablement permis d'établir des fréquences, des régularités, des associations statistiques certainement intéressantes ou peut-être au contraire de montrer que tout en la matière n'est que le produit du hasard, car la statistique comporte tout un chapitre qui consiste à confronter les courbes que l'on a obtenues avec les courbes que le hasard permet d'établir et à déterminer si on a à faire au hasard ou à un certain déterminisme, à une certaine détermination dans la consistance d'un phénomène que l'on étudie.

15 - En tout état de cause, cela n'aurait pas de toute manière suffi car il aurait fallu se livrer encore à une troisième phase de recherche : celle de la recherche qualitative. Celle-ci aurait eu pour objet d'expliquer les constatations résultant de l'analyse quantitative et finalement d'élaborer une théorie générale des définitions en droit pénal qui aurait pu apporter quelque chose de nouveau sur le sujet. Si tant est qu'il y ait eu déjà de l'ancien. Ces explications, cette théorie, auraient dû se faire à la lumière, et de l'histoire du droit pénal, et du droit pénal comparé, mais également à la lumière de bien d'autres disciplines allant de la théorie générale du droit à la philosophie des sciences que nous pratiquons dans le séminaire d'épistémologie.

Voilà comment l'idéal aurait voulu que je procède pour vous exposer mon sujet.

16 - Malheureusement, le temps ni les moyens ne m'ont pas permis de réaliser un tel projet. De la *méthode que j'ai utilisée* effectivement, je dirai plutôt que c'est une *non-méthode*. Je me suis borné à évoquer des souvenirs de droit pénal qui me venaient à l'esprit au hasard du jeu de la mémoire et des associations d'idées et à jeter un coup d'oeil ici ou là sur le code pénal ou dans un manuel de droit pénal spécial. C'est, vous voyiez, par simple mobilisation de souvenirs de la matière passés au crible du point de vue méthodologique des définitions que j'ai opéré. C'est dire que ce que je vais vous raconter, ne présente absolument aucune garantie de valeur de vérité et n'a pas d'autre raison d'être que d'occuper l'heure du séminaire auquel vous avez été conviés,

pour ne pas vous permettre de repartir insatisfaits avant la fin de cette heure.

17 - Cela dit, comment ai-je exploité ces souvenirs d'une manière organisée ? Je suis parti de cette constatation que les idées des autres sont souvent les meilleures et, à cette fin, je me suis référé aux trois questions dégagées par notre collègue Negrin à la dernière réunion : "Quand y a-t-il définition ?" "Comment définit-on ?" "Y a-t-il des différences, selon qu'il y a ou non définition ?" Je remercie notre collègue Negrin de m'avoir ainsi suggéré le plan.

Première partie : Le recours aux définitions dans les textes pénaux.

Deuxième partie : La nature des définitions dans les textes pénaux.

Troisième partie : La portée des définitions dans les textes pénaux.

PREMIERE PARTIE : LE RECOURS AUX DEFINITIONS DANS LES TEXTES DE DROIT PENAL

18 - De prime abord, l'étendue du recours aux définitions dans les textes pénaux semble très grande, voire même tout à fait générale. Si vous ouvrez en effet le code pénal à l'article premier vous y trouvez : "L'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention ; l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit ; l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime." N'est-ce pas un exemple de définition en droit pénal ? Si vous continuez, l'article 2 dit : "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur...". N'est-ce pas aussi en apparence, du moins, une définition de la tentative punissable ? Et si vous tournez un certain nombre de pages pour en arriver à la partie spéciale du code pénal, est-ce que l'on ne recueille pas l'impression que dans cette partie tout est définition ? C'est d'ailleurs l'impression de M. Cornu, qui dans son article n'hésite pas à traiter le code pénal de "recueil de définitions d'infractions" (2). Et comment après tout s'étonner de cette constatation apparente dans un droit qui est commandé par le principe de la légalité des délits et des peines ? Il semble bien

(2) G. Cornu, Article précité, p. 77, note 3.

que ce principe impose la définition de tous les concepts utilisés chaque fois que l'on formule des incriminations et des sanctions.

19 - Cependant s'il est exact qu'il faut, avec Talleyrand, se méfier du premier mouvement parce que c'est le bon, il faut aussi parfois se méfier des premières impressions parce qu'elles peuvent être entièrement fausses. En réalité, il est loin d'être sûr que tout soit définition dans le code pénal et il semble bien même que les définitions n'y occupent qu'une place relativement secondaire. Pour en juger d'ailleurs, il ne faut pas, je crois, contrairement à ce que l'on fait habituellement prendre le problème en bloc, mais faire des distinctions, et des distinctions en fonction de la structure générale et du système de droit pénal dans le code et plus généralement dans le droit pénal substantiel. Je n'ai pas le temps d'envisager ce système dans sa plus grande généralité, je vais prendre la partie spéciale du droit pénal qui est la plus importante. De ce point de vue on peut dire que le système pénal comporte trois étages de concepts.

Au coeur du système nous avons les règles principales d'incrimination, les infractions, autour desquelles gravitent éventuellement, comme des sortes de satellites, ces règles secondaires d'incrimination que sont les circonstances aggravantes, les excuses et les faits justificatifs spéciaux qui, le cas échéant, peuvent venir écarter la répression pénale.

Ces infractions sont soit étrangères les unes aux autres, soit liées entre elles par certains types de rapports, ne serait-ce que des rapports de contiguïté : le vol et l'escroquerie par exemple sont des infractions qui entretiennent entre elles des rapports de contiguïté parce que là où il y a remise caractéristique de l'escroquerie il n'y a plus soustraction et donc plus vol. Mais qu'elles soient indépendantes les unes des autres ou qu'elles entretiennent des rapports qui peuvent être d'ailleurs non seulement de contiguïté, mais aussi des rapports d'intersection (comme lorsque deux qualifications peuvent s'appliquer à un même fait et que nous avons donc deux infractions à propos d'un fait déterminé), ces règles d'incrimination se trouvent regroupées en sous-ensembles puis en ensembles, sous des titres divers : infractions contre la chose publique, infractions contre les biens, infractions contre les personnes, etc...

Si au lieu de remonter nous descendons, nous nous apercevons que chaque infraction comporte elle-même des éléments qui sont ses éléments constitutifs, si bien que nous aboutissons à travers cette analyse systémique à dégager trois sortes de concepts définissables que nous appellerons respectivement : les concepts-titres, les concepts-incriminations (escroquerie ou vol, etc...) et les concepts-éléments constitutifs

des infractions. Voyons précisément dans quelle mesure ces concepts définissables sont effectivement définis dans les textes.

A - LES CONCEPTS-TITRES

20 - On chercherait en vain dans le code pénal la définition des titres qu'il emploie. C'est ainsi que la chose publique qui est un titre ("Infractions contre la chose publique"), la sûreté de l'Etat, la paix publique, les particuliers, les personnes, les propriétés, qui sont autant de titres que l'on trouve dans la partie spéciale du code pénal et Dieu sait si j'en passe, ne font l'objet d'aucune définition dans le code. La seule exception à cette situation, concerne les titres ou les éléments de titre qui désignent en même temps une infraction. Celle-ci donne lieu ensuite dans un article à ce que j'appellerais une *proposition d'allure définitionnelle* et non pas une définition, vous comprendrez tout à l'heure pourquoi.

C'est ainsi par exemple qu'il y a une section du chapitre des crimes et des délits contre les personnes qui est intitulée "meurtres et autres crimes capitaux, menaces d'attentats contre les personnes". La notion de crime capital n'est absolument pas définie (elle a d'ailleurs perdu toute raison d'être depuis l'abolition de la peine de mort), mais le meurtre, lui, qui est dans le titre comme il est aussi une incrimination, va faire l'objet d'une proposition d'allure définitionnelle dans l'article 295 : "L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre".

A vrai dire, l'absence générale de définition des concepts utilisés dans les titres n'a pas une grande incidence pratique parce que la jurisprudence criminelle décide que les titres contenus dans les lois n'ont pas une valeur juridique. Toutefois ce silence n'est pas toujours sans incidence car il arrive que l'on s'interroge sur la question de savoir quelle est la nature exacte d'une infraction. Exemple : la jurisprudence a eu à se poser la question de savoir si les règles qui limitent la durée de la conduite des camions par les chauffeurs et qui sont pénalement sanctionnées, ressortent du droit pénal de la circulation routière ou du droit pénal du travail. Le titre sous lequel elles figurent peut être à cet égard d'un intérêt capital dans le choix opéré ; encore faut-il que les concepts qu'il utilise soit suffisamment définis pour que l'on puisse précisément opérer ce choix en pleine connaissance de cause. Vous voyiez que même en ce qui concerne les titres il n'est pas sûr que l'absence de définition soit dépourvue d'intérêt juridique, contrairement à ce que l'on pourrait croire à une lecture rapide de la jurisprudence.

B - LES CONCEPTS-INCRIMINATIONS

21 - Les infractions sont souvent désignées directement ou indirectement par un vocable dans la règle d'incrimination. Exemple de désignation directe : le vol (art. 379 C. p.) ; de désignation indirecte : l'escroquerie (art. 405 C. p.). Lorsque le texte d'incrimination (ou le titre sous lequel il figure) ne comporte pas de vocable d'incrimination, la chose n'en existe pas moins et la doctrine ne manque pas de lui trouver un vocable approprié. Ce sont ces vocables que nous appelons concepts-infractions ou concepts-incriminations.

C'est précisément à leur sujet que M. Cornu a pu écrire que le Code pénal est un "recueil de définitions d'infractions". Mais est-ce bien certain ? Ainsi, quand on lit l'article 405 C. p., peut-on dire que ce texte donne la définition de l'escroquerie ?

22 - En réalité, cette affirmation me paraît résulter d'une confusion entre la notion de *définition* et celle d'*analyse* d'un concept. La véritable définition est celle qui énonce *le seul caractère essentiel* qui permet d'identifier la réalité désignée par le concept, tandis que l'analyse va beaucoup plus loin et énonce, non seulement *tous les éléments* qui sont contenus dans la réalité représentée par le concept (ce qui dépasse déjà la définition), mais encore *les relations* qui unissent ces divers éléments.

Ainsi l'article 405 donne une analyse de l'escroquerie, mais non sa définition. L'article 379 lui-même qui est beaucoup plus simple et bref que l'article 405, ne nous donne pas la définition du vol, mais quelque chose de plus développé, de plus poussé : c'est l'analyse du vol lorsqu'il nous dit : "quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol". Il suffit d'ailleurs de consulter les définitions du vol et de l'escroquerie dans les dictionnaires pour voir la différence entre les deux. Définir le vol, c'est essentiellement le caractériser par la notion de soustraction ; définir l'escroquerie, c'est la caractériser par la notion d'emploi de moyens frauduleux. Mais les autres éléments constitutifs ne sont pas essentiels à la compréhension du concept de vol ni du concept d'escroquerie ; ils sont seulement indispensables pour l'application de la qualification de vol ou d'escroquerie en droit français, ce qui n'est pas du tout la même chose (3).

(3) L'étude du droit pénal comparé le montre aisément, comme celle de l'histoire du droit pénal spécial. Les éléments de l'escroquerie ne sont par exemple pas les mêmes en droit allemand et en droit français ; il n'en demeure pas moins vrai que l'idée d'"emploi de moyens frauduleux" qui est à la base du délit et en donne la définition se retrouve dans les deux législations comme constituant le "cœur" de l'incrimination.

En fait ce n'est que dans les cas très exceptionnels où la structure de l'infraction est d'une simplicité élémentaire que l'analyse coïncide pratiquement avec la définition. Tel est le cas de l'article 295 qui déclare : "L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre". Il est évident que si l'on enlevait l'"homicide" au meurtre, qu'est-ce qui caractériserait le meurtre ? Mais si l'on enlève aussi le "volontairement", à ce moment-là on ne caractérise plus le meurtre, mais on peut caractériser l'homicide par imprudence ou l'homicide fortuit. Mais en dehors de ce cas-là et peut-être de quelques autres cas tout à fait exceptionnels, ce sont des analyses et non pas des définitions des concepts-infractions que nous donnent le code pénal et les lois pénales spéciales.

23 - Ainsi, la légalité des incriminations, contrairement à ce que l'on est tenté de penser au premier abord, n'est nullement synonyme de définition, mais de quelque chose de beaucoup plus large, plus vaste, qui est l'analyse en éléments constitutifs. Si nous descendons alors au dernier étage, celui des concepts-éléments constitutifs, va-t-on du moins y trouver des définitions. Ici nous allons être plus satisfaits et trouver des définitions dans le code pénal. Mais dans quelle mesure ?

C - LES CONCEPTS-ELEMENTS CONSTITUTIFS

24 - A ce niveau, effectivement, il y a un certain nombre de définitions dans le code pénal, mais il faut ajouter aussitôt qu'il y a aussi beaucoup d'éléments constitutifs pour lesquels le code ne contient absolument aucune définition. On peut même avancer que les auteurs du code paraissent plus s'être occupé de définir les notions *secondaires*, comme celles qui figurent dans les circonstances aggravantes, plutôt que les notions *fondamentales* qui caractérisent les éléments constitutifs des incriminations telles que, par exemple, la notion de soustraction, ou la notion de remise dans l'escroquerie ou l'abus de confiance.

C'est ainsi que dans le paragraphe consacré au meurtre, on ne trouve aucune définition de l'homicide. Par contre, les articles 297 et 298 se complaisent dans de longues propositions d'allure définitionnelle pour la préméditation et le guet-apens qui sont des circonstances aggravantes du meurtre et qui en font un assassinat.

De même à la section des "vols", on cherche en vain la définition de la soustraction qui est pourtant la caractéristique du vol. Alors que les articles 393 et suivants s'étendent en définition très longues ou tout au moins en propositions d'allure définitionnelle sur les circonstances aggravantes que sont

l'effraction, l'effraction extérieure, l'effraction intérieure, l'escalade et les fausses clés.

On pourrait continuer avec l'escroquerie où ni le faux nom, ni la fausse qualité, ni la remise qui distingue l'escroquerie du vol, ne sont définis. De même qu'avec l'abus de confiance où l'on ne trouve aucune définition du détournement et de la dissipation.

25 - Pourquoi ces différences ? Il est pratiquement impossible de le savoir. Sans doute, dira-t-on qu'il y a l'effet de la tradition historique ; effectivement les définitions de l'escalade, des fausses clés se retrouvent dans les textes de l'ancien droit. Mais, ce disant, on ne fait que reculer le problème parce que, pourquoi la tradition s'est-elle formée ainsi et pourquoi la notion de soustraction n'a-t-elle pas été aussi définie par la tradition ? La consultation des travaux préparatoires nous apprendrait-elle grand chose ? Je n'en suis pas tellement certain, notamment pour les travaux préparatoires du code pénal qui sont beaucoup plus faibles, on le sait, que ceux du code civil. Ne parlons pas des travaux préparatoires des lois contemporaines...

26 - Finalement, on est amené à constater lorsqu'il s'agit de l'étude du *recours aux définitions*, que, contrairement aux impressions premières, les définitions dans les textes de droit pénal ne sont pas très nombreuses et que lorsque le droit pénal recourt à des définitions de concepts, il s'agit surtout de concepts d'importance secondaire. Nous avons cependant un certain nombre de définitions, on pourrait s'attendre à ce que les définitions qu'il donne soient du moins des bonnes définitions. C'est la question que nous allons examiner maintenant dans une deuxième partie.

DEUXIEME PARTIE :

LA NATURE DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES PENAUX

27 - Quels sont les divers types de définitions auxquels recourt le législateur pénal ? Existe-t-il, parmi ces types, certains d'entre eux que les textes utilisent plus fréquemment que les autres ? Pourquoi la loi emploie-t-elle dans chaque cas tel type de définitions plutôt que tel autre ? Il y a là autant de questions qui ressortent de l'étude de la nature des définitions employées dans les textes pénaux.

28 - Dans son article sur "les définitions dans la loi", M. Cornu construit l'ensemble de ses développements autour de la distinction entre définitions terminologiques et définitions réelles.

Il y recherche les différences de traits caractéristiques entre ces deux types de définitions, puis dans une deuxième partie leurs différences de fonction. Il est peut-être intéressant d'enrichir cette typologie en distinguant avec certains logiciens, non pas une, mais deux classifications des définitions. La première, c'est la typologie de Gérard Cornu mais déjà enrichie par une troisième catégorie, une catégorie intermédiaire entre les définitions nominales -M. Cornu dit terminologiques et les logiciens disent plus volontiers nominales- et les définitions réelles, à savoir les définitions génétiques. A côté de cette première typologie, voici maintenant une seconde typologie qui repose, à la différence de la première, non pas sur le critère du rapport entre la définition et la réalité de l'objet défini, mais sur celui de la relation entre la définition et le contenu de l'objet défini. C'est la distinction qui consiste à opposer les définitions par l'exemple ou énumératives, les définitions en extension et les définitions en compréhension.

On va ainsi s'interroger successivement sur les définitions en droit pénal et la réalité de l'objet défini (A) puis le contenu de cet objet (B).

A - LES DEFINITIONS EN DROIT PENAL ET LA REALITE DE L'OBJET DEFINI

29 - Il n'est peut-être pas inutile à cet égard de rappeler brièvement en quoi consiste la classification des définitions du point de vue de la réalité de l'objet défini avant de rechercher dans quelle mesure les textes pénaux recourent à chacune de celles-ci.

a) Qu'entend-on exactement quand on parle de définitions nominales, génétiques et réelles ?

30 - Est dite *nominale* (ou terminologique dans le vocabulaire de M. Cornu) la définition qui explique un mot. Elle consiste à substituer conventionnellement au mot à définir d'autres mots qui sont destinés à en circonscrire le sens. Ce type de définition est parfois éclairant, mais à la limite elle devient purement tautologique comme nombre de définitions du dictionnaire du type : vol : action de voler, réflexion : action de réfléchir. Cela ne nous avance pas beaucoup d'avoir de telles définitions.

31 - Est dite *génétique* en second lieu, la définition qui consiste à considérer un objet à définir, soit dans son origine, soit dans son progrès, soit dans son devenir. Ce sont les sciences empiriques qui recourent généralement à ces définitions ; on définit par

exemple le têtard par la grenouille qu'il deviendra ou la graine par la plante ou l'arbre qu'elle donnera, ou qui l'a donnée. Mais ces définitions génétiques qui prennent appui sur des être matériels, nous les retrouvons, sous une forme différente certes, lorsqu'il s'agit de définir des représentations intellectuelles quand nous définissons ces représentations par leur cause ou par leur but ou leur effet. Les définitions en Droit qui définissent un concept par son but ou par ses effets peuvent ainsi être considérés comme des définitions génétiques ou comme assimilables à de telles définitions. Ces définitions génétiques sont évidemment plus intéressantes que les précédentes, puisqu'elles éclairent sur la cause, le devenir ou la finalité de l'objet que l'on veut définir, mais en définissant les objets qu'elles visent par leur passé ou par leur futur, elles présentent l'inconvénient de négliger leur présent, c'est-à-dire ce qui le caractérise véritablement, ce qui en est l'essence même.

32 - La caractéristique essentielle d'un objet, c'est seulement la *définition réelle* qui la donne. Selon Kant, la définition réelle suppose une réalité donnée et en énonce un caractère si clair que l'objet défini puisse être reconnu sûrement dans tous les cas. Elle ne se borne donc pas à rendre clair un concept comme le fait la définition nominale, mais elle éclaire la réalité objective même que ce concept cherche à représenter. A la limite, la définition réelle, par le progrès qu'elle représente dans la compréhension du concept, enrichit celui-ci par une meilleure appréhension de la réalité ainsi définie.

33 - b) En présence de ces trois catégories de définitions d'après la réalité de l'objet défini, quelle impression peut-on recueillir de la lecture du code pénal ? La tendance qui s'en dégage c'est que beaucoup de définitions du code pénal sont des définitions nominales, quelques unes sont des définitions génétiques ou assimilables aux définitions génétiques et aucune pratiquement n'est une définition réelle.

34 - Un grand nombre de définitions du code pénal en premier lieu répond à la définition de la *définition nominale* et la convention y domine même au point que parfois le bon sens y perd toute raison. Prenons par exemple la définition de l'effraction intérieure. Voici ce que nous en dit l'article 396 : "Les effractions intérieures sont celles qui après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent (qui définit les effractions extérieures, c'est-à-dire dans les maisons, cours, basse-cours, enclos, dépendances ou dans les appartements ou logements particuliers) sont faite aux portes ou clôtures du dedans ainsi

qu'aux armoires ou autres meubles fermés". Jusque là le bon sens y retrouve ses droits : il peut simplement se dire : est-ce que seules, les portes ou les clôtures du dedans, ou les armoires ou autres meubles fermés peuvent faire l'objet d'effraction intérieure ? Mais enfin, nous sommes encore dans le champ du bon sens. Mais alors voilà l'alinéa 2 qui vient subvertir la raison : "Est compris dans la classe des effractions intérieures, le simple enlèvement des caisses, boîtes, balots sous toile et corde et autres meubles fermés qui contiennent des effets quelconques bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu". Autrement dit le simple enlèvement est qualifié infraction. Or, si nous consultons la signification réelle du mot effraction on s'aperçoit qu'il n'est pas synonyme d'enlèvement. Ce qui caractérise l'effraction c'est le fait précisément de fracturer un objet ; le fait de l'enlever c'est tout autre chose. Voilà donc le type de la définition nominale qui atteint ici la limite de l'absurde quand on l'analyse en détail.

On pourrait multiplier des exemples de ce genre pour montrer qu'un grand nombre de définitions qui sont employées par les textes pénaux sont des définitions purement nominales. Mais ce sur quoi il paraît préférable d'insister à propos des définitions nominales, c'est que ces définitions peuvent revêtir et revêtent en fait deux modalités distinctes. Il y a des cas dans lesquels la définition nominale contient si l'on peut dire son sens en elle-même ; les mots qu'elle emploie lui donne sa signification, comme c'est le cas pour l'effraction, même lorsqu'il est dit enlèvement égale effraction intérieure ; la définition se suffit à elle-même : en lisant l'article 396 on a la définition de l'effraction intérieure, fût-elle nominale. Mais dans nombre de textes, la définition nominale est une définition par référence, par renvoi à un autre texte qui donne lui-même une définition qui peut être nominale, génétique ou éventuellement réelle ; mais le fait de définir par référence est en soi une définition nominale et non pas une définition réelle ni une définition génétique.

35 - A côté des définitions nominales qui sont les plus nombreuses, on trouve aussi, mais plus rarement, des *définitions génétiques* ou du moins assimilables aux définitions génétiques et plus particulièrement des définitions par le but ou l'effet. C'est ainsi que l'article 405 définit les manoeuvres frauduleuses de la façon suivante : "manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique". Ce texte, on doit le remarquer, ne nous éclaire en rien sur la nature des manoeuvres frauduleuses ; il ne nous donne aucune définition sur cette nature et c'est la jurisprudence qui a dû dire ce qui est

manoeuvre frauduleuse et ce qui ne l'est pas. Tout ce que nous dit le texte c'est le but que doivent viser les manoeuvres frauduleuses ; c'est donc une sorte de définition génétique par le but. D'autres fois c'est par l'"effet" qu'un terme est défini. Ainsi la divulgation "qui a pour effet", ou l'acte qui est accompli "en vue de...", ce sont des définitions qui ne caractérisent pas l'objet défini en lui-même, mais qui l'individualisent par rapport à une finalité, à un objectif.

36 - Quant aux *définitions réelles*, je n'en ai pas trouvé et je me demande s'il en existe. Bien entendu si l'on pouvait se livrer à la recherche que je décrivais d'une manière idéale au début on en trouverait peut-être, mais je n'ai pas aperçu en y réfléchissant de définition réelle quelconque dans le code pénal ou dans une loi spéciale.

Cette définition des manoeuvres frauduleuses de l'article 405 par le but que je viens de donner, met également en évidence un autre phénomène qui est l'utilisation de l'énumération comme procédé de définition ce qui nous amène à la deuxième typologie de définitions que j'annonçais tout à l'heure : les définitions d'après le contenu de l'objet défini.

B - LES DEFINITIONS EN DROIT PENAL ET LE CONTENU DE L'OBJET DEFINI

37 - Ici encore, il convient de rappeler rapidement le contenu de cette autre classification des définitions (a) pour mieux comprendre l'usage qui en est fait (ou n'en est pas fait) dans les textes de droit pénal (b).

a) De ce second point de vue qui s'attache au rapport qui existe entre la définition que l'on donne et le contenu de l'objet défini, on distingue, rappelons-le, entre définitions exemplatives ou énumératives, définitions en extension et définitions en compréhension

38 - La *définition par l'exemple* consiste, comme le mot l'indique, à définir un concept par l'énumération d'un cas ou de quelques cas qui entrent dans sa définition, mais qui ne suffisent pas à l'épuiser dans sa totalité. On dit que définir par l'exemple est la tendance des enfants... et des esprits confus. Peut-être trouve-t-on aussi puérilité et confusion dans la loi. C'est à voir.... De cette méthode en tout cas, il convient de rapprocher la *définition par énumération*, laquelle pose la question de savoir si elle est exhaustive ou seulement exemplative, ce qui est

particulièrement important en droit pénal en raison du principe de légalité.

39 - Quant à la *définition en extension*, c'est celle qui situe l'objet à définir dans un groupe plus vaste auquel il appartient et par conséquent qui lui donne comme attributs, les attributs qui sont communs à cet ensemble plus vaste. Serait par exemple une définition en extension, celle qui consisterait à dire que le vol est un "délit".

40 - La *définition en compréhension*, c'est en revanche celle qui cherche à donner au sujet défini son attribut essentiel, celui qui prétend représenter sa nature réelle profonde et non pas les caractéristiques plus générales d'un groupe plus vaste comme le fait la définition en extension. Tel est le cas lorsque l'on définit le vol comme une "soustraction". La définition en compréhension ainsi définie rejoint alors la notion de définition réelle qui finalement, à la limite, se confond avec la définition en compréhension.

Aristote voulant associer les valeurs de ces deux sortes de définitions disait que la meilleure définition consiste à définir à la fois par le genre prochain, c'est-à-dire par l'extension et par la différence spécifique, c'est-à-dire par la compréhension, mais il est certain que le plus significatif est en tout état de cause la différence spécifique.

41 - b) En présence de cette seconde classification, que peut-on constater dans une excursion rapide à travers le code pénal ? C'est que la plupart des définitions données dans les textes pénaux ne sont rien d'autre que des définitions par énumération ; il est bien difficile d'y trouver des définitions en extension et pratiquement impossible d'y découvrir des définitions en compréhension. Que dire alors de la définition aristotélicienne par le genre prochain et la différence spécifique ! Les législateurs ne semblent pas, de ce point de vue du moins, être des familiers d'Aristote...

42 - Les définitions que l'on trouve habituellement, ce sont des *définitions par énumération*. A cet égard on peut même sous-distinguer entre les énumérations *closes* et les énumérations *ouvertes*. Les premières sont celles dans lesquelles la définition énumère tous les cas qui entrent dans l'élément constitutif de l'infraction qui est défini. Tel est le cas dans l'article 408 qui incrimine l'abus de confiance. Le texte parle des objets qui n'ont été remis "qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non

salarié". En pareil cas, il est évident qu'il n'est pas possible de retenir l'abus de confiance lorsqu'il y a violation d'un contrat autre que ceux qui sont énumérés à l'article 408 en raison du principe de légalité. Ainsi la non restitution des sommes prêtées en vertu d'un prêt à intérêt ne peut pas constituer le délit d'abus de confiance. Mais à côté des énumérations closes, il y a les énumérations ouvertes, et Dieu sait si elles sont fréquentes. Ce sont celles qui, après une énumération parfois fort longue, comportent comme terminaison : "ou par tout autre moyen" (4). C'est un procédé que l'on trouve très fréquemment dans les textes pénaux si bien qu'en pareil cas l'énumération est purement exemplative, elle indique au juge des exemples et c'est à celui-ci de dire ce qu'il entend par tout autre moyen.

43 - La situation se trouve encore compliquée parce qu'il arrive parfois que certaines énumérations sont faussement closes, du fait que les termes de l'énumération qui sont employés sont en eux-mêmes si larges que tout se passe comme si l'on avait affaire à une énumération ouverte. L'exemple type de cette hypothèse est la faute d'imprudence de l'article 319. Ce texte dispose : "quiconque par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements...". Certes au point de vue de la définition de la faute pénale d'imprudence, en apparence, c'est une définition close ; cependant, elle est si mal clôturée que la jurisprudence a consacré la règle de l'unité des fautes civile et pénale et quand on voit ce qu'est la faute civile dans le code civil ("tout fait quelconque de l'homme") on se dit qu'il y a là une clôture qui a mal résisté à la pression des plaideurs et des juges. Pour achever de montrer combien cette clôture est fautive, on remarquera que lorsque l'article 320 vient déterminer les éléments constitutifs des blessures par imprudence, il emploie deux termes qui sont différents et qui sont cependant considérés comme synonymes : "s'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution...". Le défaut d'adresse ou de précaution ne figure pas dans l'article 319 ; on s'accorde cependant à reconnaître que c'est exactement la même faute d'imprudence que dans l'article 319. Ainsi on peut constater qu'en droit pénal les énumérations sont légion et, qui plus est, que ces définitions énumératives sont souvent ouvertes ou faussement closes.

(4) Par exemple l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse dans la rédaction que lui a donnée la loi du 1er juillet 1972 incrimine "ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images, ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image...".

44 - Quant aux *définitions en extension*, elles sont très rares. On peut en repérer une cependant ; c'est l'article 269 qui déclare : "le vagabondage est un délit". Ce faisant, il semble rattacher le vagabondage au genre prochain du délit auquel il appartient. Mais après tout s'agit-il vraiment d'une définition en extension ? N'est-ce pas plutôt une définition en compréhension ? Lorsque l'on dit : "Mademoiselle X est une femme", les logiciens dissertent sur cette définition, en énonçant que cela peut certes vouloir dire que c'est une définition en extension (Mademoiselle X appartient au genre femme par opposition au genre homme, extension de Mademoiselle), mais que cela peut être aussi une définition en compréhension (Mademoiselle X est une femme en ce sens qu'elle est l'incarnation même de la féminité, ce qui fait donc la différence spécifique d'avec l'homme, d'où définition en compréhension). On voit donc finalement que même quand on croit avoir repéré une perle, cette perle n'est pas d'une limpidité parfaite et l'on peut se demander si elle ne recèle pas en elle-même un second trésor encore plus caché, mais en tout cas ce n'est vraiment qu'une perle, qui, comme toutes les perles, sont extrêmement rares. Quant aux définitions aristotéliennes, il semble que l'on ne puisse pas en trouver en droit pénal.

45 - En définitive, au terme de cette deuxième partie, on peut conclure que lorsque les textes pénaux donnent des définitions, celles-ci ne sont pas très élaborées si l'on tient pour la bonne définition la définition réelle et en compréhension. La plupart des définitions sont des définitions nominales et énumératives, quelques unes certes sont des définitions génériques mais il n'existe pratiquement pas de définitions réelles et de définition en compréhension. Est-ce que du moins ces définitions énumératives, nominales, génériques, servent à quelque chose ? Ce sera le dernier point de ces observations.

TROISIEME PARTIE :

LA PORTEE DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES PENaux

46 - A première vue, il semble que ces définitions, lorsqu'elles existent, si imparfaites soient-elles au point de vue des satisfactions que peuvent y trouver les logiciens, paraissent très utiles parce qu'on est naturellement porté à penser que toute énumération limite nécessairement le champ d'application d'une incrimination ou d'une circonstance aggravante. C'est ainsi par exemple que la définition de l'effraction extérieure de l'article 395 qui dispose que : "les effractions extérieures sont celles avec lesquelles on peut s'introduire dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances ou dans les appartements ou

logements particuliers", a permis à la jurisprudence d'écarter cette circonstance aggravante dans les cas où il y a eu introduction dans, ou plus exactement effraction d'un objet autre qu'un local clos. Il a été de la sorte jugé qu'il n'y a pas d'effraction extérieure dans le fait de briser le cadenas qui immobilise une bicyclette ou une motocyclette pour la voler ou la serrure d'une automobile pour pénétrer dans celle-ci soit pour y prendre des objets qui s'y trouvent (vol à la roulotte), soit pour s'emparer de la voiture elle-même (vol du véhicule automobile). Dans ces cas, dit la jurisprudence, on ne peut pas retenir l'effraction extérieure, car les faits n'entrent pas dans les prévisions de la définition de l'article 393.

47 - Cela semble effectivement d'une certaine efficacité. Cependant, il convient de dissiper quelques illusions sur la portée réelle de ces définitions, car trois réserves doivent être faites.

48 - Première réserve : il arrive que malgré le principe de l'interprétation stricte des lois pénales la jurisprudence recourt au raisonnement par analogie déguisé ; et elle le fait non seulement pour les concepts qui sont non définis, comme par exemple le concept de soustraction, mais également pour ceux qui entrent dans les définitions qui sont données par la loi. L'effraction extérieure en est un exemple très net. Le texte parle de maison, appartement ou logement particulier, de cour, de basse-cour, d'enclos ou de dépendance. Aussi certains auteurs ont dit que lorsque une maison est inhabitée, elle n'entre pas dans le cadre de l'article 395. Or, la jurisprudence a décidé que du moment que l'article 395 emploie le mot maison, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la maison est inhabitée ou occupée pour l'application de la circonstance aggravante. On s'accorde à reconnaître qu'il y a là une forme déguisée de raisonnement par analogie, parce que le contexte, joint au principe d'interprétation stricte, devrait conduire à décider que seules les maisons habitées, et les cours et basse-cours, enclos ou dépendances, constituent des cas pour lesquelles l'effraction extérieure est possible.

49 - Deuxième réserve : le cas des énumérations ouvertes ou faussement closes. La définition ici ne joue plus de rôle limitatif.

50 - Enfin troisième remarque : la limitation de l'extension d'un concept est souvent obtenue par d'autres moyens que par la définition dans la loi. Prenons l'exemple du vol qui se caractérise par la soustraction qui n'est pas définie. Or, on remarquera que la jurisprudence limite le concept de soustraction en recourant à un autre concept non défini, celui de remise. Si bien que quoique la

soustraction ne soit pas définie, la jurisprudence, par le jeu indirect du recours à ce que l'on peut appeler *les concepts de clôture des concepts non définis*, celui de remise en l'espèce, aboutit au même résultat que s'il y avait une définition. C'est dire par conséquent que lorsqu'il y a définition leur rôle limitatif est finalement un rôle très limité.

CONCLUSION

51 - Au terme de ces quelques explications on peut dégager trois conclusions qui peuvent former une sorte d'hypothèse interprétative des définitions dans les textes en matière pénale.

52 - 1°/ Contrairement à ce que l'on pourrait croire à première vue les textes pénaux ne recourent pas toujours à des définitions. Les concepts utilisés dans les titres ne sont généralement pas définis. Les concepts qui servent à la dénomination des infractions ne font pas à proprement parler l'objet de définitions mais d'énonciations analytiques, ce qui n'est pas la même chose. Quant aux concepts qui désignent les éléments constitutifs des infractions ou leurs circonstances aggravantes, tous ne font pas l'objet de définition ; les définitions y sont généralement assez rare, elles semblent porter sur des notions relativement secondaires et il est bien difficile, sinon impossible, de dire pourquoi dans tel ou tel cas le législateur recourt ou non à une définition. Cette première conclusion suggère que les textes pénaux malgré le progrès considérable qu'a pu constituer le principe de légalité se rangeraient encore plutôt du côté de ce que j'ai appelé le droit-force, le droit-violence plutôt que du côté du droit-raison, du droit-science (5), ce qui n'est pas finalement pour surprendre si l'on se réfère à l'objet du droit pénal qui est toujours la pénalité.

53 - 2°/ Lorsque les textes pénaux emploient des définitions, celles-ci sont surtout des définitions nominales et énumératives. Plus rares sont les définitions génétiques et pratiquement inconnues les définitions réelles. De même les définitions en extension sont rarissimes et les définitions en compréhension pratiquement inexistantes. Cette pratique généralisée en droit pénal des définitions les moins "définissantes" du point de vue logique, s'explique peut-être par l'effet du principe de légalité, mais elle peut révéler tout simplement l'imperfection de la manifestation de ce principe dans son état actuel. Elle confirme en tout cas l'idée que je viens d'avancer selon laquelle le droit

(5) Cf. supra n° 7.

pénal demeure encore dans la mouvance du droit-force, du droit-violence et ne se donne encore que certaines apparences de la raison.

54 - 3°/ Il n'est guère possible de percevoir une différence d'effet au stade de l'application du droit pénal entre les cas où les textes donnent des définitions et ceux où ils n'en comportent pas. Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales, qui est l'une des conséquences du principe de légalité, explique sans doute cette absence de différence. Si, malgré le principe de l'interprétation stricte, la jurisprudence recourt parfois sans le dire au raisonnement par analogie, elle le fait aussi bien pour interpréter des concepts définis que pour interpréter des concepts non définis.

Tout au plus peut-on dire que la définition rend plus difficile le débordement analogique quasi-illimité que l'on peut observer dans certains cas en jurisprudence, mais on doit faire remarquer aussi que l'on aboutit au même résultat par l'incidence de certains concepts inclus dans des incriminations voisines qui, quoique non définis, jouent le même rôle de verrouillage qu'une définition. Tel est le cas de la remise par rapport à la soustraction.

**L'ETENDUE DU RECOURS AUX DEFINITIONS
DANS LES TEXTES DE DROIT
ADMINISTRATIF**

Par

André BALDOUS et Jean-Paul NEGRIN
Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille III

L'ETENDUE DU RECOURS AUX DEFINITIONS DANS LES TEXTES DE DROIT ADMINISTRATIF

Par

André BALDOUS et Jean Paul NEGRIN
Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille III

1. - Une étude exhaustive du problème nécessiterait d'envisager également les questions relatives à la nature et à la portée de ces définitions. On se limite ici à une approche sommaire du seul point lié à l'étendue du recours par le "législateur administratif", c'est-à-dire législateur ordinaire et éventuellement autorités réglementaires. Ne seront pas prises en considération les définitions posées dans les circulaires même si l'on y trouve, trop souvent, des définitions de concepts importants qui auraient normalement dû figurer dans l'oeuvre législative.

2. - Quant à la notion de définition retenue, on s'en tiendra à une position moyenne excluant à la fois les exigences de la définition aristotélicienne -s'attachant au genre commun et à la différence spécifique-, rarissimes dans les textes administratifs et un type de définition qui ne caractériserait pas avec un minimum de précision les éléments essentiels de l'objet défini (telle cette définition, retenue par un auteur, de la "collectivité locale" qui s'appliquerait aussi bien à un syndicat de la loi de 1884 qu'à une association de protection de l'environnement).

3. - La méthode idéale consisterait à recenser systématiquement les concepts définissables dans tous les textes et à vérifier si et dans quelle mesure ils ont été définis (cf. le rapport du Professeur R. Gassin). Dans cette première approche, nous nous sommes contentés de procéder par sondage tout en sachant

que la plupart des grandes notions du droit administratif échappent à la définition législative et ont été effectivement définies par le juge administratif.

4. - Après avoir constaté que le législateur se montre peu soucieux de définir les notions qu'il utilise (I), il conviendra de s'interroger sur les raisons de cette attitude (II).

I - LA RESERVE DU LEGISLATEUR A DEFINIR LES NOTIONS DU DROIT ADMINISTRATIF

Traditionnellement, le législateur définit peu et lorsqu'il définit, il ne s'agit pas des notions essentielles de la discipline.

A - LE LEGISLATEUR DEFINIT PEU

Les notions de base du droit administratif comme nombre de concepts secondaires ne sont pas définis par les textes législatifs.

5. - Les grands concepts autour desquels s'ordonne le droit administratif -intérêt général, service public, puissance publique- créés et enrichis par la doctrine ont été au contraire délaissés par le législateur.

6. - Il en est de même pour les institutions essentielles de la vie administrative (personne morale de droit public, commune, département, région, établissement public et entreprise publique) et pour les concepts directement opératoires du droit administratif (décision administrative, contrat administratif, agent public, travail public, domaine public...).

7. - Une analyse plus poussée de tel ou tel texte relatif à des chapitres importants du droit administratif confirme cette discrétion du législateur.

Contrairement au Nouveau Code de procédure civile riche de belles définitions, les dispositions régissant la procédure juridictionnelle devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs évitent de définir les différents "recours" pouvant être formés contre les "décisions administratives" ; de même, par exemple, pour les incidents de procédure (Cf. la "demande reconventionnelle", l'"intervention", etc...). Deux pages du Code administratif Dalloz traitent de la "connexité" sans en donner la moindre définition.

En dépit de la longueur et de la qualité des travaux préparatoires, la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et

obligations des fonctionnaires, à l'instar des précédents statuts généraux de 1946 et 1959 laisse dans l'ombre les définitions des principales institutions qu'elle règlemente.

En réponse aux demandes formulées par des parlementaires de l'opposition visant à définir le "fonctionnaire", le secrétaire d'Etat à la fonction publique refusera de s'enfermer dans le carcan du fonctionnaire "chimiquement pur". De même, l'institution nouvelle des "corps comparables" qui fonde la parité et permet d'assurer une mobilité entre les différentes fonctions publiques (d'Etat, territoriale, hospitalière) a été laissée dans l'obscurité malgré le souci de certains députés de la caractériser avec précision (J.O. Déb. Ass. Nat. 4 mai 1983, p. 869 et 871)...

B - LE LEGISLATEUR NE DEFINIT PAS LES NOTIONS ESSENTIELLES

8. - Ainsi le Code de l'expropriation pour cause d'"utilité publique" qui ne précise nullement le contenu pourtant essentiel de celle-ci, s'étend sur des concepts plus secondaires comme l'"arrêté de cessibilité" ou la "rétrocession".

Le nouveau statut de la fonction publique d'Etat, muet sur les concepts essentiels, s'attachera à caractériser par exemple ce qu'est le "détachement", le "grade", ou "la mise à disposition".

Dans le domaine de l'aide sociale, alors que sont déterminés avec soin les contenus de l'aide ménagère à domicile ou du domicile de secours, l'"aide sociale" elle-même n'a pas retenu l'attention du législateur au moment du transfert des compétences en cette matière au département en 1983.

Le Code électoral, disert sur la "réunion électorale" identifiée comme "celle qui a pour but le choix ou l'audition de candidats à des fonctions publiques électives et à laquelle ne peuvent assister que les électeurs de la circonscription, les candidats, les membres des deux chambres et le mandataire de chacun des candidats" (!), ou sur ce qu'est une "machine à voter" (art. L. 57-1), ignore la définition de la "propagande" ou des "manoeuvres frauduleuses" autrement plus importantes sur le plan normatif.

9. - Constatons néanmoins dans quelques lois récentes et importantes un effort méritoire du législateur tendant à délimiter le sens des termes utilisés.

Notons les formules révélatrices employées par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : "Sont réputées nominatives au sens de la présente loi..." (art. 4), "Est dénommé traitement automatisé d'informations nominatives au sens de la présente loi..." (art. 5).

De même le Titre I de la loi du 17 juillet 1978 intitulé "De la liberté d'accès aux documents administratifs", définit-il avec précision les documents "considérés comme" documents administratifs et les différentes modalités d'"accès" auxdits documents (art. 1, al. 2 et art. 4).

Un même souci apparaît dans l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la "motivation" des actes administratifs conçue comme "devant comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constitue le fondement de la décision", ou, s'agissant des notions d'"archives", d'"archives publiques" et d'"archives privées", dans les articles 1, 3 et 9 de la loi du 3 janvier 1979.

Citons enfin, par exemple, les textes avançant les définitions du "Plan" (loi du 29 juillet 1982, art. 1er), des "publications de presse" (loi du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse), ou de la "communication audiovisuelle" dans l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986.

Ces efforts récents ne remettent probablement pas en cause la réserve traditionnelle du législateur à définir, réserve qu'il conviendrait d'élucider.

II - LES RAISONS DE LA RESERVE DU LEGISLATEUR

Trois raisons, isolées pour les commodités de la présentation, peuvent semble-t-il expliquer la carence législative en matière de définition : les caractères de la discipline concernée, la position du législateur lui-même, enfin la nature de l'opération définitoire.

A - LES CARACTERES DU DROIT ADMINISTRATIF

10. - Par rapport au droit civil ou au droit pénal, le droit administratif présente des traits originaux qui expliquent pour partie que les textes contiennent peu d'authentiques définitions.

Droit jeune, il n'a pas eu le temps d'engendrer ou de laisser mûrir les nombreuses et belles définitions du Code civil dont beaucoup pourraient puiser à des sources anciennes (Digeste, droit romain...). N'est-il pas vrai, selon la formule de Portalis, que les Codes des peuples se font avec le temps ?

Droit historiquement jurisprudentiel, on comprend que le législateur ait parfois tendance à se décharger sur le juge de son travail de définition surtout lorsqu'il s'agit de notions complexes. Ainsi, s'agissant de l'obligation de réserve, le rapporteur du projet de loi sur les droits et obligations des fonctionnaires estimait-il préférable qu'elle continue d'être appréciée cas par cas par le juge administratif.

Il est probable aussi que l'absence d'une véritable codification du droit administratif ait privé les autorités compétentes d'une possibilité de forger des définitions tout comme le caractère particulièrement évolutif de ce droit les ont dissuadés d'arrêter des définitions en des formules stabilisées.

Droit dérogatoire enfin, il n'a pu comme les différentes branches du droit privé bénéficier de l'irradiation des notions de base du droit civil. (Bien plus, la définition du "domaine public" posée par l'article 538 du Code civil par référence à l'idée de biens insusceptibles de propriété privée n'a pas été retenue, en dépit de sa précision, même par la jurisprudence).

B - LA POSITION DU LEGISLATEUR

11. - A la différence du législateur pénal constitutionnellement tenu de déterminer les délits et les peines, le législateur administratif dispose du pouvoir discrétionnaire de définir ou de ne pas définir et ayant défini de le faire "arbitrairement" (1). Il n'est pas sûr que le développement du contrôle de constitutionnalité laisse subsister entièrement et définitivement cette double marge d'appréciation.

12. - Indépendamment de son statut, l'attitude du législateur parlementaire consiste souvent à ne pas vouloir définir afin de rendre plus commode l'adoption de la loi ou d'éviter d'édicter lui-même des dispositions impopulaires (droit de grève). On a pu fustiger à cette occasion la lâcheté du législateur. Parfois, c'est par simple facilité qu'il se décharge volontiers sur une autre autorité du soin de définir le vocable ou l'expression concernés.

Cette politique législative n'est pas exclusivement imputable au mauvais vouloir du législateur. Elle est liée aux difficultés de toute opération définitoire.

C - LA NATURE DE L'OPERATION DEFINITOIRE

13. - *Omnis definitio periculosa est.* Cette adage s'applique évidemment à l'oeuvre législative. Si nombre de définitions font défaut en droit administratif, c'est tout simplement parce qu'il se révèle parfois extrêmement délicat de parvenir à une formulation scientifiquement satisfaisante.

Ainsi le Président Odent estimait-il impossible de définir législativement ce qu'il faut entendre par "matière administrative contentieuse" (Contentieux administratif, 1965-1966, p. 63).

(1) Cf. S. Balian, "Essai sur la définition dans la loi", Thèse dactylographiée, Paris II, 1986.

Quant à la doctrine universitaire, elle est elle-même convaincue des difficultés souvent insurmontables de cette opération. Dans une préface consacrée à une thèse sur l'intérêt général (2), le doyen Boulouis estimait qu'"acceptable en tant qu'idée, dont chacun peut toujours se former une représentation intelligible, la notion résiste mal à l'épreuve de l'analyse conceptuelle, finalement impuissante à l'inscrire dans une formule qui la définisse" : on ne saurait mieux dire.

(2) D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977.

**LES DEFINITIONS DANS LE CODE
DE PROCEDURE CIVILE**

Par

Louis COUPET

Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

LES DEFINITIONS DANS LE CODE DE PROCEDURE CIVILE

Par

Louis COUPET

Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

Dans la plupart des droits examinés jusqu'à présent, dans le cadre de l'enquête de l'atelier de méthodologie juridique, le constat le plus fréquent a été qu'il y avait assez peu de définitions légales, ainsi en droit administratif, droit commercial et même en droit pénal. Or, dans le N.C.P.C., il est facile de dénombrer plus d'une quarantaine de définitions textuelles. Il convient donc :

- 1° - de présenter ces définitions
- 2° - de rechercher le pourquoi de ces définitions
- 3° - d'examiner la portée de ces définitions.

I - QUELLES SONT LES DEFINITIONS DANS LE N.C.P.C. ?

Je les présenterai sous forme d'inventaire en les regroupant autour des grands axes de la procédure civile : actions, compétence, jugements et recours. Le présent inventaire n'est pas clos, car le recensement porte sur les définitions qui se présentent telles quelles : il est donc possible d'en ajouter ou d'en retrancher selon un autre critère de la notion de définition.

1° - Quinze définitions relatives aux actions, demandes et défense en justice :

a) La définition générale de *l'action* en justice (art. 30), qui a été très remarquée et qui comporte deux définitions : celle de l'action du demandeur et celle de l'action du défendeur.

b) Quant aux *demandes*, sont définies

- La demande initiale (art. 53) avec ses deux actes porteurs : assignation (art. 55) et requête conjointe (art. 57).

- Et surtout les demandes incidentes : d'abord de façon générique (art. 63) puis de manière spécifique à chaque catégorie - demande reconventionnelle (art. 64) - demande additionnelle (art. 65), et les demandes en intervention. Ces dernières sont elles-mêmes définies selon le même processus : une définition générale (art. 66) et des définitions propres à chaque espèce, intervention volontaire, principale (art. 329) et accessoire (art. 330), intervention forcée (art. 331), garantie (art. 334).

c) Quant aux défenses en justice le N.C.P.C. reprend la distinction tripartite classique :

- Défense au fond (art. 71) - exceptions de procédure (art. 73), avec une définition par énumération de l'exception de nullité des actes de procédure pour irrégularité de fond (art. 117) - fins de non recevoir (art. 122).

2° - Quatre définitions en matière de compétence

- La demeure (art. 43), mot nouveau dans la langage de la procédure et le mot de référence pour mettre en oeuvre les règles de compétence territoriale, avec une définition pour les personnes physiques (al. 1) et une pour les personnes morales (al. 2).

- Litispendance (art. 100) et connexité (art. 101).

- La définition de la matière gracieuse (art. 25), qui peut-être rattachée à la compétence dans la mesure où il s'agit de la délimitation du champ d'intervention du juge hors contentieux.

3° - Dix-sept définitions en matière de jugements et recours

a) Dix définitions relatives aux jugements :

- Jugement contradictoire (art. 467), jugement par défaut (art. 473, al. 1), jugement réputé contradictoire (art. 473, al. 2).

- Jugements avant dire droit (art. 482) auxquels on peut adjoindre la définition du jugement mixte (art. 544).

- Ordonnance de référé (art. 484) et ordonnance sur requête (art. 493).

- Jugement doté de la force de chose jugée (art. 500) (à rapprocher de l'article 480, qui comporte une définition du principal à l'al. 2).

- Jugement exécutoire (art. 501) et jugements exécutoires de droit (514, al. 3), définition par énumération indicative.

b) Sept définitions relatives aux recours

1° - Une définition générale (art. 527), qui procède par énumération mais qui sert d'introduction et de plan au titre du Code consacré aux voies de recours.

2° - Une définition de chaque voie de recours : l'appel (art. 542), l'opposition (art. 571) ; la tierce opposition (art. 582) ; le recours en révision (art. 594) et le pourvoi en cassation (art. 604). N.B. - Le législateur a renoncé à la définition des cas d'ouverture à cassation, le Conseil d'Etat ayant fait observer qu'il convenait de ne pas enfermer le contrôle de la Cour de cassation dans un cadre pré-établi qui risquerait de se révéler trop rigide.

3° - A l'intérieur de la réglementation des recours, on peut trouver une définition, par exemple, la demande nouvelle en appel (art. 565), qui est au demeurant une définition négative, le texte définissant la demande non-nouvelle.

4° - **Trois définitions-clés en matière d'arbitrage**

- La clause compromissoire (art. 1442)
- Le compromis (art. 1447)
- L'arbitrage international (art. 1492).

5° - **Quelques définitions diverses**

- Représentation et assistance en justice (411 et 412)
- Signification (art. 651, al. 2)
- Dépens (art. 697)
- Témoignage (art. 139)
- Radiation (art. 381), définition qui intervient à la suite d'une querelle sur la nature de la radiation.

II - POURQUOI CES DEFINITIONS DANS LE N.C.P.C. ?

Les éléments de réponses ne peuvent être trouvés ni dans les travaux préparatoires, non publiés, ni dans les divers exposés des motifs qui ont accompagné la publication des décrets successifs qui ont constitué le N.C.P.C. Nous disposons cependant de deux sources officieuses, très instructives, à savoir les écrits de M. le Président Parodi et ceux de M. le Doyen Cornu, qui ont tous deux participé très activement à la rédaction du N.C.P.C.

Tandis que M. Parodi insiste sur le souci politique d'accès à la justice, M. Cornu justifie le recours aux définitions légales par un souci scientifique de précision et de cohérence de la nouvelle codification.

A - SOUCI POLITIQUE D'ACCES A LA JUSTICE ET AU DROIT

Dans son opuscule, "l'esprit général et les innovations du N.C.P.C.", (préface Doyen Cornu et avant-propos Président Francon), M. Parodi tout un numéro (n° 19, p. 34 et 35) sous le titre -Le nouveau code doit être compréhensible par tous-. De là, le recours à un langage accessible à tous, avec les mots du langage courant de préférence, mais aussi, inévitablement, avec les mots techniques, les mots propres à la technique de la procédure.

"Il semble que le parti pris par les auteurs du nouveau code soit le suivant : celles de ses dispositions qui sont destinées à être lues par les justiciables eux-mêmes sont véritablement écrites dans un langage courant. Ce sont essentiellement les procédures suivies devant les juridictions où la représentation n'est pas obligatoire, c'est-à-dire celles que les plaideurs peuvent suivre eux-mêmes, qu'il s'agisse des procédures suivies devant les tribunaux d'instance, devant les tribunaux de commerce, devant les conseils de prud'hommes, devant les tribunaux paritaires de baux ruraux et enfin devant les cours d'appel, lorsque le recours au ministère d'un avoué n'est pas obligatoire. Ces différentes procédures ont été écrites de manière à ce que ceux qui voudront les diligenter eux-mêmes, comme la loi le permet, ne soient pas gênés ni arrêtés par la complexité des règles établies.

"Pour le reste des dispositions nouvelles, la clarté du langage n'a pas exclu le recours au terme technique. Mais, afin tant de favoriser la compréhension du texte que de mettre fin à certaines incertitudes, même de la part de juristes avertis (les demandes incidentes, par exemple, ne sont-elles pas souvent confondues avec les demandes sur incident...), nombreux sont les termes techniques définis par le nouveau code. Ainsi sont définis les mots "assignation", "notification", "signification", "intervention volontaire", "intervention forcée", "jugement exécutoire", "jugement passé en force de chose jugée", etc... Il en résultera pour tous, et peut-être principalement pour les praticiens et juristes, une situation beaucoup plus nette qui mettra fin à certaines controverses et facilitera la tâche de chacun.

"Il apparaît ainsi que le nouveau code de procédure civile sera un code beaucoup plus proche du justiciable que ne l'était son prédécesseur napoléonien".

Si louable soit ce souci didactique et démocratique, il ne doit pas être exagéré, car le langage du Code demeure bien complexe pour un profane ; ce souci n'a pas été le seul ni le plus déterminant. C'est en effet un souci intellectuel de cohérence et de précision qui a conduit le législateur de la nouvelle procédure civile à faire usage de la technique des définitions légales dans le Code.

B - SOUCI INTELLECTUEL DE RATIONALITE DE LA NOUVELLE PROCEDURE CIVILE

1° Exposé - Ce souci apparaît clairement dans une communication de M. le Doyen Cornu faite en 1985 à l'occasion du dixième anniversaire du nouveau Code (revue juridique et politique 1986, 3 et 4). Il faudrait ici lire l'intégralité de cette communication. Citons seulement ceci :

"Le projet a été de reforcer la procédure dans ses assises fondamentales et dans son expression formelle.

"Dans une oeuvre de codification, l'élaboration formelle prend une importance capitale. L'occasion insigne d'appliquer son effet à un corps complet de textes, l'appelle à développer au maximum les services que la forme peut rendre au fond : à rechercher la clarté et la cohérence comme un principe de codification, et dans la composition du code et dans son expression linguistique...

"La terminologie recouvre le réseau des catégories *juridiques* dont les distinctions et l'articulation font tout à la fois la cohérence de la procédure et du code : distinction de la régularité, de la recevabilité et du bien-fondé ; de la compétence et du pouvoir juridictionnel ; de la prétention, de l'allégation et de la preuve ; de la signification et de la notification (art. 651) ; etc...

"Pour établir ces liens, la codification a utilisé avec modération de façon décisive, le procédé de la définition légale (réelle). Le nouveau code en contient une trentaine (ex. art. 30, etc...).

"Les termes techniques ont été consacrés dans le sens de précision que leur donne la science fondamentale de la procédure, il a paru que la rigueur du choix en faveur du vocabulaire technique pouvait être compensée, au niveau du style par un souci de clarté et d'intelligibilité... Un parti pris de non-confusion a pris pour règle de toujours utiliser un même mot ou une même formule en un même sens, dans l'ensemble du code (par. ex., action dans le sens de droit d'agir, art. 30 ; demande dans le sens d'acte juridique par lequel s'exerce l'action, etc...) sans variations littéraires..."

Comme on peut aisément le constater, on est ici loin du désir traditionnel de vouloir, par des définitions textuelles, limiter le rôle du juge dans l'interprétation des règles (sauf exception, telle que la définition formaliste du jugement mixte, "dans le dispositif" v. art. 544).

En réalité et en revanche, pour la rédaction du nouveau Code, réellement nouveau dans la mesure où il reposait sur une refonte intellectuelle de la procédure, une nouvelle rationalisation et "verbalisation", du réel processuel, (empruntée notamment aux travaux d'Henri Motulsky et au Thémis de procédure Cornu et Foyer de 1957) même si au fond il n'y avait pas révolution en la matière, il fallait définir, dans le cadre d'une science et d'un langage repensés, sinon toutes les notions de la procédure, du moins quelques unes, ne serait-ce que pour être bien entendu par tous les justiciables peut-être, mais surtout les interprètes, juges et praticiens. En outre, il convenait de lutter contre l'obscurantisme, l'hermétisme traditionnel et légendaire du langage judiciaire. Le souci profond de "faire passer" la nouvelle procédure civile rejoignait ainsi et favorisait la politique actuelle de modernisation du langage judiciaire. Aussi le législateur, par l'intermédiaire de M. le Doyen Cornu, a-t-il introduit dans le N.C.P.C. de nombreuses définitions. Par là même, a été réouvert progressivement le dossier des définitions dans la législation, qui était quasiment clos depuis Portalis.

Pour autant si ambitieuse ait été l'intention du législateur -repenser toute la matière processuelle avec les mots anciens (et si besoin) des mots nouveaux, mais les uns et les autres précisés, et par là, donner aux destinataires du Droit, les éléments essentiels du raisonnement en la matière, tant il est vrai que le droit a besoin de définitions, d'idées claires et distinctes,- la visée scientifique de rationalité n'a pas versé dans la démesure. Le législateur N.C.P.C. ne s'est pas transformé en un Bourbaki de la procédure ni en Monsieur Teste qui, se méfiant du langage et des mots, rêvait d'une langue pure. Les définitions légales du N.C.P.C. ne sont nullement les "axiomes" de la nouvelle procédure, en ce sens qu'il n'y a pas une définition explicite et rigoureuse de toutes les notions et propositions des termes premiers utilisés pour l'énoncé des règles et dans lesquelles se trouveraient toutes les solutions à venir. Ainsi ne sont pas définis les termes de prétention, de litige, de jugement.

2° Conséquences - La perspective du législateur étant ainsi précisée quant à l'usage des définitions légales, on comprend mieux ainsi le nombre, la place et la nature des définitions du nouveau code de procédure civile.

a) Le nombre -

Une quarantaine seulement, alors que le Code comporte 1500 articles et surtout que le Nouveau Vocabulaire Juridique Capitant, le "Vocabulaire Cornu", a recensé un millier de termes de procédure. Tous les mots-pivots de la nouvelle procédure n'ont pas été définis, en particulier le mot prétention, essentiel pour la détermination de l'office du juge : la prétention englobe-t-elle seulement du fait ou bien est-elle complexe de fait et de droit ? Ce nombre modéré de définitions légales s'explique sans doute pour la considération suivante : le Codificateur fait confiance à la tradition des définitions juridiques déjà existantes et à l'imagination des interprètes pour celles qui sont en germe dans la nouvelle procédure par exemple, prétention, fait, droit, intérêt légitime.

b) La place des définitions dans le Code -

Toutes les définitions sont concentrées sauf pour l'arbitrage, dans le premier livre du Code, dont le titre est rappelons-le, "Dispositions communes à toutes les juridictions", sorte de "tronc commun processuel".

Il n'y en a ni dans le livre II du Code sur les dispositions particulières à chaque juridiction, ni dans le livre III comportant des dispositions particulières à certaines matières. Constat qui rejoint l'observation déjà faite que l'on trouve surtout des définitions dans les droits communs, dans lesquels puisent les droits particuliers.

c) La nature des définitions -

Ce sont des définitions "réelles" et non terminologiques, des définitions doctrinales et fondamentales sans être des définitions "axiomatiques". Ces définitions sont assez peu normatives en général et cohabitent harmonieusement avec, non seulement l'office souvent facultatif du juge ("Le juge peut" sans devoir...) mais encore non sans paradoxe, avec d'assez nombreuses "notions-cadre", indéterminées, éminemment flexibles et rebelles à toute définition, notamment :

- intérêt légitime (art. 31), motif légitime (art. 145), conséquences manifestement excessives (art. 524), "existences d'un différend" (art. 808), "trouble manifestement illicite" (art. 809), "délai raisonnable" (art. 540, al. 3), "évolution du litige" (555).

III - PORTEE DES DEFINITIONS LEGALES DANS LE N.C.P.C.

Les définitions légales ont, en général une double portée : tantôt rendre le droit plus précis et contraignant, tantôt rendre le droit plus cohérent. Recherchons si et dans quelle mesure les définitions légales du N.C.P.C. ont contribué à rendre le droit de la procédure civile plus contraignant et plus cohérent, en d'autres termes quelle a été d'une part la portée coercitive et d'autre part la portée intellectuelle des définitions légales du N.C.P.C.

A - PORTEE COERCITIVE DES DEFINITIONS LEGALES

1° - Une contrainte certaine

Les définitions légales sont pour le pouvoir politique un moyen d'orientation et de domination de l'activité juridique. Plus précisément, elles rendent le droit plus contraignant à l'égard des juges, lesquels, à leur tour, répercutent la contrainte des définitions légales, de force ou de gré, à *l'encontre des avocats et des justiciables*. S'il est relativement aisé, pour un juge, de préciser ou de corriger, en plus ou en moins, une définition juridique ordinaire, même jurisprudentielle, il est en revanche plus délicat et a priori impossible de réviser une définition légale, claire et précise, qui se révélerait à l'occasion d'un contentieux, trop large ou trop étroite. L'exemple de la définition légale du jugement mixte par l'article 544 N.C.P.C. illustre cet effet de contrainte rigide des définitions textuelles. Sur les difficultés d'application de cette définition légale, v. références sous art. 544 dans les Codes Litec et Dalloz.

On peut même se demander si l'effet de contrainte inhérente à toute définition légale ne se renforce pas lorsque les définitions légales sont des définitions fondamentales, car en ce cas, le juge est lié aux sources même de son raisonnement.

2° Une contrainte "douce"

Cependant, la portée contraignante des définitions légales du N.C.P.C. doit être nuancée par deux observations, du fait de la jurisprudence. On constate tout d'abord une relative indifférence de la jurisprudence à l'égard des définitions textuelles. Pour l'instant en effet, il n'y a point, dans les décisions de justice, une référence systématique, ni même privilégiée aux définitions juridiques extra-légales. Lorsqu'une juridiction a besoin d'une

définition pour trancher un point de droit, elle puise dans le fond commun des définitions juridiques sans préférer les définitions textuelles. Cette attitude judiciaire tient probablement au fait que les définitions du N.C.P.C. sont quant au fond très proches des définitions juridiques traditionnelles, le N.C.P.C. ayant généralement procédé à une mise en forme contemporaine des définitions anciennes. En outre, bien des définitions (demandes incidentes, défenses en fond par exemple) sont des définitions peu normatives.

Ainsi dès qu'une définition légale a innové, comme celle du jugement mixte ou encore, s'il s'agit d'une définition fortement normative (jugement mixte, demande nouvelle en appel), la jurisprudence applique les définitions légales, ainsi pour la notion de jugement mixte, de même pour la demande nouvelle en appel (v. en dernier lieu, Cass. civ. III, 6 nov. 1986, n° 144). Mais sur ce dernier point, la définition étant moins claire la jurisprudence retrouve son pouvoir d'interprétation.

Une seconde observation permet de relativiser la portée contraignante des définitions légales, dans la mesure où la jurisprudence s'appuie sur une définition textuelle générale pour échapper à certaines règles particulières restrictives. C'est ainsi que la définition de l'appel par l'art. 542 sert de point d'appui à la création d'un appel spécifique, l'appel en nullité, aux côtés de l'appel ordinaire, l'appel réformation, ce qui permet de corriger le système restrictif de l'appel imposé par le N.C.P.C. Pour illustration, v. Cass. civ. II, 3 juillet 1985, n° 134, p. 90, Rev. tr. dr. civ. 1986, p. 643, R. Perrot. Ce phénomène certes exceptionnel, mérite d'être surveillé avec la plus grande attention.

B - PORTEE INTELLECTUELLE DES DEFINITIONS LEGALES

Les définitions sont avec les catégories juridique un des procédés majeurs de la science du droit et du raisonnement juridique. Par leur intermédiaire, le juriste analyse et synthétise règles, institutions, jugements ou autres phénomènes ; il accède ainsi à la maîtrise intellectuelle de l'ordonnancement juridique. A cet égard, on peut certes se demander si les définitions textuelles sont aussi opérationnelles que les définitions extra-légales : les définitions jurisprudentielles ont pour elles, l'avantage d'être construites à partir du matériau concret des litiges et les définitions doctrinales sont élaborées, en toute indépendance intellectuelles, hors des contraintes et des contingences législatives.

Or, il convient de relever que les définitions textuelles du N.C.P.C. ont déjà exercé une grande influence intellectuelle,

malgré l'indifférence apparente de la doctrine dominante à l'égard de ces définitions, en dépit encore de quelques critiques (notamment la définition de l'action en justice), des difficultés d'applications, en jurisprudence, de certaines d'entre elles (jugement mixte, nullité pour irrégularité de fond par exemple).

Les définitions légales du N.C.P.C. ont en effet, selon nous, faciliter et assurer la réception du nouveau Code dans le système juridique par suite du remodelage complet du vocabulaire de la procédure. On peut même penser que ces définitions ont favorisé la réception de la nouvelle procédure civile dans la société, celle-là paraissant plus claire et compréhensible que l'ancienne procédure napoléonienne. Cette influence des définitions du N.C.P.C., qui s'est opérée discrètement en profondeur, est assurément difficile à évaluer.

A l'avenir cependant, cette portée logique des définitions du N.C.P.C. devrait mieux apparaître et se préciser, pour deux raisons particulières. Tout d'abord, en raison de la concordance des définitions concernées dans le N.C.P.C. et dans le "vocabulaire juridique" de M. le Doyen Cornu. Ce vocabulaire n'aura pas seulement pour effet de diffuser les définitions légales du N.C.P.C. mais encore, ce vocabulaire complète ces définitions légales par les définitions des autres termes de la procédure (un millier de mots approximativement) qui procèdent toutes de la même inspiration. Ce relais des définitions textuelles par un vocabulaire général est tout à fait extraordinaire dans l'histoire de notre droit. Enfin, l'influence intellectuelle des définitions du N.C.P.C. se précisera à l'occasion du renouvellement en cours des manuels et ouvrages de procédure civile. Ceux-là feront très probablement une bonne part aux définitions du N.C.P.C. pour la présentation générale de la nouvelle procédure civile. Telle nous paraît être, brièvement énoncée, la portée actuelle des définitions dans le N.C.P.C.

**OBSERVATIONS COMPARATIVES SUR LA
FORME ET LA PORTEE DES DEFINITIONS
DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ANGLAIS**

Par

Françoise GRIVART DE KERSTRAT
Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

OBSERVATIONS COMPARATIVES SUR LA FORME ET LA PORTEE DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ANGLAIS

Par

Françoise GRIVART DE KERSTRAT
Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

INTRODUCTION

Invitée à formuler quelques observations sur la question des définitions dans les textes législatifs anglais, il me faut pour commencer indiquer la portée limitée des remarques qui vont suivre ; elles ne prétendent nullement fournir des informations exhaustives sur un sujet à la fois fuyant (il n'est jamais abordé tel quel dans les traités et manuels) et pourtant central, dans la mesure où la question de l'interprétation des lois est un problème abordé dans tous les manuels, aussi bien ceux d'Introduction au Système Juridique de l'Angleterre que ceux de "*jurisprudence*" c'est-à-dire de philosophie et de théorie générale du droit ; en outre mes observations ne sont pas l'aboutissement d'un recensement systématique des définitions dans les textes législatifs anglais, mais seulement quelques réflexions comparatives qui me sont suggérées d'une part par la constatation qu'il existe dans les textes législatifs anglais de très nombreuses définitions de mots et par la lecture d'autre part des propos aussi riches que judicieux auxquels ont abouti les travaux de l'Atelier de Méthodologie, sur ce thème des définitions dans les textes législatifs.

A titre de précision terminologique je dois rappeler ici le double sens du mot "*law*" qui signifie à la fois "droit" et "loi" ; s'il est vrai que "loi" peut également être traduit par "*statute*", il n'en subsiste pas moins une ambiguïté qu'on ne peut complètement

éliminer, dès lors que l'on prétend discuter des caractéristiques de la loi ou d'un texte législatif dans le contexte anglais.

Si l'ambiguïté qui caractérise le mot "*law*" me paraît mériter d'être relevée ici c'est parce qu'il me semble refléter la difficulté, voire l'impossibilité, de transposer tel quel dans le droit anglais le sujet des définitions dans les textes législatifs ; dans le contexte anglais cette question me paraît indissociable de celle de l'interprétation, ou si l'on préfère de celle du "devenir" des définitions, comme l'examine si finement le Professeur Héron.

Je m'efforcerai donc dans un premier temps de situer la place occupée par les définitions dans les textes législatifs anglais et indiquer la façon dont leur rôle est perçu, dans ce même contexte.

Je me hasarderai, dans un second temps, à proposer quelques réflexions qui me semblent pouvoir être faites si l'on confronte le point de vue anglais du point de vue français, tel du moins qu'il ressort de certains des travaux menés dans le cadre de l'Atelier de Méthodologie.

I - LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ANGLAIS

Afin d'orienter ma recherche sur le sens et la portée des définitions dans les textes législatifs anglais dans une perspective qui soit véritablement celle du point de vue anglais, il m'a semblé utile de m'assurer du sens que la langue anglaise donne au mot "*definition*".

Si cette précaution ne m'a pas paru être superflue c'est parce que je suis habituée à constater l'existence parfois de petites nuances importantes et parfois d'écarts plus considérables, voire de fossés, entre les significations respectives d'un même mot, dans deux langues différentes. Je n'hésite donc pas à transcrire ici ce que j'ai trouvé à ce sujet dans l'Encyclopédia Britannica.

Les auteurs de cette encyclopédie nous indiquent que les définitions sont principalement de deux sortes : elles sont soit "*nominal*", soit "*real*". Si la première catégorie se subdivise en trois sous-catégories (*abbreviative*, *sementical*, *ostensive*) et définissent une "*notation*", autrement dit un mot, une phrase, une expression, la seconde catégorie définit des choses (*things*).

Je pensais, en consultant le dictionnaire juridique d'Earl Jowitt, trouver une adaptation de la classification ci-dessus au contexte juridique, mais le mot "*definition*" ne figure pas dans les rubriques de l'ouvrage d'Earl Jowitt.

En revanche, dans l'Oxford Companion, de David Walker, j'ai trouvé au mot "definition" un texte que je traduis de la manière suivante : "Les lois définissent beaucoup de termes et concepts en leur attribuant une signification plus large ou plus étroite que celle que donnerait à la phrase ou au mot le dictionnaire ou l'homme de la rue. Quelquefois les définitions ne sont d'aucun secours (notamment) lorsqu'elles indiquent que telle chose (X) est comprise, ou n'est pas comprise dans telle autre (Y). Les décisions des tribunaux, à défaut des lois, donnent, sinon des définitions nominales (*nominative*) au moins une orientation (*guidance*) qui approche la signification qu'il faut attribuer à un mot ou à un concept".

Lorsque l'on consulte les recueils de lois anglais, on s'aperçoit que la place occupée par les définitions est importante. En effet il s'avère qu'il existe presque systématiquement dans le texte même des lois une section intitulée "*interpretation*" consacrée à une liste de mots ou expressions pour lesquels il est donné une définition.

On peut citer par exemple le *Sale of Goods Act 1979*, le *Matrimonial Proceeding (Magistrate Court) Act 1960*, le *Consumer Credit Act 1974*.

Dans la première de ces lois, le S. of G. Act 1979, on trouve dans la section 61, intitulée "*interpretation*", après la formule "Dans cet Act, à moins que le contexte ou la matière l'exige" une liste composée de 19 mots ou expressions.

Dans la seconde de ces lois, le M.P. (M.C.) Act 1960, à la section 16 une rubrique "*interpretation*", qui commence avec la formule : "Dans cet Act sauf là où le contexte l'exige, les expressions suivantes ont respectivement les significations suivantes, c'est-à-dire : (...); se poursuit avec une liste de dix mots ou expressions, dont le premier "enfant (*child*)" est défini comme "étant en relation avec l'une ou les deux parties, comprend l'enfant illégitime ...".

Enfin dans la troisième de ces lois, le C.C.A. Act 1974, la section 189 intitulée "Definitions", commence avec la formule "Dans cet Act, à moins que le contexte n'implique nécessairement autre chose", se poursuit avec plus de cinq pages de texte, où est donnée une liste de 117 mots ou expressions définis, soit au moyen d'une formule plus ou moins longue, par exemple "*hire-purchase agreement*" est défini dans un paragraphe d'une dizaine de lignes), soit au moyen d'un renvoi à une section du texte de la loi.

Il ne me paraît pas utile de multiplier de tels exemples, en revanche j'ajouterai qu'en plus des définitions de mots et expressions données dans le texte même des lois, et pour servir à leur interprétation particulière, il existe d'autre part une loi

entièrement consacrée à l'interprétation des mots et expressions dans les textes de loi et qui est donc utilisable pour l'interprétation de toutes les lois. Cette loi est actuellement l'"*Interpretation Act 1978*", qui s'est substitué à l'"*Interpretation Act 1889*". On observe d'abord que dans cette loi elle-même il existe une section 21, intitulée "*interpretation*"; on observe d'autre part que le début de cette loi est précédé, comme pratiquement toutes les autres lois, par ce que l'on appelle en Anglais un "*long title*", autrement dit un titre complet, par opposition au titre abrégé (*short title*); le texte de ce "*long title*" est le suivant: "Une loi destinée à consolider l'*Interpretation Act 1889* et certains autres textes relatifs à l'interprétation et à l'application des "Actes" du Parlement et de certains autres actes, comportant des modifications rendant effectives des recommandations de la Law Commission ainsi que de la Law Commission de l'Ecosse". La signification de ce "long" titre est en quelque sorte celle qu'aurait une déclaration générale d'intention de la part du législateur. Peut-être verra-t-on une illustration plus explicite du sens du "*long title*" dans celui qui précède le Consumer Credit Act 1974 "Une loi destinée à établir un nouveau système de protection des consommateurs sous le contrôle du Directeur Général des transactions commerciales honnêtes (*Director General of Fair Trading*), relative à l'attribution de licences et autres moyens de contrôle du commerce, impliquant des engagements à crédit, la fourniture de biens en location ou en location-vente; cette loi doit remplacer les dispositions législatives régissant les opérations des prêteurs financiers, des prêteurs à gage, et des vendeurs en location-vente, ainsi que les opérations reliées à ce type de transaction".

La présentation qui précède des définitions dans les lois anglaises pour schématique qu'elle soit ne peut manquer de dérouter le juriste français; aussi m'est-il apparu nécessaire de la compléter de quelques remarques tendant à expliquer le rôle de la législation, propres à éclairer la signification de ces rubriques contenues dans les lois, consacrées à des listes de définitions de mots ou d'expression.

Je pense que ces explications doivent être recherchées dans la présentation de la question de l'interprétation des lois que font les auteurs anglais.

Je ne résiste pas néanmoins, pour commencer, à citer un court passage des développements qu'y consacre le Professeur René David (Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, 8ème éd., p. 389, n° 342) "la théorie classique voit dans la loi (lato sensu) une source secondaire du droit. La loi, selon cette théorie ne fait qu'apporter une série de *corrigenda* et *d'addenda* au corps principal du droit anglais, constitué par le droit jurisprudentiel ...

Oeuvre d'un parlement souverain, qui représente la nation, les lois méritent un total respect ; elles seront appliquées à la lettre par les juges. D'un autre côté cependant elles ne font autre chose que d'apporter des exceptions au droit commun ; conformément à l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, elles seront interprétées restrictivement. Certains exemples caractéristiques sont donnés par les auteurs de ce double principe d'interprétation littérale d'une part, restrictive d'autre part, appliqué aux lois écrites et la technique de rédaction des lois anglaises s'en est nettement ressentie". Et pour compléter cette citation que je crois déjà en elle-même suggestive pour expliquer la différence de forme entre la loi anglaise et la loi française, je donne de nouveau la parole au Professeur René David : "l'essentiel, c'est que la loi, dans la conception traditionnelle anglaise, n'est pas regardée comme un mode d'expression normal du droit. Elle est une *pièce étrangère* dans le système du droit anglais".

Pour moi, on ne peut mieux exprimer, en Français tout du moins, le paradoxe que constitue la souveraineté du Parlement anglais pour élaborer la loi d'une part, et le rôle, d'autre part, secondaire que joue cette loi comme source du droit.

S'il était nécessaire d'appuyer ou de confirmer les affirmations du Professeur David, citées ci-dessus, je trouverais aisément des dizaines de références extraites d'ouvrages très divers, souvent accompagnées des signatures les plus prestigieuses.

Je me contenterai d'en proposer trois, mais non des moindres. Je donne, pour commencer, la parole à Sir Leslie Scarman, qui fut le premier président de la *Law Commission* (Institution officielle, créée en 1965, pour faire des propositions de réforme du droit -plus précisément : des lois- et même faire des propositions de codification si possible). Dans son ouvrage intitulé "English Law, the New Dimensions" (p. 4), publié en 1974, Sir Leslie Scarman écrit ceci :

"Parliament has, at least in modern times, accepted that its legislation is stitched or patched into the general fabric of judge-made law. While legislative sovereignty -subject only to the Act of Union with Scotland and sections 2 and 3 of the European Communities Act 1972- belongs, we all know, to Parliament, its statutes are drafted with a limited purpose, which the draftman formulates in the long title of the Bill and then develops in detail by clauses designed to achieve that purpose. So it is that our statutes are complex and detailed often to the point of unintelligibility and seldom contain any broad declaration of principle" (1).

(1) "Le Parlement, au moins à l'époque contemporaine, accepte que lois soient "incrustées" ou "agencées" sur la toile de fond que constitue le droit élaboré par les tribunaux. Si chacun sait que le pouvoir de légiférer appartient souverainement au

Quant à Sir Carleton Kemp Allen, dans son illustre ouvrage intitulé "Law in the Making" (7e éd., Oxford University Press, 1964, p. 447)., il cite une décision de 1610, le *Bonham's Case*, dans laquelle le fameux Edward Coke s'exprime de la façon suivante :

" And it appears in our books, that in many cases the Common Law will controle Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void : for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, of impossible to be performed, the Common Law will control it and adjudge such Act to be void" (2).

Sans doute pensera-t-on que cette décision, datant du début du XVIIIe n'est pas forcément révélatrice des rôles respectifs du Parlement et des juges dans la création des règles de droit aujourd'hui. Pourtant le même auteur (C. K. Allen) quelques pages plus loin, dans le même ouvrage, affirme que :

"A general control of the Common Law over statute is not, however, entirely meaningless even at present time, though it certainly does not amount to a right to resist even the most Draconic statute, provided that it be clear in its intention. But there is a constant "control" exercised by the interpretation of the courts (...); and there is the dominant principle, never absent from minds of judges, that the Common Law is wider and more fundamental than statute, and that wherever possible, legislative enactment should be construed in harmony with established Common Law principles rather than in antagonism to them. A general intention is presumed in the legislature to fit new enactments into the general structure of the law and to effect no more change than the occasion strictly demands" (p. 456), et encore : " In moderne law the principle is expressed in the familiar rule that statutes "in derogation of the Common Law" are to be construed strictly ... Difficult though it may be to reconcile this with the supreme dignity of the sovereign legislature, our judges do not hesitate to

Parlement, sous réserve de l'Acte d'Union avec l'Ecosse et des articles 2 et 3 de l'Acte d'Adhésion à la Communauté Européenne de 1972, il faut noter que l'adoption d'une loi par le Parlement poursuit un objet limité, lequel est exprimé dans le "long" titre et développé dans les dispositions de détail qui permettront de mettre en oeuvre cet objet. C'est la raison pour laquelle nos lois sont complexes et détaillées, souvent au point d'en être inintelligibles ; c'est pour cela aussi qu'elles ne contiennent que rarement de large déclaration de principe".

(2) "Il apparaît à travers (la lecture) de nos recueils que la Common Law exerce, dans de nombreux cas, son contrôle sur les lois du Parlement et même parfois que les jugements font apparaître ses lois comme vides de sens ; en effet quand un Acte du Parlement est contraire au droit et à la raison, ou qu'il est inadmissible ou que son application est impossible, la Common Law, exerçant son contrôle, dira qu'un tel Acte est dépourvu de sens".

assume -to put it plainly- that they know more about the lax than Parliament" (p. 457) (3).

Le troisième et dernier auteur anglophone vers lequel je propose que l'on se tourne est W. Friedmann, auteur de plusieurs ouvrages sur le système juridique britannique et auteur en outre d'un ouvrage de théorie générale du droit dont j'extraits les quelques lignes qui suivent :

"But while the approach of English courts to statutes has on the whole changed from an attitude of hostile neutrality to one of sympathetic collaboration, this does not provide a general answer to concrete problems of statutory construction. A large majority of interpretation problems are predominantly technical. They turn on the definition of such terms as "bankruptcy" "railways", "production" or "shipping". The mischief rule is an invaluable aid to statutory interpretation, but the mischief or purpose of a statute is not always clearly apparent, or it looks different to different observers" (Legal theory, 5e éd., 1967, Stevens & Sons, p. 456) (4).

(3) "Et aujourd'hui encore il n'est pas complètement faux de dire que la Common Law exerce son contrôle sur les lois, encore que cela ne signifie pas qu'il soit possible pour les tribunaux de refuser même la plus rigoureuse des lois dans la mesure où l'intention de son objet apparaît clairement. Mais le contrôle est exercé en permanence par le biais de l'interprétation que donnent les tribunaux ; ... il y a un principe fondamental qui n'est jamais absent de l'esprit des juges : ce principe est que la Common Law est plus vaste et plus essentielle que la loi, et que dans toute la mesure du possible la loi doit être interprétée de façon à ce que son sens soit, en harmonie avec les principes établis de la Common Law, plutôt qu'en contradiction avec ces principes.

On présume généralement que l'intention du législateur est d'adopter des lois qui sont adaptées à la structure générale du droit et qui ne provoquent pas davantage de changement que ce qui est strictement nécessaire.

Dans le droit actuel ce principe s'exprime par la règle selon laquelle la loi est une dérogation de la Common Law et elle doit par conséquent être interprétée restrictivement. Bien que cela soit difficile à concilier avec le principe de la supériorité et de la souveraineté du législateur, nos juges n'hésitent pas à considérer -pour parler crûment- qu'ils connaissent eux, le droit, mieux que le Parlement !".

(4) "Même si dans l'ensemble l'attitude des tribunaux anglais envers la loi est passée d'une neutralité hostile à celle d'une collaboration compréhensive, cela ne résoud pas le problème inévitable de l'interprétation des lois. La grande majorité des problèmes d'interprétation sont essentiellement techniques. Ils résident dans la définition de mots tels que par exemple : "faillite" "chemin de fer" "production" ou "navigation". La règle dite de "mischief (défaut du droit) fournit une aide précieuse pour l'interprétation des lois, mais le défaut du droit ou bien l'objet du droit ne sont pas toujours clairement apparents ; ou encore, ils se manifestent de manière différente aux différentes personnes qui les examinent".

II - OBSERVATIONS COMPARATIVES

Le moment est venu de la comparaison.

Le projet peut sembler hardi compte tenu de ce que je viens de montrer à propos du rôle de la loi dans le système juridique de l'Angleterre, qui paraît situer ce système aux antipodes du système français. Pourtant la tentative n'est, je crois, ni impossible ni dépourvue d'intérêt étant donné que j'ai la chance de pouvoir utiliser, pour cette entreprise, les travaux déjà effectués sur le sujet, par le Professeur Gérard Cornu, les investigations de l'Atelier de Méthodologie et enfin la réflexion de comparatistes de terrain que sont les juristes du Québec.

Je me propose dans un premier temps d'emprunter à M. Cornu les éléments essentiels de son analyse, qui le conduit à opposer les définitions de type anglo-saxon aux autres, et montrer au travers des observations notamment des chercheurs québécois la nature des difficultés causées par la différence de conception du rôle de la législation.

Mais il me semble qu'ensuite un certain rapprochement des points de vue peut être tenté en se référant aux processus et aux choix de l'interprétation, tels qu'ils sont décrits par M. Héron.

M. Cornu distingue deux types principaux de définitions, opposant les définitions réelles aux définitions terminologiques. De ces dernières, M. Cornu affirme que "l'on en trouve un modèle accompli dans les législations de type anglo-saxon" (p. 83), poursuivant il indique que "c'est la définition d'un terme que l'on se propose d'employer dans un sens déterminé ..., la définition terminologique est la pièce élémentaire d'une technique cohérente dont l'emploi est systématique en certains pays ... Ce n'est qu'une explication de texte (p. 85).

Un peu plus loin M. Cornu met l'accent sur la liberté dont jouit le législateur en ce faisant :

"A l'intérieur des limites qu'il trace (pour l'application de la loi qu'il forge) le législateur jouit, dans la définition des termes de cette loi, d'une franche liberté ... Il peut restreindre ou étendre le sens du mot, relativement à la signification du mot ordinaire ... Cette liberté sublime consiste à forger un langage codé pour la lecture d'un texte ... ; il (ce langage) est écrit pour une loi" (p. 86).

Toutes les notations qui précèdent sont si pertinentes et significatives que je ne voulais pas manquer de les reprendre ici à mon compte, car je pense qu'avec bien d'autres qui sont dans le

texte de M. Cornu, elles permettent à celui qui n'est pas familiarisé avec la forme des lois anglaises, de se faire une idée assez juste de ce que sont les définitions dans les textes législatifs anglais.

Mais allons plus loin et voyons maintenant comment fonctionnent ces définitions ; autrement dit quelle est leur raison d'être, ce qu'en attend le législateur :

"Elles ont pour objet direct de déterminer le domaine d'application de (cette)loi ... Les définitions terminologiques sont des *règles d'interprétation* : des règles interprétatives préfabriquées, sorte de préinterprétation incorporée à la loi (...), le relais commode d'un terme de regroupement, simple enveloppe terminologique, procédé commode de désignation" (p. 89).

Suivant M. Cornu jusqu'à sa conclusion, on note qu'il porte une appréciation nuancée des avantages et inconvénients, des qualités et des défauts, de ce type de définition. Elles "ont parfois un caractère si limité, que dénuées de tout rayonnement en dehors du texte qu'elles accompagnent, elles ne contribuent en rien à l'élaboration de l'ordre juridique". Pourtant s'il y a lieu de déplorer l'absence de lien logique entre les différents sens d'un même mot lorsque l'on passe d'une loi à une autre et le risque créé "pour ceux qui considèrent qu'un terme est sous-tendu par un concept", le système des définitions terminologiques n'est pas sans aspects positifs, car "Dans son arbitraire même la définition des termes a immédiatement une valeur d'usage ... Fixant le sens d'un terme de façon la plus explicite, sa vocation (à l'application du texte) donne sans paradoxe, au législateur la liberté de multiplier les définitions, et de préciser dans le détail autant que l'opportunité le recommande, même les éléments secondaires. On définira dans le texte tout ce qui peut -croit-on- prêter à équivoque" (p. 91).

La dernière remarque citée de M. Cornu conduit à s'interroger sur les bienfaits effectifs d'une recherche minutieuse de précision dans le détail, donnée par le législateur grâce à l'emploi systématique des définitions terminologiques.

On est conduit naturellement à se demander si le destinataire, l'utilisateur, du texte de loi rédigé selon cette technique des définitions terminologiques, en est satisfait.

Il ne m'est pas possible ici d'apporter un large éventail de témoignages. Aussi me bornerai-je à citer deux auteurs anglais (il s'agit en fait de deux juges, sans doute les plus prestigieuses personnalités de juristes de ce siècle, en Angleterre, où, comme l'on sait, l'on ne devient juge qu'à la suite de longues années passées comme membre du barreau et couronnées par la distinction surpême que constitue le fait de se voir proposer un poste de juge) et à y ajouter quelques témoignages canadiens.

"Il existe des piles et des piles de recueils de lois (statutes) ... Quand je suis entré au barreau, en 1923, il y avait un volume de 500 pages. Actuellement, en 1978, il y a plus de trois volumes de 3 000 pages. Il n'y a pas une page qui ne soulève une discussion. Il n'y a pas une page à propos de laquelle le client ne se tourne vers vous et vous dise : "Mais qu'est-ce que cela signifie ?" Le problème réside dans notre méthode de rédaction (des lois). Le principal objectif du rédacteur est de parvenir au maximum de certitude ; cela est sans doute un objectif louable en soi. Mais dans la poursuite de ce but il perd de vue un autre objectif qui est néanmoins aussi important, à savoir la clarté. Le rédacteur (quant à lui) -ou la rédactrice- a produit la certitude ; mais ce qui est apparent, en fait, c'est l'obscurité, et parfois même l'absurdité".

Ainsi s'exprime Lord Denning (l'unique !) dès les premières pages de son ouvrage "The Discipline of Law", (p. 19), publié à Londres en 1979. Et il me serait facile de prolonger cet extrait avec bien d'autres, sortis de la même plume aussi virulente.

Mais je donnerai plutôt la parole à Sir Leslie Scarman qui s'exprimait à l'occasion de la dernière, d'une série de conférences qu'il donnait devant les étudiants de l'Université de Keele, sur la réforme du droit (*Law Reform, The new Pattern*) : "Il y a un point sur lequel j'espère que je me suis fait comprendre lors de mes précédentes conférences, c'est que pour l'avenir, les progrès qui seront réalisés par la réforme du droit devront être apportés par le développement du droit d'origine législative ... Traditionnellement le juriste anglais considère la règle législative comme un simple complément de la Common Law (...) (p. 45). Le problème que le Parlement doit surmonter en tant que guide de la réforme du droit, réside dans les difficultés que rencontrent les tribunaux -et les autres- dans l'interprétation du droit législatif ..." (p. 56).

Ce dernier témoignage sonne de manière presque pathétique, après celui de lord Denning (dont on notera qu'il est exprimé plus de 10 ans après celui de Sir Leslie Scarman), et si on le rapproche des témoignages émanant de ces observateurs privilégiés que sont les canadiens québécois.

Ainsi L.P. Pigeon, en 1978, écrit "Le style législatif anglais subordonne toute autre considération à la recherche de la précision. On s'efforce de tout dire, de tout définir, de ne rien sous-entendre, de ne jamais rien présumer de l'intelligence du lecteur" (in "rédaction et Interprétation des Lois", Québec, 1978) ; ou encore, allant dans le même sens, cette remarque de M. Sparer et W. Schwab : "On peut se demander en effet pourquoi un rédacteur de loi qui est, en principe, un être sensé et d'une

certaine érudition, prend la peine d'indiquer au justiciable, qui n'est pas toujours un demeuré, qu'un avion, un vaisseau, un moyen de transport est un moyen de transport" (in "Rédaction des Lois, Rendez-vous du Droit et de la Culture", Editeur Officiel Québec, 1980, p. 144).

Mes dernières observations trouvent un enchaînement facile, grâce à ces deux derniers auteurs que je viens de citer, et qui dans le même ouvrage, p. 145, soutiennent un point de vue intéressant à propos de la comparaison du droit civil et de la Common law : "Au fond l'unique différence entre droit civil et common law en cette matière (la construction jurisprudentielle) réside dans les points de repère adoptés par les deux systèmes. Ce constat ne manquera pas de faire dire aux défenseurs de l'un ou de l'autre de ces systèmes que ce sont tout de même des différences fondamentales. Nous ne sommes d'ailleurs pas insensibles à ce genre d'argument ; cependant, en aval des préoccupations documentaires qui tiennent lieu de prémisses à l'argumentation judiciaire, s'enclenche un processus de raisonnement qui ne varie que fort peu d'un système à l'autre. L'un et l'autre font appel à la "logique" pour la solution des litiges, c'est-à-dire que chacun recourt à "sa" logique. Car même si les processus mentaux dont se servent les magistrats anglais et français se ressemblent, les points de départ de leurs raisonnements, leurs prémisses, ne sont pas identiques. Lors d'une enquête, un juge de droit civil commence en présumant que la solution du litige est contenue dans les articles du Code. Il peut alors recourir librement à l'analogie pour la faire ressortir ... Par ailleurs le juge en common law présumera en commençant son enquête que la loi écrite déroge au droit commun (lire à ce propos la Magna Charta) et il cherchera ainsi à limiter la portée de cette loi".

Cette comparaison de MM. Sparer et Schwab me paraît être très lumineuse et conforter les idées qui me sont venues à l'esprit en lisant le rapport du Professeur Héron sur l'Interprétation et le Devenir des Définitions législatives et réglementaires (présenté au Colloque, le 12 septembre 1987).

En effet, si dans la première partie de son rapport M. Héron procède à l'analyse de l'interprétation des définitions, dans la seconde partie il pose la question du choix de l'interprétation des définitions, et il procède alors à une investigation subtile tout d'abord des limites techniques de l'interprétation des définitions et ensuite des limites métajuridiques de cette interprétation. Or il m'a semblé que bon nombre des observations qu'il présente, précisément dans la seconde partie de son rapport, ne sont pas tellement éloignées de ce que l'on pourrait dire des mécanismes

mentaux et processus mis en oeuvre par un juge anglais, interprétant la règle de droit.

Ainsi par exemple, après avoir fait ressortir que l'interprétation reposait sur deux mécanismes, celui d'abord de la compréhension des mots et des notations, celui ensuite de la création de règles, M. Héron poursuit :

"L'existence d'une définition peut contrarier les initiatives de l'interprète pour ce qui est du premier mécanisme. Encore ne faut-il pas exagérer l'importance de la restriction apportée à ses pouvoirs. La définition d'un mot ou d'une notation empêche le juge d'en apporter une autre, mais la définition elle-même repose sur des mots et des concepts que la loi n'a pas définis et il appartient à l'interprète de les définir, ce qu'il peut faire en toute liberté. Supposons même que le législateur définisse les termes de la définition. Il ne peut pas, si j'ose dire, définir indéfiniment. A un moment ou à un autre, il cessera de définir, et à ce moment-là le juge retrouvera sa liberté d'interprète" (p. 13; n° 23).

Et un peu plus loin :

"Je vous ai montré un interprète tout puissant, s'attaquant à la règle posée par le législateur, ne respectant rien, libre de toute contrainte logique ou rationnelle, et faisant en somme ce que bon lui semble (...) Je n'ai pas cherché à étudier l'interprétation des définitions d'un point de vue sociologique et statistique, mais à procéder à l'analyse structurale de cette matière. Cela m'a conduit à montrer que l'interprète ne rencontrait qu'une seule limite technique à ses pouvoirs et que cette limite était d'une faible portée pratique. mais je n'ai jamais soutenu que l'interprète usait ou abusait habituellement de ses prérogatives. L'expérience montre ..." (pp. 14 et 15, n° 25).

Ce que je trouve tellement éclairant dans l'analyse et le raisonnement de M. Héron, c'est qu'il ne craint pas de démythifier l'idée largement répandue que le juge serait en quelque sorte emprisonné dans les limites étroites que constituerait le texte de loi, et que ses limites seraient d'autant plus étroites que les textes de lois seraient plus nombreux. Or la thèse qu'il avance me paraît expliquer assez bien pourquoi aujourd'hui, en Angleterre, alors que les textes législatifs sont plus nombreux et volumineux qu'ils n'ont jamais été, et encore davantage qu'ils ne le sont en France, le juge anglais n'a rien perdu de sa liberté pour créer la règle de droit. Et ceci d'autant moins qu'il a, depuis des siècles, pris l'habitude d'utiliser la technique des "distinctions" (*distinguishing*), grâce à laquelle il parvient assez facilement à contourner l'obstacle d'une règle (tirée d'un précédent) qui l'empêcherait de rendre la décision qu'il estime être à la fois la plus juste et la plus respectueuse du droit ; de quel "Droit" ? En principe celui constitué par l'addition des

règles de la Common Law et de l'Equity, soupoudrée de "*statute law*". Alors quel rôle effectif, quelle efficacité peuvent avoir les définitions terminologiques contenues dans les *statutes* ? Autant, mais pas davantage, que les balises relativement espacées, et fixées de façon assez souple pour être écartées chaque fois que l'utilisateur, suffisamment habile, le juge nécessaire.

**DEFINIR LES DEFINITIONS JURIDIQUES
ou définir le droit ?**

Par

Christian ATIAS

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

DEFINIR LES DEFINITIONS JURIDIQUES

ou définir le droit ?

Par

Christian ATIAS (*)

*Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

1. - **La définition au coeur de la pensée juridique.** Définir, maîtriser le langage, dompter la réalité en l'enfermant dans une seule phrase qui reste en mémoire, mettre un mot docile à la place de la chose toujours quelque peu rétive, le rêve est tenace ; et les juristes s'y abandonnent volontiers ! Quitte à vouloir classer les théoriciens du droit en deux catégories, il serait possible d'opposer, aux partisans de "l'observation ordinaire", les adeptes d'une politique juridique scientifique (1) ; leur confiance dans les "définitions claires" caractériserait ces derniers (2). Il est bien vrai que, par leur façon d'interroger les mots, les juristes se distinguent : l'un y recherche des décisions et s'arrête aux oeuvres d'un pouvoir, tandis que l'autre s'inquiète des raisons. Le droit de

(*) La majeure partie des recherches dont le lecteur trouvera ici un premier compte-rendu a été poursuivie en 1986-87, alors que l'auteur avait le grand privilège de travailler, en qualité de Boulton Senior Fellow, à la Faculté de Droit de l'Université McGill. Qu'il soit permis de dire ici tout le profit retiré d'une telle expérience ! L'auteur tient à témoigner sa très profonde reconnaissance à l'Université McGill et à la Fondation Boulton, pour leur appui et pour les conditions de travail exceptionnelles dont il a bénéficié, à Monsieur le Doyen Roderick Macdonald pour son chaleureux accueil, pour son aide et pour ses conseils judicieux et éclairés, à ses collègues pour leur patience et pour leurs excellentes suggestions, ainsi qu'aux étudiants pour leur intérêt et pour leurs critiques.

(1) B.A. Ackerman, Private Property and the Constitution, New Haven, Yale University Press, 1977, p. 10 et s. et passim. Il faut relever le rattachement, habituel depuis Gény, mais évidemment condamné par Kelsen, de la politique juridique à la science du droit. Comparer, pour une autre classification des juristes, G. Fletcher, "Two Modes of Legal Thought", Yale Law Journal, vol. 90, 1981, p. 970, et notamment 974-985.

(2) B.A. Ackerman, op. cit., p. 10.

l'un ne peut être le droit de l'autre. Ainsi, les définitions sont-elles au coeur de la pensée juridique. Les difficultés dites techniques, rencontrées dans la détermination de la solution applicable à une situation donnée, portent souvent sur le sens de tel ou tel terme, sur sa signification traditionnelle ou sur celle qui paraît résulter d'une loi particulière. C'est pour obtenir une définition plus précise d'un mot déjà en usage que la pratique réclame, par exemple, une réforme législative. De même, les controverses les plus générales peuvent être des querelles de définitions ; ce sont leurs incertitudes qui occupent le centre du débat. Nul ne s'étonne d'entendre critiquer une thèse pour s'être contentée de substituer des définitions à toutes les propositions couramment avancées dans les raisonnements juridiques (3).

Deux souvenirs pèsent lourdement sur le destin des définitions juridiques. Leur influence est d'autant plus grande qu'ils appartiennent au fonds commun des connaissances transmises aux étudiants en droit dès leurs premières années d'études. Le premier vient du *Digeste*. Qui n'a entendu citer : "*Omnis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti potest*" (4). En alertant ainsi les civilistes à venir sur les dangers des définitions juridiques, Javolenus ne se complaisait pas dans les banalités faciles. Il apportait sa contribution au combat contre l'influence excessive de certaines définitions, contre les carcans qu'elles tendent à devenir. Il est notable que seule la première partie de la citation soit généralement connue et citée ; beaucoup de juristes préfèrent demeurer discrets sur l'art de subvertir le langage. Dans ces prises de position sur les définitions juridiques -celle de Javolenus et celle de ses utilisateurs d'aujourd'hui-, ce sont déjà deux conceptions du droit qui transparaissent ; Le deuxième épisode historique est lié à la préparation du Code civil de 1804. La discussion fut vive aussi bien sur l'opportunité du maintien d'un titre préliminaire qui définissait notamment le droit naturel et d'autres notions fort larges, que sur des dispositions plus particulières. Les adversaires des définitions législatives reprirent plusieurs fois la même argumentation et ne se firent pas faute d'invoquer l'autorité de Javolenus. Selon eux, il fallait éviter "l'inconvénient... de mêler ensemble la science et la législation, les définitions et les dispositions, l'instruction et la volonté" (5). C'est la nature-même

(3) A.A. Leff, "Economic Analysis of Law : Some Realisme About Nominalism", *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, p. 459 : pour un exemple entre bien d'autres.

(4) Th. Mommsen et P. Krueger, *The Digest of Justinian*, avec traduction anglaise par A. Watson, vol. IV, University of Pennsylvania Press, 1985, Philadelphie, p. 969 : Javolenus, Livre 11, L. 202.

(5) Andrieux, discours au Corps Législatif, in Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, t. 1, VII, p. 424-425 ; adde, op. cit., VIII, p. 448-449, n° 9. Il est notable que la même crainte

de la loi qui fut mise en avant : "Les définitions sont inutiles, puisqu'elles ne sont pas des dispositions dans la loi" (6). La résistance des rédacteurs fût opiniâtre. Portalis, en particulier, usa de l'arme favorite des juristes ; il distingua : "Les définitions générales ne contiennent, pour la plupart, que des expressions vagues et abstraites, dont la notion est souvent plus difficile à fixer que celle de la chose même que l'on définit" (7). L'argument condamnait, par exemple, la tentative de définition légale du droit. En revanche, "s'il est des définitions dont le législateur doit se rendre l'arbitre, ce sont celles qui appartiennent à cette partie muable et positive du droit, qui est tout entière sous la dépendance du législateur même" (8). Soutenant cette thèse, Portalis ne prétendait pas à la neutralité philosophique ; c'est au nom d'une conception particulière du droit qu'il défendait le pouvoir législatif de donner des définitions. En certaines hypothèses, la loi peut et doit définir parce que "les lois sont des volontés" (9) et parce qu'elles ont une fonction pédagogique : "rien n'est plus favorable que cette sorte d'instruction légale, qui éclaire et commande tout à la fois, et qui rassure la société contre les fluctuations de la science" (10). Dès 1804, la question des définitions juridiques se trouvait ainsi posée dans ses véritables termes : elle ne peut être résolue sans prendre parti sur les rapports entre le droit et le savoir juridique.

2. - **La définition au coeur de la pensée philosophique.** "Si les philosophes se sont tant occupés de la théorie de la définition, c'est principalement en vue des idées dans la conception desquelles la raison fait usage de la puissance qu'elle a de généraliser, d'abstraire, d'associer, de dissocier et d'élaborer diversement les matériaux que la sensation lui fournit" (11). En présentant ainsi la question, Cournot n'exagérait pas l'importance de ce thème ; il serait possible de présenter un tableau résumé

des définitions se retrouve en Common Law : voir les lettres de Pollock à Holmes in C.H.S. Fifoot, Judge and Jurist in the Reign of Victoria, Londres, Stevens and sons Ltd, 1959, p. 110.

(6) Regnaud, intervention consignée in P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827, t. XII, p. 261-262 : séance du 7 pluviôse an XI. Adde, op. cit., p. 263 : les interventions de Galli et de Bérenger dans le même sens.

(7) P.-A. Fenet, op. cit., t. VI, p. 43 : séance du 3 frimaire an X (présentation du projet au Corps législatif).

(8) P.-A. Fenet, *ibidem*.

(9) P.-A. Fenet, op. cit., t. VI, p. 43 et t. XII, p. 263 : la formule fut employée, à plusieurs reprises, par Portalis.

(10) Loqué, op. cit., t. 1, p. 463, n. 10. P.-A. Fenet, op. cit., t. XII, p. 263 (interventions de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu).

(11) A.A. Cournot, Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique, 1851, nouvelle édition, Paris, Hachette, 1912, n. 222, p. 338 ; il est révélateur que cette réflexion générale précédait, chez cet auteur, la présentation d'une théorie du droit, voir op. cit., p. 400 et s.

d'histoire épistémologique centré sur le thème de la définition. Certains voudraient y voir un instrument d'une parfaite neutralité, un outil à tout faire. Le choix d'une définition, et plus encore celui d'une conception de la définition, est pourtant déterminant. Il engage dans une certaine voie ; il favorise certaines constatations et découvertes et en interdit d'autres. Il n'est certainement pas indifférent de regarder la définition comme une part minime de la recherche logique ou de la placer au coeur de tout le système de connaissance (12). Dans les deux cas, c'est l'ensemble des relations du réel et du savoir qui s'en trouveront affectées. Parce qu'elle est l'une des pièces d'un mécanisme intellectuel de grande ampleur et de grande complexité, la définition ne peut être envisagée isolément. Un dictionnaire est toujours le reflet d'une conception du savoir, du réel et du rationnel. Łukasiewicz y insistait : "aucun système déductif ne peut s'appuyer sur des définitions comme fondements ultimes. Chaque définition suppose quelques termes primitifs grâce auxquels d'autres termes peuvent être définis ; mais le sens des termes primitifs doit être expliqué par des exemples, des axiomes ou des règles, fondés sur l'expérience" (13). C'était reconnaître que la définition ne peut être extraite du corps de connaissances complexes auquel elle appartient ; il est notable que le déductivisme juridique s'accompagne d'une sacralisation de la définition et tente d'éliminer le recours aux "termes primitifs".

Adopter une définition de la définition, c'est inévitablement choisir son camp. Si elle devient un *a priori* et cesse d'être "une traduction discursive de l'intuition" (14), elle risque fort d'empêcher tout retour au réel. Le but de la définition doit être de "faire connaître la chose... par l'indication de son genre et de ses différences" (15) et de donner une "formule de l'essence" (16), ou bien elle se sépare inexorablement du réalisme traditionnel, c'est-à-dire de l'épistémologie aristotélicienne. Les philosophes modernes du langage, d'un langage devenu le but et le bout de toute connaissance humaine, ne s'y sont pas trompés : ils ont redéfini la définition pour lui donner un rôle dans ces jeux de langage qui finissent par interdire toute référence au réel

(12) A.F. Bentley et J. Dewey, "Définition", The Journal of Philosophy, vol. 44, 1947, p. 287.

(13) J. Łukasiewicz, Aristotle Syllogistic from the Standpoint of Modern Formal Logic, 1ère éd., 1950, 2ème éd., 1957, Oxford, Clarendon Press, p. 206. Comparer W.A. de Pater S.J.C., Les topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne. La méthodologie de la définition, Ed. Saint Paul, Fribourg, Suisse, 1965, coll. Etudes Thomistiques, vol. X, p. 182, et la référence à Aristote, Métaphysique, A9, 992b, 30-33. Adde de Pater, op. cit., p. 212.

(14) W.A. de Pater, op. cit., p. 232.

(15) W.A. de Pater, op. cit., p. 208 et 169.

(16) W.A. de Pater, op. cit., p. 169, 214.

(17). Qui pourrait être assuré aujourd'hui d'être indemne de toute influence de cette sorte ? Dans nos définitions qui rassemblent, en un condensé saisissant, nos convictions profondes sur les rapports entre la réalité et la raison, quelque chose de l'irréalisme contemporain se retrouve certainement.

3. - **La leçon des définitions juridiques.** Les théoriciens du droit qui réfléchissent à la nature des définitions dans leur domaine (18), s'inspirent inévitablement de ces positions philosophiques. Qu'ils s'y réfèrent explicitement ou non, ils en retiennent quelques postulats, quelques propositions, quelques tendances. Maître du choix de leurs sources, ils le sont moins de leurs souvenirs et de leurs inclinations ; lors même qu'ils croient se rallier à une philosophie, ils ne peuvent être sûrs de se libérer tout à fait des autres. Il ne suffit pas -chacun le sait- qu'une analyse soit nourrie de maintes illustrations puisées dans la technique juridique, pour qu'elle échappe à tout présupposé venu de bien plus loin, de la formation reçue et acquise, des expériences personnelles notamment. Le théoricien qui reprend des distinctions usuellement opérées dans la diversité des définitions, ne décrit pas seulement ; il a conscience d'employer un outil qui n'est pas neutre. En comparant des catégories de définitions législatives, de formules envisagées dans les termes choisis par les rédacteurs, il saisit une réalité ; il porte son attention sur des mots, sur des expressions, supposés dotés d'une force propre et d'une signification originaire supérieure à toute interprétation ultérieure ; l'observateur aurait vu autre chose sans doute s'il s'était interrogé sur l'acte de définir, sur la chaîne des définitions enchevêtrées que le législateur, le juge, l'avocat, le notaire, l'huissier, les particuliers et le professeur composent dans leur travail quotidien.

Toute théorie des définitions juridiques dépend d'une théorie de la connaissance d'une part, d'une théorie du droit, ainsi que du langage et du savoir juridiques d'autre part. En particulier, elle met en cause les rapports du pouvoir -pouvoir de construire le droit ou certaines de ses composantes, pouvoir de construire un langage- et du savoir -savoir-reflet, savoir-écran, savoir-pouvoir-. A cette théorie, il est impossible de demander seulement ce que sont les définitions juridiques ; dans sa réponse, c'est la nature du droit qui transparaît. Elle apprend autant sur la

(17) R.L. Arrington, "Mechanism and Calculus" : Wittgenstein on Augustine's Theory of Ostension", in C.G. Luckhardt, Wittgenstein. Sources and Perspectives, Cornell University Press, Ithaca (N.-Y.), 1979, p. 328.

(18) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1985, coll. Méthodes du droit, n. 182 et s., p. 210 et s. et les références citées. G. Cornu, "Les définitions dans la loi", Mélanges J. Vincent, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et s. J.-L. Souriaux, Introduction au droit, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1987, n. 44, p. 47.

détermination des concepts et catégories juridiques que sur les pièges du rationalisme et du volontarisme. Dans une vision intemporelle où le droit est le produit immédiatement achevé d'une manifestation de volonté institutionnelle ponctuelle, d'une décision unique et irremplaçable, la définition ne peut qu'être un résultat, cette formule mise à la disposition d'exécutants disciplinés. Si le droit s'inscrit dans la durée et se constitue spontanément au gré des relations complexes qui s'établissent entre des décisions générales et particulières, des réactions individuelles et la nature humaine placée dans des circonstances sans cesse changeantes, la définition est un acte, un ensemble d'actes, un développement continu dont aucune étape ne peut être excessivement privilégiée.

I - LA DEFINITION JURIDIQUE COMME RESULTAT

4. - **L'extrême diversité des définitions.** La philosophie et la logique conjuguent leurs efforts depuis des siècles pour tenter d'établir une typologie des définitions. Le tableau qui en est résulté est d'une impressionnante richesse. Ainsi se rencontrent, chez les principaux auteurs, des définitions réelles et nominales, extensives et ostensives, analytiques et synthétiques, équationnelles et descriptives, opérationnelles et génétiques, des définitions en usage, des définitions dénotatives et connotatives, des définitions implicites, des définitions de co-ordination, des définitions persuasives, successives et descriptives (19). Aristote y ajoutait déjà quelques nuances supplémentaires en se référant implicitement, par exemple, à des définitions métaphysiques et par la cause (20).

Les juristes ont pu puiser à loisir dans cet ensemble. Ils ont généralement mis l'accent sur la distinction des définitions réelles et terminologiques (21) ; cette attitude, à soi seule, mérite réflexion. Face à la multitude des distinctions disponibles, le choix de deux catégories, seraient-elles principales, n'est pas indifférent.

(19) R. Robinson, *Définition*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 7.

(20) W.A. de Pater, *op. cit.*, p. 227.

(21) G. Cornu, *op. cit.* et J.-L. Bergel, *op. cit.* Comparer S.J. Stoljar, "The Logical Status of a Legal Principle", *University of Chicago Law Review*, vol. 20, 1953, p. 181, 197.

5. - **Distinctions des définitions par leur objet.** La distinction des définitions de choses et des définitions de mots est classique. Elle continue pourtant de rivaliser avec d'autres. Les nuances ne sont pas toujours d'ordre terminologique. Plusieurs auteurs (22) mettent l'accent sur les définitions conceptuelles, sur les définitions d'idées pour les opposer aux définitions de mots ; c'est déjà situer autrement la réalité, le langage et la pensée dans leurs rapports respectifs. Tous observent que la décision de définir tel mot plutôt que tel autre, telle chose de préférence à une autre, cette idée et non celle-là, est déterminante. Le législateur qui définit le droit ou la justice (23) poursuit un but différent de celui qui définit un contrat, la propriété, voire l'architecture. A dire le vrai, le jeu des définitions est interminable s'il ne s'achève pas en quelques termes primitifs consacrés par l'usage et éclairés par l'expérience. Par conséquent, une définition ne peut être étudiée seulement en elle-même et pour elle-même. Ce sont les relations entre les différentes définitions qui importent ; elles composent un ensemble complexe dont aucun législateur, aucun juge, aucun théoricien ne peut se rendre maître. Lorsqu'il croit changer une définition, il déplace seulement une des pièces disponibles ; il l'emprunte peut-être pour un nouvel usage, mais laisse ensuite se reconstituer l'ensemble. Les passages d'un genre de définitions à l'autre sont fréquents : "il y a des définitions qui, n'étant primitivement que des définitions de mots, ont la vertu de conduire à des définitions d'idées" (24). Ainsi cette brève expression attentivement ciselée pour tenter d'éliminer toutes les ambiguïtés reprend vite sa liberté ; elle dit plus qu'elle ne détermine. Elle échappe à son auteur et emporte avec elle des présupposés apparemment étrangers à la distinction des genres et des espèces (25).

6. - **Distinctions par le domaine (ou par la fonction).** Les définitions les moins inquiétantes paraissent être celles dont les ambitions sont limitées. Le législateur précisant que la signification donnée à un mot vaut seulement pour l'application d'une loi, pour les besoins de sa mise en oeuvre, paraît interdire ainsi toute interprétation extensive ; sa définition n'ira pas influencer des raisonnements élaborés dans d'autres domaines.

(22) A.A. Cournot, op. cit., n. 229 et s., p. 348 et s. H.H. Dubs, "Definition and Its Problems", Philosophical Review, vol. LII, 1943, p. 566.

(23) J.W. Miller, The Definition of the Thing, W.W. Norton and Cy, New-York, 1980, p. 38 et s. : cet auteur insiste sur la différence entre les définitions scientifiques, soumises à la loi du tout ou rien - le principe de non-contradiction ou d'identité-, et les définitions philosophiques.

(24) A.A. Cournot, op. cit., n. 231, p. 351.

(25) S.J. Stoljar, op. cit., p. 199 : pour la critique des définitions réelles qui renvoient nécessairement à la métaphysique. F. Ravaisson, Essai sur la métaphysique d'Aristote, t. 1, Paris, 1837, p. 518.

L'utilité des définitions conventionnelles et stipulatives est reconnue pour réduire les risques d'incertitude (26). Et pourtant, leur signification ne se borne pas à l'objectif poursuivi par leur auteur ; elles ont aussi une portée d'une autre nature. Elles incitent à tel rapprochement et dissuadent de procéder à telle ou telle analogie ; elles préparent une conclusion et en éliminent d'autres. "La dimension émotionnelle du sens n'est pas susceptible d'être redéfinie par stipulation ; c'est seulement la dimension descriptive qui l'est" (27). D'où la nécessité de distinguer le sens conceptuel et le sens émotionnel (28) ! La terminologie n'est pas un objet isolé dans un monde segmentaire ; elle est un véhicule dont les déplacements intéressent tout ce qui s'y rattache et tous les espaces traversés. La réalité désignée ou évoquée est toujours présente et rappelle à l'ordre ceux qui prétendaient jouer seulement avec des mots ou avec des idées.

7. - **Distinctions par l'origine.** Des circonstances historiques superbement décrites (29) suffiraient à expliquer l'attention toute particulière portée aux définitions législatives. Pourtant, les auteurs de définitions juridiques sont légion. Les conventions internationales, par exemple, usent volontiers des définitions (30) ; l'espoir est d'éviter les difficultés inhérentes à la traduction. Les juges également définissent et la Cour de cassation, en particulier, ne dédaignent pas ces formules promises au plus bel avenir : "la grève a pour objet de faire aboutir des revendications professionnelles que l'employeur a refusé de satisfaire" (31). La doctrine également s'adonne à ce genre littéraire périlleux, mais glorieux. Chacun a parfaitement conscience des limites de son pouvoir. Les rédacteurs de dispositions légales, de stipulations conventionnelles internationales ou non, de jugements ou d'arrêts, comme les théoriciens, savent bien que la réalité juridique est beaucoup trop complexe pour se laisser enfermer dans quelque formule générale. La définition peut faciliter la présentation des *Institutes* et soutenir la mémoire ; elle demande à être complétée par des principes et des règles, par l'exposé des difficultés, par l'argumentation sur des *quaestiones*.

Il y a plus ! Aucune définition, même si elle était dotée d'une valeur constitutionnelle, ne peut être comprise isolément.

(26) S.J. Stoljar, *op. cit.*, p. 200 et note 75.

(27) R. Robinson, *op. cit.*, p. 77.

(28) C.L. Stevenson, "Persuasive Definitions", *Mind*, vol. 47, 1938 (Nouvelle série), p. 331.

(29) G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil, Paris, Les Cours de Droit, Cours de D.E.S., 1970-71, p. 173.

(30) Voir, pour un exemple récent, D. n. 87-248 du 3 avril 1987 portant publication du Code européen de sécurité sociale, D.S. 1987, L., p. 181, art. 1er.

(31) Cass. soc. 6 novembre 1985, D.S. 1986, inf. rap., p. 388, obs. J. Goineau.

Le pouvoir de définir ne peut être attribué à une unique autorité qui l'épuiserait d'un coup en l'exerçant. Toute mise en oeuvre d'une définition est, en quelque sorte, une nouvelle définition corrélative, incidente, mais aussi indépendante. Le juge qui se réfère à une définition législative pour appliquer une solution donnée à une espèce particulière, ne peut se contenter d'appliquer cette définition ; il lui faut, dans chaque cas, la réinventer, la redécouvrir, la repenser et lui conférer une nouvelle signification. Et les juges qui lui succéderont et s'inspireront de son raisonnement, auront déjà une autre définition sous les yeux. Ce même travail est effectué par le théoricien qui s'efforce d'expliquer une définition légale ; il la charge nécessairement de ses préoccupations, de ses expériences propres. Son étudiant, devenu juge par exemple, n'aura pas seulement en tête les quelques mots contenus dans la disposition légale ; il s'inspirera aussi des multiples "termes primitifs", des exemples, des remarques, utilisés dans cette leçon qui lui avait paru si simple parce qu'elle commentait seulement une définition légale ! Ainsi la définition livrée par le législateur est seulement un maillon dans la chaîne des formulations dégagées par la tradition, reprises par les auteurs et enrichies par tous ceux qui ont à exposer et à appliquer le droit.

8. - **Distinctions par le caractère.** C'est un lieu commun : les règles de droit sont plus ou moins précises, plus ou moins rigides (32). Les définitions qu'elles comportent ou impliquent leur empruntent ce caractère. Quel que soit l'objet défini, il y a maintes façons de le cerner, de le préciser. Il faut opposer, par exemple, la définition de l'immeuble en copropriété (33) à celle du consommateur (34). Deux présentations de cette distinction des définitions juridiques en fonction de leur portée peuvent être proposées. La première consiste à déterminer deux catégories nettement délimitées, celle des définitions souples et celle des définitions rigides. Refermer ainsi chacun des deux types sur lui-même donne le moyen de sauver le pouvoir législatif. S'il y a des définitions qui laissent aux interprètes la plus large liberté d'appréciation, c'est que le législateur le veut bien. Il lui appartient d'adopter un genre ou l'autre ; et seul compte son choix initial. Seul le détenteur du pouvoir institutionnel peut ménager, au sein de son oeuvre, des lacunes (35). La deuxième présentation insiste sur la variété des degrés de précision et de

(32) J.-L. Bergel, *op. cit.*, n. 185, p. 213.

(33) Voir article 1er, alinéa 1er de la loi n. 65-557 du 10 juillet 1965.

(34) G. Paisant, "De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986)", *D.S.* 1986, Chr. L, p. 299, n. 6 et note 22.

(35) G. Cornu, *L'apport des réformes récentes...*, précité, p. 187 et s.

rigidité des règles ; elles ne peuvent être classées en deux catégories, mais sont à ranger en une gradation insensible. C'est ce qui explique que le législateur ne puisse maîtriser les définitions formulées ou supposées dans la loi ; son choix est voué à de constantes révisions. Un mot qui paraissait précis -la vente "est parfaite entre les parties", dispose l'article 1583 du Code civil- peut être chargé des scories de maintes discussions anciennes, propres au droit ou non ; sa signification peut être influencée par les conceptions les plus diverses. Entendons qu'il peut devenir plus rigide ou plus souple, indépendamment de la décision initiale du titulaire du pouvoir normatif (36). La définition juridique ne peut être envisagée comme un résultat définitivement atteint au sortir de la décision institutionnelle, comme un produit fini que sa mise en oeuvre respecterait dans sa pureté originelle.

9. - **Présupposés d'une typologie binaire.** Le risque inhérent à une classification des définitions juridiques en deux catégories seulement est important. Investir le législateur de la mission et du pouvoir d'adopter l'un des deux types disponibles conduit à confondre loi et droit (37). Pour qu'il suffise de distinguer les définitions réelles et les définitions terminologiques, il faut que la position adoptée par le législateur quant à la solution préférable soit, en elle-même, l'expression du droit. La formule légale prend tout son poids si un pouvoir incomparable, d'une essence sans pareille, peut être attribué à une autorité déterminée et si cette attribution est exclusive de tout concours. Alors les mots employés par le législateur peuvent être dotés d'une réalité propre, d'une puissance éminente et la phase législative apparaît, dans la genèse du droit, comme l'unique étape fondatrice.

Plus précisément, la définition juridique devient une entité distincte, susceptible d'une classification tranchée en deux catégories seulement, à condition de privilégier doublement le pouvoir législatif. En premier lieu, la typologie binaire, en mettant l'accent sur la netteté des choix opérés par le législateur, contribue à présenter les dispositions légales comme les produits tout à fait particuliers d'une décision définitive ; à ce titre, elles seraient pourvues d'un sens originaire auquel toute interprétation légitime devrait revenir, d'un sens pur, d'un sens vrai. Toute application de la loi supposerait un mouvement régressif vers

(36) Voir Epistémologie juridique, Paris, P.U.F., 1985, Coll. Droit fondamental, n. 71, p. 130.

(37) Voir, sur ce thème, le Vème Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, mai 1985, Droit et loi, La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Des publications du Centre de Philosophie du Droit. Comparer G. Cornu, op. cit., p. 186.

l'intention initiale du législateur (38). La *ratio legis* serait la seule expression pertinente de la *ratio juris*. En second lieu, elle en serait l'expression isolée, se suffisant à elle-même. Une définition juridique pourrait être étudiée en elle-même indépendamment des multiples règles dont elle permet l'application, qu'elle complète et auxquelles elle donne sens. Parce que la disposition contenant la définition a fait l'objet d'un vote distinct, d'une décision particulière, elle revêt une signification propre ; elle peut être comprise et interprétée comme un élément autonome. Le résultat d'une telle présentation est, à l'évidence, d'accroître encore la liberté du législateur qui semble retrouver, à chacune de ses interventions, un pouvoir neuf ; il aurait à créer du droit dans le vide absolu, sans qu'aucune tradition, sans qu'aucune décision antérieure, sans qu'aucune réalité ne vienne lui imposer quelque contrainte que ce soit.

II - LA DEFINITION JURIDIQUE COMME ACTE

10 - **Nature des définitions juridiques et du droit.** Pour qui admet que le droit est avant tout justification généralisable, raisonnement toujours interrompu et toujours à reprendre sur des arguments en nombre indéfini, la place du pouvoir législatif ne peut qu'être réduite. Il lui incombe de fournir des arguments à ceux qui recherchent le juste, de les guider à l'aide de repères dont la généralité et l'abstraction sont, par nature, exclusives de toute précision. Dans une telle conception, la part du raisonnement dans le droit ne saurait dépendre du bon vouloir du législateur. Il n'est pas en mesure de choisir des modes d'expression qui l'évitent ; il n'est pas à même de décider sur quoi les juristes chargés de l'application de la règle raisonneront et sur quoi ils se contenteront de le suivre à la lettre (39).

Les raisons qui expliquent pourquoi, à certains moments, les définitions législatives deviennent plus nombreuses, sont alors claires. Une telle mode est liée au double recul de l'idée du droit commun et de la préoccupation normative. Il y a une idéologie du droit commun ; elle fut celle des rédacteurs du Code civil de 1804. Sa caractéristique majeure est d'être liée à la prudence du législateur ; il ne cherche pas à construire le droit, mais à le déclarer. En 1804, il hésita sur ce qu'il y avait lieu de déclarer et, le temps passant, l'incertitude ne fit que croître sur ce point. Selon les époques, il s'efforce de décrire la nature humaine placée dans certaines circonstances déterminées ou bien les usages de la

(38) Fr. Ost et M. van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987, p. 100 et 355 et s. et infra note 45.

(39) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", précité, n. 34, p. 91.

majorité de la population ou bien les usages d'une partie de cette population, considérée par lui et par bien d'autres comme un modèle à suivre, ou bien encore les règles précédemment dégagées par les tribunaux. Durant la préparation du Code civil, la référence au droit commun fut fréquente et l'article 1393 en porte encore la trace dans son deuxième alinéa. La déclaration du droit n'invite guère à la définition ; au moins, la déclaration du droit commun exclut-elle la prolifération de définitions portant sur des notions étroites ! Ce recours généralisé aux définitions légales révèle aussi, en certains cas, une confusion des genres qui estompe les contours de la norme proprement dite. Le législateur qui définit tend à mêler progressivement la recherche du juste à laquelle il a mission de contribuer activement et l'organisation toute provisoire de la cité, de la société, de la famille, de l'économie et des loisirs. Il se préoccupe moins de préparer des jugements, de guider ceux qui ont à les porter, que de décider, de donner une existence juridique, de poser et de disposer. Le législateur qui définit croit en son pouvoir souverain de déterminer le degré de certitude à atteindre (40). Il n'est plus loin de croire en la toute-puissance d'un langage qui se substituerait à la réalité, en qui toute réalité s'épuiserait et qui seul, finalement, importerait. Il a la conviction profonde d'être maître du droit et de pouvoir assigner aux juges et aux juristes des missions qu'il déterminerait librement et précisément.

L'expérience a pourtant montré l'inanité de ces rêves volontaristes. La réalité n'attend pas le bon vouloir du législateur pour exister ; elle est *la* "limite à son pouvoir" (41), celle avec laquelle il ne peut jouer impunément, celle qui toujours s'impose à lui et l'emporte sur ses éventuelles erreurs. Si les auteurs des lois ont le choix des mots, ils n'ont pas celui des armes, car les peuples ont toujours su se faire justice des mauvaises lois ; Portalis le disait déjà ! Quelle que soit la formulation du droit adoptée, elle comporte nécessairement une possibilité d'interprétation et d'appréciation ; prétendrait-elle l'éliminer que les juristes auraient les moyens de se ménager quelque ouverture, quelque échappatoire, quelque liberté. Les définitions juridiques ne présentent guère d'originalité à cet égard.

Une définition juridique n'est pas exactement une règle de droit ; c'est l'expression imparfaite, en méta-langage juridique, d'un aspect de la réalité. Sa vertu propre est d'être une réserve particulièrement riche et complexe de points de vue sur le droit, d'arguments et de justifications. Le positivisme légaliste affectionne les définitions législatives parce qu'il imagine les concepts juridiques comme des formes malléables que la baguette

(40) G. Cornu, *ibidem*.

(41) G. Cornu, *op. cit.*, n. 12, p. 82 : *contra*.

magique du législateur viendrait remplir, fixer, figer et clore définitivement ; il prend les définitions légales pour des opinions incontestables. Elles ne sont que des arguments condensés, des raisonnements implicites repliés dans une formule brève et qu'il faut redéployer dans chaque espèce pour leur redonner vie, pour les éprouver à nouveau et pour y puiser un peu de justice. La définition contenue dans une loi n'est pas une règle, ni même l'expression d'une partie du présupposé de la règle ; elle est un réseau, un noeud de règles, c'est-à-dire de raisons. Sous la *ratio legis* informulée, il importe de retrouver la *ratio juris* qui seule doit être décisive.

Les définitions législatives qui ont été conçues comme des règles autonomes et qui ne sont pas fondées sur une tradition véritable, sont inefficaces et trompeuses. Elles ne peuvent rendre compte de la signification que prennent les mots dans l'esprit de qui les utilise. Elles risquent de dissimuler certaines étapes du raisonnement juridique, ce qui ne serait pas grave en soi ; elles tendent, de façon beaucoup plus pernicieuse, à soustraire ces lemmes au contrôle de la critique juridique. L'abus des définitions donne à croire que le droit est l'art d'appliquer des techniques et des qualifications, de se soumettre à des "désignateurs rigides" (42). N'est-il pas en réalité l'art de rechercher le juste à l'aide de repères institutionnels, mais aussi d'un savoir traditionnel, d'une culture plus ou moins spécialisée et d'expériences condensées en quelques règles constamment réinterprétées ? Dans cet ensemble complexe, les définitions sont seulement un guide parmi d'autres et leurs limites résultent, à la fois, de leur irrémédiable incomplétude et de leur indétermination permanente.

11. - **L'irrémédiable incomplétude des définitions juridiques.** Il est banal qu'un juriste reproche à un autre, voire au législateur, d'avoir omis une définition (43). Dans le vocabulaire d'une question de droit, il y a toujours de l'indéfini, de l'insuffisamment défini. C'est un vieux rêve que celui d'une connaissance complète et parfaitement cohérente où tout se déduirait, progressivement, mais sûrement, d'un principe premier (44). Les juristes n'y ont pas échappé. Leur expérience ancestrale était pourtant là pour les en dissuader. Que leur montre-t-elle ? En premier lieu, il n'est ni possible, ni souhaitable de tout définir et toute définition juridique ne vaut que par les "termes primitifs"

(42) Théorie contre arbitraire, Eléments pour une théorie des théories juridiques, Paris, P.U.F. 1987, coll. Les voies du droit, n. 48, p. 195 et la citation de S. Kripke.

(43) R. Martin, "Le juge devant la prétention", D.S. 1987, Chr. VIII, p. 35, n. 3, p. 35 : pour un exemple récent.

(44) G.H.R. Parkinson, Spinoza's Theory of Knowledge, Oxford, Clarendon Press, 1954, p. 57.

qu'elle emprunte, par les règles dont elle permet la mise en oeuvre. En second lieu, parce qu'elle est générale, toute définition juridique prend son sens, prend ses sens dans l'application, en chacune de ses applications successives. Le retour au sens originaire est un mythe (45). L'interprétation la plus fidèle est toujours quelque peu une reconstruction. "Le discernement du sens d'un texte juridique et son application à un cas concret ne sont pas deux actes séparés, mais un processus unitaire" (46) et "pour avoir une décision qui découle logiquement de ses prémisses, il faut créer ce qu'il n'est pas possible de découvrir, c'est-à-dire la prémisse qui relie le droit au fait" (47), le présupposé de la règle à la situation pendante. Le cheminement qui conduit du général au particulier n'est jamais de l'ordre de la déduction servile et c'est pourquoi aucune définition juridique ne peut être traitée comme une entité achevée, comme un concept fermé sur lui-même et se suffisant à lui-même

12. - **L'indétermination permanente des définitions juridiques.** Le contenu d'une définition dépasse largement la somme des significations techniques des termes qu'elle associe. C'est pourquoi, ses conséquences sur l'évolution du droit sont largement imprévisibles pour qui court le risque de la formuler ; Javolenus l'avait parfaitement compris. Toute définition juridique est d'abord prise dans un mouvement de spécification progressive (48) et interminable. A chaque étape du processus général de formation des concepts, le sujet dont l'attention s'arrête sur des aspects différents du donné, peut tenter de forger des définitions (49). L'important est que, ce faisant, il ne croit pas s'être doté de points d'appui définitivement assurés ; "tout objet ou concept acquiert constamment de nouvelles relations et *c'est la condition* de son existence séparée et de sa distinction" (50). Toute définition juridique est ensuite prise dans un ensemble conceptuel dont elle ne peut être isolée sans perdre toute signification, toute raison d'être. Elle est liée à une multitude de règles et à une multitude d'autres définitions. Que serait la propriété sans le bien, la personne, le contrat et tous les autres droits auxquels elle s'oppose ou dont elle se distingue ? La définition est également

(45) M.S. Moore, "The Semantics of Judging", Southern California Law Review, vol. 54, 1981, p. 173, 196, 246 et s. et la référence à McCallum, "Legislative Intent", Yale Law Journal, vol. 75, 1966, p. 151.

(46) H.-G. Gadamer, Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique, 1ère éd. Tübingen, Mohr, 1960, Paris, Seuil, 1976, traduction Et. Sacre, Coll. L'ordre philosophique, n. 293, p. 151.

(47) M.S. Moore, op. cit., p. 292.

(48) J.W. Miller, op. cit., p. 46.

(49) Van Steenberghe, Epistemology, Publications Universitaires de Louvain, traduction L. Moonan, New-York, Wagner, 1970, 141.

(50) J.W. Miller, op. cit., p. 43.

liée à la réalité qu'elle prétend recouvrir et à toutes valeurs sans lesquelles cette réalité ne peut être comprise. Est-il indifférent d'inclure, ou non, la différence de sexes dans la définition du mariage ou du concubinage (51) ? C'est dire que le pouvoir législatif rencontre ici ses limites. Non seulement, il ne peut se contredire sans dommage, pour son autorité principalement, mais encore il n'est jamais assuré de parvenir à changer une définition (52). La tradition inscrite dans le savoir des juristes, l'ampleur des conséquences de son initiative, les exigences de l'opportunité et de la justice, tels sont les facteurs d'une résistance dont la puissance ne peut être sous-estimée. Même le recours à des conventions de langage expressément présentées comme telles ne peut empêcher que le régime juridique institué ne soit complété par des emprunts à d'autres lois, voire au droit commun. Qui croyait se choisir un langage propre embarque, dans le vaisseau législatif, des siècles de discussions, de réflexions et de nuances. Quant aux définitions réelles, elles ne seront reçues et respectées que si leurs conséquences sont en harmonie avec la synthèse qu'elles supposent et leur portée sera inévitablement affectée par des analogies ou par de simples comparaisons. Il est clair que le législateur est seulement libre d'appeler une maison une maison. S'il peut appeler immeuble un pigeon, c'est parce qu'il ne définit plus, mais se contente de choisir un régime juridique adéquat.

Le sens donné aux définitions juridiques dépend d'autant moins d'une décision institutionnelle, qu'il est de deux ordres très différents l'un de l'autre. La première signification est celle qui apparaît d'emblée ; elle est technique. C'est à elle que songe le juriste en quête de la solution juste ; c'est elle qui semble le dispenser parfois de raisonner, comme si le passage du concept au cas pouvait être direct. La deuxième signification est d'ordre émotif ou idéologique. Elle exerce souvent plus d'influence que la première à laquelle il est toujours assez aisé d'échapper. Chacun des mots employés dans une définition est chargé d'histoire ; il a été emprunté pour combattre telle ou telle thèse, pour désigner telle ou telle vilenie. Il évoque des épisodes multiples de l'histoire juridique. C'est pourquoi, en même temps qu'elle semble déterminer, la définition provoque l'imagination ; en même temps qu'elle prétend imposer des bornes fixes à la raison du juriste, elle se prête à des comparaisons implicites, voire inconscientes. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'histoire mouvementée de termes tels que personne, propriété -réunis dans la discussion sur l'esclavage, sur les servitudes aussi-, contrat, substance, Etat,

(51) Rennes, 8ème ch., 27 novembre 1985 et Paris, 1ère ch. D, Urgences, 11 octobre 1985, D.S. 1986, p. 380, note D. Denis.

(52) M.-Th. Calais-Auloy, "Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L.", D.S. 1986, Chr. XL, p. 249, notamment n. 4.

service public, police. Le phénomène de sédimentation qui surdétermine le langage juridique est particulièrement à l'oeuvre dans la formulation condensée des définitions ; c'est lui qui, le cas échéant, met à mal les ambitions législatives les plus contraires aux traditions juridiques éprouvées (53). Un exemple peut suffire à le montrer. Voici un législateur qui, dans l'élaboration d'une loi spéciale, définit le consommateur ! Il prend la peine de préciser que ce concept est déterminé "pour les besoins de la présente loi" ; des ambitions aussi modestes devraient pouvoir être satisfaites. Et pourtant, rien n'est moins sûr. L'interprète appliquant cette loi pourra bien lire et relire la définition du consommateur comme "cocontractant profane d'un professionnel". Son intelligence de ces quelques mots sera directement influencée par l'ensemble des dispositions légales et par les relations qu'il ne peut manquer de percevoir entre elles et le droit commun. Pour lui, le consommateur deviendra par exemple celui qui mérite protection, celui que les solutions ordinaires ont trop longtemps abandonné à la rapacité des professionnels, celui dont la mauvaise foi est indifférente,... En d'autres termes, tous les efforts déployés pour déterminer un sens clair et précis, tous les efforts accomplis pour s'en tenir à ce sens auréolé du prestige de l'autorité, ne peuvent empêcher que d'autres significations interfèrent inévitablement avec lui. Chassez les sens cachés dans les profondeurs de la mémoire collective et de la culture juridique ; ils ne tarderont pas à venir submerger la prétendue signification technique qui n'a pas les mêmes moyens qu'eux de se faire obéir.

Pour donner une idée aussi exacte que possible des définitions juridiques, il faudrait paraphraser certaine expression anglaise et dire : le droit, c'est ce qui arrive pendant que vous définissez autre chose (54).

(53) Théorie contre arbitraire, précité, n. 40, p. 130 et la note 22. Sur le sens émotif, voir C.L. Stevenson, op. cit., Mind, vol. 47, 138 (nouvelle série), p. 331 et s., 337. R. Robinson, op. cit., p. 73 et s., notamment p. 77.

(54) R. Rosaldo, "While making other plans", Southern California Law Review, vol. 58, 1985, p. 19 : "Life is what happens to you while you're making other plans".

ANNEXES

aux

TRAVAUX DE L'ATELIER DE METHODOLOGIE

JURIDIQUE

(1986 - 1987)

**Liste des membres de l'Atelier de Méthodologie Juridique ayant
effectivement participé à ses travaux en 1986 - 1987**

- MM. Christian ATIAS
André BALDOUS
Jean-Louis BERGEL
Jérôme BLEUCHOT
Michel BORYSEWICZ
- Mme Sylvie CIMAMONTI
- MM. François CITRON
Louis COUPET
Maurice FLORY
Gérard FOUILLOUX
Raymond GASSIN
Christian GIOVANNANGELI
- Mlle Françoise GRIVART DE KERSTRAT
- MM. Jean-Paul NEGRIN
Emmanuel PUTMAN

ANNEXE - II -

**COMPTES-RENDUS DES PRINCIPALES REUNIONS DE
L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE****REUNION DU 24 OCTOBRE 1986**

... Cette séance est d'abord consacrée à un rapide tour d'horizon sur l'état d'avancement des travaux de l'Atelier.

Le premier "cahier de Méthodologie Juridique" est actuellement sous presse. Les travaux de l'Atelier seront encore consacrés, pendant l'année 1987, à l'étude des définitions dans les textes. Pour couronner les recherches effectuées sur ce thème, il est envisagé d'organiser à Aix, en septembre 1987, un colloque réunissant des universitaires français et étrangers, des représentants du Ministère de la Justice, du Conseil d'Etat, des commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale et des divers organismes et professions concernés et de demander à M. le Doyen G. Cornu d'en faire le rapport de synthèse.

Le programme des travaux, pour les prochaines réunions s'établit comme suit :

- Vendredi 12 décembre 1986 :

Les définitions dans les textes en matière pénale - Exposé de M. Gassin et discussion.

- Vendredi 23 janvier 1986 :

Parti-pris et devenir des définitions dans le nouveau code de procédure civile - Exposé de M. Coupet et discussion.

- Vendredi 13 mars 1986 :

Des définitions dans les textes de droit administratif - Exposé de MM. Baldous et Négrin et discussion

D'autre part M. Atias avait prévu d'étudier l'interprétation des définitions légales ; il lui sera demandé d'adresser à l'Atelier une première ébauche de cette étude pour une prochaine séance. Melle Grivart de Kerstrat envisage, par ailleurs, de faire une étude sur les définitions dans les textes et l'attitude du juge en droit anglais. Il sera enfin demandé à M. Légier de réfléchir sur le thème qui lui est imparti, en droit international privé et à M. Lanza sur les définitions en droit de l'urbanisme.

La discussion porte ensuite sur la lettre de M. Leclerq, Directeur des Affaires Civiles au Ministère de la Justice, en date du 14 août 1986. Dans ce document qui va être publié dans le premier cahier de Méthodologie Juridique, M. Leclerq fait part de ses réflexions sur les problèmes que posent les définitions dans les textes.

Sur la distinction entre les textes "qui découlent de la souveraineté plus ou moins libérale de l'Etat et ceux qui expriment le résultat de négociations", la discussion porte sur ce qu'il faut entendre par souveraineté plus ou moins libérale de l'Etat. Il semble qu'il s'agisse simplement de distinguer entre les textes qui (en matière sociale ou économique surtout) consacrent les résultats de négociations entre les partenaires concernés et ceux qui sont élaborés par les autorités compétentes pour légiférer ou réglementer et dont le caractère plus ou moins impératif et dirigiste ou supplétif et libéral, varie selon les matières, les époques et les tendances idéologiques.

Sur le parallèle entre le droit français et les droits anglo-saxons, il est observé que le problème des définitions se pose très différemment, dans les droits anglo-saxons où, du fait du pouvoir créateur du juge, la nécessité de définitions légales pour la cohérence du droit et la sécurité juridique n'apparaît pas et où la notion de "vide juridique" ne se conçoit guère.

La question de savoir dans quelle mesure l'existence de définitions légales constitue un blocage du pouvoir normatif ou jurisprudentiel est également abordée. Il semble que, conformément à l'idée du Doyen Vedel, il faille distinguer entre des notions fonctionnelles et des notions conceptuelles qui sont plus exigeantes, mais que la crainte traditionnelle des définitions textuelles soit moins acceptable de nos jours devant la mobilité constante des textes et la multiplication des concepts, sous forme de standards, qui sont ouverts à l'appréciation du juge.

A propos de l'opportunité des définitions dans les textes, les opinions sont partagées en fonction des rôles reconnus respectivement au législateur et au juge dans notre système juridique et des avis sur la nécessité ou l'indifférence politique et technique des définitions dans la loi.

En définitive, il faudra répondre à la double question suivante :

- Pourquoi définir ou ne pas définir dans les textes ?
- Si l'on définit, comment doit-on le faire ?

Pour répondre à ces questions et savoir s'il est bon ou non de définir les notions dans les textes, on doit se demander :

- Ce qui se passe quand le législateur a défini,
- Ce qui se passe en l'absence de définition légale et quel est alors le pouvoir du juge.

REUNION DU 12 DECEMBRE 1986

... La séance est consacrée à l'exposé de M. Gassin sur les définitions en matière pénale.

M. Gassin commence par une observation générale sur l'objet même des travaux actuels de l'Atelier : il souligne que le droit est matériellement, un instrument d'action sociale qui devrait s'interdire des définitions susceptibles de l'entraver, mais qu'en la forme, il consiste en un discours écrit préétabli de prescription et d'anticipation des comportements qui exige des définitions. Il remarque que cette contradiction fondamentale implique des solutions intermédiaires entre le "droit-force" qui excluerait toutes définitions et le "droit-raison" qui suppose, comme toute science, des définitions préalables : cela justifie l'existence d'un effort de définition dans les différentes matières. Il convient alors de rechercher ce qu'il en est en matière pénale et en quoi le droit pénal peut comporter des originalités à cet égard.

L'étude présentée ici se limite au droit pénal substantiel français. Elle ne peut suivre, faute de moyens, la méthode idéale et rigoureuse qui exigerait une véritable recherche scientifique mais elle tente de préciser néanmoins comment en droit pénal, les textes recourent aux définitions (1), quelle est la nature de ces définitions (2), et quelle en est la portée (3).

1 - Le recours aux définitions dans les textes pénaux

Il paraît, à première vue, systématique (cf. G. Cornu). Or, il semble que cela soit, en réalité inexact. Il y a en droit pénal, trois sortes de concepts définissables ; les "concepts-titres", les "concepts-infractions" et les concepts "éléments constitutifs".

Pour les "concepts-titres", tels que la "chose publique", la "sûreté de l'Etat", les "personnes, la "propriété", ..., il n'existe pas, en droit pénal, de définition, bien que ces "titres" dans les lois qui n'ont pas de valeur juridique selon la jurisprudence criminelle, aient, néanmoins, un très grande importance pour la qualification des infractions.

Quant aux "concepts-infractions", il y a, certes, des définitions dans les textes comme, par exemple, dans l'art. 405 du C. Pénal, pour l'escroquerie. Mais il ne s'agit généralement d'analyses de concepts (éléments constitutifs de l'escroquerie), et non de véritables définitions qui ne comporteraient que le caractère spécifique des concepts considérés. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'on trouve de véritables définitions parce que l'analyse d'un concept simple correspond à sa définition (ex. art. 295 C. Pénal pour le meurtre).

Pour les concepts "éléments constitutifs", on constate que si certains d'entre eux sont définis (préméditation, guet-appens ;

art. 297-298), d'autres ne le sont pas (effraction, remise dans l'escroquerie, détournement, ...).

En définitive, on peut dire qu'il n'y a que fort peu de définitions en droit pénal et que lorsqu'il en existe, ce ne sont que des définitions secondaires et non des définitions fondamentales.

2 - La nature des définitions dans les textes en matière pénale

La typologie des définitions telle qu'elle a été exposée par le Doyen Cornu (Définitions réelles et définitions formelles) recouvre à peu près la distinction des "définitions génétiques" qui consistent à considérer un objet dans son origine, son progrès ou son devenir et des "définitions nominales" et des "définitions réelles" donnant la caractéristique essentielle d'un objet.

On constate dans le code pénal qu'il existe beaucoup de définitions nominales et qu'il y a des cas où elle se suffit effectivement à elle-même. Il existe aussi quelques définitions génétiques caractérisant les notions par leur but ou leur effet (art. 405 : escroquerie par exemple) ; mais il n'y existe aucune définition réelle.

Si l'on utilise une autre typologie, on peut distinguer des *définitions énumératives* (par l'exemple), des *définitions en extension* et des *définitions en compréhension*.

Les "définitions en extension", situant l'objet dans un groupe plus vaste de choses ayant des attributs communs sont très rares : on ne trouve guère que le vagabondage.

Les "définitions en compréhension" qui correspondent à la définition réelle et donnent au concept son attribut spécifique font défaut dans le Code Pénal. On n'y trouve que des définitions par énumérations (ex. contrats de l'art. 408 C. Pénal) ouvertes ou closes ou faussement closes (art. 314 C. Pénal ... "maladresse ..." termes tellement vagues !).

3 - Portée des définitions dans les textes pénaux

Malgré le principe de l'interprétation stricte, la jurisprudence raisonne souvent par analogies déguisées ... Elle y est souvent incitée par des définitions consistant en des énumérations ouvertes ou faussement closes : la définition n'a plus alors de rôle limitatif.

Conclusion

En définitive, on observe que les définitions dans les textes pénaux sont, contrairement aux apparences, assez rares. Malgré le principe de légalité, les textes pénaux sont plus du "droit force" que du "droit science".

Lorsqu'il y a des définitions ce sont généralement des définitions nominales et énumératives.

Il est difficile de percevoir des différences dans les effets et l'interprétation des textes pénaux selon qu'ils comportent ou non des définitions.

La discussion porte ensuite sur le particularisme des définitions juridiques par rapport aux définitions en logique et dans les diverses sciences. Elle s'oriente ensuite vers une comparaison avec le droit public. On observe, en droit public, deux phénomènes contradictoires : d'une part comme il y faut toujours limiter le pouvoir, il y est nécessaire d'établir des définitions. Mais, d'autre part, on y constate que les droits qui comportent beaucoup de définitions sont souvent des droits totalitaires. En droit public, il apparaît finalement que le pouvoir discrétionnaire du juge l'emporte toujours et qu'il existe une sorte "d'autolimitation" du pouvoir par le droit public.

REUNION DU 13 MARS 1987

...La séance est consacrée à l'exposé de MM. Baldous et Négrin sur les définitions dans les textes de droit administratif. Ceux-ci indiquent qu'ils ont l'intention d'étudier l'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif, puis la nature et la portée de ces définitions mais que, pour l'instant, ils limiteront leur propos au premier point.

La question est alors de savoir dans quelle mesure le législateur (au sens large), en matière administrative, a élaboré des définitions, la notion de définition étant ici conçue de manière plus stricte que dans la thèse de Serge Balian. Ils ont alors procédé par sondages et à partir de notions fondamentales du droit administratif.

Le résultat de cette démarche aboutit à un constat, l'extrême rareté des définitions dans les textes administratifs, et à la recherche d'une explication de cette carence.

I - Le constat

On observe d'abord que le "législateur administratif" définit peu.

On trouve un exemple significatif de cette abstention dans la loi du 13/07/1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires dont on s'accorde à reconnaître la qualité des travaux préparatoires et dans laquelle on pouvait s'attendre à trouver des définitions. Or, pour les concepts fondamentaux de fonctionnaire, d'obligation de réserve et de liberté d'expression, de concours, de licenciement, de "corps comparable" (pour la mobilité des fonctionnaires) ... on ne trouve pas de définitions

dans le texte, le rapporteur de la loi ayant même dit dans certains cas, qu'il n'était pas nécessaire de définir. En matière de procédure administrative contentieuse, il n'existe pratiquement pas, non plus, de définitions dans les textes.

Les notions fondamentales telles que celles d'intérêt général, de service public, de puissance publique, d'ordre public ne sont pas définies dans les textes.

Quant à l'intérêt général, si la doctrine a pu regretter son absence de définition, le juge, le législateur et l'Administration ne s'en soucient guère, alors que cela eût été utile pour l'expropriation d'utilité publique, notamment, alors que c'est l'administration qui apprécie, sous le contrôle du juge, cette utilité publique. On trouve tout au plus une ébauche de définition, d'ailleurs tautologique, dans un décret de 1959 sur la disponibilité des fonctionnaires dans une entreprise.

Quant au service public, alors qu'il s'agit de la notion centrale, selon Duguit, et que la doctrine en a proposé une définition (De Laubadère), le législateur ne l'a pas défini et se borne à en préciser le champ d'application. Pour la puissance publique, dont la définition par l'acte d'autorité aurait été utile, les textes ne fixent pas de définition.

De même, si l'on peut s'inquiéter de l'absence de définition de l'ordre public qui détermine un certain régime, le législateur renvoie simplement à la loi municipale de 1884, alors que les notions de sécurité, de tranquillité et de salubrité ne sont pas elle-même définies et que ce concept, à l'évidence relatif, s'est enrichi depuis.

Enfin des notions comme celles d'entreprise publique, de personne morale de droit public, d'établissement public, de région ... ne sont pas définies dans les textes. C'est alors la jurisprudence qui est conduite à proposer des définitions.

On observe cependant la présence de certaines définitions dans certains textes récents. On trouve une bonne définition de la police municipale, bien qu'elle soit énumérative, dans le code des communes ; on trouve aussi une définition de l'accès aux documents administratifs et des documents concernés dans la loi du 17 juillet 1978, une bonne définition de la motivation et des décisions qui doivent être motivés dans la loi de 1979 et une définition du plan dans la loi de juillet 1982.

II - L'explication

Quant aux raisons qui expliquent cette carence de définitions dans les textes de droit administratif, elles sont diverses.

D'abord, le législateur n'a, en cette matière, aucune obligation de définir alors qu'il doit, en principe, le faire en droit

pénal. Mais le développement actuel du contrôle de constitutionnalité pourrait cependant impliquer la nécessité de définitions législatives, que le Conseil Constitutionnel pourrait alors contrôler et l'on peut concevoir que le législateur renvoie le soin des définitions à l'autorité réglementaire.

On observe, en outre, que le droit administratif est un droit jurisprudentiel, forgé surtout, par le Conseil d'Etat et que c'est un droit jeune, dont les notions fondamentales ont été élaborées au XXe siècle et qui est encore très évolutif si bien qu'il n'a pas encore atteint le stade de définitions formelles dans les textes.

De plus, la doctrine, en dépit de très grands auteurs comme Duguit, Hauriou ou Marcel Waline, y paraît moins importante qu'en droit privé. Elle semble ne pas avoir d'influence sur le législateur. Or les définitions semblent être le problème de la Science, de la Doctrine et non celui du "législateur".

Enfin, on observe que le droit administratif est dérogatoire au droit commun, si bien qu'il doit d'abord élaborer ses propres règles avant de définir de nouveaux concepts.

La discussion porte sur l'utilité qu'auraient justement les définitions dans un droit dérogatoire qui ne peut donc pas s'alimenter à un stock commun de définitions. On observe alors que les sections administratives du Conseil d'Etat soulignent l'insuffisance des définitions et s'en inquiètent : ainsi le Conseil d'Etat, pour prévenir le contentieux, souhaite des définitions et se montre très vigilant : il aurait souhaité par exemple une définition aristotélicienne du service public.

On remarque qu'il serait intéressant d'essayer de dégager une règle permettant de fixer les domaines où il y a des définitions dans les textes et ceux où il n'y en a pas : Est-ce lorsqu'il s'agit de limiter que l'on définit ?

Mais il ne semble pas qu'il y ait à cet égard de principe général.

Pour l'essentiel le droit administratif est "un droit non défini". Il est vrai, pourtant, que cette quasi absence de définitions textuelles est regrettable.

REUNION DU 10 AVRIL 1987

... La séance est consacrée à un exposé de Melle Grivart de Kerstrat sur les définitions dans les "statutes" anglais et à des observations sur les définitions textuelles dans certains autres systèmes étrangers.

Melle Grivart de Kerstrat constate d'abord que les "statutes" anglais comportent de très nombreuses définitions, voir qu'ils ne sont que définitions. Ils commencent par une sorte de

définition d'intention dans le "short title" ; ensuite, on y trouve des sections de définitions (p. ex. dans les "Sales of goods Act" de 1979).

Elle s'interroge cependant sur la question de savoir ce que l'on entend par définition en droit anglais. L'Encyclopedia Britannica distingue entre "nominal definitions" et "real definitions".

Les "nominal definitions" sont celles qui définissent un mot ou une phrase. Elles peuvent être "abbreviative", "sementical" ou "ostensive".

Les "real definitions" correspondent à la définition d'une chose.

Les dictionnaires juridiques américains indiquent que définir signifie délimiter, préciser, expliquer, établir une description, indiquer impérativement le sens d'un mot.

On trouve dans "l'Oxford Companion" de David Walker que les "statutes" définissent les concepts en leur donnant une signification plus large ou plus étroite que dans le sens courant.

Il s'agit alors d'obliger le juge à modifier sa vision d'un terme en l'élargissant ou en le restreignant. Il précise que les définitions ne sont souvent d'aucun secours, par exemple quand elles se bornent à indiquer qu'une chose est ou non comprise dans une autre et quand cette dernière n'est pas définie.

Il évoque alors le rôle des décisions de justice. A défaut de loi, les décisions donnent sinon des définitions nominales, une orientation sur le sens à attribuer à un terme ou un concept. Mais elles discutent toujours le sens des termes et des concepts à la lumière des circonstances des espèces dont elles sont saisies, sans donner d'indication utile pour déterminer le sens de ces concepts dans un contexte différent.

Les termes ou les concepts plus généraux, comme par exemple la "possession", sont discutés plus que définis dans les ouvrages des juristes.

Les définitions sont, en définitive, présentes en permanence dans les "statutes" mais elles ne jouent presque que de manière négative, car elles interviennent pour empêcher le juge de donner un sens habituel aux termes définis.

Mais les rapports du législateur et du juge en droit anglais sont d'une nature différente de ceux que nous connaissons en droit français.

M. R. David, dans son introduction en droit anglais, a fait une analogie entre le droit anglais et le droit administratif en France en ce sens que ce sont tous deux des droits prétoriens qui révèlent des rapports comparables entre le juge et la loi et le rôle du juge dans la création du droit.

Pourtant il y a une différence importante car on trouve peu de définitions dans les textes de droit administratif français alors qu'il y en a beaucoup dans les lois anglaises où chaque mot est défini. Pour chaque loi, il y a donc une terminologie propre.

Mais, "l'interpretation Act" de 1978 (qui se substitue à celui de 1889) donne des définitions pour interpréter les lois en général : la section 6 par exemple prévoit que, sauf dispositions spéciales d'une loi particulière, dans une loi, tout mot au masculin inclut le mot au féminin et que tout mot au pluriel inclut le mot au singulier et inversement.

Les définitions en droit anglais posent aussi le problème important de savoir comment les juges anglais interprètent et appliquent la loi. Mais ce problème sera traité ultérieurement.

M. Bergel fait ensuite quelques observations, à bâtons rompus, sur les définitions en droit américain, louisianais, québécois et suisse, à partir de quelques documents rassemblés à d'autres occasions.

Il observe qu'en droit américain, les "Statutes" ont plus d'importance qu'en droit anglais et qu'il y a des tentatives de rassembler dans des "codes" le droit des divers Etats et même le droit fédéral. Il en est ainsi dans l'Uniform Commercial Code qui se rapproche à bien des égards des codifications traditionnelles des droits européens et de l'U.S. Code Annotated qui n'est qu'une compilation de textes. A titre d'exemple, dans les textes de l'U.S.C.A. sur l'obligation alimentaire des parents divorcés à l'égard des enfants, il y a d'abord des définitions, parfois surprenantes comme, même sur un point particulier, la définition des termes "United States", mais aussi celles des termes "enfant" ou "pension alimentaire".

Ce qui est important, c'est que l'on trouve dans ces textes anglo-saxons comme l'a signalé F. Grivart de Kerstrat, la formule : "lorsque la loi ne prévoit pas autre chose, dans la présente loi, et à moins que le contexte n'indique clairement le contraire, les termes ... signifient ...".

Cela implique d'abord que les définitions sont, en droit anglo-saxon, d's définitions nominales (tel mot s'entend de telle façon) et ensuite que les définitions n'y sont pas des définitions interdisciplinaires ou transversales mais des définitions propres au sens d'un mot dans un texte déterminé, sans avoir vocation à être étendues à d'autres textes. Ceci est confirmé par MM. Sparer et Schwab, au Québec, dans leur ouvrage sur la "rédaction des lois".

Certains auteurs craignent que la définition, dans les textes, constitue une norme supplémentaire susceptible de figer l'évolution du droit et de paralyser le juge. Néanmoins, on admet que le législateur doit parfois définir des termes, surtout ceux qui ne sont pas courants.

Ainsi, les définitions dans les "Statutes" sont une sorte de préinterprétation destinée à s'imposer au juge. Mais on sait que, par ailleurs, celui-ci a gardé l'habitude de raisonner à partir de la "Common Law", voire d'interpréter les "Statutes" par rapport à la "Common Law" dont ils sont encore considérés comme un droit d'exception.

Ces observations donnent un intérêt particulier à ce que l'on peut constater dans des "droits mixtes", comme le droit louisianais ou le droit québécois.

On y trouve des indications sur le sens des mots. Il y est dit que les termes de la loi doivent y être compris selon leur sens usuel (art. 17 Code civil du Bas Canada - art. 14 Code civil louisianais), sauf s'il existe des dispositions particulières qui y dérogent. Il n'y aurait pas lieu alors de définir les termes de la loi, si ce n'est pour éclairer le sens particulier d'un texte déterminé.

On trouve donc dans les droits mixtes une tentative de définitions conceptuelles mais seulement pour des concepts techniques et non pour les mots du langage courant. Sinon, du fait des habitudes anglo-saxonnes de ne définir que pour un texte particulier, on risquerait d'avoir par la multiplication de définitions diverses une grande anarchie terminologique. On s'y méfie donc de définitions qui seraient plus perturbatrices que clarificatrices et on ne définit pas chaque fois qu'on peut l'éviter.

Il est alors flagrant de constater des différences essentielles avec les droits anglo-saxons, dès qu'on se replonge dans les droits européens. On constate dans le code civil et le Code suisse des obligations qu'il existe un certain nombre de définitions induites de règles mais aussi beaucoup des définitions (art. 842 C. civ. suisse : la cédule hypothécaire ; art. 253 Code des obligations : bail à loyer ; art. 620 C. des obligations : Sociétés anonymes, Société en commandite par actions ... par exemple).

En définitive, il semble bien, comme le dit le Doyen Cornu, que les définitions formelles dominent dans les droits anglo-saxons alors que, lorsqu'il y a des définitions, dans les droits continentaux, ce sont surtout des définitions conceptuelles.

La discussion porte sur la compétition entre ces deux systèmes de définition et sur la question de savoir lequel tend progressivement à l'emporter.

On peut penser que l'existence de définitions se justifie, outre les concepts fondamentaux, surtout dans des textes spéciaux, dérogatoires (or, les "Statutes" anglo-saxons sont des dérogations à la Common Law) et que les définitions textuelles sont toujours des réactions face au juge si bien que l'on veut parfois s'abstenir de définir dans les textes pour éviter de limiter le juge, dans les droits de tradition romaniste, alors que l'on veut

l'encadrer dans les droits d'origine prétorienne, en précisant le sens de tous les mots.

On observe cependant que les deux systèmes doivent être comparés dans leur ensemble car il existe un lien entre la définition légale et celui qui est chargé de l'appliquer car le juge anglais et le juge français correspondent à des institutions très différentes.

Mais il est également souligné que l'opposition entre les deux systèmes tend maintenant à s'atténuer du fait de l'importance des traités internationaux et, particulièrement, du droit des Communautés européennes.

REUNION DU 29 MAI 1987

... La réunion est consacrée à un exposé de M. Coupet sur les définitions dans le nouveau code de procédure civile.

Il observe qu'il existe dans le N.C.P.C. une quarantaine de définitions - cela le conduit à poser trois questions :

- Quelles sont ces définitions ?
- Pourquoi ces définitions ?
- Quelle est la portée de ces définitions ?

I - Quelles sont ces définitions ?

Un inventaire provisoire montre que les définitions contenues dans le nouveau code de procédure civile concernent *les actions, les demandes et défenses en justice* (définitions de l'action en justice (art. 30) ; de la demande initiale (art. 53) ; de l'assignation (art. 55) ..., des défenses au fond (art. 71) ; des exceptions de procédure (art. 73) ; des nullités de fond (art. 117) ... : soit 15 définitions), *la matière de la compétence* (demeure (art. 43 ; matière gracieuse (art.25) ; connexité (art. 101), litispendance (art. 100)), *les jugements et recours* (au moins 15 définitions dont 8 pour les jugements et ordonnances), (art. 467, 482, 544, 484, 493, 500, 501, 583) et les définitions des diverses voies de recours (art. 527, 542, 571, 593, 604 ...), *l'arbitrage* (art. 1443, 1447, 1492) et *des définitions diverses* telles que la représentation et l'assistance en justice (art. 411 et 412), la signification (art. 651 al. 2), les dépens (art. 697), les témoignages (art. 199), la radiation (art. 381).

II - Pourquoi ces définitions ?

Selon M. le Doyen Cornu ("La codification de la procédure civile en France", Rev. Jur. et Pol. 1986, 3 et 4) et M. Parodi ("L'esprit du N.C.P.C.", éd. Defrenois n° 19), les définitions dans le nouveau Code de Procédure Civile répondent d'une part, à un souci politique d'accès à la justice qui justifie

l'emploi le plus large possible des mots courants et de peu de mots techniques, afin d'être compréhensible par tous, et d'autre part, à un souci scientifique de rationalité, de précision et de cohérence de la nouvelle procédure civile qui implique l'utilisation de certaines définitions légales, de caractère réel, pour établir un arsenal conceptuel suffisant et donner au juge les moyens de raisonner.

On comprend mieux ainsi le nombre, la place et la nature des définitions du nouveau code de procédure civile.

Il n'y a que 40 définitions pour 1 500 articles et pour un millier de termes de procédure environ. Toutes les définitions se trouvent, sauf pour l'arbitrage, dans la première partie du code ; elles s'appliquent ainsi à des notions communes, ce qui rejoint l'observation déjà faite que l'on trouve surtout des définitions dans les droits communs. (Il n'y en a ni dans le livre II du Code sur les dispositions particulières à chaque juridiction, ni dans le livre III comportant des dispositions particulières à certaines matières). Ce sont en général des définitions réelles de caractère doctrinal, fondamental et peu normatives qui cohabitent harmonieusement avec des standards, tels que le motif ou l'intérêt légitime, le délai raisonnable ...

III - Quelle est la portée de ces définitions ?

Les définitions légales ont généralement pour objet de rendre le droit plus cohérent. Elles sont aussi pour le pouvoir politique un moyen de coercition à l'égard des usagers car elles sont toujours contraignantes dans la mesure où elles doivent être appliquées. Pourtant, il semble que la jurisprudence manifeste une certaine indifférence à leur égard et s'abstienne de s'y référer systématiquement.

En outre, les définitions peuvent être une source d'évasion à l'égard des règles de procédure et suscitent parfois des réactions de la jurisprudence : il en a été ainsi, par exemple, pour l'appel que les textes ont conçu restrictivement et que la jurisprudence tend à étendre.

Les définitions constituent enfin, avec les catégories juridiques, des instruments de base du système juridique et permettent de le coordonner. Mais on peut se demander si les définitions légales sont, à cet égard, plus utiles que les définitions extralégales. On observe que les définitions légales ont facilité la réception du nouveau code de procédure civile, malgré l'indifférence de la doctrine et certaines difficultés d'application (pour le jugement mixte, par exemple).

Cette influence pourrait se préciser et se renforcer à l'avenir, grâce notamment à la concordance des définitions concernées dans le nouveau code de procédure civile et dans le

"vocabulaire juridique" de l'Association Henri Capitant, élaboré sous la direction du Doyen Cornu, et au renouvellement des manuels et traités de procédure civile qui devront faire aux définitions légales une part plus grande que jadis.

La discussion porte sur les méthodes et la nature des définitions du nouveau code de procédure civile dont on constate la diversité (caractère induit de règles de droit, énumérations, définitions négatives, parfois terminologiques, critères diversifiés ...).

Sur l'absence ou l'opportunité de certaines définitions, la discussion est centrée autour de l'absence de définition de la notion nouvelle et fondamentale de "prétention" qui permet notamment de délimiter le pouvoir du juge et celui des parties et qui correspond à un "complexe de fait et de droit". On peut alors se demander si le législateur n'a pas ressenti la nécessité de définir ce concept ou s'il s'en est délibérément abstenu. On observe alors combien l'absence de définition suscite des problèmes ...

- II -

**COLLOQUE ORGANISE A AIX-EN-PROVENCE
LES 11 ET 12 SEPTEMBRE 1987**

Par

**L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE DE
L'UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES
D'AIX-MARSEILLE**

**Faculté de Droit et de Science Politique
Institut d'Etudes Judiciaires**

avec la participation du
**COMITE FRANCAIS DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE METHODOLOGIE JURIDIQUE**

PRESENTATION

Les intérêts qui s'attachent à l'étude des définitions dans la loi et les textes réglementaires ont déjà été trop instamment soulignés dans le premier "cahier de méthodologie juridique" et dans les pages qui précèdent pour qu'il soit nécessaire d'y revenir.

Mais il faut insister sur l'intérêt de ce colloque : l'idée même d'organiser un colloque de Méthodologie Juridique paraît insolite, surtout en France ; il paraît plus surprenant encore que cette idée puisse se réaliser et qu'en une telle matière, puissent se réunir autant de juristes, d'horizons et de spécialités diverses mais tous préoccupés à la fois des réalités concrètes et des méthodes du droit.

Les efforts déployés en ce sens par l'Université et la Faculté de Droit d'Aix-Marseille III pour parvenir à la réalisation de ces journées sont donc particulièrement méritoires.

Il faut surtout, pour caractériser l'originalité de ce colloque dans un domaine aussi rarement débattu, évoquer *sa gestation, son éclectisme et son pragmatisme.*

Sa gestation : Pendant près de deux ans, le sujet traité a été étudié par quelques universitaires, fouillant chacun dans les arcanes de leurs propres spécialités, pour en dégager la substance, puis exposé lors de réunions régulières afin d'enrichir encore la pensée de chacun par la réflexion collective et de parvenir à la publication de contributions individuelles et spécialisées, mais mûries en commun. Ces travaux ont fourni aux rapporteurs et à bon nombre d'intervenants à ce colloque une part importante de la matière nécessaire pour alimenter leurs exposés et leurs observations.

L'éclectisme de ce colloque est marqué par l'intervention et la participation de juristes privatistes, publicistes ou pénalistes, mais aussi de philosophes et d'historiens du droit, et même de non juristes parmi lesquels il faut citer spécialement un éminent grammairien, Monsieur le Professeur Pierre Lerat.

La collaboration à l'organisation de ce colloque français de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique et la participation très active d'éminents juristes allemands, belges,

canadiens et suisses démontre l'ouverture des débats vers l'extérieur et l'inspiration comparatiste qui a nourri ces travaux.

Le pragmatisme de ce colloque, enfin, tient à la conjonction, voulue particulièrement en ce domaine, de l'approche du législateur, de celle du juge et de celle de l'Université. Cette confrontation et cette collaboration sont le gage d'une réflexion éclairée et de perspectives tangibles de concrétisation des idées échangées.

Le législateur, représenté ici par M. Félix Ciccolini, Vice-Président de la Commission des lois du Sénat, qui a bien voulu présider l'une des séances du colloque, et par des conseillers et administrateurs des assemblées parlementaires a livré le fruit de son expérience des problèmes envisagés et recueilli les suggestions engendrées par ces deux jours de réflexion.

Le juge, investi du pouvoir d'interpréter les textes et de procéder à la qualification juridique des faits, a exprimé par la voix de M. le Premier Président Pierre Mignucci, les difficultés qu'il éprouve, selon les cas, face à des définitions normatives ou en l'absence de définitions légales et réglementaires.

Enfin, les universitaires, sur les aspects fondamentaux des systèmes juridiques, ont voulu consacrer la moisson de leurs recherches à l'espoir et aux moyens d'une amélioration du travail législatif et de la qualité des textes.

Il revenait tout naturellement à M. le Doyen Gérard Cornu, dont le prestige et les travaux en la matière font autorité, de faire la synthèse de ce colloque et d'en dégager les apports essentiels.

Les actes de ce colloque sont reproduits ci-dessous. On regrettera pourtant de n'avoir pu retranscrire dans les pages qui suivent la richesse des discussions et des interventions multiples dont les séances de travail ont été émaillées, après chaque rapport. La crainte de les tronquer ou d'en déformer le sens, s'ajoutant à des difficultés matérielles qu'il était difficile de surmonter, nous a incité à ne pas les reproduire plutôt que de leur être infidèle ...

Jean-Louis BERGEL

**IMPORTANCE, OPPORTUNITE ET ROLE
DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES
LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES**

Par

Jean-Louis BERGEL
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

IMPORTANCE, OPPORTUNITE ET ROLE DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

Par

Jean-Louis BERGEL
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

1 - On évoque toujours le fameux avertissement du Digeste : "omnis definitio in jure periculosa". On cite aussi volontiers Portalis, se défiant des définitions juridiques qui relèvent, selon lui, de la science tandis que l'ordre et la règle appartiennent au domaine du droit (G. Fenet "Recueil complet des travaux préparatoires du code civil", 1827, t. 6, p. 42). On rappelle encore F. Géný, dénonçant les excès du "règne du concept, isolé des intérêts qu'il représente" (F. Géný "Science et technique en droit privé positif", t. 3, n° 218 et s.).

On imagine alors aisément les réticences du "Législateur" à faire oeuvre de définition, dans les textes législatifs et réglementaires.

Pourtant, il paraît indispensable, pour comprendre et appliquer les textes, de "fixer le sens des mots" et des concepts qu'ils désignent. Si le législateur ne les définit pas lui-même, c'est l'autorité chargée des décisions individuelles, au premier chef, le juge, qui est appelée à le faire (C. Eisenmann "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" in "La logique du droit" Arch. de Philo du dr. 1966, 25 n° 3 et s.). Les lois des pays de Common law ont, parmi leurs "rites", "celui de définir les termes qu'elles utilisent" (M. Sparer "Elizabeth, que de lois en ton nom" in "Circuit" Mars 1984, p. 6 ; H. Read, J.M. Donald, J. Fordham, W. Pierce "Materials on legislation", 4e éd., 1982, p. 178 et s.).

Les systèmes juridiques d'inspiration romano-germanique assoient la cohérence de leur ordonnancement et leur logique interne sur un solide arsenal conceptuel qui semble impliquer de nombreuses définitions.

2 - Les définitions juridiques, spécialement les définitions légales, ont une indéniable spécificité (V° p. ex. J. Dabin "La technique de l'élaboration du droit positif", éd. Bruylant et Dalloz, Bruxelles, Paris 1935, p. 112 et s.).

Elles s'identifient rarement aux définitions aristotéliennes, caractérisées par le "genre prochain" et "la différence spécifique". Elles ne comportent pas systématiquement l'analyse de la "compréhension" et de "l'extension" du concept défini, exprimées en une formule courte, limpide et exacte.

L'originalité des définitions légales réside, au contraire, dans leur aspect normatif, leur liberté et leur perpétuel inachèvement. Ce sont, d'abord, des règles de droit, sanctionnées, comme telles, par le juge et dont, dans notre système, la Cour de cassation contrôle l'application (G. Cornu "Les définitions dans la loi" in "Mélanges Vincent", éd. Dalloz, 1981, p. 77 et s., n° 21). Leur trait fondamental est constitué par les effets juridiques qu'elles produisent (M. Sparer et W. Schwab "Rédaction des lois", éd. Officiel du Québec, 1980, p. 40).

Ensuite, sous réserve de tout le donné historique, sociologique, idéologique, technique... qui s'impose à lui, le législateur dispose d'une grande liberté de définition : il peut étendre ou limiter le sens d'un terme et même dénaturer son sens ordinaire, se référer à des fictions, privilégier un sens parmi d'autres... L'art. 739 du code civil dispose, en matière successorale, que "la représentation est une fiction de la loi..." ; la loi peut décider que le mot "bien" comprend ou ne comprend pas telle chose... (G. Cornu, art. précit. n° 19 et s). Enfin, les définitions législatives et réglementaires sont toujours inachevées car le législateur peut les modifier.

Les définitions légales se distinguent alors nettement des définitions jurisprudentielles dont l'effet obligatoire est limité aux espèces jugées et qui sont subordonnées aux dispositions et aux exigences des textes appliqués, de même que des définitions doctrinales qui s'attachent à une description scientifique d'un concept mais ne revêtent aucun caractère obligatoire.

L'originalité des définitions législatives et réglementaires explique leur infinie diversité de contenu et de forme. Cette extrême hétérogénéité explique elle-même d'immenses difficultés d'appréciation quant à l'importance réelle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires.

3 - Toute évaluation de leur nombre est donc assez arbitraire. M. Sparer a relevé environ 5.000 définitions dans l'ensemble actuel des lois et règlements québécois. En France, M. le Doyen Cornu en recense plus d'une centaine dans le code civil, une trentaine dans le nouveau code de procédure civile et souligne qu'il en existe d'innombrables dans les autres codes et dans les textes spéciaux (G. Cornu, art. précit., n° 1). M. Balian, dans sa thèse ("Essai sur la définition dans la loi", thèse dactyl. Paris 2, 1986), dénombre et reproduit en annexe environ 700 "définitions légales".

Les travaux de "l'Atelier de Méthodologie Juridique" d'Aix-Marseille sur les définitions dans les textes donnent une autre idée de leur importance, par matières ("Les définitions dans la loi et les textes réglementaires", "Cahiers de Méthodologie Juridique", n° 1 et 2, R.R.J. 1986-4 et 1987-4).

L'existence d'un peu plus de cent définitions dans le code civil s'y confirme (J.-L. Bergel "Typologie des définitions dans le code civil", R.R.J. 1986-4, 29, n° 2). Dans le nouveau code de procédure civile, c'est une quarantaine de définitions qui a été dénombrée (L. Coupet "Les définitions dans le nouveau code de procédure civile", R.R.J. 1987-4, 1051). En droit commercial et économique, on constate souvent une absence de définitions, si l'on en retient une conception assez restrictive ou, au moins, de fréquentes "fausses définitions" (E. Putman "Recherche sur les définitions dans les lois commerciales", R.R.J. 1986-4, 47 n° 4 et s.) ; cela démontre une réticence certaine des lois commerciales envers les types "purs" de définition (ibid., n° 22).

Une étude "empirique" d'un certain nombre de textes de droit public économique (J.Y. Chérot "Les définitions dans les textes du droit administratif économique, R.R.J. 1986-4, 65) montre que l'on y trouve, en nombre assez limité, des définitions réelles ou "essentielles et impératives". Mais, plus généralement, on observe que le "législateur administratif" définit peu, même lorsqu'il s'agit de concepts fondamentaux (p. ex. dans la loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires) ou de notions essentielles de la matière comme celles d'intérêt général, de service public, de puissance publique, d'ordre public (A. Baldous et J.P. Négrin "Les définitions dans les textes de droit administratif" R.R.J. 1987-4, 1043). Cela tient notamment à la jeunesse et à la nature prétorienne du droit administratif (ibidem). En droit fiscal, si l'on rencontre de très nombreuses définitions, souvent énumératives et, beaucoup plus rarement, synthétiques, des notions clés comme celles de "revenu" ou "d'impôt" ne sont pas définies (P. Beltrame "Les définitions en droit fiscal" R.R.J. 1986-4, 77).

M. Gassin, se fondant, il est vrai, sur une conception très pure et stricte de la définition, a montré qu'il n'existe en droit pénal que fort peu de définitions et que, lorsqu'il en existe, ce ne sont que des définitions secondaires et non des définitions fondamentales (R. Gassin "Les définitions dans les textes de droit pénal" R.R.J. 1987-4, 1017). Cela dément l'idée selon laquelle le code pénal comporterait un recueil de définitions d'infractions, justement parce que le principe de légalité impose au législateur une obligation de définir...

En droit international public, enfin, où l'on ne peut réellement parler ni de législateur, ni de loi, il y a, dans les textes, de nombreuses définitions dont la qualité dépend de "l'unité du milieu", de la nature de l'acte, de son contenu matériel... lorsqu'il s'agit d'une communauté homogène restreinte où est concevable une "fonction législative internationale organisée". Dans une communauté d'états hétérogène où il n'y a pas de "fonction législative organisée", il manque, dans les textes internationaux, des définitions essentielles et les définitions rencontrées, plus fréquentes dans les domaines économiques et techniques que politiques, sont généralement descriptives, énumératives et très "englobantes" (M. Flory "Les définitions en droit international" R.R.J. 1986-4, 85 et s.).

4 - En définitive, alors que dans les "statutes" des pays anglo-saxons, les définitions, certes conçues différemment, sont présentes en permanence (F. Grivart de Kerstrat "Les définitions dans les statutes anglais" R.R.J. 1987-4, 1063), les lois et règlements, en droit français, bien qu'ils en comportent beaucoup, illustrent une incontestable réticence du législateur à s'aventurer dans un effort de définition.

Par rapport à la masse immense des concepts et des notions que le droit utilise et que les juristes ont besoin de définir, le nombre des définitions qui figurent dans les lois et règlements est infime.

Une si faible importance quantitative est-elle alors liée à une méfiance particulière quant à l'opportunité et au rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires ?

Au-delà des vieux préjugés, il faut, pour apprécier l'opportunité et le rôle des définitions dans les textes, déterminer, quant à la méthodologie législative, quelles sont la problématique (I) et la stratégie législatives (II).

PREMIERE PARTIE :
DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ET
REGLEMENTAIRES ET PROBLEMATIQUE LEGISLATIVE

5 - Au problème de savoir s'il convient ou non de définir, dans les textes législatifs et réglementaires, les concepts et les termes qu'ils comportent s'attachent des intérêts sémantiques, techniques et de politique juridique. Il faut alors rechercher les raisons qui incitent le législateur à inclure ou ne pas inclure de définitions dans les textes.

A - POURQUOI NE PAS DEFINIR ?

6 - On invoque souvent contre la présence de définitions dans les textes divers arguments formels et matériels.

a) Les raisons formelles

7 - On souligne souvent que la loi, étant une règle de conduite sociale, doit être compréhensible par tous et qu'il est bon de la rédiger en langage courant pour la rendre accessible à tous (J.L. Bergel "Théorie générale du droit", éd. Dalloz, 1985, n° 209 et s. et les références citées).

On soutient alors volontiers que "la matière première du langage législatif est, très légitimement, la langue courante (P. Issalys "Elaboration et interprétation des lois et règlements" Notes de cours Université Laval, Québec, 1984, 2e éd. parag. 2.28). En France, la circulaire du Premier ministre du 21 mai 1985 "relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes..." recommande de n'employer que les termes de la langue française, et d'éviter l'emploi "de mots nouveaux non consacrés par l'usage et les dictionnaires". A l'occasion de l'élaboration du nouveau code de procédure civile, on a souligné qu'il "paraît inacceptable à beaucoup que les textes de loi, qui concernent tous les français, ne puissent être compris de tous" et que les dispositions destinées à être lues par les justiciables eux-mêmes ont été réellement écrites "en langage courant" (Parodi "L'esprit du nouveau code de procédure", éd. Rép. Defrenois, Préface G. Cornu et Françon n° 19). On observe alors que la définition est inutile "si le mot est utilisé dans son sens courant ou dans le sens que lui donne le vocabulaire juridique général" (P. Issalys, op. cit. parag. 2.30). C'est pourquoi on préconise souvent de ne recourir aux définitions légales "que lorsque c'est vraiment nécessaire, c'est-à-dire, lorsque le dictionnaire ne suffit pas" (L.P. Pigeon

"Rédaction et interprétation des lois", éd. Officiel du Québec, 1978, p. 26).

8 - Les auteurs remarquent, par ailleurs, que "ce n'est pas le rôle du législateur de reproduire le dictionnaire" (ibidem) et qu'à vouloir rendre le texte de la loi plus précis, on risque d'y "ajouter de nouvelles imprécisions (P.A. Coté "Interprétation des lois", éd. Y. Blais inc. Québec, 1982, p. 44) : "plus il y a de mots, plus il y a de mots au sujet desquels des doutes peuvent surgir" (Préface Lord Halsbury "Laws in England" Londres, Butterworths, 1^o éd., 1907). On observe, en outre, dans les textes anglo-saxons, de nombreuses "pseudo-définitions" et des articles de "définitions" qui ne servent à rien (M. Sparer et W. Schwab, op. cit., p. 37).

On peut ainsi considérer que les définitions légales ne se conçoivent que pour éviter une ambiguïté en privilégiant l'un des sens des mots utilisés ou pour fixer la signification d'un concept juridique ou technique.

Mais, selon certains auteurs, "il faut éviter autant que possible de recourir dans la loi à des définitions qui s'éloignent du sens courant des mots et n'apportent rien à l'édification de la doctrine". Il semble donc abusif de donner aux termes de la loi un sens "extravagant", au point de nécessiter une définition "en guise de mode d'emploi" (M. Sparer et W. Schwab, op. cit., p. 41).

On objecte encore que "le législateur n'est pas lexicographe", qu'il malmène la lexicologie (ibidem) et que les définitions engendrent de ce fait une certaine insécurité juridique, alors qu'elles visent à accroître la sécurité. Non seulement, en donnant un sens artificiel aux mots, on risque d'induire en erreur le lecteur non averti (P.A. Coté, ibid.), mais l'introduction de définitions dans la loi crée dans l'esprit de l'utilisateur l'idée que chaque terme de la loi peut, à son insu, avoir été défini quelque part (M. Sparer et W. Schwab ibid.).

Pour réduire ce risque, on peut souhaiter pallier les difficultés et les aléas du repérage des définitions dans les textes par des signes extérieurs tels que des indicateurs typographiques (caractères gras, écriture en italique ou en lettres capitales...), à défaut de modèles significatifs d'expression des définitions légales (p. ex. : "on appelle..." ou utilisation systématique du verbe être...) (M. Sparer et W. Schwab ibid.).

On touche ici à d'autres objections souvent faites aux définitions légales.

b) Les raisons matérielles

9 - On dénonce parfois les dangers de l'interprétation à laquelle les définitions légales donnent inévitablement lieu. Ce sont des règles de droit, souvent imparfaites, dont le sens doit être précisé pour leur propre application. Il faut alors savoir si la définition est impérative ou supplétive, limitative ou indicative... De plus, toute définition contenue dans un texte particulier est forgée spécialement pour ce texte et dotée ainsi d'un champ d'application trop étroit, risquant de contredire d'autres textes ; comprise à la lumière du régime de l'institution à laquelle elle se rattache, elle risque d'être "dénaturante", "d'allier la carpe et le lapin", ce qui crée des confusions intellectuelles et des ambiguïtés (G. Cornu, art. précit., n° 33). La doctrine dénonce parfois l'insécurité qui s'attache aux aléas de l'interprétation des définitions légales, par le juge ou même par une loi interprétative qui dissimule une part de rétroactivité, (M. Sparer et W. Schwab, op. cit., p. 42). Les procédés rédactionnels destinés à faciliter l'interprétation des définitions (S. Balian, op. cit., n° 231 et s.) ne suffisent pas à combattre cette incertitude.

10 - On reproche enfin aux définitions incluses dans les textes de figer le droit ou de ralentir son évolution : un concept défini par la loi est moins malléable qu'un concept non défini. Tout dépend, à vrai dire, du mode de définition adopté et de la longévité de la loi considérée. Mais il est, en outre, douteux que la stabilité juridique soit un mal... S'il est vrai que la présence de définitions dans les lois et règlements limite la liberté et les pouvoirs du juge, cette limitation de ses prérogatives peut être délibérée et l'adoption ou le rejet du procédé des définitions légales ou réglementaires est alors lié à une certaine stratégie législative (V° infra n° 16 et s.).

B - POURQUOI DEFINIR ?

11 - Il faut justement aborder ici les raisons qui incitent le législateur à établir des définitions dans les textes. Il s'agit, semble-t-il, de raisons tactiques et de raisons techniques.

a) Les raisons tactiques

12 - L'appréciation de l'opportunité ou de l'inopportunité des définitions dans les lois et règlements dépend de la conception que l'on se fait des rapports entre le législateur et le juge. Plus le législateur veut laisser de pouvoir au juge, moins il définit. Plus il veut lier le juge, plus il définit. "Les conceptions que les

rédacteurs des textes normatifs peuvent avoir pour la formulation des définitions reflètent d'abord leur volonté de laisser une plus ou moins grande marge d'interprétation aux praticiens ou aux tribunaux" (P. Leclercq "Les problèmes posés par les définitions dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires" R.R.J. 1986-4, 24). Portalis soutenait que "la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au droit commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses prévues" (G. Fenet, t. 1, p. 463). Nous avons déjà évoqué une alternative méthodologique : "des définitions légales, avec une souveraineté absolue du législateur entraînant à la fois sécurité juridique et rigidité du droit, ou pas de définitions légales, mais une grande liberté du juge, impliquant une certaine fragilité de l'édifice législatif et une grande flexibilité de la règle de droit" (J.L. Bergel, art. précit., R.R.J. 1986-4, 32). Certes, aucun de ces choix ne peut être exclusif et le législateur est toujours conduit à adopter une attitude intermédiaire.

Mais on a dit que, par la multiplication des définitions légales, le législateur "se méfie de l'entendement du justiciable" et adresse "une motion de défiance" au juge (M. Sparer et W. Schwab, op. cit., p. 44).

13 - Dans les "statutes" anglo-saxons, les définitions, dont le but essentiel est d'étendre ou de restreindre le sens habituel des termes définis, ont pour objet d'obliger le juge à modifier la vision qu'il peut en avoir et de lui donner une orientation quant au sens à leur attribuer. Ainsi, les définitions, dans les "statutes", constituent une sorte de préinterprétation destinée à s'imposer au juge. Celui-ci reçoit même des directives générales dictées par les "lois d'interprétation" contenant de multiples précisions terminologiques ("Interpretation act" de 1978, se substituant à celui de 1889, en Grande Bretagne ; Loi d'interprétation du Québec et Loi d'interprétation fédérale du Canada...).

On observe ainsi que, "d'une manière générale, en posant des définitions, le législateur agit plus ou moins directement sur l'interprétation" (S. Balian, op. cit., n° 227).

On a même remarqué que certaines définitions, par la généralité des termes employés ou des critères délibérément vagues, stimulent l'interprétation et obligent le juge à s'y livrer, tandis que d'autres, par leur précision, voire en recourant à des données chiffrées et impératives, préviennent et excluent toute interprétation (ex. art. 388 C. civ. pour le mineur) (S. Balian, op. cit., n° 228 et s.).

Les définitions légales, surtout quand ce sont des définitions précises et impératives, permettent ainsi au législateur de garantir une certaine stabilité juridique, en fixant le sens et la portée des concepts et en leur attribuant la même longévité que celle de la loi qui les définit.

L'inclusion de définitions dans les textes est enfin un moyen de déterminer leur domaine d'application (G. Cornu, art. précit. n° 26). Pour l'anecdote, on peut évoquer ici la controverse qui avait opposé, en 1957, le Professeur Hart, d'Oxford, et le Professeur Fuller, de Harvard. Le premier prenait l'exemple d'un règlement interdisant aux véhicules de pénétrer dans un parc public et soutenait qu'à la limite, on pouvait se demander si une voiture d'enfant ou une trottinette devaient être qualifiées de véhicule, au sens du règlement. Le Professeur Fuller rétorquait que, si une association d'anciens combattants voulait ériger un monument, sur une pelouse, un char d'assaut enlevé à l'ennemi, on pouvait songer à interdire l'introduction de ce char dans le parc, sous prétexte qu'il s'agit incontestablement d'un véhicule auquel le règlement ne pouvait manquer de s'appliquer (V° Ch. Perelman "Logique juridique - nouvelle rhétorique" Dalloz, 2ème éd. n° 32 ; Hart "Positivism and the separation of law and morals" et Fuller "Positivism and fidelity to law, a reply to professor Hart", Harvard Law Review, 1958). Au-delà du jeu de l'esprit, cela montre l'utilité de définitions précises dans les textes normatifs...

On rejoint alors les raisons techniques qui incitent les rédacteurs des textes normatifs à y inclure des définitions.

b) Les raisons techniques

14 - S'il faut que le sens et la portée des textes soient clairs pour éviter l'insécurité juridique, le recours au seul langage courant ne saurait suffire. Le droit a aussi besoin de termes techniques pour traduire avec précision et exactitude des concepts techniques qui lui sont propres et pour ne pas obscurcir la règle par des périphrases qui en altèreraient le sens et en alourdiraient l'expression.

La vulgarisation systématique de toute technique est un leurre et un piège pour les profanes qui, se croyant informés, subissent inconsciemment tous les effets néfastes de leur incompetence. Des mots d'apparence courante ont souvent acquis, en matière juridique, un sens technique qu'ignorent les non-initiés et sur lequel ils risquent de se méprendre (p. ex. compromis, arrhes).

Le législateur ne peut donc s'interdire d'employer des mots rares ou des mots techniques. Ce qui importe, c'est qu'il utilise ces mots dans un sens constant que les justiciables et les juristes

peuvent aisément retrouver. Les rédacteurs du nouveau code de procédure civile, avec "un parti pris de non confusion", ont eu pour règle "de toujours utiliser un même mot ou une même formule, dans l'ensemble du code (p. ex. action, demande...), sans variations littéraires" (G. Cornu "La codification de la procédure civile en France", *Rev. Jur. et Pol.* 1986-3, et 4, 695). Les textes normatifs, les codes en particulier, ont besoin d'un "langage commun", sans pour autant se limiter au langage de la rue (M. Sparer et W. Schwab, *op. cit.*, p. 116).

Les définitions légales, qu'elles soient "matérielles" ou "formelles", ont ainsi pour objet de préciser le sens des concepts et des termes employés par le législateur. C'est ce que l'on appelle leur "fonction terminologique" (S. Balian, *op. cit.*, n° 195 et s.).

Les définitions légales donnent donc "la consistance des termes" en caractérisant les situations qu'ils désignent et en dégageant les critères de qualification juridique des faits (ex. contrat : art. 1101 C. civ., présomptions : art. 1349 C. civ....). Elles assurent leur "fixité" en cristallisant leur signification légale, telle qu'elle a été déterminée par les textes (*ibid.*).

15 - Elles contribuent alors aussi à la cohérence et la logique du système juridique.

On a justement souligné que la cohérence des règles dépend de la cohérence des mots qui en véhiculent l'esprit et le sens (S. Balian, *op. cit.*, n° 206). Les définitions sont des "instruments de clarification" (G. Cornu, art. précit. *Mélanges Vincent*, n° 3 et 31). Elles ont vocation à s'appliquer chaque fois que le terme défini est utilisé dans le texte spécial où elles figurent ou même dans les autres textes qui utilisent le même vocable.

Certaines définitions n'ont qu'un domaine limité à un texte. C'est le cas de la plupart des définitions des "statutes" anglo-saxons qui indiquent très souvent : "lorsque la loi ne prévoit pas autre chose, dans la présente loi, et à moins que le contexte n'indique clairement le contraire, les termes... signifient...". C'est aussi le cas quand le législateur français précise : "pour l'application de la présente loi..." ou "au sens de la présente loi...". On parle alors de "définitions terminologiques" (G. Cornu, art. précit., *Mélanges Vincent*, n° 15 et s.).

D'autres définitions s'appliquent à tout un corps de règles, tel un code, ou sont même transversales et susceptibles de s'appliquer dans tous les cas où le terme correspondant est employé, quelque soit le texte qui les emploie ; ainsi, les mots "immeubles", "mineur" ou "commerçant" sont-ils équivalents en toutes matières. Elles ont alors valeur générale et s'imposent tant qu'un texte spécial n'y déroge pas. Il s'agit, le plus souvent, de

définitions "réelles" (G. Cornu, *ibidem*, n° 9 et s.) qui décrivent des éléments du système juridique.

Ce sont ces dernières définitions qui, grâce à leur degré de rationalité, d'abstraction et de généralité, constituent des "unités logiques" et favorisent l'harmonie du système juridique dont elles sont d'importants éléments de coordination. Ce sont elles, en effet, qui permettent certaines des opérations essentielles de la méthode et de la pensée juridiques, la qualification et l'application du droit aux faits (J.L. Bergel "Différence de nature égale différence de régime", *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 255).

Ces différentes fonctions des définitions légales qui justifient leur utilisation et les inconvénients qu'on leur reconnaît déterminent diverses stratégies législatives.

DEUXIEME PARTIE DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES ET STRATEGIE LEGISLATIVE

16 - Au-delà des motivations relevant de sa *politique juridique*, le législateur est conduit à instituer des définitions dans les textes par des considérations de *technique juridique*.

A - LES CONSIDERATIONS DE TECHNIQUE JURIDIQUE

17 - L'intérêt sémantique et l'utilité scientifique des définitions légales ne sont pas uniformes. Ils varient selon les textes et les concepts ou les termes considérés.

L'attitude du législateur ne saurait donc être constante : il doit établir des définitions dans certains textes et s'abstenir d'en inclure dans d'autres ; alors qu'il est bon de définir certaines notions, il peut sembler préférable de ne pas préciser, dans les textes normatifs eux-mêmes, la signification de certains de leurs éléments.

a) Définitions légales et diversité des textes

18 - Il est d'abord certains textes pour lesquels le législateur a, en quelque sorte, de droit ou de fait, une obligation de définir.

En droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines, consacré par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, par le code pénal, par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (art. 11, al. 2) et, ayant valeur de principe fondamental, s'impose au législateur lui-même. "La détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables"

est exclusivement du domaine de la loi (art. 34, Constitution du 4 octobre 1958) ; celle des contraventions appartient au pouvoir réglementaire. Le juge ne peut, quant à lui, retenir que des actes qui ont fait l'objet d'une incrimination et ne peut prononcer que des peines prévues par la loi. La loi pénale doit donc définir les infractions qu'elle réprime et les peines qu'elle prévoit.

Si les définitions du code pénal sont imparfaites et si elles correspondent plus à des analyses de concepts, de simples énumérations ou des définitions nominales qu'à de véritables définitions, au sens aristotélicien de ce terme (R. Gassin, art. précit. R.R.J. 1987-4, 1017), elles n'en existent pas moins pour autant et sont l'expression législative des contraintes imposée au législateur par le principe de la légalité criminelle.

En droit international, on observe que les conventions internationales comportent presque toujours une série de définitions. Destinées à s'appliquer à des systèmes juridiques différents et rédigées en des langues différentes, leurs termes doivent être suffisamment précisés pour être compris de la même manière par tous. Ces définitions correspondent donc à une nécessité ; elles ont une portée limitée et une fonction interprétative (S. Balian, op. cit., n° 63).

Pourtant, bien des traités préfèrent ne pas définir des concepts jugés trop contraignants, trop politiques ou trop rigides, même s'ils semblent essentiels (ex : le concept de développement que ne définissent ni la Charte de l'O.N.U., ni aucun autre traité), plutôt que de s'engager davantage (M. Flory, art. précit., R.R.J. 1986-4, 85 et s.). La nécessité d'installer des références et un langage communs dans les textes internationaux n'a donc, bien souvent, que des effets limités.

19 - Au-delà des cas où le législateur est ainsi plus ou moins contraint de définir certaines notions ou certains termes dans les textes, son attitude à l'égard du procédé des définitions légales est très différente selon qu'il s'agit de textes fondamentaux et généraux ou de textes spéciaux et circonstanciels.

Dans des textes fondamentaux, surtout dans les codes qui constituent des corps de règles homogènes et cohérents, l'articulation nécessaire des concepts, des catégories et des règles s'appuie sur un certain nombre de notions communes qu'il faut définir car elles sont le ciment de la construction législative.

La réflexion sur laquelle il se fonde et la permanence de ses règles justifient l'inclusion de certaines définitions dans un code car il faut y cristalliser le sens de concepts importants pour l'ensemble d'une matière, voire pour tout le système juridique. Mais un code, comme tout autre texte fondamental ou de portée générale, n'a pas à régler tous les détails et n'a pas pour objet de

préciser le sens de chaque terme ou le contenu de chaque notion. Il deviendrait alors fastidieux, confus et disparate et figerait le droit de manière inconciliable avec la flexibilité qu'exige la permanence de ses règles.

Si, donc, des définitions sont nécessaires dans les textes fondamentaux, le législateur ne doit pas en abuser. Les auteurs du code civil n'ont établi qu'un nombre limité de définitions (G. Cornu, art. précit. *Mélanges Vincent*, n° 1 ; J.L. Bergel, art. précit., R.R.J. 1986-4, n° 2). Les rédacteurs du nouveau code de procédure civile n'ont fait qu'un usage modéré des définitions légales (G. Cornu "La codification de la procédure civile en France", art. précit., p. 696 ; L. Coupet, art. précit. R.R.J.1987-4, 1051). Le nouveau code de procédure civile ne contient que trente à quarante définitions pour 1.500 articles et environ un millier de termes de procédure.

Dans de telles oeuvres législatives, il semble opportun de ne définir que des notions communes aux diverses matières traitées, des concepts fondamentaux et encore mal fixés ou des notions techniques qui ont besoin d'être précisées (p. ex. contrat, demande ou action en justice, propriété, terme, condition, solidarité, assignation, signification, jugement exécutoire...).

20 - Les textes spécialisés ou de circonstances, en revanche, n'ont pas, en principe, à définir des notions générales qui sont définies ou connues par ailleurs et dont le sens s'appuie déjà sur le stock de définitions que fournit le droit commun.

Ils n'ont à établir de définitions que pour déroger à celles du droit commun ou les spécifier (société commerciale), pour fixer le domaine d'application des textes (définition de l'accès aux documents administratifs et des documents concernés dans la loi du 17 juillet 1978), pour éviter une ambiguïté, pour étendre ou limiter le sens habituel d'un terme ou d'une expression (notamment sur un mot employé dans un sens différent de son sens ordinaire), pour préciser des termes techniques (juridiques ou non) et pour permettre une simplification systématique de l'expression, en évitant notamment des répétitions ou des périphrases qui obscurcissent le texte (V° p. ex. L.P. Pigeon, op. cit., p. 26 ; P. Issalys, op. cit., 2, 30).

Cela explique que l'on trouve assez peu de définitions dans les textes spécialisés, en droit français, et qu'il s'y agisse souvent de définitions "terminologiques", utiles pour donner un sens précis à des termes techniques ou technologiques et pour marquer leur portée limitée au texte dans lequel elles se trouvent (G. Cornu, art. précit. *Mélanges Vincent*, n° 33 et s.). Le droit économique ou social fournit de bonnes illustrations de ces méthodes normatives (P. Leclercq, E. Putman, J.Y. Chérot,

art. précités, R.R.J. 1986-4). Ceci explique peut-être aussi l'abondance de définitions terminologiques dans les "statutes" anglo-saxons qui apparaissent comme des textes spécialisés et dérogoires à la "common law".

21 - Si l'objet des divers textes normatifs semble donc bien être déterminant de l'utilisation des procédés de définition légale des termes et des concepts, la nature formelle ou organique des textes semble, à cet égard, indifférente.

Sous réserve des différences de compétence et d'objet qui s'attachent à la nature législative ou réglementaire des textes et des effets de la hiérarchie des normes, on constate que l'on rencontre des définitions dans toutes sortes de textes, même si les types dominants de définition y sont dosés différemment. Les déclarations et pactes internationaux, la Constitution, les lois et les textes réglementaires de tous niveaux comportent les uns comme les autres des définitions qui ne sont nullement l'apanage d'un type formel particulier de norme (S. Balian, op. cit., n° 56 et s.).

On peut, alors, se demander si, selon les termes à définir, le législateur a recours aux définitions légales ou réglementaires ou s'abstient d'en établir.

b) Définitions légales et termes à définir

22 - Pour étancher une certaine soif de rationalité, on est naturellement enclin à rechercher un critère de définition ou de non définition légale des termes et notions employés dans les textes législatifs et réglementaires.

M. Balian a ainsi tenté de dégager des principes de la stratégie législative à cet égard (op. cit., n° 69 et s.). De multiples exemples à l'appui, il distingue des "termes-objet" de règles, utilisés par la loi pour en faire l'objet principal des dispositions qu'elle établit (p. ex. la publicité, les enseignes et préenseignes dans la loi relative à la publicité, les enseignes... du 29 décembre 1979), et les "termes déterminants", destinés seulement à déterminer la mise en oeuvre de ces dispositions (p. ex. pour l'application du droit aux prestations familiales aux personnes réunissant les conditions posées par les art. L. 511 et L. 512 C. sécurité sociale, le sens des termes "résidant en France", art. 2, décret 17 mars 1978).

Les "termes-objet", qui désignent, selon lui, des institutions, des catégories de personnes ou de biens et des notions juridiques constitueraient le domaine privilégié des définitions légales.

En revanche, les "termes déterminants", "mots-clés" commandant la portée d'un texte et traduisant l'intention du législateur (p. ex.

grosses réparations : art. 606 C. civ.) ou "notions-cadres" que le législateur laisse volontairement dans le vague pour permettre une appréciation souple des situations (p. ex. intérêt de la famille : art. 217 C. civ.), ne seraient qu'exceptionnellement définis dans les textes.

23 - Si séduisante soit-elle, cette présentation n'est pas tout à fait réaliste car il semble que le législateur ne se décide pas à établir des définitions ou à s'en abstenir en fonction de principes et de critères précis, mais plutôt pour des raisons ponctuelles et diverses.

On peut tout au plus observer, semble-t-il, qu'il définit évidemment davantage des notions déterminées que des notions souples, des notions spécifiques et dérogatoires que des notions générales, des notions techniques ou des termes employés dans un sens inhabituel que des choses ou des mots courants.

On remarque aussi, dans les codes, un certain nombre de définitions portant sur des concepts juridiques essentiels ou nécessaires à l'articulation de leurs dispositions.

Cette attitude varie selon les textes concernés (V° supra n° 19 et s.) et dépend aussi de considérations de politique juridique.

B - LES CONSIDERATIONS DE POLITIQUE JURIDIQUE

24 - On sait que le législateur est conduit à établir plus ou moins de définitions dans les textes selon qu'il entend lier le juge ou lui laisser un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation (V° supra n° 12 et 13).

Son attitude varie donc selon les systèmes juridiques, les époques, l'esprit de la loi, les matières...

On a constaté que le code civil comporte un ensemble important de définitions concernant le droit des biens et des obligations mais qu'il n'en comporte pratiquement pas en droit des personnes et de la famille (J.L. Bergel art. préct. R.R.J. 1986-4, n° 10 et 11). Les importantes réformes contemporaines du droit des personnes et de la famille marquent la volonté du législateur de déléguer au juge un large pouvoir de décision en imprimant délibérément aux critères légaux une grande souplesse et en lui attribuant un large "pouvoir modérateur" (G. Cornu "La refonte dans le code civil français du droit des personnes et de la famille", Rev. Jur. et Pol. 1986-3 et 4, 686). Les textes fourmillent de "standards" ou de "notions-cadres" intentionnellement floues, telles que "l'intérêt de l'enfant" ou de la famille ou les "conséquences d'une exceptionnelle dureté..." qui ne peuvent être définies de manière absolue mais seulement partielle

et qui sont laissées à l'appréciation du juge. On n'y trouve donc pas de définitions légales.

Dans un droit essentiellement prétorien, comme le droit administratif, fondé sur des "notions-cadres" telles que l'intérêt général, l'ordre public, l'utilité publique..., il y a naturellement fort peu de définitions légales des concepts fondamentaux (A. Baldous et J.P. Négrin, art. précit. R.R.J. 1987-4, 1043).

25 - L'attitude qui consiste à rédiger les textes dans le langage le plus courant possible dispense aussi le législateur de définitions qui seraient pourtant utiles à la cohérence du système juridique et à la sécurité juridique.

Dans les systèmes anglo-saxons où les "statutes" apparaissent comme un droit d'exception à la "common law" et où l'on peut ressentir maintenant la nécessité d'encadrer l'immense pouvoir traditionnel du juge, on comprend que le législateur use systématiquement de définitions terminologiques à portée limitée.

CONCLUSION

26 - En définitive, on observe que, par rapport à la multitude des concepts et des vocables qu'ils utilisent, les textes français comportent assez peu de définitions.

Techniquement, il semble inutile de définir les mots du langage courant et aléatoire d'établir des définitions légales, elles-mêmes sujettes à interprétation. Les définitions, dans les textes, ne servent alors qu'à assurer la cohérence du système juridique grâce à un arsenal conceptuel et terminologique commun et à expliciter des termes nouveaux ou mal connus.

Les textes législatifs et réglementaires n'usent que modérément du procédé de la définition pour fixer des concepts fondamentaux ou techniques, quand il s'agit de textes généraux et, spécialement, de codes. Les textes spécialisés ou de circonstance, déjà alimentés par le stock commun des définitions juridiques, n'ont à définir que pour déroger au sens commun, pour déterminer leur domaine d'application, préciser des termes techniques ou simplifier leur expression.

Bien que le législateur semble définir plus pour des raisons ponctuelles qu'en fonction de principes méthodologiques établis, il s'attache à définir davantage des notions déterminées que des notions à géométrie variable, plus les notions spécifiques ou dérogatoires que les notions générales, plus les termes techniques ou dont le sens est inhabituel que ceux du langage courant.

Quant à sa politique juridique, le législateur adopte des attitudes différentes selon les systèmes juridiques, les époques, l'esprit de la loi et les matières.

Il est des domaines dans lesquels on s'efforce d'encadrer le juge par des définitions et d'autres où l'on s'abstient de définir dans les textes afin de laisser au juge un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation.

Toute systématisation est ici difficile. Chacun a sa propre vision du bon dosage des pouvoirs du juge et chacun adopte, à cet égard, des positions variables selon les cas et évolutives. Après avoir nous-mêmes pensé qu'il fallait, pour des raisons de sécurité juridique, limiter l'arbitraire du juge, nous serions plutôt partisan maintenant, dans certaines matières, de laisser au juge un large pouvoir d'appréciation, pour donner une meilleure flexibilité à la règle de droit et mieux tenir compte de la plasticité des faits.

Il faut d'ailleurs observer que, selon les cas, la meilleure technique législative dépend autant de la méthodologie des définitions légales que du principe même de leur existence...

**METHODOLOGIE ET MODALITES DES
DEFINITIONS DANS LES TEXTES
LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES**

Par

Jean-Louis SOURIOUX

Ancien Doyen, Professeur à l'Université de Paris II

et

Pierre LERAT

Professeur à l'Université de Paris XIII

METHODOLOGIE ET MODALITES DES DEFINITIONS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

Par

Jean-Louis SOURIOUX

Ancien Doyen, Professeur à l'Université de Paris II

et

Pierre LERAT

Professeur à l'Université de Paris XIII

"Si l'on définit, comment doit-on le faire ?". A cette question posée dans la réunion du 24 octobre 1986 de l'Atelier de Méthodologie Juridique, on ne peut répondre valablement qu'à la condition d'avoir inventorié les diverses façons de définir en usage dans les textes législatifs et réglementaires. Grâce à un certain nombre de travaux récents ou en cours, notamment ceux de Serge Balian et de vote Atelier, les modalités des définitions dans ces textes peuvent être considérées comme répertoriées de façon suffisamment large.

Dans ces conditions, quel peut être l'apport d'un regard linguistico-juridique en la matière ? En premier lieu, une approche linguistique des définitions semble de nature à opérer la transformation d'un inventaire des modalités en une typologie des façons de définir au sens large. En second lieu, une étude des spécificités selon les discours juridiques devrait permettre de prévoir quelle sorte de définition convient aux différents supports textuels. Autrement dit, nous allons commencer par les modalités sémantiques des définitions et finir par la méthodologie pragmatique de leur bon usage. Nous le ferons en nous limitant par commodité à un corpus d'énoncés relevant exclusivement de textes français à la fois anciens et récents, en puisant surtout dans les annexes de *l'Essai sur la définition dans la loi*, plus spécialement la lettre A.

I - MODALITES

Ce qui frappe d'abord, c'est la variété des formulations. Il n'existe pas de structure canonique de l'énoncé définitoire, et le schéma de la définition aristotélicienne ("X est un Y qui etc.") est loin d'être grammaticalement constant. En outre, il convient de distinguer, en matière de contenus, les sens des expressions considérées et les simples désignations, qui sont d'un autre ordre encore que beaucoup d'auteurs ne les séparent pas clairement.

A - Les formulations des énoncés définitoires

1 - Les définitions proprement dites

L'équivalence sémantique se traduit, ici comme ailleurs, par le verbe *être*, auquel sont associées depuis toujours les définitions par le genre commun et la différence spécifiques : définition dite "logique", "essentielle", "hiérarchie-être", etc... Ex : "L'acte authentique est celui qui..." (art. 1317 C. civ.).

Une variante est *on entend par*. Ainsi, dans un décret cité par le Doyen G. Cornu (1981, p. 80), "on entend par "pollution" l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances, etc..").

Lorsque la définition est fonctionnelle et non pas substantielle, on trouve notamment *être destiné à*. C'est le cas dans le Code des Communes (nouvel art. R. 361-35) : "Les chambres funéraires sont destinées à recevoir, avant l'inhumation ou la crémation, les corps des personnes dont le décès n'a pas été causé par une maladie contagieuse". Il en est de même avec le verbe *déterminer*.

Ex : "Le plan détermine les choix stratégiques et les objectifs etc." (art. 1er de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification).

Il est à remarquer que *signifier* et *avoir le sens de* ne sont pas en usage dans les règles de droit, où l'important est le concept, non la formulation en tant que telle.

Ex : L'acte authentique est celui...

Acte authentique signifie celui...

Acte authentique désigne celui...

L'acte authentique signifie/désigne celui...

En revanche, une formulation très courante est *au sens de*. Mais elle ne définit pas par elle-même, elle renvoie seulement à un texte définitoire.

2 - Les dénominations

L'activité de dénomination est à ce point le pendant de celle de définition que bien souvent l'on ne distingue pas les deux opérations complémentaires. Pourtant, il s'agit de processus sémiotiques inverses : "dans le cas de la définition, on cherche à préciser le *signifié* d'un terme en passant d'un *signifiant* à plusieurs (...). La dénomination, au contraire, part de plusieurs signifiés et aboutit à un seul signifiant" (J. Rey-Debove in B. Pottier et al.).

Formellement, la différence se repère aux verbes exprimant la relation d'équivalence.

Définition : "Une petite mouche est un moucheron"

Dénomination : "Une petite mouche s'appelle/se nomme/est appelée *moucheron*" (G. Kleiber, 1984, p. 78).

a) *s'appeler*

Ex : (cité par J.-L. Bergel, p. 39) : *alluvions* (art. 556 C. civ.).

b) *être dénommé*

Ex : (cité par G. Cornu, p. 80) : "Sont dénommés *haltes-garderies* les établissements permanents etc."

c) *être dit*

Ex : "Est dit "enfant secouru" l'enfant que son père, sa mère etc." (in Balian, p. 36).

d) *être qualifié (de)*

Ex : *aéronefs* (art. L. 110-1 du Code de l'Aviation Civile).

e) *être réputé*

- + adjectif

Ex : *durable* (art. 1348 C. civ. modifié par la loi du 12 juillet 1980).

- + groupe verbal

Ex : *être en position d'activité* (art. 33 al. 1 et 2 de la loi du 11 janvier 1984 sur la fonction publique).

La voix active est utilisée également.

Ex : "La loi réputé acte de commerce..." (art. 633 C. Com.).

f) *être considéré comme*

Ex : "Sont considérées comme parents isolés les personnes veuves, divorcées, etc." (in Balian, p. 61).

g) *être censé*

Ex : "La chose est censée litigieuse..." (C. civ. art. 1700, cité par G. Cornu, p. 80).

h) *être rangé dans la classe de*

Cette formulation ancienne est attestée dans le Code civil (art. 584), où Danièle Bourcier (p. 118) a relevé le cas de "Les prix des baux à ferme sont rangés dans la classe des fruits civils".

3 - Les désignations

Ex 1 : *arbre de transmission* : "Au sens du présent décret, l'expression "arbre de transmission à cardans" désigne tout arbre de transmission muni de cadrans, etc." (in Balian, p. 9).

Ex 2 : "Aux fins du présent Code le terme "le Comité des Ministres" désigne le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe" (art. 1er du Code européen de Sécurité Sociale).

Sans trop anticiper, on peut dès maintenant observer que dans le 1er exemple la désignation est générique (*tout*) tandis que dans le 2ème elle est spécifique. C'est pourquoi il faut dépasser l'étape préalable de l'inventaire des formes pour aborder maintenant les contenus.

B - Les contenus des énoncés définitoires1 - Le sens : la compréhension du concept

L'usage de tout mot est réglé par une relation codée entre une forme et un sens plus ou moins stables. Dans le cas des unités terminologiques, ce sens est particulièrement stéréotypé, puisqu'il est constitutif d'un savoir scientifique ou technique.

En droit, il va de soi que le flou n'est tolérable que pour autant que le législateur le juge souhaitable. D'où l'importance des compléments de définitions, éléments de régime que les lexicographes de la langue jugent plus ou moins déplacés dans les dictionnaires mais que les auteurs d'encyclopédies considèrent comme indispensables.

La technique de la définition est elle-même dépendante de la nature conceptuelle des mots à définir. Plus on tend vers le nom propre ou vers la description définie telle que le *garde des sceaux*, plus on s'éloigne de la possibilité d'une définition élégante, par le genre commun et la différence spécifique. En même temps, plus on perd en matière de sens conceptuel, plus on gagne en matière de dénotation et de désignation.

2 - La dénotation : l'extension du concept

La dénotation, rappelons-le, est la "relation qui unit un item lexical à une classe d'objets (cf. *chat* dénote la classe des chats)" (G. Kleiber, p. 80). Cette union est induite par le sens, en règle générale, comme le montre l'exemple de *chat*, mais elle pose des problèmes de limites dès lors que des enjeux sont liés à l'inventaire des objets auxquels on peut légitimement appliquer un mot. C'est précisément parce que le droit est obligé de prévoir des assimilations qu'il élargit explicitement le champ de la notion d'"activité" à l'aide de *est aussi réputé* ou celle de "fruits civils" à l'aide de *sont rangés dans la classe de*. Il y a bien ici définition au sens étymologique ("tracer des contours"), mais non pas, à proprement parler, au sens lexicographique. En revanche, le juriste y trouve le cas échéant une sorte d'appendice de définition, indispensable du point de vue de l'interprétation optimale de la loi.

A l'inverse, la classe des objets auxquels s'applique légitimement une notion juridique peut exclure explicitement des sous-ensembles qu'il importe de faire échapper à l'extension du concept.

Ex : "Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires tels que les ravages de la guerre, etc." (art. 1773 C. civ.).

3 - La désignation : l'identification des objets

La désignation est un phénomène lié à la parole, ou au texte, et non pas à la langue, ou à la doctrine, contrairement à la dénomination, par laquelle une unité lexicale est codée, c'est-à-dire "associée mémoriellement à un référent" (G. Kleiber, p. 82). L'usage du verbe *désigner* ne reflète pas cette différence. Alors que, "contrairement aux phrases de dénomination, les phrases de désignation ne présupposent nulle dénomination préalable" (ibid., p. 88), *désigner* s'emploie aussi bien pour les unités codées dans la langue, comme *moucheron* ("*moucheron* désigne une petite mouche") que pour les noms propres ("*ACCT* désigne l'Agence de Coopération Culturelle et Technique").

La désignation, dans les énoncés observés précédemment, est toujours une identification normative, mais c'est le domaine de validité qui est plus ou moins large. A un pôle, on trouve le cas d'*arbre de transmission à cardans*, applicable à "tout arbre de transmission muni de cardans". A l'autre, on a affaire à un simple procédé d'économie du discours : le *Comité des Ministres* est une

simple description définie anaphorique, une ellipse commode de *Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*, sans risques puisque son usage est explicitement réservé aux initiés.

II - METHODOLOGIE

Le relevé des modalités serait de peu d'utilité s'il ne rendait pas possible une appréhension plus fine de la nature de la définition juridique. Il nous paraît d'une bonne méthodologie de rechercher non seulement ce qu'elle est mais aussi ce qu'elle n'est pas.

A - Ce qu'elle est

1 - Toujours une implication au moins

Le raisonnement de type : "si... alors" est sous-jacent à toute formulation telle que "X est un Y" et à ses variantes.

a) L'implication stricte est présente dans un énoncé conditionnel tel que "le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque, etc... (art. 1102 C. civ. cité par G. Cornu, p. 80). Ce qui veut dire : si les contractants, ainsi que le précise la suite de l'article, "s'obligent réciproquement les uns envers les autres" alors nécessairement le contrat est réputé synallagmatique.

De même, la dénomination correspond à une implication telle que si un appareil est capable de s'élever ou de circuler dans les airs, il doit être considéré comme un aéronef pour l'application du Code de l'Aviation Civile.

Bien plus, une simple désignation textuelle impose nécessairement une interprétation restrictive comme on peut en juger d'après l'exemple du Comité des Ministres.

b) L'inférence probable caractérise tout particulièrement les présomptions. Celles-ci sont d'après le Code civil (art. 1349) des "conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu". Ainsi, "si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu" (art. 721, al. I C. civ.).

2 - Souvent une classification

L'exemple des aéronefs peut être à nouveau invoqué parmi beaucoup d'autres.

Il est intéressant de noter que les catégorisations juridiques, fort nombreuses, ne prennent pas forcément la forme

d'une définition proprement dite. Ainsi, on s'en tient au genre commun dans l'exemple du vagabondage : "le vagabondage est un délit" (art. 269 C. pén.). Encore faut-il bien voir que la qualification peut être dans l'écriture du texte normatif la première phase d'un discours dont le coeur est une définition à proprement parler. C'est précisément ce qui se passe dans le cas du vagabondage car l'article 270 définit les vagabonds par le genre commun ("sont ceux") et la différence spécifique ("qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession"). Cet enchaînement n'est ni fortuit ni propre au droit pénal : la preuve en est qu'on l'observe également, par exemple, dans les articles 688 et 689 du Code civil au sujet des servitudes.

B - Ce qu'elle n'est pas

1 - Réelle ou nominale

Pour classique qu'elle soit, la distinction que font notamment les anglo-saxons entre "nominal definitions" et "real definitions" n'est pas dépourvue de toute ambiguïté.

D'un côté, il y aurait, comme l'a rappelé ici même Mademoiselle Grivart de Kerstrat, des définitions de mots, de l'autre, des définitions de choses.

Or, la relation des mots et des choses n'est rien sans la médiation des concepts : c'est par rapport à ceux-ci que se distinguent quels que soient les mots considérés les opérations de définition et de dénomination.

Certes, d'un point de vue scientifique, la définition du contrat est indiscutablement plus proche du coeur des choses juridiques que celle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, mais la technique de la définition ne saurait se confondre avec la nature de la matière définie.

De plus, à opposer des définitions réelles à des définitions nominales, ne court-on pas le risque de survaloriser en les réifiant voire en les déifiant des concepts propres à telle famille juridique, et en même temps celui de dévaloriser des créations frappées au coin du pragmatisme mais dont l'utilité éclate, spécialement dans l'ordre international ? En ce domaine, il est nettement préférable de parler comme le doyen Cornu de définitions "conventionnelles" (p. 91).

2 - Légale ou réglementaire

On pourrait être tenté de faire l'hypothèse qu'en droit français la nature des supports textuels a une influence sur la

formulation des définitions. La loi ne serait-elle pas le support privilégié des définitions scientifiques, le règlement se contentant de formuler des définitions opératoires ?

On trouverait, certes, facilement des exemples favorables mais pour l'heure il serait prématuré de se prononcer en l'absence d'enquêtes statistiquement significatives. De toutes façons, il vaut mieux éviter, d'un point de vue terminologique, une dénomination telle que *définition légale*. L'inconvénient en est, en effet, au moins double : d'une part, il est dangereux de postuler a priori une spécificité non démontrée ; d'autre part, les définitions des textes de loi sont bien souvent d'origine doctrinale et s'en ressentent.

Les deux pôles entre lesquels oscille la rédaction des définitions semblent, en fin de compte, être les suivants. D'un côté, la définition systématique correspondant à ce que le doyen Cornu appelle "le type dogmatique français" (p. 81) et conforme à la tradition aristotélicienne. A l'opposé, la définition pragmatique, plus directement tributaire d'une activité juridique déterminée, a une fonction plus étroitement utilitaire. Cette appellation de pragmatique paraît préférable à "terminologique", du fait que le vocabulaire scientifique relève tout autant de la terminologie que les mots simplement techniques.

Cette division, si on l'accepte, en recoupe peut-être une autre. Il se pourrait, mais ce n'est qu'une hypothèse reflétant peut-être la hiérarchie textuelle française, que la définition systématique domine tendanciellement dans les textes autonomes et la définition pragmatique dans les textes d'application.

Une hypothèse plus générale pour finir. Le bon usage de telle ou telle sorte de définition, au sens étroit ou au sens large, ne serait-il pas affaire de statut de ceux qui se voient reconnaître le pouvoir de définir et des destinataires des textes ? Cette question soulève, en particulier, le problème des rapports entre le législateur (au sens large) et le juge (v. notamment la discussion lors de la séance du 10 avril 1987 de l'Atelier de Méthodologie Juridique). Elle pourrait aussi servir de fil directeur pour comprendre comment sont rédigées les définitions qui constituent l'essentiel des arrêtés émanant des Commissions ministérielles de terminologie. Elle aiderait également à prendre conscience de la nécessité de trouver "une terminologie uniforme en plusieurs langues" qui rendrait "à la communauté internationale un appréciable service" (D. Tallon, p. 403).

BIBLIOGRAPHIE

BALIAN Serge :

- Essai sur la définition dans la loi, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Paris II, 1986.

BERGEL Jean-Louis :

- Typologie des définitions dans le Code civil, Droit Prospectif, 1986-4, pp. 31-46.

BOURCIER Danièle :

- Argumentation et définition en droit, Langages, n° 42, juin 1976, pp. 115-123.

CORNU Gérard :

- Les définitions dans la loi, Mélanges dédiés à J. Vincent, Dalloz, 1981, pp. 77-92.

GRIVART de KERSTRAT Françoise :

- Exposé sur les définitions dans les "statutes" anglais, Atelier de Méthodologie juridique, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, réunion du 10 avril 1987.

KLEIBER Georges :

- Dénomination et relations dénominatives, Langages, n° 76, décembre 1984, pp. 77-94.

POTTIER Bernard et alii :

- Le Langage, Centre d'étude et de promotion de la lecture, Paris, 1973.

TALLON Denis :

- "Questions de langage, à propos des textes d'unification de la vente mobilière", Mélanges Piatowski, 1985, p. 393 à 403.

**L'INTERPRETATION ET LE DEVENIR
DES DEFINITIONS LEGISLATIVES ET
REGLEMENTAIRES**

Par

Jacques HERON
Professeur à l'Université de Caen

L'INTERPRETATION ET LE DEVENIR DES DEFINITIONS LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES

Par

Jacques HERON
Professeur à l'Université de Caen

1. Le thème de l'interprétation et du devenir des définitions législatives et réglementaires peut être abordé de diverses façons. Il ne saurait être question, dans un exposé d'une durée nécessairement limitée, de les voir toutes les unes après les autres. Il faut en choisir une et tenter, sinon d'en épuiser la matière, du moins d'en donner un aperçu significatif. M. le Professeur Bergel, qui organise si bien ce colloque, m'a laissé sur ce point toute liberté. Il me semble même avoir discerné, dans les propos qu'il m'a tenus au téléphone, quelque incitation à privilégier une approche structurale de l'interprétation et du devenir des définitions. Comment pourrais-je ne pas y être sensible ? Et, puisque l'on flatte mon vice, je m'y laisserai aller, avec de surcroît un sentiment agréable de bonne conscience.

2. Peut-être faut-il commencer par s'expliquer sur ce qualificatif de "structural", dont l'usage n'est pas très répandu dans les disciplines juridiques. La chose et le mot viennent de Henri Motulsky, qui, dans un article intitulé *Le droit subjectif et l'action en justice* (1), écrivait ceci : "J'estime qu'en théorie générale du droit, il faut se faire" des notions juridiques "une conception structurale". Il reprenait ainsi la méthode qu'il avait exposée dans sa thèse sur les *Principes d'une réalisation*

(1) H. Motulsky, "Le droit subjectif et l'action en justice", Archives de la philosophie du droit, Paris, 1964, p. 215 et s.

méthodique du droit privé (2). Selon cette méthode, il faut toujours partir de la structure de la règle de droit, qui comporte deux parties : un présupposé, dans lequel sont énumérées les conditions posées par le législateur, et un effet juridique qui "correspond à l'impératif de la règle de droit". Le présupposé et l'effet juridique sont reliés entre eux par un rapport d'imputation ou, selon les cas, de non-imputation : tantôt, la règle pose que la réalisation des faits énoncés dans le présupposé entraîne tel effet juridique (tout condamné à mort aura la tête tranchée), tantôt elle énonce que la réalisation de ces faits n'entraînera pas telle conséquence juridique (les transactions, dit l'article 2052 du Code civil, ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion, ce qui revient à dire que l'existence d'une erreur de droit demeure sans influence sur la validité de la transaction).

En dehors de l'oeuvre même de Henri Motulsky, divers travaux ont déjà été menés à partir de cette méthode. En droit inter-nationale privé, mon maître, M. le Professeur Pierre Mayer, a étudié les conséquences qui résultent de la différence de structure entre les règles et les décisions (3). J'ai essayé, de mon côté, d'aborder de cette façon les problèmes que suscite l'application de la loi dans le temps, en droit interne et en droit international privé (4). Il est alors apparu opportun de schématiser la règle de droit pour donner plus de rigueur et plus de clarté aux raisonnements suivis. En appelant A le présupposé, et B l'effet juridique, on exprime, sous la forme A i B ou, selon les cas, A n B, la règle de droit et sa structure de type : "Si..., alors...".

3. C'est de cette façon encore que je voudrais aborder devant vous, ce matin, la question de l'interprétation et du devenir des définitions. Ce choix, par les implications qu'il contient, ne présente pas que des avantages, j'en suis bien conscient. D'abord, il est possible que cette approche paraisse ardue. J'essaierai de la rendre moins difficile au moyen de quelques exemples, et, compte tenu de mes préoccupations actuelles, ces exemples seront tirés pour l'essentiel du droit judiciaire privé. En second lieu, je serai conduit à laisser de côté des problèmes intéressants, parce qu'ils ne dépendent pas de la place qu'occupe la définition dans la structure de la règle de droit. Par exemple, je n'évoquerai pas l'évolution historique de l'interprétation, même s'il est important

(2) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Paris, 1948.

(3) P. Mayer, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Paris, 1973.

(4) J. Héron, "Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil)", Rev. trim. dr. civ. 1985, 277, "L'application dans le temps des règles de conflit", Rev. crit. dr. int. pr. 1987, 305.

de savoir si l'attitude des tribunaux, interprètes privilégiés des définitions, s'est modifiée ou non dans le temps, et, si oui, dans quelle mesure et pour quelles raisons.

L'approche que j'ai retenue me conduira d'abord et principalement à mener un travail d'analyse de l'interprétation des définitions. Concrètement, lorsque le juge, pour ne parler que de lui (mais le problème est le même pour tout interprète quel qu'il soit), lorsque le juge donc est conduit à interpréter une règle A i B ou une règle A n B, en quoi consiste exactement l'opération juridique à laquelle il se livre ? Quelle est la modification qu'il apporte à la règle et comment se traduit-elle dans la formulation de la règle ? C'est, à mon sens, l'intérêt essentiel d'une étude structurale du droit que de donner une meilleure connaissance des mécanismes juridiques, mais ce n'est pas toujours le seul. L'analyse structurale peut encore aider à comprendre comment le juriste peut ou doit utiliser le mécanisme étudié. Dans le cas de l'interprétation des définitions, je crois qu'elle peut éclairer la façon dont s'opère le choix de l'interprète. En particulier, elle permet de réfléchir sur le point suivant : le choix d'une interprétation déterminée au détriment d'une autre est-il inhérent à la règle elle-même, ou bien lui est-il extérieur ? S'il apparaît que ce choix dépend de considérations étrangères à la règle, il faut se demander si la liberté de l'interprète ne connaît aucune limite. Précisément, les définitions pourraient bien avoir cet effet que de restreindre les pouvoirs de l'interprète.

L'analyse de l'interprétation des définitions (I) et le choix de l'interprétation des définitions (II), tels sont les deux points que je traiterai successivement.

I - L'ANALYSE DE L'INTERPRETATION DES DEFINITIONS

4. Dans ce premier développement, il s'agit de rechercher, compte tenu de la structure de la règle de droit, en quoi consiste l'interprétation des définitions. La première chose à faire est donc de s'interroger sur la place de la définition dans la règle de droit (A). Ce n'est qu'ensuite que pourront être étudiés les mécanismes de l'interprétation (B).

A - La place de la définition dans la règle de droit

5. Les comptes-rendus des séances qu'a tenues l'an dernier l'Atelier de méthodologie (5) font apparaître que, de temps en temps, les intervenants s'interrogeaient sur la notion de définition, et se demandaient s'il n'y avait pas lieu de distinguer les vraies définitions par opposition à d'autres qui n'en seraient que de fausses. L'analyse structurale à laquelle j'essaie de me livrer présentement est peut-être à même d'apporter quelques précisions sur ce point. Dans son article sur *Les définitions dans la loi* (6), M. le Doyen Cornu a fait ressortir l'existence de deux types différents de définitions, les définitions réelles ou systématiques et les définitions terminologiques ou pragmatiques. Les différences qui les séparent, et sur lesquelles il a justement insisté, ne doivent pas dissimuler un point commun, essentiel pour nous, qui est que, dans les deux cas, la définition prend place dans le présumé de la règle.

6. Il convient de s'arrêter quelques instants sur ce point pour souligner d'abord que la définition ne constitue pas une règle complète à elle seule. Si cela était, il existerait, dans la définition, un présumé qui serait relié à un effet juridique par un rapport d'imputation. Contrairement aux apparences, ce n'est pas le cas.

Un exemple le montrera très clairement. L'article 388 du Code civil définit le mineur comme "l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis". Peut-on dire que cet article contient une règle qui s'énoncerait ainsi : "Si un individu de l'un ou l'autre sexe n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis (présupposé), il en résulte (rapport d'imputation) qu'il est mineur (effet juridique)" ? Cette formulation serait inexacte. En effet, entre les deux propositions, il n'existe pas un rapport d'imputation, mais seulement un rapport d'équivalence. Dans une véritable règle de droit, la réunion de certains faits entraîne un effet de droit différent des faits visés par le présumé. La règle ne s'énonce pas A i A, ce qui n'a pas de sens, mais A i B : ainsi, dans l'article 1382 du Code civil, l'existence d'une faute génératrice d'un dommage n'entraîne pas l'existence d'une faute génératrice d'un dommage, elle entraîne l'obligation de réparer. Dans l'article 388, il n'en va pas de même parce qu'il n'existe aucune différence entre le fait d'être mineur et le fait de ne pas avoir dix-huit ans accomplis. L'un est strictement équivalent à l'autre. L'article 388 du Code civil donne

(5) V. en particulier E. Putman, "Recherche sur les définitions dans les lois commerciales", *R.R.J.*, 1986-4, 49, n° 5 et s.

(6) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, 1981, p. 77 et s.

le sens du mot mineur. Réciproquement, au lieu de parler, à propos de telle ou telle règle, de l'individu qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis, on peut dire plus simplement le mineur. La définition indique ce qu'il y a dans une notion ou dans un terme. Ainsi peut-on savoir quand sont remplies les conditions énoncées dans le présupposé et donc quand il y a lieu de faire jouer la règle de droit.

7. Si la définition prend place dans le présupposé de la règle, il faut réciproquement écarter les définitions ou prétendues définitions qui ne s'y trouvent pas. Je crois qu'il en existe de deux sortes.

Il y a d'abord ce que j'appellerai les définitions doctrinales. Il s'agit de définitions de notions qui ne figurent dans aucune règle de droit. Dans ces conditions, pourquoi sont-elles insérées dans les textes ? Quel en est l'intérêt ? L'intérêt peut être pédagogique : les rédacteurs du texte ont entendu faciliter la compréhension des articles suivants. Ce qui les caractérise, c'est qu'elles ne donnent pas lieu à interprétation, puisque les tribunaux doivent, aux termes de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, appliquer les règles de droit et uniquement les règles de droit. Ils n'ont donc jamais à connaître de ces définitions et à les interpréter.

Bien entendu, ces définitions sont rares, la pédagogie n'étant pas le fort du législateur. Remarquons cependant que, dans sa communication consacrée aux définitions en droit commercial (7), M. Putman citait l'article 74 du Code de commerce, selon lequel "La loi reconnaît pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir : les agents de change et les courtiers". Je ne pense pas qu'il existe de règle commune à ces deux professions et qui soit spécifiquement liée à leur qualité d'agent intermédiaire. En réalité, cet article remplit une fonction tout à fait noble puisque universitaire : c'est une annonce de plan.

8. Il faut encore exclure de cette étude les "définitions" qui se réfèrent à l'effet juridique de la règle. Il arrive en effet que le législateur donne un nom à tout ce qui produit un effet juridique déterminé, mais n'indique pas ce qui fait que l'effet juridique en question se produira. Il crée ainsi une catégorie juridique dont il ne délimite pas véritablement les contours. On peut formuler ainsi cette sorte particulière de catégorie : si tels ou tels faits produisent tel effet juridique, il convient de désigner ces faits sous le nom de X ou de Y. En voici deux exemples, l'un tiré du droit civil, l'autre du droit judiciaire.

(7) E. Putman, op. cit., n° 14.

L'article 6 du Code civil interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public. Ce qui fait qu'une loi est d'ordre public, c'est son effet, qui est qu'on n'y peut déroger par une convention particulière. Chaque fois qu'une loi entraîne ce résultat, on peut dire qu'elle est d'ordre public, mais rien, que ce soit dans l'article 6 ou dans un autre texte, ne fournit le critérium de l'ordre public. Cette absence de critérium explique sans doute que la notion d'ordre public soit utilisée avec des sens différents dans divers domaines du droit. Le droit international privé connaît lui aussi l'exception d'ordre public international et la difficulté d'en cerner les contours a valu à cet "enfant terrible du droit international privé" les qualificatifs peu flatteurs de "paragraphe de caoutchouc", et même de "formule louche" (8).

Assurément, la fin de non-recevoir ne saurait être traitée de "formule louche". Il faut remarquer cependant que la prétendue définition qu'en donne l'article 122 du nouveau Code de procédure civile ne caractérise cette défense procédurale que par ses effets. Si une défense procédurale produit cet effet que la demande ou la défense à laquelle elle est opposée est rejetée sans examen au fond, alors cette défense procédurale est une fin de non-recevoir. Inversement, l'article 122 ne dit pas quelles sont, en dehors de l'effet juridique, les éléments qui permettent de reconnaître la fin de non-recevoir. Il est vrai que le texte ajoute que la demande est rejetée "pour défaut de droit d'agir", mais c'est là une fausse précision : le défaut de droit d'agir est strictement synonyme du rejet sans examen au fond, il ne permet pas d'identifier la fin de non-recevoir. Autre-ment dit, il n'existe pas de véritable définition qui permette de déterminer, par une analyse de ses éléments, si une défense procédurale constitue ou non une fin de non-recevoir. Par exemple, comment est sanctionné le défaut d'indication, dans l'acte introductif d'instance, de la juridiction devant laquelle la demande est portée ? Le plus souvent, la sanction est une nullité pour vice de forme, mais, si la demande est contenue dans une requête conjointe, l'article 57 du nouveau Code de procédure civile prévoit que cette même omission entraînera l'irrecevabilité de la demande. C'est bien la preuve que la fin de non-recevoir ne se caractérise pas par ses éléments constitutifs, mais par son effet, comme l'avait déjà si bien montré Pierre Hébraud (9).

Pour notre sujet, il en résulte que cette fausse définition (on devrait plus exactement parler d'appellation ou de dénomination) ne donne pas lieu à interprétation jurisprudentielle.

(8) P. Mayer, *Droit international privé*, 2ème éd., Paris, 1983, n° 211.

(9) P. Hébraud, *Obs. à la Rev. trim. dr. civ.* 1953, 568. Comp. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome I, Paris, 1961, n° 314.

De fait, on chercherait en vain, dans les arrêts de la Cour de cassation, une décision qui attribue le qualificatif de fin de non-recevoir à une défense procédurale en raison de l'existence de tel ou tel élément constitutif. La Cour décide au cas par cas, à partir des effets que la loi ou, à défaut, le juge attribue à la défense (10).

9. On en revient ainsi à l'indication donnée au début de ce développement : la définition porte sur un élément du présupposé. Elle précise le sens ou le contenu de cet élément. Elle fournit donc des indications qui enrichissent la règle et qui facilitent le travail de l'interprète, sans pour autant le supprimer. En quoi consiste ce travail ? Quels sont les mécanismes de l'interprétation ?

B - Les mécanismes de l'interprétation de la définition

10. L'interprétation d'une définition, comme de tout texte d'ailleurs, peut être présentée comme la résolution d'une alternative entre une acceptation et un rejet, entre un oui et un non. Telle situation de fait correspond-elle ou non à l'élément du présupposé, tel qu'il est défini par la loi ou par le texte réglementaire ? A partir de là, faut-il ou non appliquer la règle qui comprend la définition ? L'interprétation, nous allons le voir, est un mécanisme bipartite ou binaire. Cette proposition ne peut surprendre. M. Bergel était déjà parvenu à une telle conclusion à propos des classifications (11). De mon côté, j'ai essayé de montrer, à propos de l'application de la loi dans le temps, qu'un changement de règle présentait toujours ce même aspect binaire (12). Je suis profondément persuadé que, dans l'avenir, l'analyse rigoureuse des mécanismes juridiques fera de plus en plus ressortir la réalité de ce caractère, parce qu'il relève de la logique et de ses nécessités. Mais revenons à notre sujet et examinons plus en détail le fonctionnement des mécanismes de l'interprétation.

(10) V., par exemple, dans la jurisprudence publiée la plus récente, Civ. 1ère, 15 avril 1986, Bull. civ. I, n° 87, p. 87, Soc. 23 avril 1986, Bull. civ. V, n° 167, p. 131, Civ. 1ère, 28 avril 1986, Bull. civ. I, n° 101, p. 103, Soc. 19 novembre 1986, Bull. civ. V, n° 537, p. 407.

(11) J.-L. Bergel, "Différence de nature égale différence de régime", Rev. trim. dr. civ. 1984, 255, n° 9.

(12) J. Héron, "Etude structurale de l'application de la loi dans le temps...", op. cit., n° 6 et s.

11. Le juge est conduit à faire oeuvre d'interprète lorsque des parties lui soumettent une demande à laquelle il doit appliquer une règle de droit. Pour reprendre les mots employés par la doctrine processualiste actuelle, les parties exposent au juge un complexe de faits, disons x, y et z, de la survenance desquels elles déduisent une prétention, compte tenu d'une règle de droit, de type A i B. Supposons encore que le présupposé de cette règle comprenne deux éléments A' et A". Le travail du juge va consister à se demander si les faits invoqués correspondent aux deux éléments du présupposé. Si c'est le cas, il donnera en principe satisfaction au demandeur ; dans le cas inverse, il débouterà. Pour mener à bien ce travail, le juge doit en premier lieu déterminer le sens des mots ou des notions qui se trouvent dans la règle qu'on lui demande d'appliquer. La définition lui est alors particulièrement précieuse, en lui fournissant une réponse au moins partielle.

Par exemple, chacun sait que, selon que l'on se trouve en matière contentieuse ou gracieuse, ce n'est pas toujours la même voie de recours qu'il faut exercer. La recevabilité de la voie de recours dépend donc du caractère contentieux ou gracieux de l'affaire. C'est dire que ce caractère figure dans le présupposé de la règle ayant pour effet juridique la recevabilité de la voie de recours. Pour savoir si le recours porté devant lui est recevable, le juge doit déterminer ce qu'est une affaire gracieuse ou contentieuse, et, précisément, la matière gracieuse est définie par l'article 25 du nouveau Code de procédure civile : "Le juge statue en matière gracieuse, dit ce texte, lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle". C'est en application de cette définition que, dans un arrêt remarqué (13), la Cour de cassation a décidé qu'en raison de l'existence d'un litige, une affaire d'envoi en possession d'un légataire universel présentait un caractère contentieux et non gracieux.

La définition allège le travail d'interprétation du juge, mais elle ne le supprime pas. L'exemple choisi le montre clairement. La matière gracieuse est justement définie par l'absence de litige. Encore faut-il savoir ce qu'est l'absence de litige. S'il est vrai que, dans la très grande majorité des cas, il n'existe aucun doute sur ce point, il peut exceptionnellement arriver qu'un doute existe (14). Or, le nouveau Code de procédure

(13) Civ. 1ère, 7 novembre 1979, Bull. civ. I, n° 274, p. 222, Rev. trim. dr. civ. 1980, 164, obs. R. Perrot.

(14) Sur la notion et les limites de la matière gracieuse et donc du litige, v. D. Le Ninivin, La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile, Paris, 1983, J.-L. Bergel, "La juridiction gracieuse en droit français", D. 1983, 153, "Juridiction gracieuse et matière contentieuse", D. 1983, 165, R. Martin, "Matière

civile ne dit pas ce qu'est un litige. Il appartient au juge de préciser le sens de cette notion. Le juge doit en quelque sorte définir les éléments mêmes de la définition. Telle est la première tâche que doit accomplir l'interprète, tâche de compréhension des mots et des notions.

12. Lorsque a été effectué ce premier acte d'interprétation, il a été répondu à la question précédemment posée : le juge sait si les faits x, y et z correspondent ou non au présupposé de la règle de droit invoquée par les parties. On serait tenté de penser que cette interprétation a réglé toutes les difficultés et que désormais, le juge ayant en main tous les éléments du syllogisme judiciaire, il ne lui reste plus qu'à appliquer mécaniquement la règle de droit. Dans notre exemple, si les faits correspondent aux éléments A' et A" de la règle, il donnera satisfaction au demandeur, et le déboulera dans le cas contraire.

En réalité, les choses sont plus complexes. Cette opération peut constituer tout le travail d'interprétation (et c'est certainement le cas le plus fréquent), mais elle peut aussi ne constituer que le premier maillon d'une chaîne plus longue, et cela quelle qu'ait été la réponse à la première question. Autrement dit, grâce à une interprétation plus complexe, le juge peut ne pas faire jouer l'effet juridique de la règle, même après avoir constaté que les faits allégués correspondaient au présupposé, et inversement il peut faire jouer la règle après avoir constaté que les conditions n'étaient pas remplies.

13. Raisonnons à partir d'un exemple. Dans un arrêt (15) du 30 novembre 1977, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la liste des irrégularités de fond donnée par l'article 117 du nouveau Code de procédure civile était une liste limitative et que, par conséquent, les autres irrégularités, même les plus graves, n'étaient que des irrégularités de forme, qui n'entraînent la nullité de l'acte que si le demandeur à la nullité établit le grief que lui a causé l'irrégularité. Malgré les discussions dont elle a fait l'objet, la solution mérite d'être approuvée : la définition par énumération des irrégularités de fond montre que les rédacteurs du Code n'ont voulu sanctionner ainsi que les vices de formation du *negotium* et ont regroupé dans la catégorie des vices de forme toutes les irrégularités affectant l'*instrumentum* (16).

gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale", J.C.P. 1976.I.2787, J. Viatte, "Matière gracieuse et ordonnance sur requête" Gas. Pal. 1976, 622.

(15) Civ. 2ème, 30 novembre 1977, Bull. civ. II, n° 225, p. 162, Gas. Pal. 1978.1.291, note J. Viatte.

(16) Comp. G. Cornu, note sous Civ. 2ème, 20 mai 1976, D. 1977.125.

Tout ce qui n'est pas fond étant forme, on aurait pu penser que, par cette première interprétation, la Cour de cassation avait terminé la question. Il n'en est rien. Les processualistes savent que certaines irrégularités, bien que n'étant pas de fond, échappent à la règle "Pas de nullité sans grief". Ainsi en va-t-il lorsqu'une formalité a été omise ou qu'une formalité a été accomplie au lieu d'une autre . (17). Par exemple, est nul, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief, l'acte d'appel formé par déclaration au greffe de la cour, alors que, compte tenu de la matière, la déclaration devait être faite au secrétariat du tribunal qui avait rendu la décision (18).

14. Comment a procédé la Cour de cassation ? C'est ici qu'il nous faut reprendre notre présentation schématique de la règle. En matière de vices de fond, il existe une règle d'imputation (donc de type A i B, on l'appellera A1 i B), selon laquelle la seule existence d'une irrégularité (A1) affectant le *negotium* d'un acte de procédure (A1") entraîne (i) la nullité de l'acte (B). Réciproquement, il existe une règle de non imputation (qu'on appellera A2 n B) selon laquelle la seule existence d'une irrégularité (A2) affectant l'*instrumentum* d'un acte de procédure (A2") n'entraîne pas (n) la nullité de l'acte (B). Nous savons qu'en décidant que la liste de l'article 117 est limitative, la Cour de cassation a refusé d'inclure les formalités accomplies au lieu d'une autre dans la catégorie des irrégularités de fond. Il faudrait donc leur appliquer la règle de non imputation concernant les vices de forme "ordinaires", si j'ose dire, (celle que j'ai appelée A2 n B) selon laquelle la seule existence d'un vice de forme n'entraîne pas la nullité de l'acte. Or la Cour de cassation ne le fait pas. Par son interprétation, la Cour a donc restreint le domaine d'application de cette règle.

Techniquement, cette restriction se manifeste par la création d'un élément supplémentaire dans le présupposé de la règle principale concernant les vices de forme. Cette règle ne s'énonce plus : si se trouve réalisée une irrégularité (A) affectant l'*instrumentum* (A"), il n'en résulte aucune conséquence (n) sur la validité de l'acte (B). Un élément supplémentaire (A'") est apparu : il faut désormais que l'irrégularité ne consiste pas en l'accomplissement d'une formalité au lieu d'une autre, ou en l'omission d'une formalité. De façon plus précise encore, on peut

(17) V. pour la formalité omise, Civ. 3ème, 6 décembre 1978, Bull. civ. III, n° 365, p. 280, Rev. trim. dr. civ. 1979, 835, obs. R. Perrot, Gaz. Pal. 1979.217, note R.D., Civ. 2ème, 3 décembre 1980, Bull. civ. II, n° 254, p. 174 ; et, pour le cas d'une formalité accomplie à la place d'une autre, v. Com. 7 janvier 1980, Bull. civ. IV, n° 8, p. 6 ; Civ. 3ème, 8 juin 1982, Bull. civ. III, n° 146, p. 106, Civ. 2ème, 9 mai 1985, Bull. civ. II, n° 94, p. 64, Civ. 2ème, 12 mai 1986, Bull. civ. II, n° 77, p. 52.

(18) Civ. 2ème, 9 mai 1985, préc.

dire que cet élément supplémentaire constitue une exception, que l'on introduira par la conjonction "sauf si" ou "à moins que".

La restriction que nous venons de constater ne constitue pas la seule modification de l'ordonnement juridique, qui résulte de l'interprétation jurisprudentielle. Corrélativement se trouve formée une nouvelle règle d'imputation dont le contenu correspond strictement à ce qui a été retiré à la règle de non imputation. Désormais, la seule existence d'une irrégularité affectant l'*instrumentum* d'un acte de procédure et qui consiste en l'omission d'une formalité ou en l'accomplissement d'une autre formalité entraîne la nullité de l'acte. Cette nouvelle règle est en quelque sorte le négatif de la précédente.

15. Reprenons ce qui vient d'être indiqué. L'interprétation d'une règle et plus particulièrement d'une définition comprend deux mécanismes.

L'un consiste à déterminer si les faits soumis à l'interprète correspondent ou non aux mots ou aux notions contenues dans le présumé de la règle de droit invoquée. Il répond à la question : que signifie ceci ? Dans les exemples cités, la question était de savoir ce qu'était la matière gracieuse, puis ce qu'il fallait entendre par irrégularité de fond.

L'autre mécanisme consiste à restreindre le domaine d'application d'une règle d'un type donné au profit d'une règle nouvelle, du type opposé, dont le présumé correspond strictement à ce qui a été retiré à la première règle. Dans l'exemple que j'ai pris, la règle amputée était une règle de non imputation et la règle nouvelle une règle d'imputation. Dans d'autres cas, c'est l'inverse. Ainsi, l'article 389 du nouveau Code de procédure civile dispose que la péremption éteint l'instance, et l'article 386 dit qu'il y a péremption "lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans". L'article 389 contient une règle d'imputation que, compte tenu de la définition donnée par l'article 386, l'on peut énoncer ainsi : si aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans (A), il en résulte (i) que l'instance est éteinte (B). Cependant la Cour de cassation décide que l'instance n'est pas éteinte lorsque l'inactivité des parties ne peut leur être reprochée, notamment lorsque les diligences à accomplir incombaient aux juges (19). Lorsque cette condition supplémentaire est remplie, l'article 389 ne s'applique pas. La Cour de cassation applique alors une règle de non imputation selon laquelle l'inactivité des parties n'entraîne pas l'extinction de l'instance.

(19) V. notamment Soc. 20 février 1986, Bull. civ. V, n° 35, p. 27 et Civ. 2ème, 17 mars 1986, Bull. civ. II, n° 43, p. 29.

Le recours à ces deux mécanismes permet à l'interprète de résoudre le choix binaire entre l'application de la règle d'imputation qui donnera satisfaction au demandeur et celle de la règle inverse qui conduira au débouté de ce dernier.

Pour terminer l'analyse structurale de l'interprétation, il faut encore ajouter que chacun des deux mécanismes que nous venons de voir peut être mis en oeuvre plusieurs fois, théoriquement même un nombre indéterminé de fois. A propos des irrégularités de fond et de forme, nous avons vu que la Cour de cassation a commencé par décider que l'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile était limitative : c'était un exemple d'application du premier mécanisme d'interprétation. Ensuite, elle a soustrait à la règle "Pas de nullité sans grief" certaines irrégularités de forme, comme l'omission d'une formalité. Ce faisant, elle appliquait le second mécanisme d'interprétation. Le travail de l'interprète n'est pas nécessairement terminé pour autant. En effet, que faut-il entendre par omission d'une formalité ? Répondre à cette question, c'est de nouveau appliquer le premier mécanisme d'interprétation et c'est ce qu'a fait la Cour de cassation en décidant que, dans le cadre d'une signification à une personne morale, l'oubli de la lettre simple ne constituait pas une omission d'acte, mais une irrégularité de forme ordinaire (20).

16. Voilà l'analyse que l'on peut faire de l'interprétation. Que peut-on tirer de ces données brutes ? Quelles réflexions inspirent-elles pour l'interprétation des définitions ? Il me semble que cette analyse permet au moins d'apporter quelques éléments de réponse en ce qui concerne les pouvoirs de l'interprète. Elle aide à comprendre comment se fait le choix de l'interprétation des définitions.

II - LE CHOIX DE L'INTERPRETATION DES DEFINITIONS

17. L'interprète, nous venons de le voir, doit effectuer un choix entre deux solutions opposées. Il est nécessaire qu'il retienne l'une ou l'autre, mais, dans une espèce concrète qui lui est soumise, est-il nécessaire qu'il choisisse l'une plutôt que l'autre ? Autrement dit, existe-t-il des cas où l'interprète soit contraint de retenir l'une des deux solutions ? Il convient de s'interroger sur les limites des pouvoirs de l'interprète et, plus précisément, il faut se demander d'où peuvent venir ces limites. Viennent-elles de la structure de la règle elle-même ? On pourrait parler alors de limites techniques (A). Nous le verrons,

(20) Civ. 2ème, 18 janvier 1984, Bull. civ., II, n° 11, p. 7.

ces limites sont bien peu de chose, même lorsque le législateur a pris le soin d'insérer des définitions dans les textes. En réalité, c'est dans des considérations qui ne sont pas à proprement parler juridiques que l'interprète trouve des limites qui restreignent son choix. Ces limites sont donc métajuridiques (B). Le mot n'est pas très beau, je vous l'accorde, mais il a le mérite de ne pas être équivoque et c'est ce qui compte.

A - Les limites techniques de l'interprétation des définitions

18. Pour l'essentiel, le juriste dispose de deux sortes de techniques d'interprétation, d'une part des types de raisonnement logiques, comme le raisonnement par analogie, d'autre part un ensemble de maximes auxquelles il peut recourir selon les circonstances.

Commençons pas ces dernières. Tout bon étudiant de première année sait, pour l'avoir appris, en latin ou en français, que l'exception est d'interprétation stricte, que l'interprète ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas et que la loi cesse quand cessent ses raisons. Ces maximes sont honorables et certainement utiles. Mais il est trop évident qu'aucune d'entre elles ne donne de solution automatique aux problèmes d'interprétation. Il a même été remarqué qu'il leur arrive de se contredire. Comment, notamment, peut-on cesser d'appliquer une loi parce que ses motifs n'existent plus sans créer une distinction qui n'apparaît pas dans les textes (21) ? De la même façon, il est aujourd'hui admis qu'il faut donner à l'exception le domaine qui lui revient, même s'il n'est pas le plus strict.

De toutes ces maximes, il n'y en a qu'une qu'il faille retenir, c'est celle qui fait expressément référence aux raisons de la loi. Tout est là. Le choix d'une interprétation dépend entièrement de la *ratio legis* largement entendue. Les maximes d'interprétation ne constituent que des suggestions, des pistes comme on dit aujourd'hui, qui peuvent aider à découvrir la raison de la loi. Par exemple, si l'on peut penser que c'est à dessein que le législateur a utilisé l'expression la plus large qui soit, on peut raisonnablement en déduire qu'il n'y a pas lieu d'opérer de distinctions. Mais, si inversement l'interprète estime que, dans tel cas, l'application littérale de la loi aboutit à un résultat déraisonnable ou inéquitable, il distinguera cette situation de celles qu'il soumet aux prescriptions de la loi.

Il existe en la matière un exemple fort connu, bien qu'aujourd'hui périmé. Avant la loi du 12 juillet 1980, l'article 1326, alinéa 2, du Code civil dispensait de la formalité du "Bon

(21) J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 2ème éd., Paris, 1983, n° 144, note 52.

pour" les "artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service". L'inadaptation patente de ce texte au monde actuel avait conduit la Cour de cassation à décider qu'avant d'appliquer ce texte, les juges du fond devaient rechercher si l'intéressé savait écrire (22). Remarquons-le : en réalité, par cette interprétation, le juge avait vidé la règle de sa substance, puisque son application, qui aurait dû être générale pour ces catégories de personnes, se trouvent écartée sauf très rares exceptions. La règle effectivement suivie était presque à l'opposé de celle qu'avaient posée les rédacteurs du Code civil. Et c'est la *ratio legis* qui expliquait cette interprétation. Les interprètes de la loi estimaient que les artisans et vigneron savaient suffisamment écrire pour être à même de remplir la formalité du "Bon pour" (23). Cet exemple montre bien que les maximes d'interprétation n'imposent rien. Elles ne posent aucune limite réelle aux pouvoirs de l'interprète.

19. Il en va de même des raisonnements logiques auxquels l'interprète peut faire appel. L'existence d'une analogie ou, à l'inverse, d'une opposition marquée entre deux sortes de situation suppose toujours que la *ratio legis* ait été discernée. Peut-être convient-il d'insister davantage sur ce point en raison de la nature logique des arguments en cause.

Examinons comment se présente la situation quand le juge se demande s'il va raisonner par analogie. Une demande lui a été présentée et le juge, après avoir éventuellement interprété le sens des mots, constate que la demande ne correspond pas à la règle d'imputation actuellement existante qu'a invoquée le demandeur et qui lui permettrait d'obtenir satisfaction. Pour l'instant, constate le juge, il n'existe qu'une règle de non imputation, qui devrait le conduire à débouter le demandeur, puisque cette règle dispose que, si se produisent des faits comme ceux qu'allègue le demandeur, il n'en résulte pas l'effet de droit que ce dernier sollicite. Si le juge ne veut pas débouter le demandeur, il doit créer une règle d'imputation qui comporte un pré-supposé correspondant aux faits allégués par le demandeur et un effet juridique semblable à celui de la première règle invoquée par le demandeur. Pour reprendre notre schéma, le demandeur a invoqué la règle A1 i B, mais les faits allégués ne correspondent pas à ce présupposé. Le juge crée, pour lui donner satisfaction, une règle A2 i B. En créant cette règle d'imputation, il va restreindre le domaine de la règle de non imputation dont il avait constaté l'existence. Cette règle, disons A3 n B, constituait un

(22) V. par exemple, Civ. 1ère, 17 janvier 1979, Bull. civ. I, n° 25, p. 21. Civ. 1ère, 4 avril 1979, Bull. civ. I, n° 191, p. 152.

(23) V. par exemple, H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, t. 1, 5ème éd., par M. de Juglart, Paris, 1972, n° 417.

ensemble plus large dont le juge a soustrait la matière qui forme désormais la nouvelle règle A2 i B.

20. L'analogie que le juge a retenue entre les faits visés par la règle A1 i B et les faits invoqués par le demandeur explique certainement la création de la règle nouvelle A2 i B, autrement dit elle en est la cause. Mais, il ne faut pas confondre l'argument d'analogie, tiré de la *ratio legis*, et la création de la règle nouvelle. D'une part, en effet, s'il est vrai que, chaque fois que le juge retient l'argument d'analogie, il va utiliser le second mécanisme d'interprétation qui a été indiqué précédemment, la réciproque n'est pas vraie : la création d'une nouvelle règle A2 i B peut résulter d'autres considérations, par exemple d'un raisonnement par induction et déduction (24). D'autre part, et surtout, il faut soigneusement distinguer les mécanismes et les raisons qui ont décidé à utiliser le mécanisme. L'interprète pourrait avoir recours à ce mécanisme dans n'importe quelles circonstances ; techniquement, rien ne s'y oppose, mais le fait est qu'il ne l'utilise que dans certaines circonstances.

Que l'on me pardonne de tant insister sur ce point. La raison de mon insistance est que, trop souvent, dans l'esprit des étudiants en droit, et même des juristes plus expérimentés, existe l'idée que, pour résoudre tel problème d'interprétation, l'interprète n'a pas le choix et qu'il n'a utilisé le raisonnement analogique que parce qu'il lui était impossible de faire autrement. C'est faux. Pour que le juge recoure à une interprétation analogique, il faut d'abord qu'il découvre une ressemblance entre la situation qui lui est soumise et une règle visant une autre situation : c'est l'aspect purement intellectuel de l'interprétation, qui suppose la compréhension du contenu et des finalités du texte à interpréter, c'est-à-dire la compréhension de la *ratio legis*. Il faut ensuite qu'il estime bon et opportun de consacrer cette ressemblance par la création d'une nouvelle règle, en dépit du silence de l'auteur de la norme : c'est l'aspect volontaire de l'interprétation. Tout cela ne relève pas de la nécessité.

21. On peut dire la même chose du raisonnement *a contrario* qui est, lui aussi, trop souvent présenté comme un argument s'imposant à l'interprète avec la force de l'évidence. Après avoir classé les biens en meubles et immeubles, puis donné la définition de ces biens, les rédacteurs du Code civil ont édicté l'article 1674

(24) Dans le cas d'un raisonnement par induction et déduction, l'interprète découvre dans une règle particulière l'expression d'un principe général qu'il va appliquer dans d'autres hypothèses. Il va donc créer une nouvelle règle comportant le même effet juridique que celle à partir de laquelle il a déduit l'existence du principe, cette règle diminuant d'autant le domaine de la règle inverse qui existait jusqu'à ce moment-là.

qui permet au vendeur d'immeuble d'obtenir la rescision de l'acte dans certaines conditions. La jurisprudence a toujours décidé que la vente de meuble ne donnait pas lieu à rescision. C'est évident, dit-on, *qui dicit de uno negat de altero* et l'interprète n'a pas le choix. C'est à voir.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas défini l'homme et la femme, mais l'on s'entend assez bien sur le sens de ces mots, si on laisse de côté quelques monstruosité naturelles ou, aujourd'hui, chirurgicales. Voilà deux catégories de personnes aussi distinctes et opposées que peuvent l'être, pour les biens, les meubles et les immeubles. L'article 847 du Code civil dispose que "Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession sont toujours réputés faits avec dispense du rapport. Le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de les rapporter". Si l'on croit que l'adage *qui dicit de uno negat de altera* s'applique mécaniquement, il faut décider que, si le père ne doit pas le rapport pour les dons faits à son fils, il le doit pour les dons faits à sa fille. Et, par ailleurs, qu'en est-il de la mère ? Doit-elle le rapport pour les dons faits à son fils ? Doit-elle le rapport pour les dons faits à sa fille (25) ?

22. Même l'interprétation *a fortiori* ne dément pas mon propos. En effet, qu'est-ce qu'une interprétation *a fortiori* si ce n'est une interprétation dans laquelle on peut inclure, à un moment ou à un autre, l'expression "à plus forte raison" ? Voilà le signe qu'encore une fois, c'est la *ratio legis* qui est à l'origine de la solution retenue. La lecture et la compréhension de la loi permettent à l'interprète de penser que, si l'auteur du texte avait envisagé l'hypothèse qui est présentement discutée, il aurait très certainement adopté cette solution, puisqu'il l'a déjà adoptée dans un autre cas où les motifs de le faire étaient moins forts. La raison peut être tout à fait pressante, mais elle ne joue jamais de façon automatique.

La preuve en est qu'il existe quelques cas où l'interprète serait tenté de raisonner par *a fortiori* et où la Cour de cassation ne l'a pas fait. Dans le cadre de la saisie-arrêt, l'article 577 de l'ancien Code de procédure civile, toujours en vigueur, dispose que le tiers saisi qui n'a pas fait sa déclaration affirmative ou qui

(25) Il est à remarquer que, d'un point de vue technique, l'argument *a contrario* n'entraîne aucune modification de l'ordonnement juridique. L'interprète constate qu'une règle (qui est presque toujours d'imputation) n'est pas applicable à la situation de fait qui lui est soumise. S'il raisonnait par analogie, il créerait une nouvelle règle ressemblant à la première. Mais, estimant qu'il faut raisonner *a contrario*, il va décider de ne pas la créer, c'est-à-dire de laisser les choses en l'état. Le juge se contente de confirmer la règle (de non imputation) qui le conduit à débouter le demandeur. Dans l'exemple choisi au texte, la Cour de cassation a décidé que l'existence d'une lésion dans une vente de meuble est sans influence sur la validité du contrat : elle n'entraîne pas sa nullité.

n'a pas fourni les justifications de sa déclaration "sera déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie". A plus forte raison devrait-on prévoir cette sanction pour celui qui a fait une déclaration mensongère. Le mensonge n'est-il pas plus condamnable que l'omission ? L'omission peut résulter d'une simple négligence, et la faute de négligence est moins grave que la faute volontaire. Ce n'est pourtant pas ce que décide la Cour de cassation (26), qui donne de ce texte l'interprétation la plus étroite. Elle considère que l'article 577 édicte une peine privée et s'interdit d'en étendre le domaine, quelles que soient les circonstances. La Cour de cassation a découvert une autre raison dont elle estime qu'elle contrebalance celle qui résulte de la gravité de la faute.

23. De ce qui précède, que résulte-t-il ? Il résulte, pensons-nous, que toutes les techniques d'interprétation, aussi utiles soient-elles, ne donnent pas et ne peuvent pas donner de solution automatique aux problèmes d'interprétation que doivent résoudre tous les juristes et en particulier les juges. Et, sur ce point, il faut reconnaître que l'existence de définitions ne modifie pas la situation. Nous avons vu, en effet, que l'interprétation reposait sur deux mécanismes, un mécanisme de compréhension des mots et des notions et un mécanisme de création de règles, consistant à restreindre le domaine des règles contraires qui découlent directement des textes.

L'existence d'une définition peut contrarier les initiatives de l'interprète pour ce que est du premier mécanisme. Encore ne faut-il pas exagérer l'importance de la restriction apportée à ses pouvoirs. La définition d'un mot ou d'une notion empêche le juge d'en apporter une autre, mais la définition elle-même repose sur des mots et sur des concepts que la loi n'a pas définis et il appartient à l'interprète de les définir, ce qu'il peut faire en toute liberté. Supposons même que le législateur définisse les termes de la définition. Il ne peut pas, si j'ose dire, définir indéfiniment. A un moment ou à un autre, il cessera de définir et, à ce moment-là, le juge retrouvera sa liberté d'interprète.

Même si, en ce qui concerne le premier mécanisme, les pouvoirs de l'interprète ont reculé, sans disparaître, du fait de l'existence des définitions, il reste le second mécanisme, et ce second mécanisme permet au juge de reprendre ce qu'il a pu perdre avec le premier. Sur un plan strictement technique (puisque c'est ce plan qui nous intéresse pour l'instant) rien n'empêche l'interprète d'assortir la règle étroitement définie d'une exception qui en ruine la portée, comme nous l'avons vu pour les

(26) V. notamment Civ. 2ème, 8 février 1956, Bull. civ. II, n° 117, p. 71.

laboureurs et la formalité du "Bon pour". Remarquons-le : pour vider l'article 1326 du Code civil de sa substance, la Cour de cassation n'a pas eu besoin de dénaturer la notion de laboureur. A lui seul, le second mécanisme confère pratiquement tous les pouvoirs à l'interprète.

24. Est-ce à dire qu'il n'existe strictement aucune limite technique aux pouvoirs de l'interprète ? Il en existe une, qui est, pour ce qui nous intéresse à l'instant, plus théorique que pratique, mais qu'il faut tout de même indiquer, parce qu'elle prend de l'importance tout à l'heure. Nous avons vu que l'interprète peut vider une règle de sa substance, mais, à la différence du législateur, il ne peut pas l'abroger. Le législateur peut remplacer une règle de type A i B par une règle exactement contraire à celle-ci, c'est-à-dire par une règle dont le présupposé et l'effet juridique sont inchangés, mais ce présupposé et cet effet juridique sont désormais reliés entre eux par un rapport inverse (27). A une règle d'imputation va succéder une règle de non imputation ou vice versa. Cela, l'interprète ne peut pas le faire. Il ne peut pas poser une règle directement et ouvertement contraire à celle qu'il est censé interpréter. Il doit laisser subsister au moins l'apparence de la règle initiale, quitte à l'assortir de toutes les exceptions possibles.

C'est peu de chose, mais ce n'est pas rien. Sur la première proposition, je n'insisterai pas davantage, je crois que je l'ai déjà suffisamment développée. Mais il faut dire quelques mots de la seconde. Aussi faible que puisse être la différence de pouvoirs entre le législateur et l'interprète, cette différence n'est pas de degré, mais de nature. Elle est le signe qu'ils n'exercent pas les mêmes fonctions dans la cité. Je n'ai pas à entrer dans la discussion sur la jurisprudence comme source du droit, mais je ne peux m'empêcher de verser aux débats cet élément du dossier.

Pour l'interprétation des définitions aussi, cette différence revêt une certaine importance, en raison précisément de ce qu'elle manifeste quant à la nature des missions et des pouvoirs respectifs du législateur et de l'interprète. D'une portée restreinte, lorsqu'on se limite aux aspects techniques, elle prend une toute autre dimension lorsqu'on aborde l'aspect métajuridique de l'interprétation des définitions.

(27) La création d'une règle exactement inverse constitue même le signe caractéristique de l'abrogation de la règle de droit. V. J. Héron, op. cit., n° 8 et s.

B - Les limites métajuridiques de l'interprétation des définitions

25. C'est un tableau étrange, un peu kafkaïen même, que j'ai brossé devant vous jusqu'à présent. Je vous ai montré l'interprète tout puissant, s'attaquant par tous les moyens possibles à la règle posée par le législateur, ne respectant rien, libre de toute contrainte logique ou rationnelle, et faisant en somme ce que bon lui semble. En disant cela, je pense particulièrement aux magistrats qui participent à ce colloque et qui doivent avoir quelque difficulté à se reconnaître dans cet interprète-là. La différence provient du point de vue adopté. Je n'ai pas cherché à étudier l'interprétation des définitions d'un point de vue sociologique et statistique, mais à procéder à l'analyse structurale de cette matière. Cela m'a conduit à montrer que l'interprète ne rencontrait qu'une seule limite technique à ses pouvoirs et que cette limite était d'une faible portée pratique. Mais je n'ai jamais soutenu que l'interprète usait ou abusait habituellement de ses prérogatives. L'expérience montre qu'il n'en est rien. Par exemple, l'étude des arrêts rendus par la Cour de cassation montre que, dans l'ensemble, les hauts magistrats interprètent les textes législatifs et réglementaires avec beaucoup de prudence et qu'en particulier, ils tiennent le plus grand compte des définitions insérées dans les textes. Ainsi doit-on constater que l'interprète dispose des plus grands pouvoirs et en même temps qu'il en use fort peu. Puisque cette modération ne relève pas de raisons inhérentes aux techniques du droit, il faut les chercher ailleurs, en dehors du droit pur. Je n'en dirai que quelques mots, bien conscient de sortir des limites de ma compétence.

26. Plus précisément, je suis persuadé que cette modération de l'interprète doit être recherchée dans la position de l'interprète, qui se trouve placé entre l'auteur et le destinataire de la norme.

D'abord, l'interprète se trouve placé en aval de l'auteur de la norme. Les juges, et plus généralement, selon l'heureuse expression de M. Souriou (28), les spécialistes institués pour la mise en oeuvre et l'interprétation du droit admettent la primauté du pouvoir législatif et réglementaire, lorsqu'il est question de l'édition des normes. On a justement fait remarquer qu'il est rare que le législateur désavoue le juge et qu'il est beaucoup plus fréquent qu'il se désavoue lui-même (29). Mais, si le législateur ne désavoue que rarement le juge, c'est parce que le juge respecte le législateur. Je crois qu'il est généralement admis, y compris par les juges, que, dans notre société démocratique, c'est aux gouvernants au sens large de faire la loi. De surcroît, si la vertu

(28) J.-L. Souriou, *Introduction au droit*, Paris, 1987, n° 135 et s.

(29) Ph. Jestaz, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", D. 1987.11.

ne suffisait pas, la crainte pourrait prendre sa suite : "le Conseil d'Etat et la Cour de cassation savent que leurs créations prétorienne demeurent à la merci d'un camouflet législatif" (30).

En second lieu, l'interprète est confronté au justiciable qui ne connaît que peu la loi et pratiquement pas la jurisprudence. Il est difficile au juge de faire admettre au justiciable que, lorsque la loi dit blanc, il faut lire noir, parce que le juge l'interprète ainsi. Or, les juges savent, en tout cas les meilleurs d'entre eux, que les décisions de justice, à défaut de pouvoir toujours être pleinement comprises et approuvées par les parties, doivent au moins ne pas heurter le sens commun.

27. Ces raisons, et sans doute beaucoup d'autres du même genre, font que le juge ne prend que très rarement le parti de contredire la volonté clairement exprimée du législateur. Et c'est ici que la présence d'une définition dans un texte revêt une importance primordiale. La définition présente des intérêts proprement juridiques, dont il a été largement question hier. Elle possède encore cette vertu, qu'a soulignée M. Bergel, que de faire connaître à l'interprète que le législateur veut résoudre une difficulté de telle façon claire et précise. En quelque sorte, la définition vaut mise en demeure. Elle n'interdit pas absolument toute initiative du juge, mais elle en restreint l'ampleur. Le juge est d'autant plus dissuadé de trop s'écarter de la voie tracée par le législateur que le justiciable serait heurté par une rébellion du juge. Quand le législateur a pris soin d'indiquer dans le texte que, par le mot blanc il faut effectivement entendre blanc, le justiciable ne comprendrait pas du tout que le juge lui dise qu'en réalité il faut lire noir.

Aussi bien n'ai-je pas trouvé de cas de définition ouvertement bafouée. Tout au contraire, j'ai pu constater, en droit judiciaire privé, que les juges avaient respecté les définitions figurant dans le nouveau Code de procédure civile, définitions qu'a énumérées dans son étude M. le Doyen Cornu (31). Pour la grande majorité d'entre elles, il n'y a rien à signaler : le juge s'en tient strictement à ce qu'a décidé le législateur. La seule interprétation un peu audacieuse que l'on puisse trouver est celle qui a déjà été indiquée à propos des irrégularités de forme et de fond. Son audace, toute relative, illustre assez bien mon propos. D'un côté, il est vrai que le juge a créé une catégorie d'irrégularités que le nouveau Code de procédure civile n'avait pas prévue. Mais, d'un autre côté, on remarquera que les arrêts de la Cour de cassation se gardent bien d'affirmer qu'il s'agit d'irrégularités de fond, la loi ayant clairement défini ces

(30) Ph. Jestaz, *op. cit.*

(31) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", *op. cit.*, note 2.

dernières. La Cour dit seulement que ces irrégularités, tenant à l'omission d'une formalité ou à l'accomplissement d'une autre formalité que celle prévue, entraînent la nullité de l'acte indépendamment de tout grief (32). Et surtout, la Cour de cassation ne déroge ainsi aux prévisions textuelles que pour des irrégularités tout à fait particulières. En revanche, pour toutes les irrégularités qui sont indiscutablement des irrégularités de forme, la Cour de cassation joue pleinement le jeu. Quelle que soit la gravité du vice, la nullité de l'acte ne peut être prononcée que si celui qui la demande établit le grief que lui a causé l'irrégularité (33). Les juges ont totalement renoncé aux formalités substantielles pour lesquelles le plaideur était dispensé autrefois de prouver le grief (34).

28. Une preuve supplémentaire de ce que l'interprète ne connaît pratiquement que des limites métajuridiques peut être trouvée dans la décision incroyable, à défaut d'être merveilleuse, qu'a rendue la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Marckx* (35). La demanderesse était une mère célibataire, belge et journaliste. Sur sa demande, la Cour a rendu un arrêt disant qu'un Etat doit "agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale", ce qui "implique en particulier... l'existence, en droit national, d'une protection juridique rendant possible dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille". Tout cela est très bien et a conduit la Cour à condamner l'abominable loi belge, parce que l'établissement de la filiation naturelle maternelle y est subordonné à une reconnaissance et non à une simple déclaration. Cette exigence inhumaine doit être sévèrement réprouvée en ce qu'elle marque, je cite, "un refus de consacrer pleinement la maternité de Paula Marckx dès la naissance" de son enfant.

Cet arrêt a été diversement accueilli. Que chacun en pense ce qu'il veut. Ce qui m'intéresse dans cette affaire, c'est la juridiction qui a rendu la décision. Voilà des juges littéralement irresponsables, nommés par une assemblée apatride, soustraits à tout contrôle et situés à quelques années-lumières du justiciable moyen. Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas de l'interprétation que cette Cour a pu donner du droit au respect de la vie familiale. Et je suis certain, d'une part, que toutes les définitions possibles de la vie familiale n'auraient pu empêcher

(32) V. tous les arrêts cités, *supra*, note 17.

(33) V. en particulier l'exemple révélateur de l'acte d'huissier non signé : Civ 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. II, n° 13, p. 10, D. 1977.IR.410, obs. P. Julien, Rev. trim. dr. civ. 1977.817, obs. R. Perrot.

(34) Sur lesquelles, v. H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 413 et s.

(35) Cour européenne des droits de l'homme, 13 juin 1979, Clunet 1982. 183, obs. P. Rolland

les juges de statuer comme ils l'ont fait et, d'autre part, qu'aucune juridiction nationale française, y compris le Conseil constitutionnel, n'aurait osé se permettre une telle interprétation, même en l'absence de toute définition.

La raison d'une telle différence d'attitude ne doit pas être cherchée dans des motifs techniques : la Cour européenne des droits de l'homme ne dispose d'aucune technique secrète d'interprétation ; elle doit être cherchée dans des motifs métajuridiques et plus précisément dans la position de cette Cour par rapport aux autres autorités et au justiciable, position tout à fait différente de celles qu'occupent les juridictions françaises. Ainsi, dans l'interprétation des définitions, comme dans toute interprétation, faut-il distinguer soigneusement ce qui relève du droit pur et ce qui lui est extérieur et, bien souvent, ce n'est pas dans le droit pur que doivent être cherchées les réponses aux questions posées.

**LES DEFINITIONS DANS LA LOI
ET LES TEXTES REGLEMENTAIRES**
Rapport de Synthèse

Par

Gérard CORNU

*Doyen honoraire, Professeur à l'Université de Droit et de Sciences
Sociales de Paris (Paris II)*

LES DEFINITIONS DANS LA LOI ET LES TEXTES REGLEMENTAIRES

Rapport de Synthèse

Par

Gérard CORNU

*Doyen honoraire, Professeur à l'Université de Droit et de Sciences
Sociales de Paris (Paris II)*

Nous pourrions aventureusement commencer par des conclusions : prendre acte de ce qui semble acquis par l'accord de la *communis opinio doctorum*. Dans ce pacte, ce qui paraît sûr c'est que :

1. Les définitions juridiques existent comme technique universelle tant en droit français, dans les textes législatifs ou réglementaires, que dans les législations étrangères ou les conventions internationales, dans le prolongement de celles que regroupe, au Digeste, le *de verborum significatione*, et des *argumenta* de la rhétorique de la pensée antique (1).
2. Leur rôle varie sensiblement d'un système juridique à l'autre, c'est une première fonction qu'illustre par exemple l'opposition des pays de *common law* et des droits codifiés sur le type et la place de la définition *in lege*.
3. Au sein d'un même système juridique, en tout cas dans le droit français, son emploi connaît un inégal développement -c'est une autre fonction- d'une matière à l'autre (pénale, civile, commerciale, administrative, etc.).

(1) Dans son "De institutione oratoria", Quintilien classe la définition en bonne place au rang des arguments de l'orateur (livre V, chap. X, De argumentis).

4. En droit français -c'est un indicatif de tendance- le procédé tend à se répandre comme l'attestent deux lois du 23 juillet 1987 qui donnent, l'une, la définition (technique) de la fondation (2), l'autre, la définition (directive) de l'apprentissage (3) ou encore la loi du 16 juillet 1987 qui insère celle des tribunaux de commerce dans le Code de l'organisation judiciaire (4). Mais, dans notre système, le corps des définitions réelles, dogmatiques, forme un noyau restreint.

5. La plus grande diversité règne dans la formulation de l'énoncé définitoire (la formule est de M. Serge Balian) (5) et l'observation, faite dès l'origine (6), est confirmée par le rapport de MM. Sourieux et Lerat (7).

6. (S'il faut pénétrer dans les explications), la conception qui gouverne, dans un système juridique, le rôle respectif du législateur et du juge influe sur le recours au procédé (8), au moins dans la mesure où les définitions terminologiques ou pragmatiques, sont, pour le législateur, des précautions d'interprétation, des "préinterprétations" (9) et donc des limites pour le juge, comme il en tombe de leurs rabattues.

7. Septièmement et fondamentalement, les définitions qui sont dans la loi ou dans les textes réglementaires sont des pièces de l'ordonnement juridique : ces définitions textuelles que nous pourrions appeler légales (*lato sensu*) qu'elles soient législatives ou réglementaires, ou encore *définitions écrites*, font partie de l'ordre juridique.

C'est cette juridicité qu'il est nécessaire d'approfondir. Car, le rattachement opéré, il y a en la juridicité de la définition écrite, une spécificité qu'il importe d'exprimer, qu'il s'agisse de l'appartenance de cette définition au droit positif ou de sa vocation à la législation, de sa "positivité" ou de sa légitimité.

- * - * - *

(2) Article 18 : "La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif".

(3) Article 1er portant rédaction de l'article L. 115-1 du Code du travail : "L'apprentissage est une forme d'éducation alternée".

(4) Article L. 411-1 du C.O.J. : "Les tribunaux de commerce sont des juridictions du premier degré, composées de juges élus et d'un greffier".

(5) Essai sur la définition dans la loi, Thèse doctorat d'Etat, Paris II, 1986.

(6) Les définitions dans la loi, Mélanges dédiés à J. Vincent, Dallos, 1981.

(7) Revue de la Recherche Juridique, 1987-4, p.

(8) V. notamment en ce sens J.-L. Bergel, Rapport d'ouverture, R.R.J. 1987-4, p. 1117.

(9) V. Les définitions dans la loi, article préc., p. 89, n° 27.

- I -

La positivité de la définition écrite a d'abord besoin d'être spécifiée, car c'est en la caractérisant qu'on la démontre. Ce qui rend l'épreuve tout à la fois nécessaire et possible c'est que des définitions existent en dehors de la loi et qu'il existe, dans la loi, d'autres règles que les définitions. D'où il ressort que, dans l'ordre des définitions, la définition légale n'est qu'une espèce de définition, et que, dans l'ordre des règles, la définition légale n'est qu'une espèce de règle parmi d'autres.

La nature spécifique de la définition textuelle a des chances de mieux apparaître du double jeu des comparaisons, d'une part avec les définitions autres que légales, d'autre part avec les règles de droit autres que définitoires.

A - C'est à la définition lexicale que la définition légale doit d'abord être mesurée (c'est d'abord à elle qu'elle demande à se mesurer pour affirmer sa positivité, plutôt qu'à la définition prétorienne qui tend à s'intégrer à l'ordre juridique). Dans l'ordre des définitions en effet, celle que cultive électivement et exclusivement le lexique constitue le canon, au moins la référence. La publication récente du Vocabulaire juridique (P.U.F. 1987) rehausse l'intérêt de cette distinction.

Or, au premier regard, cette distinction suit un trait radical qu'il convient de marquer avant de le voir s'estomper.

a) L'opposition fondamentale de la définition légale et de la définition lexicale est, à l'évidence, que la première est seule à être, formellement et organiquement (selon les critères de l'analyse publiciste) un acte de souveraineté. La définition écrite est formellement étatique. Elle a reçu le sceau du pouvoir. Cette marque engendre au moins deux conséquences. A la base, la nature de règle de droit est le propre de la définition légale ; elle n'appartient pas à la définition lexicale laquelle n'est revêtue d'aucune investiture officielle. Que cette dernière acquière, par sa valeur, une autorité est une autre affaire. D'elle même, elle est ouvertement et exclusivement doctrinale. Cependant, la souveraineté n'est pas seulement dans la consécration, elle est aussi, et même surtout, dans la sélection, donc dans l'exclusion. La définition légale est nécessairement unique. Or, la polysémie apparaît, au terme de l'élaboration du Vocabulaire juridique comme l'une des marques linguistiques essentielles de ce vocabulaire (v. la préface). La vocation du lexicographe est honnêtement, humblement, de recenser, à tous les usages (non pervers), les divers emplois d'un même mot. Là où au contraire,

le législateur exerce un choix de souveraineté. La définition légale est *stricto sensu* un privilège (elle privilégie un sens parmi d'autres). Pour le Code de procédure civile, l'action n'est que le droit d'agir (art. 30) par opposition à la demande, ou à l'instance. En revanche, ces façons courantes de parler ne pouvaient être ignorées du vocabulaire (v. V° Action). Quasi-régaliennne, une telle prérogative est capitale à observer -différence spécifique- car elle peut être exercée pour clarifier ou raffermir, mais elle crée aussi la tentation diabolique ou l'occasion banale de dénaturer par mauvaise pensée ou incompétence. Elle est réductrice. Son exercice vaut ce que valent la politique et la technique qui la forgent. Le lexicographe aussi peut se tromper, mais il n'a devant lui, d'autre maître, de l' à l' que l'esprit scientifique, sans nulle ambiguïté.

b) L'opposition de la science et de la loi demande cependant à être tempérée. Le critère de l'estampille officielle ne creuse pas toujours un aussi profond fossé entre définition légale et définition lexicale. Celle-ci demeure bien, à plusieurs titres, le modèle de celle-là, entendons le modèle législatif. Formellement, la définition écrite emprunte ses énoncés à la définition lexicale et c'est à des marques linguistiques que l'on reconnaît la définition dans la loi, surtout dans le cas pur et classique où le rapport d'équivalence s'exprime par le verbe être et part du rattachement au genre pour marquer la différence spécifique ("La fondation est l'acte -juridique- par lequel..."). Substantiellement, la définition légale, au moins dans le cas des définitions réelles qui concourent à l'élaboration des catégories juridiques, tend à faire sienne la valeur scientifique d'une définition lexicale (du moins, pour un polysème, de celui des emplois qui saisit le concept propre). Historiquement, les définitions légales ont, même dans les lois et codifications récentes, une origine doctrinale.

Mais, au vrai, l'origine est-elle réellement doctrinale ? Ce qui rapproche le plus définition légale et lexicale c'est peut-être, radicalement, qu'elles s'alimentent l'une et l'autre -et souvent l'une à travers l'autre- à une même source, qui est l'usage, l'usage de la communauté des juristes. Le lexicographe ne crée rien *ex nihilo*. Il retouche, retaille, rectifie, reclasse, mais d'abord, dans son grand panier, il recueille, et les définitions légales sont arbitraires plutôt par la faveur qu'elles accordent à un sens que par la fabrication artificielle de ce sens. C'est la coutume-mère qui unit la science et la loi, la définition lexicale et la définition légale ce qui laisse celle-ci, ainsi "ressourcée", dans l'ordre juridique.

B - Dans cet ordre, il devient alors nécessaire de situer, parmi les autres, cette espèce particulière de règle qu'est la définition légale (*lato sensu*) (10) ?

a) L'entreprise est malaisée, parce que l'on débouche, quelque soit le nom qu'on lui donne, sur une distinction que je crois irréductible, sous le rapport de la fonction juridique, parce qu'elle accroche ses deux spécimens à chacun des deux (ou au moins de deux) versants de la nature du Droit. Lorsque, dans le tissu de textes qu'est, d'un côté, le Droit, une définition légale se borne à prendre un mot dans un texte à seule fin de préciser le sens que revêt ce mot dans ce texte, la définition n'assume qu'une fonction interprétative (et comme elle part d'un mot pour l'application d'un texte, on peut l'appeler terminologique, pragmatique ou encore, tout simplement, interprétative).

Lorsqu'en revanche, dans la réalité sociale que le Droit prend en compte et ordonne, une définition s'aventure, *in medias res*, à énoncer des éléments constitutifs d'une notion nommée ou innommée qui correspond à une réalité de la vie juridique, acte, fait, opération, moyen, etc., à définir convention, contrat, vente, dépôt, délit, complicité, défense au fond, fin de non recevoir, etc., elle ne remplit pas seulement la fonction minimale d'interprétation, mais elle a l'ambition (la présomption vaine parfois) d'apporter une pierre à l'édifice intellectuel qu'est aussi le Droit, à la construction juridique de la réalité sociale qu'est aussi le Droit. L'erreur peut entacher l'une ou l'autre entreprise,

(10) Si l'on peut dire avec M. Héron que la définition légale ne constitue pas une règle complète, c'est en ce sens que la définition n'inclut pas ou -au moins- ne développe pas le régime juridique de la notion à laquelle elle s'applique (formalité, délai d'action, etc.). Mais s'il faut entendre (V. rapport, n° 8) que ne sont pas des définitions celles qui déterminent non seulement les conditions mais aussi les effets de droit du fait, de l'acte, du moyen défini, cette restriction est démentie par un lot de définitions légales qui est peut-être le plus important, en tout cas, le plus intéressant.. Ce sont les définitions qui énoncent non seulement les éléments constitutifs de la notion mais ses conséquences juridiques. Que serait la définition de l'hypothèque sans la référence au droit de suite, celle du délit sans l'accent mis sur le fait générateur d'obligation, source de responsabilité, la définition de l'usufruit sans la jouissance, celle du dépôt sans la charge de conserver, celle de l'action à fins de subsides sans les subsides, ou celle de la prestation compensatoire sans la compensation ? C'est la marque spécifique des définitions fonctionnelles, finalistes. Elles incorporent l'effet de droit à la définition. Ce sont les plus complètes. Le nantissement ne peut se définir que comme garantie, le cautionnement comme sûreté conventionnelle (association de la source et de l'effet).

Il faut même voir que, pour les actes juridiques, l'incorporation va plus loin, jusqu'à établir un pont entre la conséquence et la condition, l'objet et la volonté. Pour définir un acte, on dit volontiers que l'acte a tout à la fois pour objet et pour effet de... et, de l'acte juridique, on dit plus précisément encore qu'il est destiné à produire un effet consciemment et librement recherché par son ou ses auteurs. Et ici l'effet est inséparable de la condition, de la volonté, puisqu'il est en elle : c'est tout le thème de la cause finale. Car qu'est-ce autre chose que la cause (condition de l'acte) sinon l'objet appréhendé par la volonté ?

mais, ce risque pris, le rayon d'action de la définition n'est pas le même : relative et limitée à l'application du texte qu'elle accompagne, l'une est l'accessoire, le complément, l'annexe, l'auxiliaire d'interprétation de ce texte ; l'autre, conceptuelle, est projetée dans l'ensemble de l'ordre juridique, comme catégorie (11).

b) Si on l'admet, il faut cependant reconnaître que la portée pratique de cette typologie n'apparaît pas toujours ou pas toujours nettement dans l'application, plus spécifiquement dans la réalisation du Droit.

Elle apparaît d'abord fort peu dans la vocation commune de toute définition légale, quelle que soit sa forme, à être appliquée comme règle de droit, sous le contrôle de la Cour de cassation. D'où il vient en premier que la non application, la fausse application ou la fausse interprétation d'une définition légale constitue, au sens générique, une violation de la loi (12).

Exemple entre beaucoup d'autres, un arrêt vient d'être cassé pour violation de l'article 565 du C. pr. civ., plus précisément pour violation de la définition de la demande nouvelle en appel que contient ce texte (13). L'arrêt de cassation est intéressant, et peut-être principalement, à un autre titre : il retient une notion large de l'identité de fins (qui rend la demande non nouvelle). Par où l'on voit que les définitions légales sont banalement, dans l'ordre juridique, des données que la jurisprudence contribue à élaborer et à préciser (notamment par restriction ou extension) (14).

La distinction rappelée prend davantage de relief (mais c'est affaire de degré), lorsque l'on cherche -et voilà le plus important- à montrer *comment la définition fonctionne dans la réalisation du Droit*. Or, ce qui marque, dans cet ordre son rôle spécifique c'est le *couple inséparable qu'elle forme avec la qualification*. La définition légale est la donnée de base à laquelle se réfère nécessairement l'opération intellectuelle de la

(11) Dans leur opposition aux définitions dites terminologiques, pragmatiques ou purement interprétatives (distincte de l'opposition des définitions réelles et des définitions nominales), les définitions dites réelles, conceptuelles ou dogmatiques n'encourent aucun risque de réification (comp. le rapport de MM. Souriaux et Lerat). Le qualificatif réel se réfère en effet non au monde tangible, mais au sens générique - et d'ailleurs lui aussi courant "quelque chose". Cet usage juridique du sens générique, cette référence à une chose juridique s'autorise d'ailleurs de la définition 26 du De verborum significatione : Rei appellatione et causae et jura continentur (Ulpian, ad edictum).

(12) ou semblablement qu'une décision de justice peut manquer de base légale si elle ne contient pas les précisions de fait ou de droit suffisantes pour caractériser dans le fait ou l'acte litigieux les éléments correspondant aux éléments constitutifs de la définition légale.

(13) Civ. 3e, 6 novembre 1986.

(14) En ce sens, le rapport de M. J. Héron.

qualification, lorsque celle-ci, le fait étant supposé prouvé, revêt le fait de la qualité qui va lui faire produire les effets de droit prévus par la loi, en reconnaissant dans ce fait les traits qui correspondent aux éléments constitutifs que réunit la définition. En attente, la définition écrite est la référence à consulter, la réserve. Elle attend, *in abstracto*, que ses critères soient reconnus, *in concreto*, dans un fait d'espèce, reconnaissance, qui est le propre de la qualification juridique. La définition est une donnée potentielle *in intellectu*, la qualification en est l'application concrète *in casu*.

Il devient alors évident que si toutes les définitions légales ont égale vocation à servir de référence, les plus riches, dans cette fonction, sont les définitions dites réelles ou conceptuelles.

De telles variations n'empêchent pas de voir que la définition remplit positivement une fonction spécifique, dans la réalisation du Droit. Reste à savoir, en législation, s'il est bon que cette donnée nécessaire, cette pierre angulaire, soit parfois ou même toujours fournie par les textes légaux ou réglementaires ou s'il ne suffirait pas que ces matériaux fussent élaborés et assemblés par la doctrine et la jurisprudence. Ce brevet de vocation législative (*lato sensu*), cette légitimité de la définition écrite est au moins aussi importante que la positivité de celle-ci pour marquer sa place spécifique dans l'ordre juridique.

- * - * - * -

- II -

La légitimité des définitions écrites est la grande question vers laquelle convergent toutes les analyses. Monsieur Bergel a, en particulier, creusé, de la manière la plus utile, le pour et le contre (15). Et comme personne n'a sérieusement proposé d'abolir les définitions légales qui existent, la question d'avenir est celle de savoir s'il convient d'en élaborer là où il n'y en a pas et quel parti adopter dans les lois nouvelles.

L'idée qui est dans l'air est qu'à cette question, il serait déraisonnable d'apporter une réponse absolue soit en faveur de la négative soit en faveur de l'affirmative : pas d'exclusion péremptoire, mais pas de définition systématique, au moins généralisée. Des définitions écrites, il en faut un peu et parfois, non toujours ni partout. La norme de ce bon usage pourrait être, entre les deux extrêmes, dans le raisonnable, le choix judicieux d'un emploi modéré, le juste milieu. La directive est sage mais elle est bien vague. Sur quoi aiguïser notre discernement ?

(15) Rapport précité, R.R.J. 1987-4, p. 1117.

Jamais autant qu'ici n'est apparu en telle lumière que la science législative -politique ou technique- relève de l'art comme le dit Monsieur Carbonnier, ce qui est une manière de poser que l'art législatif est un ouvrage, donc tout à la fois, matière et façon. La légitimité de la *finitio scripta* ne dépendrait-elle pas de chacun de ces éléments ?

A - La matière à régir se prête-t-elle toujours à la définition ? Le bon emploi de la définition légale n'est-il pas d'abord gouverné par cette première considération ?

a) Dans la réponse à cette question, surgissent d'emblée deux indications qu'il faut réunir parce qu'elles font voir la force de la matière, dans un sens ou dans l'autre.

Certaines matières sont rebelles à la définition (au moins dans la loi). On peut, non sans chevauchement, en distinguer deux espèces (si l'on réserve, pour un même sort, le cas voisin des termes qui ont exactement, en Droit, le sens courant du langage commun) : d'abord quelques rares notions élémentaires et tellement élémentaires qu'elles constituent des unités indivisibles de référence, des notions-étalon que le législateur met en oeuvre sans les définir : vérité, justice, droit ; ensuite le lot plus important, mais lui-même limité des notions - cadre, intérêt de l'enfant, ordre public, bonnes moeurs, bon père de famille, dureté excessive, intérêt de la famille, iniquité manifeste, etc. Celles-ci se prêtent à une définition lexicale (laquelle doit se résigner à des circonlocutions, approximations et répétitions) ; elles excluent par nature, par vocation essentielle, toute définition légale. Leur propre est en effet d'être seulement un *commencement non de preuve mais de représentation*, c'est-à-dire d'avoir, positivement une charge directive propre à faire jaillir, dans l'esprit du juge ou de l'interprète, un concept ou une image (intérêt, ordre, etc.), mais d'être résolument incomplètes, de creuser par intention un vide à remplir par le juge (*lacune intra legem*), de telle sorte qu'elle ait toujours besoin qu'un juge vienne dire, en chaque circonstance, où est l'essentiel, où est le désordre, etc. Notion indicatrice pour la direction, mais infirme pour la marche sans le secours d'un interprète.

Dans ce parti législatif d'individualisation judiciaire (16), par usage de critères, souples dans lesquels l'esprit de l'interprète est invité à se baigner, il est essentiel de créer l'espace du *non dit*. Ce non défini correspond à des notions ouvertes et évolutives qui chassent, par fonction, toute définition écrite.

(16) V. Droit civil, T. I, Montchrestien, n° 177.

D'autres matières au contraire, non seulement ne répugnent pas à la définition mais l'appellent par attraction naturelle. Ce sont, pourrait-on dire, les figures juridiques : les figures contractuelles, plus généralement les actes juridiques, convention, contrat, contrats spéciaux et parmi les faits juridiques, surtout les figures délictuelles, en particulier les délits spéciaux et encore les voies, les actions et les moyens, entre autres exemples. Ces figures du Droit ne correspondent pas à toutes les catégories fondamentales mais ce sont toutes des catégories juridiques qui, pour la sécurité du commerce juridique et la liberté individuelle, gagnent à être définies.

b) Cependant, entre la zone d'exclusion et la sphère de prédilection, il y a tout le reste, domaine vaste et divers, pour lequel les indications sont moins évidentes et la réflexion plus encore ouverte.

On pourrait d'abord reconnaître -c'est une conclusion commune- que, dans les conventions internationales, les définitions terminologiques sont de bon secours, compte tenu de la diversité des législations et des langues, pour la garantie réciproque des parties. Elles donnent d'utiles éclaircissements sur le sens conventionnel des termes et le domaine d'application des textes. Même si telle récente convention internationale de transport, énonce qu'il faut entendre, par "semaine", toute série de quatre jours consécutifs, le non-sens étymologique (*septimana* : ensemble de sept jours, équivalent grec : *hebdomada*) ne suffit pas à condamner une précision qui est peut-être utile et toute définition interprétative n'est pas de cette veine.

Au contraire, dans la tradition française, les définitions conceptuelles n'ont droit de cité (dans les textes) que si elles s'attachent à des notions suffisamment élaborées, à des concepts éprouvés, à des figures qui ont pris corps et, pour cela, il faut que l'histoire y passe et, avec elle, la réflexion des générations. La définition est, un jour, recueillie, comme le miel d'une sagesse séculaire.

Enfin, on ne peut négliger l'atout que représente la définition de l'un ou l'autre type en diverses circonstances. Il peut être utile que la définition s'insère à un niveau modeste de la hiérarchie des normes, par exemple, qu'elle donne, dans un texte réglementaire, une précision relative à une technique nouvelle. Non sans lien, les arrêtés de terminologie s'accompagnent souvent de définitions dont l'utilité principale est peut-être de nous faire sentir quelle différence sépare la définition d'une traduction. Car même si le terme français, le néologisme assez souvent, est le décalque d'un terme étranger (anglais en général), la définition qui suit est donnée au regard du droit français ; elle montre qu'il

y a, pour le signifié, transposition et adaptation ou même innovation, en tout cas élément du système juridique français, non traduction du signifiant, qui prend son origine dans un système linguistique étranger. Mais ces définitions sont de facture très inégale, ce qui nous conduit, de la matière, à la façon de la définition.

B - Autant que la matière, la manière qui s'y applique ne serait-elle pas, pour la définition légale, un critère de bon usage ? Ultime réflexion. Existe-t-il, pour les définitions écrites une loi d'écriture, à tout le moins des recommandations ?

a) On pourrait commencer par tourner autour de cette question en observant qu'il n'y a pas une mais plusieurs façons de définir et que la première règle est de choisir, en chaque circonstance, celle qui convient le mieux.

Le choix existe assez souvent entre un mode abstrait et un mode concret de définition. Accédant au plus haut degré de généralité, la définition abstraite paraît naturelle pour un élément supérieur de la hiérarchie des concepts et des normes et elle tend à se concrétiser au fur et à mesure qu'elle s'attache à des éléments moins élevés, pour être déjà assez concrète au niveau des contrats et des délits spéciaux. Cependant le recours à l'exemplarité (17) permet de mélanger le genre abstrait et le genre concret, lequel peut même, franchissant un seuil qualitatif, tomber dans l'énumération.

Mais un tel choix est souvent infléchi par une autre option qui le recoupe : celle qui s'ouvre entre définition technique de précision et définition politique d'évocation, définitions techniques comme celle du prêt, du dépôt, de l'usufruit, des moyens de défense, des voies de recours, définition politique comme celle de la tutelle (C. civ. a. 427). Et ce dernier exemple montre que, si les premières sont destinées à fixer des catégories, les autres remplissent d'autres fonctions sociales, elles ouvrent des vues, orientent, déploient des perspectives, situent par masse, rassurent. "La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique" : Tout en deux mots que l'interprète doit laisser travailler en lui, protection pour l'un, charge pour l'autre (on voit que les notions-cadre, indéfinissables, n'en servent pas moins à définir). Et pourquoi la définition légale de la servitude (a. 637) et celle du privilège (a. 2095) (quoi de plus technique ?) sont-elles pourtant politiques (relisons-les) sinon pour être rassurantes ?

(17) Droit civil, T. I, Montchrestien, n° 215 bis.

b) Au delà de ces choix, peut-être y-a-t-il cependant, en toute définition bien venue, une marque formelle constante, un signe central, qui permet de reconnaître une définition légitime (celles qui en manquent étant dépourvues du label qui les accrédite dans les textes de loi).

Il me semble que ce sceau est celui de la concision. L'économie de la définition n'est ni la sobriété ni la brièveté (absolue), mais la richesse incluse, (brièveté relative). Le maximum de charge intellectuelle, sous un minimum de mots, la règle d'or de la définition est la densité, la réduction : *Multa paucis*. On ne dira jamais assez ce que la forme apporte au fond dans cette quête de la quintessence.

Naturellement, la discipline convient surtout aux définitions conceptuelles. On dira encore que c'est en toute loi, et pas seulement dans les définitions, que les paroles doivent se peser comme des diamants.

Mais, dans la définition plus qu'ailleurs peut-être, la *finitio* est la matrice de la pensée. Toute définition excellente aspire à prendre forme de sentence (on retrouve la genèse doctrinale et les *responsa prudentium*). Saluons, avant de nous séparer, la sublime définition qu'Accurse a donné de la preuve "*Probatio est rei dubiae, per argumenta, ostentatio*". J'avais eu la fatuité d'ajouter, en pensant aux présomptions légales parfois irréfragables "*et rei dubiae gestio aut veritatis gestatio*". Mais cet appendice est ridicule et j'éprouve une certaine allégresse à remettre simplement mon esprit dans les mots d'Accurse, à près de huit siècles d'écart, ... "*rei dubiae per argumenta ostentatio* !" Aix nous aura rapprochés de Florence et de Bologne.

BULLETIN D'ADHESION
à
**L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE
JURIDIQUE**

Objet social :

Cette association a pour buts :

- d'établir des relations scientifiques entre les juristes particulièrement intéressés par les problèmes de méthodologie juridique ;
- de développer et d'organiser toutes activités de recherche et d'information dans le domaine de la méthodologie juridique et de la théorie générale du droit, dans les divers systèmes juridiques ;
- de favoriser la connaissance et le développement de la méthodologie juridique par l'organisation de congrès, de colloques, de journées d'études, de séminaires ainsi que la publication de travaux, de bulletins et tous autres moyens de nature à permettre une collaboration scientifique ;
- de susciter la constitution de comités locaux dans les divers pays intéressés.

Conseil d'administration :

Président :

M. Bergel J.-L., Prof. Univ. d'Aix-Marseille (France)

Vice-Présidents :

MM.

Ben Achour Y., Prof. Univ. de Tunis (Tunisie)

Cote P.A., Prof. Univ. de Montréal (Canada)

Sir William Dale, KCMG Univ. de Londres (G.-B.)

Hopt K., Prof. Univ. de Berne (Suisse)

Kozyris Ph.-J., Prof. Ohio State Univ. (U.S.A.)

Orianne P., Prof. Univ. de Louvain (Belgique)

Taniguchi Y., Prof. Univ. de Kyoto (Japon)

Vernengo R., Prof. Univ. de Buenos-Aires (Argentine)

Vilanova L., Prof. Univ. de Recife (Brésil)

Mellede Vita A., Prof. Univ. de Florence (Italie)

M. Wroblewski J., Prof. Univ. de Lodz (Pologne)

Secrétaire général :

M. Chérot J.-Y., Prof. Univ. d'Aix-Marseille III (France)

Trésorier :

M. Coupet L., M. Conf. Univ. d'Aix-Marseille III (France)

Adresse de l'Association - Adhésion : auprès de

M. J.-L. Bergel, Prof. à l'Univ. d'Aix-Marseille III

3, av. Robert Schuman - F 13628 Aix-en-Provence cedex 1

Tél. : 42 . 59 . 19 . 45 .

**ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE
JURIDIQUE
International Association of Legal Methodology**

3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex 1 (France)

**BULLETIN D'INSCRIPTION
Application form**

Nom de famille :
Family name (surname) :

Nom de jeune fille :
Maiden name :

Prénom usuel :
First name :

Profession : Nationalité :
Occupation : Nationality :

Adresse postale :
Mailing adress :

Code postal : Pays :
Postal code : Country :
Numéro de téléphone :
Telephone number :

Règlement de la cotisation
Payment of the subscription

Montant annuel personnes physiques 150 FF (or the equivalent in local currency)
Yearly amount natural persons

personnes morales 500 FF (" ")
artificial persons

Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs :
First fees for the benefactor members : 1 000 FF (" ")

Paiement par chèque bancaire
Payment by cheque

Paiement par chèque postal
Payment by postal order

Paiement par virement bancaire
Payment by bank draft

A renvoyer au : Siège de l'Association ou au Vice-Président de l'Association dans
votre pays.

Please send back the form with the payment to : The Vice-Président of the
Association in your own country or to the President of the Association, at the
associations' adress.

N° I S S N 0249-8731