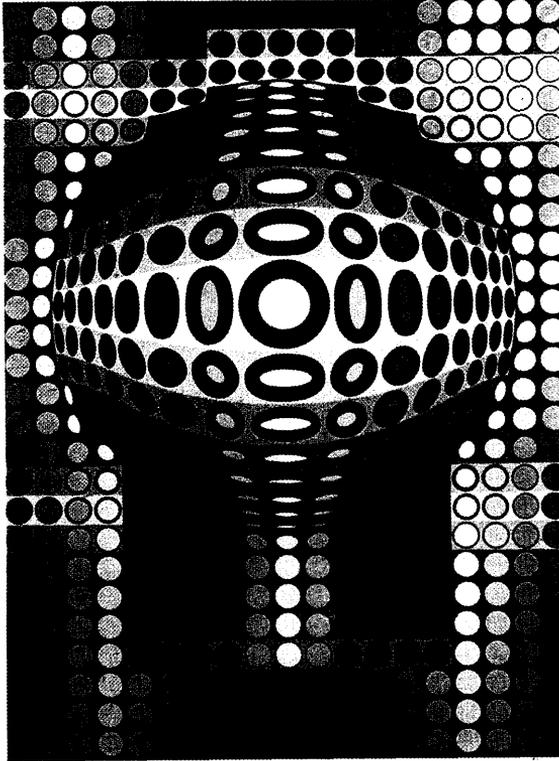


DROIT PROSPECTIF



A voir notamment

F. THIBAUT

LE NOM PATRONYMIQUE ET L'ATTITUDE DE L'ÉTAT FRANÇAIS
A L'ÉGARD DES CHANGEMENTS DE NOM

G. MEMETEAU

RECHERCHES IRRÉVÉRENCIEUSES SUR L'AUTORITÉ JURIDIQUE
DES AVIS DES COMITÉS D'ÉTHIQUE OU L'IROQUOIS SUR LE SENTIER
DES COMITÉS D'ÉTHIQUE

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
1989-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIV - 36 (14ème année - 36e 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. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

EQUIPE DE REDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1989

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 280 F

Abonnement étranger : 340 F
Numéro (France) : 85 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE

12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 9

In Memoriam : Guy LAMBERT..... 11

I - ETUDES

DROITS DE LA PERSONNE

- Françoise THIBAUT, Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom..... 17

- Gérard MEMETEAU, Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des Comités d'Ethique ou : L'Iroquois sur le sentier des Comités d'Ethique 59

- Geneviève KOUBI, Droit et nature humaine : De la difficulté d'être "femme" ou l'impossible égalité des sexes 99

HISTOIRE

- Antoine LECA, Le référent antique dans l'Italie fasciste..... 125

- Anne ENSMINGER, Les versifications du Code civil : un paroxysme de nomophilie 145

DROIT PUBLIC

- Kingué NGANDO, Les lacunes du contrôle juridictionnel sur l'Administration en France : Tour de Babel ou peau de chagrin ? 179

- Marie-José CHIDIAC, Pour une Cour d'arbitrage moins adulée et plus adulte ou Vers une redéfinition de ses prérogatives 209

II - ACTUALITES DOCTRINALES

- Roger MERLE, **La pénitence et la peine**
(Présentation par Jean-Pierre GRIDEL)..... 223
- Jean TOUSCOZ, **Atlas géostratégique - Crises, tensions et convergences**
(Présentation par Maurice FLORY) 227
- Roland DEBBASCH, **Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République**
(Présentation par Jean-Louis MESTRE)..... 229
- Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE,
L'homme, la nature et le droit
(Présentation par Alain SERIAUX)..... 232
- Franck TINLAND, **Droit naturel, loi civile et souveraineté à l'époque classique**
(Présentation par Alain SERIAUX)..... 235
- Norbert ROULAND, **Anthropologie juridique**
(Présentation par Alain SERIAUX)..... 237
- Michel VAN de KERCHOVE et François OST, **Le système juridique entre ordre et désordre**
(Présentation par Alain SERIAUX)..... 239

EDITORIAL

Pourquoi ne pas l'avouer ? Le décès subit de Michel Villey, l'été dernier, laisse un grand vide dans les rangs des "quelques heureux" qui consacrent leurs efforts au développement de la philosophie du droit en France. Au fil des ans, avec la ténacité que l'on sait, l'auteur de notre seul manuel de philosophie juridique, avait acquis une réputation mondiale que peu de ses collègues français peuvent prétendre égaler ou dépasser. La pensée de Michel Villey était devenue un "lieu commun", un point de référence obligé de tout un mouvement intellectuel qui s'efforce d'étudier le droit de façon réaliste, sous les auspices particulièrement autorisés d'Aristote et de Thomas d'Aquin. Il était, il est encore aujourd'hui, un des rares philosophes du droit à avoir fait école, même si, parfois, ses disciples furent quelque peu indisciplinés, ou se sont tournés spontanément vers d'autres horizons. N'était-ce point, d'ailleurs, l'une de ses meilleures qualités que d'aimer la controverse à la seule condition qu'elle s'efforçât, comme l'exigeait déjà Socrate, de tendre vers la vérité ?

Michel Villey a su prendre parti et défendre ses convictions jusqu'au bout. Il lui fallut pour cela longtemps naviguer à contre-courant, d'abord pour redonner à la philosophie du droit, en France, le statut scientifique qu'elle semblait avoir un temps perdu, ensuite pour s'opposer aux jeunes philosophies montantes, plutôt tentées par Kelsen ou d'autres auteurs en vogue, en s'efforçant toujours, envers et contre tout, de nous ramener aux questions essentielles de la philosophie du droit : les rapports entre le droit et la loi, entre le droit et la morale, la notion d'un droit naturel (muable ou immuable ?), le rôle du juge, la dialectique, et bien d'autres questions à propos desquelles il sut apporter des lumières qui sont autant de phares qui éclairent la nuit de nos concepts.

A tous ces titres, notre Revue se devait de lui rendre un dernier hommage. Qu'il nous soit permis d'y ajouter, à titre personnel, le nôtre. Nous faisons sans doute partie de la dernière génération de juristes qui eut le privilège de cotoyer et de discuter avec Michel Villey. Serait-il prétentieux de dire que,

dans le partage de notre enthousiasme commun pour la pensée de Saint Thomas d'Aquin, nous avons pu parfois lui apporter quelques unes de nos propres lumières, qu'il a eu l'amabilité de faire siennes ? C'est prétentieux, sans doute, mais c'est là l'une de nos plus grandes fiertés. L'humilité foncière qu'une telle attitude laisse transparaître chez un grand maître, nous fait regretter d'autant plus que Michel Villey nous ait quitté si vite, si tôt. Mais, pour notre part, nous ne désespérons pas que ces précieux moments de conversation ne reprennent un jour, en d'autres lieux plus aimables.

Alain SERIAUX

IN MEMORIAM

Au terme d'une longue maladie, le Professeur Guy LAMBERT est décédé le 8 septembre dernier dans sa 66ème année. Cet éminent juriste a mené en parallèle une carrière d'avocat pendant de longues années au barreau de Marseille et une carrière d'universitaire. Après de très brillantes études juridiques, il avait en 1953 soutenu sa thèse de doctorat qui portait sur "l'incidence fiscale sur le droit commercial". Chargé de travaux pratiques puis chargé de cours à la Faculté de Droit en 1953 et 1959, il avait été agrégé des Facultés de Droit en 1959. Nommé à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence comme professeur titulaire, il devait pendant près de 30 ans former des générations d'étudiants. Particulièrement apprécié par tous ses collègues pour ses qualités humaines et son esprit brillant, il était également adoré par ses étudiants dont il savait susciter l'intérêt et l'attachement. Les juristes de notre région perdent ainsi l'une des figures les plus éminentes et les plus attachantes. Tous ses collègues de l'Université partagent la douleur de sa famille et lui renouvellent leurs condoléances très attristées.

Doyen Fernand BOULAN

R. R. J. 1989-1
Pages 13 à 220

I - ETUDES

**DROITS DE LA
PERSONNE**

LE NOM PATRONYMIQUE ET L'ATTITUDE DE L'ETAT FRANCAIS A L'EGARD DES CHANGEMENTS DE NOM

Par

Françoise THIBAUT

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Paris XI

- DEFINITION ET NOTIONS HISTORIQUES
- LA REVOLUTION REPUBLICAINE :
 - Système et idéologie
 - La notion de citoyen
 - Le rôle du nom
 - Les Lois du 6 fructidor An II
et du 11 germinal An XI
- LE CHANGEMENT DE NOM :
 - Nationalité et capacité
 - Une procédure simple
 - La domination du Conseil d'Etat
- LES "MOTIFS" AU CHANGEMENT :
 - Le nom que l'on veut quitter :
 - a) les noms ridicules, incommodes, déplaisants
 - b) les noms étrangers
 - c) les noms odieux ou déshonorés
 - Relever ou consacrer un nom :
 - a) noms illustres
 - b) pseudonymes
 - c) la possession d'Etat
 - Le "motif affectif"
les différents cas
la loi de 1985 ; le nom d'usage
- CAS OU LE CHANGEMENT DE NOM N'EST PAS ADMIS
- CONSIDERATIONS SUR LE NOM DEMANDE
- LE DEVENIR DU NOM PATRONYMIQUE FRANCAIS
- QUELQUES REFLEXIONS PLUS LITTERAIRES en guise de
CONCLUSION

Le Nom est, avec le corps physique, ce qui signale et nomme l'individu dans une société.

L'inconnu -avec tout ce que ce vocable comporte de "non-cognition"- se présente d'abord à autrui par son aspect extérieur (généralement, du moins) ; cette signalisation physique, avec tout ce qu'elle retient d'attention et de reconnaissance, comporte ses règles, ses statuts, ses permissions et ses interdits, parfois subtils, souvent évidents, qui aident l'organisation de la société, la clarifiant ou la compliquant, selon les besoins et les moments. On ne reviendra pas sur la couleur de la peau, la coiffure, le tatouage, l'importance du vêtement. Pendant des millénaires, et jusqu'à ce que les groupes humains atteignent un certain degré d'intellectualisation, "l'habit a fait le moine" et a servi à savoir, de loin, et sans parler ni lire, "qui" l'on croisait sur les grands chemins.

Le NOM constitue la désignation intellectuelle de l'individu ; il "signale" abstraitement ; il "positionne" par ce qu'il peut avoir de banal ou de rare, de familier ou de complexe, du vulgaire ou de noble, d'"extra"-ordinaire ou de cocasse, de sérieux ou d'étrange. Il est une des composantes essentielles de la personnalité, et joue un grand rôle dans la détermination économique et sociale des gens et des groupes. Le "nom" qui sert à "nommer", souvent est tout ce qu'une autre personne, tout ce qu'une administration veut savoir de vous, pour commencer...

"Dire son nom", c'est commencer une relation, quelle qu'elle soit ; tout comme "garder l'anonymat" -c'est-à-dire "ne pas nommer", "rester inconnu"- est un refus d'intégration.

Le "comment tu t'appelles ?" ou "c'est quoi ton nom ?" des enfants, après un moment d'observation physique, traduit toute l'importance donnée à cette passerelle nominative, tant par instinct que par éducation : celui dont on sait le nom, et qui veut bien dire son nom, est intégrable et ne devrait pas être hostile. Décliner son identité est, pour le petit enfant, un des tous premiers et un des plus importants "rituels" sociaux, qui le fait basculer dans le monde des "personnes", parce qu'il amorce, en général, les premiers dialogues avec les adultes qui ne font pas partie de la famille proche. (Georges Duhamel signale : "les grandes personnes ont la manie de demander leur nom aux enfants" ; Julien Greene, comme Kessel ou Albert Cohen le signalent aussi dans leurs souvenirs ; ce dernier ajoute : "j'avais quelquefois envie de répondre n'importe quoi"...).

Le nom patronymique a un rôle psychologique et social : il est une acceptation de soi, tout comme il est une acceptation de l'univers qui environne ; tout comme il peut être un refus, un démarquage, un objet de conflit. Il est créatif du statut et du

"repérage" social, dont il est, dans les sociétés modernes, la "clef" principale : tout commence avec le nom.

Dans les sociétés indo-européennes, le nom onomastique des personnes est, au départ, "clanique" et patronymique : toute une descendance adopte le nom du "père originaire", qui se transmet par masculinité. Le repérage féminin est plus rare, puisqu'en principe, tout comme dans les sociétés orientales, l'épouse perd son nom d'origine pour adopter celui du mari. Mais ce n'est pas une règle absolue ; elle peut varier, non seulement avec les traditions en cours, mais aussi avec les opportunités démographiques, les risques de la perte d'un nom glorieux ou ancien (ici le vocable de "re-nommée" prend une redondance très significative), et surtout la propriété et les biens, surtout immobiliers, le nom étant souvent attaché à la possession de terres. Le nom de la femme peut donc être conservé, ajouté (tradition lusitanienne) ou intercalé entre le prénom et le nom du père, comme c'est le cas, par exemple, de certains noms onomastiques slaves, notamment russes ou polonais.

De manière générale, ce qui frappe c'est la rareté des noms : il y en a peu, toujours les mêmes, claniques, portant parfois sur des centaines, voire des milliers de personnes, dont le seul distingo est un "praénomen", lui-même assez peu original, quelque fois se résolvant à une "numérotation" de l'ordre de naissance ou de survivance des enfants ; le seul élément vraiment distinctif et personnel était le "surnom" attribué en fonction d'un travers de la personnalité ou du physique de l'individu ; boiter ou être coléreux devenant une manière de renforcer sa personnalité civile.

Les Romains usaient de peu de noms de famille, les "familiae" (ou "gentes") étant étrangement extensives, et les esclaves étant automatiquement désignés par l'appartenance à leur propriétaire. Les prénoms étaient souvent des numéros, de Primus à Octave, en passant par Quintus, Sextus et Septimus... La Chrétienté apportera quelque variété, de même que les conquêtes de l'Empire qui feront absorber et accepter certaines dénominations grecques et du Moyen-Orient, mais pas toutes. La fin de l'Empire et le Haut Moyen-Age verront une dilution du nom, sauf dans les familles les plus puissantes. Le servage accentuera une sorte d'"anonymat" du manant. En Europe occidentale, le "nom de famille" tel que nous l'envisageons se développe dans le courant du XIIe siècle, lorsque la population rurale et urbaine commence à augmenter de manière notable, et que les grandes "décimations" se ralentissent. Le mieux-être et la stabilisation géographique amènent les individus à ajouter à leur prénom chrétien un "surnom" désignatoire qui leur permet de se distinguer les uns des autres, et d'affirmer leur identité : les "sobriquets" de la plèbe

deviendront les noms patronymes du Tiers Etat : les modalités de créations restent peu originales pour la plupart :

- les particularités physiques : roux, brun, blond, chauve, frisé, boiteux, goitreux, bossu, beau, laid, grand, maigre ou petit, bègue, bavard, muet ou malentendant.

- les activités ou les métiers : métayer ou tonnelier, celui qui tient le four, surveille le sel, tailleur (sartor en occitan), plumassier ou gabelou... la création suit l'évolution économique.

- le degré de parenté ou les repères de parentèle : les cousin, neveu, etc...

- les lieux où l'on habite ou dont on est originaire : moulin, mare, rivière, marais, bois, forêt, lieux-dits avec quelquefois des ajouts religieux ou de superstition... tout est bon.

A cela, il faut ajouter toutes les variantes patoisantes et régionales, puisque jusqu'à la Révolution de 1789 plus de la moitié des Français "ne parle ni n'entend le français", l'apport irremplaçable des Croisades, qui s'étendent sur presque deux siècles et donneront quelques nouveautés dues aux batailles, aux lieux géographiques et aux produits orientaux, ainsi qu'un considérable enrichissement du vocabulaire. Enfin le schisme protestant et les guerres, après la Renaissance feront une ouverture vers des noms et prénoms originaires de l'Europe rhénane et danubienne.

Toutefois, le grand essor patronymique est acquis ; il faudra attendre le XIXe siècle avec la diversification industrielle, la stabilisation en ville d'un nouveau prolétariat et la conquête d'un nouvel empire colonial pour avoir une re-crédation importante.

Pour les prénoms, l'usage transgressif est rare, à cause de l'implacabilité des interdits religieux et des superstitions dont ils sont parfois assortis. Il y a les variantes régionales, parfois intéressantes. Comme la mortalité infantile est très forte, il est fréquent que les bébés successifs portent les mêmes prénoms : et cela n'est pas spécialement le fait des obscurs, des sans grades et des analphabètes. On le retrouve dans l'innombrable descendance de Jean-Sébastien Bach, issue de ses deux mariages successifs ; chez les héritiers de Thomas Jefferson, troisième Président des Etats-Unis, où l'on voit plusieurs Lucy, mortes avant d'avoir atteint 1 an, deux Ellen, trois Harriet, deux Thomas junior ; quant à la septième fille, elle fut purement et simplement dénommée Septima, à la romaine ! On se perd aussi dans la complexe descendance de Louis XIV où légitimes et légitimés entremêlent les Louis, Charles, Philippe, Louise, Elisabeth, Thérèse, en un tissu si serré et répétitif qu'on y perd le sens de l'identité. Il en sera sensiblement de même pour les huit filles du Régent... Lorsque l'on réfléchit à ce que les psychanalystes modernes ont pu dire sur le processus d'identification de l'enfant

par lui-même dans la relation qu'il a avec son propre prénom, on pourrait être tenté de rester perplexe.

Simplement, la mort était proche et ordinaire en ces temps, et la disparition de la plus grande partie de sa progéniture presque inévitable ; alors, on choisissait simple, et familial, en se pliant aux habitudes et aux préceptes religieux. Peut d'effet de "mode" dans tout cela.

Peu à peu, l'usage concernant les noms patronymiques devient loi, et c'est vers le milieu du XIII^e siècle, lors d'une vague majeure "d'embourgeoisement", que le nom de famille devient héréditaire. Restent les déformations locales et les variantes d'orthographe dues aux transcriptions souvent fantaisistes, aux fautes et aux distractions des clercs.

Ce qui est indéniable, c'est le fait que la Monarchie française n'a -hors les règles de la catholicité- pas eu de politique d'Etat civil. Le souci majeur était de préserver le lignage et le nom de l'ordre privilégié de la Noblesse, par des alliances et des transactions matrimoniales perpétuant une ascendance glorieuse ou traditionnelle de la Royauté. Il commença à en être de même à partir de la fin du règne de Louis XIV dans la Haute Bourgeoisie urbaine, surtout celle de robe, qui souvent cherchait le titre de noblesse, mais aussi transmettait avec satisfaction un grand nom roturier.

Ce qui est intéressant, finalement, pour la période ancienne, c'est que, sous cette apparence relativement pauvre et figée par les moeurs et les rites, le nom patronymique reste assez flottant et suffisamment aventureux pour suivre les tribulations individuelles ou sociales de son "porteur".

Toute autre est l'attitude de la Révolution républicaine, qui la première apportera une "politique" du nom et du prénom, car la vision révolutionnaire en ce domaine -comme dans bien d'autres d'ailleurs- est toute "politique".

C'est en ce sens que la "subversion" révolutionnaire, qui est une "transgression", est en fait, une "intégration", car elle va nommer et circonscrire ce que l'Ancien Régime laissait flâner à peu près en toute anarchie et opportunisme. Certes, la Monarchie eut bien quelques repères sérieux, et le principe de l'immutabilité du nom n'est pas une innovation révolutionnaire : l'Edit d'Amboise de 1555 ou le fameux "Code Michau" de 1629 en sont témoins. Seules des lettres royales pouvaient valider les modifications de nom. Mais c'était l'objet d'une application laxiste, et le plus souvent il suffisait de changer de Province pour ne plus être "repérable", hors circonstances répressives.

La République, elle, détruisant ce qui était avant, donc ce qui était "mauvais et obscur", donc les principes de l'Ancien

Régime, va apporter système et idéologie. La réalisation ne sera ni totale, ni parfaitement réussie, mais elle posera des principes directeurs qui ne seront plus jamais remis en cause, et dont l'aboutissement est peut-être la création en 1877 du "livret de famille" par la Troisième République naissante. Comme souvent, ce fut le cas, c'est avec un siècle, ou presque, de recul que la Troisième du nom réalisa les rêves et les aspirations de la Première, la République "originale". On peut considérer qu'après la Première Guerre Mondiale, en tenant compte des progrès et de l'extension du principe administratif, et de la généralisation de l'alphabétisation unifiée par l'enseignement primaire obligatoire, l'immutabilité du nom de famille est à peu près acquise.

Dans ses grandes lignes, la République défend l'idée selon laquelle l'ETAT existe pour contribuer -sinon l'assurer intégralement- au bonheur de ses ressortissants, les Citoyens.

L'Etat est là pour "gérer" : gérer gens et objets, le fait social dans sa généralité, en éviter les abus et les excès, rendre la vie "vivable" et dans des règles fixes, répétitives, accessibles à tous. Pour ce faire, il "nomme", dénomme, qualifie, répartit, hiérarchise, positionne, découpe (en départements, cantons et communes), ordonne, interdit. Bref, il dresse des listes. Il met de l'ordre. Cela est sous-jacent dès la Déclaration des Droits de 1789 : il y prévoit le vote, l'impôt, la conscription, la propriété : autant de données qui prévoient un répertoire, des "mises en listes". D'où la nécessité d'une stabilité, d'un repérage fixe, le plus parfait possible : ce sera l'idéal de "l'Etat civil" révolutionnaire. Le terme "Etat" étant employé dans sa plus vaste acception : le civil est l'Etat normal de tous les citoyens, et ce mot ne sert plus désormais à séparer des situations différentes et inégales, mais au contraire à unir dans une seule et même catégorie.

Car il y a plus : l'Etat civil, égal pour tous, est "créatif" du citoyen français, est égalitaire et impartial, donc générateur de la liberté. C'est une des plus fortes idéologies de la Révolution : elle "fabrique" le citoyen français en lui donnant un NOM français, connu de tous, fixé et répertorié, et dont elle tient la liste en vertu de la Volonté Nationale. Cet "Etat civil" égal pour tous est la garantie basique de l'Egalité, laquelle, puisque chacun est identique à chacun, entraîne la liberté de tous.

Le NOM est la pierre angulaire de l'Etat civil révolutionnaire sur laquelle repose la notion de citoyen et toutes les qualités qui y sont attachées, qu'il s'agisse de droits ou d'obligations. Le nom déclaré à l'administration de l'Etat civil est "la liste des listes", de toutes celles qui viendront après, jusqu'à la mort (et même au-delà), la "matrice". Cette liste d'Etat civil doit être bien tenue, la plus fixe possible ; elle donne accès à la participation politique, au droit de vote, à l'éligibilité.

La déclaration à l'Etat civil est la certitude de l'acquisition de la personnalité (assimilable pour certains auteurs à un droit de propriété) : la personnalité entraîne la citoyenneté. C'est la certitude de la réalité de la fin des droits féodaux avec leur absence nominative des citoyens du Tiers, les surnoms, les sobriquets, les dénominations claniques ; chacun, désormais, existe en tant qu'individu "individuel et individualisé". C'est aussi la preuve intangible de l'égalité.

C'est la raison pour laquelle la République sera très soupçonneuse à l'égard des incertitudes, des changements, des absences de noms. Née dans la violence, elle sera également soupçonneuse pour raison de sécurité, de "Patrie en danger", scrutant dans des dénominations hasardeuses ou incertaines des ennemis potentiels.

On voit donc toutes les impérieuses raisons de la stabilisation nominative imposée par la Révolution, et la violence avec laquelle elle fut proclamée. Comme Elle fit aussi -et essentiellement- oeuvre de laïcisation (c'est ce qu'il en reste de plus évident), Elle commença par interdire et détruire : elle voulut mettre fin à tous les archaïsmes, déposséda les Paroisses de la tenue des Registres officiels pour les confier à une Administration laïcisée et uniformisée. Elle décréta le 24 brumaire An II (14 novembre 1793) la possibilité pour tout le monde de "changer de nom" à volonté. Cela permit l'abandon de noms chrétiens, de titres de noblesse, de surnoms infâmes, de traditions pesantes ; cela permit aussi de tricher... éventuellement de s'inventer ce que l'on appellerait maintenant une "nouvelle image"...

C'est la fameuse période de "l'anarchie spontanée" évoquée par Taine, mais qui durera moins d'un an, bientôt reprise en mains par des règles de droit positif. Cette période n'en est pas moins très "bousculante" de traditions et d'habitudes pourtant ancrées : elle tente d'abolir une vision sociale pour en mettre une autre à la place, dans un radicalisme qui nous stupéfie, et avec une confiance en l'individu que nous avons perdue depuis longtemps. La République veut la fin des liens avec la religion, avec la terre, avec la noblesse, avec les privilèges, les localismes, les régionalismes : elle invente le mythe du citoyen unique et national, car sa survie et sa réussite sont dans cette vaste notion de l'Unité nationale, à la fois administrative et patriotique. En vertu du principe égalitaire et de la liberté proclamée, on ne doit plus signaler les particularismes non indispensables à une gestion correcte, et l'Administration ne doit plus en tenir compte. Ce vent nouveau, accompagné des textes sur les possibilités de séparation et de divorce des époux, associé au fait que les protestants et les juifs sont aussi désormais des citoyens absolument comme les autres, en vertu des articles 10 et 11 de la Déclaration des Droits,

entraîna un assez grand nombre de changements, par goût, opportunité et sécurité (1).

C'est la Loi du 6 fructidor an II portant "qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ou de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance", qui remet ordre et stabilité dans l'Etat civil français. "Ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre". L'article 2 précise qu'il "est également défendu d'ajouter aucun surnom à son nom propre, à moins qu'il n'ait servi jusqu'ici à distinguer les membres d'une même famille, sans rappeler les qualifications féodales et nobiliaires". Cela garantit définitivement l'impossibilité du retour aux pratiques d'Ancien Régime, d'autant que l'article 4 défend "expressément à tout fonctionnaire public de désigner les citoyens dans les actes autrement que par leur nom de famille, les prénoms portés en l'acte de naissance, ou les surnoms maintenus par l'article 2".

C'est donc la création du principe de l'immutabilité du nom, aussi radical que la permissivité des 10 mois antérieurs. Mais ce principe de fructidor est une loi moderne : il reste intégré à notre actuelle législation et à notre vision présente. Après les apaisements dus au Concordat, qui, tant bien que mal, réconcilient la chrétienté et le laïcisme révolutionnaire, c'est l'Empire qui, comme dans bien des domaines, fera la part des retours vers le passé et des nouveautés.

La Loi du 11 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms réaffirme le principe de l'immutabilité et l'assortit d'une possibilité de dérogation : par une procédure d'une grande simplicité "toute personne qui aura quelque raison de changer de nom en adressera la demande motivée au gouvernement", assortie d'une publication au "bulletin des lois" afin de permettre aux éventuels opposants de se faire connaître.

En effet, si le nom et le prénom, considérés comme éléments de la personnalité, sont largement protégés par le juge et le pouvoir judiciaire, le pouvoir administratif, en tant que gardien de l'Etat civil national, a aussi le pouvoir d'intervention et de surveillance ; c'est la raison pour laquelle, si l'autorité saisie en matière de changement de nom, est le Ministre de la Justice, l'avis du Conseil d'Etat est obligatoire et déterminant.

(1) On pourra lire l'intéressant ouvrage de R. Sédillot, "Le coût de la Révolution française", Lib. Ac. Perrin. Le mouvement porta également sur les prénoms qui furent "déchristianisés" : nombreux furent les nourrissons, en cette année 1793-94 à s'appeler "arbre de la liberté". Les filles de Lucien Bonaparte furent prénommées Egalité et Egypte ; il eut la prudence d'ajouter Charlotte pour l'une et Christine pour l'autre, dont elles usèrent volontiers une fois le vent révolutionnaire assoupi. Il y a aussi la savoureuse anecdote contée par le professeur Jean Delay, du Baron de Saint Janvier, devenu "citoyen Nivôse" par la volonté du Tribunal révolutionnaire... ce qui ne l'empêcha pas d'être raccourci.

C'est cette procédure simple -d'un grand laconisme législatif- (ce qui va donner un très large pouvoir d'appréciation au Conseil d'Etat) qui est parvenue jusqu'à nous, à peu près inchangée, et surtout élargie par la Loi du 25 octobre 1972 sur la francisation des noms et celle du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux et des parents dans la gestion des enfants mineurs.

Tout citoyen français majeur peut donc, à charge de produire un motif suffisant, et en prenant soin de la publicité requise, par une procédure simple et peu onéreuse, demander au gouvernement le changement de son nom patronymique.

La Nationalité : un citoyen français ne peut changer de nom que par un acte du gouvernement français, et symétriquement, l'Etat français n'a pas le droit de changer l'Etat civil d'un ressortissant étranger. Les élargissements successifs qui ont été apportés en 1945, puis par les lois de 1950 et 1972 ne s'appliquent qu'aux personnes naturalisées ou en cours de naturalisation française : l'article 1er de la Loi du 25 octobre 1972 prévoit en effet que "lorsque le caractère étranger du nom seul, ou du nom et d'un ou des prénoms, peut gêner l'intégration dans la communauté française, l'intéressé peut demander leur "francisation". Le législateur énumère ensuite les cinq cas de figure d'acquisition ou de réintégration dans la nationalité française. Il précise à l'article 2 que "la francisation d'un nom consiste dans la traduction en langue française de ce nom ou dans la modification nécessaire pour faire perdre à ce nom son caractère étranger ; la francisation du prénom consistant dans la substitution à ce prénom d'un prénom français". La francisation du nom patronymique a un effet collectif à l'égard des enfants mineurs. L'opposition est possible pendant six mois après publication du décret de francisation au Journal Officiel ; elle n'est pas possible contre les prénoms.

Les citoyens français résidant à l'étranger peuvent parfois soulever quelques ambiguïtés dans l'appréciation de leur appartenance à la communauté française ; les avis du consul de France du lieu de résidence de l'intéressé et celui du Ministre des Affaires étrangères sont alors requis, et remplacent ceux des procureurs. Certains cas (rares) de double nationalité demandent des conclusions nuancées qui ne peuvent être qu'individualisées ; lorsqu'il y a eu abandon de la nationalité française la demande est toujours rejetée, puisque l'Etat français n'est plus concerné.

La Capacité civile est requise pour faire la demande ; c'est le représentant légal du mineur qui introduit, en son nom, la demande à sa place. Lorsqu'il s'agit d'un orphelin, dépendant de la DDASS, c'est le Préfet, commissaire de la République, qui est apte, en tant que tuteur, à faire la demande de changement : car

on peut, hélas, être à la fois abandonné et affublé d'un nom patronymique insensé.

La femme mariée peut toujours demander le changement de son nom de "fille" puisqu'elle ne le perd jamais.

La Procédure est d'une grande simplicité :

La personne désirant changer de nom doit procéder à deux ordres d'actions : la première est la publicité de son intention qui se fait par une annonce dans le Journal Officiel comprenant le nom porté dont on ne veut plus, la date de naissance de l'intéressé, son domicile, et l'indication du nom désiré, ou des noms suggérés aux autorités, car on peut en proposer plusieurs. Publication est également faite dans deux journaux désignés pour les annonces légales ; l'un au lieu de naissance de l'intéressé ; l'autre au lieu de son domicile. Cela pour permettre les oppositions préalables.

Ces indispensables préliminaires accomplis, on en vient à la demande même, adressée au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, en double exemplaire, sur papier libre, joignant tous documents établissant le bien-fondé de la requête, et expliquant les motifs ; un exemplaire des journaux où ont été faites les publications doit être joint. On y ajoute, évidemment, une copie intégrale de l'acte de naissance de chaque intéressé majeur ou mineur, un certificat de nationalité française pour chacun aussi. Le Procureur de la République instruit le dossier et l'adresse à la Chancellerie, qui le soumet, pour avis obligatoire, au Conseil d'Etat. C'est la Section de l'Intérieur qui est chargée de ces affaires, et qui apprécie, avec une grande liberté, les motifs, le nom dérangeant et le patronyme souhaité. Elle donne un avis souverain, favorable ou défavorable, et renvoie pour décision, à la Chancellerie. Le Ministre de la Justice établit son rapport, et les changements acceptés font l'objet d'une publication par décret du Premier Ministre au Journal Officiel. Le changement prend effet un an après la publication du décret, afin de permettre aux tiers qui supporterait un préjudice, de présenter un recours devant le Conseil d'Etat. Le bénéficiaire du changement demande un certificat de non-opposition au Conseil, et sollicite du Procureur l'inscription de son nouveau nom sur tous les actes d'Etat civil. Certes, c'est une procédure "à gérer", qui demande une réelle détermination de la part du demandeur, mais qui est simple et peu coûteuse (environ 2.000 francs en 1988, dont l'essentiel est un "droit de sceau" demandé par la Chancellerie, et le reste des frais de publication). Il n'y a nullement besoin du recours à un avocat. Il faut compter un an et demie à deux ans.

L'intérêt d'une telle démarche réside dans le fait que c'est un intérêt strictement personnel et très privé qui s'inscrit dans une gestion publique de l'Etat civil. Ecrite, secrète, discrète

jusque dans sa publicité, elle existe uniquement dans l'intérêt des particuliers ; elle ne requiert aucun témoignage, et les décideurs n'ont jamais de relations directes avec le demandeur. C'est donc à la fois très humain et très abstrait, totalement juridique, mais largement consultatif, avec des dominantes, empreintes du plus grand libéralisme, et d'une adaptation constante aux changements sociaux.

Si on relève moins de 15.000 demandes de 1803 à 1945, dont en 142 années, de 1946 à 1977, soit en 31 ans, ce chiffre atteint plus de 19.000, pour lesquelles on constate environ 80 % d'admission. Ces chiffres doivent être pondérés d'un "coefficient familial" car de nombreuses demandes concernent des familles complètes pour lesquelles la seule et unique demande paternelle ou maternelle recouvre celle de un à sept ou huit enfants mineurs.

Pour 1988, on compte un peu plus de 850 demandes qui concernent en fait près de 1.200 personnes. Le chiffre tourne (statistiques de la Section de l'Intérieur au Conseil d'Etat, établies de septembre à septembre) autour de 500 à 600 demandes par an pour les années 1970 à 1975, avec un bond important en 1976 : 780 ; puis 911 en 1979.

Dès lors, on se situe souvent aux alentours de 800 demandes annuelles, avec le record de 1071 en 1985.

1980 : 655	1985 : 1071
1981 : 719	1986 : 982
1982 : 939	1987 : 641 (seulement)
1983 : 827	1988 : environ 850 à 900
1984 : 522	

Ce chiffre "bas" de 1987 serait surtout dû à un retard de transmission des dossiers par la Chancellerie, qui a connu une période d'informatisation. Il est à noter que les demandes sont en effet numérotées désormais. Et il est à souhaiter que l'irruption d'un quelconque traitement informatisé des dossiers ne changera en rien "l'esprit" du changement de nom.

L'aspect peut-être le plus intéressant de la procédure est qu'elle est entièrement dominée par le Conseil d'Etat.

Cette obligatoire consultation préalable du Conseil aboutit en effet à une sorte de "domination morale" de ce dernier, créateur, sans chercher à élaborer une doctrine, d'une cohérence libérale d'orientations éthiques et d'une tradition prétorienne.

Dans le domaine qui lui est imparti par la Loi de Germinal, "... le changement de nom...", le Conseil d'Etat (qui ne gère ni les changements de prénom réglés par le Juge Judiciaire, hormis le cas évoqué, ni la rectification d'Etat civil réglée par les articles 99 à 101 du Code civil) est non seulement compétent pour

la "substitution d'un patronyme à un autre", mais aussi pour l'adjonction, la suppression, la simplification de noms, et toutes les modifications orthographiques. Il peut aussi, purement et simplement attribuer un nom lorsque le demandeur en est dépourvu, désigné par l'Etat civil par un simple prénom ou des lettres S.N.P. (sans nom patronymique) ; ou bien aussi par d'autres initiales (cas d'un Georges M.B. au J.O. du 22 avril 1986). Il peut aussi se prononcer sur l'adjonction d'une particule, mais il ne donne aucun avis sur la reconnaissance des titres de noblesse (régie par une autre procédure établie en 1859, et modifiée en 1872, puis par décret-loi du 30 octobre 1935).

L'opinion émise par le Conseil d'Etat n'est qu'une "consultation" que le Gouvernement n'est pas obligé de suivre ; si l'avis est obligatoire, il n'a pas l'obligation d'être conforme. Toutefois, il s'est avéré qu'il est absolument déterminant dans 95 % des cas. L'Exécutif se rebelle rarement contre son Conseil ; il reste le plus souvent dans le droit-fil de son opinion, sauf en ce qui concerne l'adjonction du nom de la mère à laquelle le Conseil est resté habituellement opposé ; mais ce problème est en partie résolu par les nouvelles dispositions de 1985 et la circulaire du 26 juin 1986 relative au nom et au nom d'usage.

Le Conseil d'Etat a pu construire un véritable "état d'esprit" du nom et dessiner de vraies orientations, parce que, comme le dit si bien le Conseiller François Bernard, "il est aux deux bouts de la chaîne" : dans ses avis administratifs, il a pu déterminer un certain nombre de constantes ou de lignes de force, tout en se pliant aux nécessités sociales évolutives et en respectant les besoins et les aspirations légitimes des citoyens ; il règle des cas particuliers, sans se soucier d'élaborer, au-delà d'une nécessaire cohérence, une doctrine. La section du Contentieux, elle, reçoit les recours sur la même question, et se préoccupe d'un éventuel intérêt lésé. On a pu s'étonner de la surabondance des publicités exigées lors de la demande d'un changement de nom ; mais elle est utile, car elle permet les oppositions préalables, qui sont d'ailleurs très peu nombreuses (une vingtaine par an, au maximum) et le plus souvent reçues par la Section de l'Intérieur ; ce qui démontre le bien-fondé publicitaire, et évite le recours contentieux (qui est également minime, puisque sur la même période, de 1946 à 1978, on ne trouve que 37 oppositions contentieuses, dont moins de 10 ont conduit à une annulation juridictionnelle) (2).

(2) Notamment :

- Dame de Marmier c/sieur Portes, 10 juin 1949.
- Sieur de Breteuil c/Bloc (Breteuil), 23 octobre 1953.
- Sieur Muller c/Viber (Muller), 28 janvier 1966.
- Consorts de Saint-Martin, 9 juin 1978.

Cette part minime d'oppositions et de recours démontre à elle seule, la qualité de la réflexion de l'autorité administrative et sa bonne adaptation.

C'est sans doute la généralité de la terminologie employée par le législateur révolutionnaire, si confiant à la fois dans le bon sens de l'homme et le bien-fondé de l'Etat administratif, qui a permis au Conseil d'Etat de déployer sa compétence et d'adapter avec une souplesse constante un texte et un projet humain dont le laconisme terminologique aurait pu aussi amener la désuétude.

Il nous reste maintenant à examiner la notion de "motif suffisant", cette "quelque raison" de changer de nom évoquée par la Loi de Germinal. C'est sans doute là l'aspect le plus original et le plus intéressant de l'avis donné par le Conseil d'Etat : cet avis se révélant être un contrôle des motifs, une appréciation d'opportunité, en fin de compte :

Dans un certain contexte privé et social, s'avère-t-il opportun qu'un citoyen change de nom patronyme, et est-il opportun de déranger l'ordonnancement de l'Etat civil général pour donner satisfaction à un désir privé ?

La section de l'Intérieur décide au "cas par cas", selon les personnes et les considérations avancées. Ce qui l'amène à fixer son attention à la fois sur le nom que l'on désire quitter et sur celui que l'on désire prendre. Les motifs d'admission ou de rejet de la demande sont tirés de l'un ou de l'autre aspect ; quelquefois des deux à la fois. Et si certaines considérations particulières au cas examiné sont toujours admises, il y a cependant quelques grandes trajectoires à retenir : ce domaine est de "la poussière de cas individuels" (3), qui peut paraître, au premier abord parfois un peu anarchique ; le mérite de l'instance administrative est d'avoir tout de suite dégagé de vraies lignes de force, et de les entretenir.

* Considérations relatives au nom que l'on veut quitter.

Il y a d'abord la vaste catégorie des noms incommodes, ridicules ou déplaisants, qui représente un peu plus du tiers (32 à 33 %) des changements demandés. Ensuite, l'important bloc des noms d'origine ou à consonance étrangère qui freinent ou bloquent une bonne intégration dans la communauté française (actuellement, environ 40 à 42 % des cas). Ces deux grandes catégories comportant, comme nous allons le voir, quelques sous-espèces ; ensuite vient le relèvement ou la consécration d'un nom historique ou illustre ; puis la "possession d'Etat". Enfin, les changements fondés sur ce que l'on considère comme un "motif affectif", pour lesquels la requête constitue une sorte de

(3) L'expression est de François Bernard.

"rattrapage juridique" pour des familles dispersées ou mal solidifiées, et pour lesquelles cet "ajustement nominal" améliore notablement la situation des enfants concernés.

a) Les noms ridicules, incommodes et déplaisants : il y a cette immense catégorie de ceux qu'une journaliste parisienne baptisa récemment "les martyrs du patronyme". La notion du ridicule ou de la gêne encourue est très subjective, et aussi très relative par rapport au "milieu" social dans lequel on évolue ; la géographie, l'éducation, l'évolution même du langage et de l'argot, le métier exercé sont des éléments d'appréciation. On a pu noter que plus on montait dans l'échelle sociale, de rémunération ou de notoriété, moins le "ridicule" était ressenti. Toutefois, en considérant leur activité, le Conseil d'Etat a débarrassé de leur patronyme de Vieilledent un dentiste, de Danger un pharmacien et de Barbant un professeur.

Mais il y a le ridicule "irréparable" de certains patronymes dont la liste -qui n'est pas exhaustive- constitue à elle seule une "promenade tératologique", écrit François Bernard. Ils comportent souvent une connotation sexuelle, scatologique, ou qui a un rapport avec la stupidité, le crime ou la saleté. Il demeure encore des Assassin, Achié, Baratin, Branle, Bidon, Boudin, Bordel (le nom de Borde autrefois désignait une maison construite en planches), Bit, Bocal, Bocon, Bossu, Bidet, Baize, Batard, Bitodeau ; la liste des Cocu, Cucu ou Cuccu, Coco, Cosnard, Couillard, Crépin (ou Secrétin), Couillon, Couillé, Cornichon, Chirouge, Con est interminable et relativement étonnante. Il y a aussi les Cimetière, Fric, Froc, Fromage, Fayaud, Gateau, Gourde, Galopin, Hanus, Kon ; les inévitables Labitte, Lapisse, Lacrotte, Lecul, Lanusse, Lagelée ; les Mirault, Machin, Moutarde, Merdassi, Malmonté, Nichon, Patat, Pied, Pinard, Pislor, Poutou, Peth, Piéderrière, Pédé, Puan, Pornot, Pipi, Pievache ou Piedevache ; les Saussice, Sikon, Sacavin, Sall, Sale, Saligot, Salaud, Saloppe, Troccon, Tapin, Verge, Vachier, Vaseux, Zambon, etc...

Vient ensuite l'innombrable cohorte des noms d'animaux. Parfois la jurisprudence du Conseil d'Etat se nuance, car, a priori, s'appeler Lièvre ou Lerat ou Rat peut ne pas être gênant et très bien vécu ; tout dépend des circonstances et de l'environnement. Certains sont toutefois toujours acceptés au changement, comme Cochon, Cochonneau, Chameau, Bourrique, Leporc, Lebouc, Maquereau, Moule, Mul, Mulet, Minet, Morbach, Sanglier, Taupe, Vilepoux. Pour cette catégorie, il y a maintenant plus de tolérance vers l'abandon, sans doute à cause de l'urbanisation majeure et de la perte des racines rurales. Certains noms ont l'air, au premier abord plus anodins, mais se

révèlent redoutables : Herbette, Grosmolard, Madboul, Mariaulle, Vathaire, Verholle. Pour ces deux derniers, il a suffi de modifier ou supprimer une seule lettre, et l'intolérable est passé. Il y en a d'autres que l'on accepterait presque parce qu'ils ont un air de terroir, et de passé, mais qui sont parfaitement impraticables de nos jours : Boulepiquante, Coeurdevache, Courtecuisse, Troispoil, Troipoux, Tournevache, Taillefumier, Valdehouse.

Quelquefois le patronyme Puth ou Putin est supporté tant qu'il n'y a que des hommes ou des garçons, mais le mariage ou la venue d'une petite fille détermine en général le désir de changement. Car il y a aussi l'intolérable ridicule dû aux circonstances et aux modes. L'exemple le plus célèbre en est certainement l'anodin nom du Préfet Poubelle, sauveteur de l'hygiène urbaine, mais désormais à peu près importable. En 1983-84, un certain nombre de demandes furent induites par l'existence du chien-vedette de la télévision Mabrouk : ce patronyme déclenchait d'intempestifs "ouah-ouah!". Depuis quelques années, on voit des Gay demander à devenir Gray ou tout autre chose à cause du contenu que ce terme peut impliquer. Monsieur Miquet n'en pouvait plus, ni Monsieur Tarzan. Enfin, en 1987, un patronyme parfaitement anodin a pris une dimension imprévisible, et a entraîné plusieurs demandes : il s'agit de Sida ou Scida, ou Syda....

Psychologiquement, on mesure toute la souffrance intérieure encourue, tout l'espoir d'oubli et de revanche que fait espérer la nouvelle dénomination, tout le "rêve" engagé sur le patronyme neuf : un Corbeau a souhaité devenir Archangel, des Grogras sont devenus Lefray, un Leborgne las de sa semi-obscureté a demandé Soleillant, et tout un clan Poubelle a opté pour Fontaine comme pour se laver de toute cette opprobre encourue...

b) Vient ensuite l'importante catégorie des noms d'origine ou à consonance étrangère ; c'est numériquement la plus importante, et elle est très variée. Le problème peut résider simplement dans la prononciation ou l'orthographe, plus ou moins impraticable en langue française, ou les deux à la fois. En ce cas, le demandeur cherche une simplification, un raccourcissement (4), une francisation, ou enfin une substitution pure et simple. C'est ce qui arrive souvent pour les patronymes d'origine malgache, indienne, polonaise, grecque. Mais souvent aussi la demande a une connotation morale ou de démarquage vis-à-vis d'a priori plus ou moins raciaux, ethniques, religieux ou culturels. Toutes ces raisons sont parfois mêlées. Le législateur, comme nous l'avons vu, a facilité la "francisation", notamment lors des naturalisations. Mais il arrive souvent qu'elle ne soit pas intervenue,

(4) La perte de la fin du mot est l'apocope.
La perte du début du mot est l'aphérèse.

donc il faudra recourir à la procédure devant le Conseil d'Etat, notamment pour ceux naturalisés avant l'ordonnance de 1945, ou ceux qui ont omis d'utiliser les voies simplifiées prévues par la loi.

D'une façon globale, le Conseil d'Etat est très bienveillant vis-à-vis de ces demandes motivées souvent par la crainte, ou le désir d'effacer des origines "pesantes". La part la plus vaste émane d'anciens ressortissants des Etats du Maghreb (bien que pour les Algériens demandant la nationalité française, une loi de 1965 ait institué, en son temps, une procédure spéciale) ; toute la foule des Ben... fils de..., les Saadi, Sidi, Saïd, Sadi, les Aït..., les Abd..., les Cheik..., les Mohammed ou Mohammad..., etc.. devient des Leroy, des Faure, des Brunet, des Rousseau, des Rousselot, des Duchene, des Benoit... Presque tous sont acceptés. Tout au plus peut-on regretter qu'un patronyme aussi prestigieux qu'Abd-el-Khader (5) soit aussi souvent répudié (mais peut-être est-il bien lourd à porter ?). Plus étonnant encore, est le rejet de patronyme comportant la sainte indication de Hadj ou Hadji, signe du pèlerinage à La Mecque, de la robe blanche et d'une quasi noblesse : cet abandon est parfois radical pour un patronyme français absolument incolore (surtout lorsque la demande émane

(5) L'émir arabe Abd-el-Khader (1808-1883), de son vrai nom "Abd-al-Gadir-al-Hadjdj", né à Mascara, lui-même issu d'une "gens" puissante et nombreuse, donna naissance à une importante descendance. Il mena, de 1832 à 1847, la guerre de résistance contre la conquête française de la Monarchie de Juillet. Après la défaite de ses alliés marocains à Isly en 1844, et la prise de sa "smala" par le Duc d'Aumale en 1843, à jamais immortalisée, il dû se rendre à Lamoricière en 1847. Interné en France, cet homme remarquable, lettré, cultivé, ayant assimilé la culture occidentale tout comme l'arabe, entré en Loge maçonnique, fut libéré en 1852, et autorisé à se retirer à Damas en Syrie, déjà sous importante influence française, bien qu'en principe cédée à l'Egypte, mais où l'Empire interviendra en 1860, et où le Général Gouraud établira une "protection" en 1918 en vertu de l'accord Sykes-Picot, à la suite de l'imbroglio des soulèvements dans cette région.

Le Clan Abd-el-Khader a joué un rôle non négligeable dans cette zone géographique et humaine complexe et toujours agitée : le fils aîné Omar, d'Abd-el-Khader "le grand" (et "le saint" : al-hadjdj), lors des derniers soubressauts de la domination turque, fût pendu par Djemal pour trahison révélée par les documents Picot. Mais le descendant le plus connu est le petit fils, l'émir Edd-al-Khader-el-Jezaïri, lequel, évadé de Brousse, participa en novembre-décembre 1917 à l'équipée du Colonel Lawrence avec Faycal, et les bédouins soulevés pour la prise d'Akaba. Puis, il trahit, et préféra se tourner vers les Turcs. Il fut tué peu après. Dans "les 7 piliers de la sagesse", Lawrence le qualifie "d'esprit fêlé", de "fanatique à demi fou et outrecuidant", et surtout de "traître". Le colonel français Brémont, et surtout le général Allenby qui couvrit l'ensemble des opérations militaires pour le compte des Britanniques, dans cette région jusqu'à l'été 1918, ont également une fort piètre opinion du personnage. ("les 7 piliers..." éd. Fse Payot, p. 484 s., ainsi que les archives Foreign Office 1917-18, départ. Moyen-Orient).

La descendance clanique établie au Liban et en Syrie est donc importante, et les événements actuels du Moyen-Orient expliquent le retour en France de nombreux "Abd-el-Khader" qui ne désirent pas garder ce patronyme, plus par référence à sa descendance dans l'Empire turc, qu'au personnage légendaire dont l'histoire française garde la trace. De plus, simplement, ce Nom de famille garde un souvenir "référentiel" fort incommode.

de femmes et de femmes jeunes) ; plus habile est la traduction presque littérale : un Hadj Hammon a eu l'heureuse idée de traduire cela (avec peut-être un brin de snobisme) en Saint-Amont. Benchimol devient Bonchemin. Ben Ghouzi, Gouze... Encore plus habile, parce qu'accompagné d'un profond désir d'assimilation à la région où l'on vit, cette famille Ben Khalec domiciliée dans le Finistère, devenir Le Callec, et des Benarab de Moselle devenir Wagner... C'est plus qu'une francisation patronymique qui est opérée ici ; c'est un pari positif sur les générations à venir.

Nombreuses sont également les francisations ou modifications de noms d'origine "pied-noir" ou juive pied-noir, mais dans une moindre proportion. Depuis la décennie 80 les demandes émanant d'anciens ressortissants de la péninsule indochinoise sont en augmentation constante, et toujours accueillies. Là, la cause est différente : soit le nom en trois parties distinctes est trop lourd pour être utilisé dans le contexte français et le nom clanique principal, Tran, Nguyen, beaucoup trop vague pour être pensé comme un "vrai" patronyme ; alors on change complètement. Ou bien le nom dans son ensemble, Phandanouvong ou Kesmuongmaï est trop compliqué et trop "étranger", alors on prend soit un nom français simple, ou bien on ne garde qu'une ou deux syllabes du nom originaire.

C'est la solution généralement choisie aussi par les Indiens et les Malgaches : leur patronyme, qui comporte parfois jusqu'à 9, 10 ou 11 syllabes, est en fait un Etat civil complet : en le disant dans leur pays d'origine, ils signalent à l'interlocuteur leur appartenance clanique, la branche du clan à laquelle ils appartiennent, le nom de leur père, éventuellement de leur mère, et, enfin, le leur. Commode dans leur lieu de naissance, ce nom est "intransportable" en France (ne serait-ce que parce qu'aucun imprimé administratif ne comporte assez de "cases" pour l'épeler !) ; après consultation familiale, la solution choisie est en général de garder les 2 ou 3 premières syllabes, c'est-à-dire le nom de clan : Raza, Razafin, Anndria, Randria, Radja, etc... mais, on peut préférer, si on est plus individualiste, garder les dernières syllabes du "grand nom" qui sont celles de sa propre identité, de son "surnom" dans le clan ; ou bien, on préfère oublier tout, renoncer complètement à ses racines, à son clan, au passé, faire un choix personnel, dégagé de toute identification, et devenir Bruon ou Henri, ou... ce que l'on veut.

Parmi les Slaves, fort peu changent de nom ; (les Russes pratiquement jamais). Le groupe le plus important est polonais, à cause de la difficulté orthographique et phonique que représente certains patronymes ; tel ce malheureux avec un nom de onze lettres comportant une seule voyelle ! La langue française est

inapte à absorber de telles extravagances. En général, on choisira de garder la première ou les deux premières syllabes du nom originaire : on ne perd pas tout à fait ses racines. Borukowitz devient Boru, Kantorowitz devient Kant ou Kantor (qui sont, tous deux, référentiellement élégants). Par contre Grzelezyk est devenu Petit et Trzwick s'est fort à propos mué en Treville, devenant au passage un personnage d'Alexandre Dumas ! Les Italiens, Espagnols, Portugais, qui, soit dans les années 30 ou, plus tard, dans la période 1955-65, formaient d'assez fréquentes demandes, sont en très net recul, même rares, sauf si le nom a une consonance ridicule en Français (Mangiaracina) ou s'il est trop compliqué, ce dernier cas étant surtout lusitanien.

Par le Décret Impérial du 20 juillet 1808, Napoléon Ier avait enjoint aux Juifs de France de franciser leur nom ou de changer de nom, afin de faciliter leur intégration ; c'est à ce moment qu'il y eut pour choix de noms de remplacement, soit des prénoms, soit le nom de ville ou de région où l'on habitait ou bien dont on était originaire. Mais ce texte, de même que la Loi générale de Germinal eurent finalement peu d'effet : le décret fut assez mal appliqué, et les effets de la Loi furent lents : de 1803 à 1942 on ne signale qu'un peu plus de 400 changements, et la plus grande part a plus pour objet de faire disparaître des confusions ou des distorsions orthographiques que de faire gommer la judéité. De fait, l'assimilation naturelle s'étant presque toujours assez bien passée au cours des temps, l'idée de changer de nom n'est pas venue très couramment aux Juifs de France. D'autant qu'il existe la très longue liste des familles et des noms "juifs de France", dont l'origine est parfois fort ancienne, ces familles étant souvent françaises depuis bien plus longtemps que les Lorrains ou les Niçois ! Les noms de Bloch, Dreyfus, Kahn, Lévy et son anagramme Weil, Moch, Mendes, Lyon, Cassin, Carcassonne, Caen, Breal, etc... sont des noms "juifs français" qui pour la plupart des citoyens n'ont pas de signification particulière.

La montée de l'antisémitisme dans les années 30, et les avatars vécus pendant la guerre et l'occupation, où l'occupant et le gouvernement en place ni firent pas la différence entre les juifs français (qui se croyaient protégés), et les innombrables réfugiés, amenèrent une attitude différente surtout dans la période 1945-1955, où la part la plus importante des demandes de changements émane de population juive étrangère ou française, pour avoir eu le malheur de comprendre que s'appeler Lévy ou Solal pouvait devenir un mortel danger. Actuellement les demandes de changement de nom juif sont en nette régression, et émanent surtout de juifs d'origine étrangère ou d'Afrique du Nord, qui désirent surtout gommer la trop grande extranéité, l'anormale complication du nom ou sa consonance péjorative en

langue française : Schwartzchild a effacé du même coup l'origine allemande et l'orthographe éreintante. Bursztin devenu Burtin n'est plus polonais et Madame Elbez ne fait plus sourire. Là aussi, parfois, le désir d'assimilation régionale peut être très grand : tel Rosenblatt résidant en Bretagne devient Gloanec, ou Isaac de Rennes devient Tanguy.

On peut ajouter, pour l'histoire, que tout changement de nom a été interdit aux Juifs de 1942 à 1944, et un acte du 10 février 1942 leur retira le bénéfice de la Loi de Germinal, créant une Commission chargée de rétablir la judéité des noms qui avaient été francisés depuis 1870. Cette Commission ne semble pas avoir exercé ses fonctions, et ces dispositions ont été expressément abrogées par l'Ordonnance du 9 août 1944 "portant rétablissement de la légalité républicaine". Le Conseil d'Etat, pendant l'immédiate après-guerre a pris conscience d'une certaine inconséquence passée, face à certaines opinions. Les demandes, qui ont pu atteindre jusqu'à 64 % de la totalité, à ce moment, ont toutes été accueillies favorablement, et continuent de l'être.

Traditionnellement "terre d'accueil" -avec toutes les contradictions internes que cela peut d'ailleurs comporter- la France accepte toujours favorablement les changements de nom des étrangers, quels qu'ils soient, trouvant même des patronymes à ceux qui n'en ont pas, n'en ont jamais eu, ou n'en ont plus. L'Etat a d'ailleurs tout à y gagner. Parfois certains problèmes ont pu se poser lorsque des lois ont autorisé, notamment lors de la vague des décolonisations, des changements dans des délais fixes ; une fois ce délai passé, le demandeur, qui n'a plus le bénéfice de l'automatisme, va au Conseil d'Etat pour contourner la forclusion. Autre problème délicat, celui de "ceux morts pour la France" ou de leurs héritiers, qui revendiquent un "droit" au changement patronymique alors que tous délais sont expirés et que le pays est devenu indépendant.

Tout aussi embarrassante s'avère une tendance récente qui se dessine avec la décennie 80, s'accroissant ces toutes dernières années, et qui est la mode du "retour aux sources" : des parents ou des grands parents, émigrés de fraîche date dans les années 20, 30 ou 50, après parfois de dramatiques pérégrinations, ont jugé à propos de prendre un nom français, abandonnant tout ou partie de leurs origines. Le temps ayant passé, les héritiers désirent "retrouver la totalité de leurs racines" et réclament une recouvrance du nom ancien. Ce souhait peut être moralement tout à fait acceptable, psychologiquement aussi, dans le cas où la perte de la véritable identité est ressentie de manière quasi-obsessionnelle. Mais, par ailleurs, le changement est-il souhaitable, l'extranéité récurrente acceptable, et dans certains cas, n'est-ce

pas faire courir un risque éventuel futur au demandeur ou à ses propres héritiers ?

Ainsi des Fert souhaitent redevenir Guedj ; une dame Dechabot revendique d'être de nouveau Chabowski-Kresenski ; quant à un paisible Thierry Hage, il désire tout récupérer, et s'appeler à l'avenir Mohamed Hadj Abeed, effectuant ainsi la démarche exactement inverse de la plupart des Islamiques résidant en France. La Chancellerie est absolument hostile à ce genre de requêtes, les considérant le plus souvent comme des sortes de "régressions", étant donné le caractère tellement protecteur du Droit français, et craignant aussi de voir s'engouffrer dans cette brèche l'importante masse de la population d'origine islamique. Le Conseil d'Etat, tout en faisant toujours son examen cas par cas, a aligné sa position sur celle de la Chancellerie, et refuse à peu près en bloc toutes ces demandes. Toutefois, il arrive que des cas exceptionnellement fondés soient acceptés (indignité du nom français). Ou bien cet demande récente d'un jeune français d'origine turco-arménienne : dans les années 1930, et pour les raisons que l'on peut aisément deviner, son père devenu français, demande la francisation de son nom en ne gardant que la racine turque ; cinquante années après, fils et petits enfants revendiquent une nouvelle francisation, qui, cette fois, tiendrait compte des deux racines à la fois. Le dilemme est d'importance : une première demande a été rejetée, une seconde n'a, pour l'instant, pas encore reçu de réponse. Tout dépendra, en fait, de la conscience des rapporteurs ; les discussions sont parfois vives en Assemblée à la fin des séances...

Certains noms étrangers ont le grave et affreux privilège d'être "à la fois" étrangers "et" ridicules en français : La Section de l'Intérieur, jouant de toute sa capacité de libre appréciation, accepte toutes ces demandes : partent aux oubliettes les Beztou, Koïte, Kaka, Toto, Zouzou, Poutou, tous les patronymes se terminant en Cu ou Cus, Benlolo, Hiddio, Zigotto, Popo, Banane, et Chickh-Milou.

D'autres peuvent être chargés d'un poids embarrassant, tels que Musulmani, Boumédiène, Ben Barka, Pol Pot...

Enfin, il y a certains changements, acceptés par le Conseil d'Etat dont on peut se demander s'ils sont vraiment heureux, ou le seront pour les descendants : quel intérêt en France à transformer un Lévy en Dagobert ? La cour de l'école résonnera de la chanson et de "la culotte à l'envers"... On échange un nom juif en un nom arabisant ou l'inverse : un Loebstein devient Amann ; un Abdelkader devient Staedler ; un Toutous devient Tempelmann. Pourquoi troquer des noms italianisant, tout à fait admis dans la communauté quotidienne française en Frank ou Hakkoum ? Là aussi la justification est casuelle, et le dossier éminemment

individuel ; donc le Conseil décide en fonction de chaque situation, avec tout le mystère que cela peut revêtir, et qui appartient à l'intimité de chacun, que le droit français protège si solidement.

Enfin, il y a plus rarement ce que l'on dénomme les noms "odieux ou déshonorés" auxquels sont attachés le souvenir de crimes odieux, d'affaires judiciaires, de crimes de guerre ou contre l'humanité. Dès 1820, un Monsieur Louvel, homonyme de l'assassin du Duc de Berry, obtenait de changer de nom. Il s'agit de cas assez rares, mais dont l'appréciation est parfois évidente : s'appeler Landru n'est pas un cadeau de l'Etat civil ! S'appeler Hitler (avec un seul ou deux T) non plus, bien que ce nom soit assez répandu dans les trois départements de l'Est français. Les demandes restent assez nombreuses : de trois à six par an (6).

Tout dépend de la notoriété du criminel ou du fauteur, et de l'amplitude et de la durabilité prévisible du préjudice. Mais la Section de l'Intérieur reçoit plutôt favorablement ces demandes, dont la solution ne fait aucun doute notamment lorsqu'un fils demande l'abandon du nom du père parce qu'il a assassiné sa mère. Il arrive aussi que le nom soit suffisamment commun pour qu'il n'en résulte aucun préjudice (Petiot). Il ne faut pas que la demande ait pour but de dissimuler une situation pénale. Récemment quelqu'un, inculpé dans une affaire judiciaire complexe, puis relaxé, a demandé un changement de nom pour lui-même et ses enfants. Il est à peu près certain que la demande sera refusée, principalement en vertu du principe constant de ne pas disjoindre le nom des membres d'une même famille. Les enfants agiront comme il l'entendront à leur majorité, le temps ayant fait son oeuvre, et l'opinion publique étant volontiers oublieuse sous l'abondance de l'actualité (7).

- On peut vouloir "relever" ou "consacrer" un nom illustre ou historique, ou un titre en risque d'extinction ; là, ce n'est pas le nom que l'on veut quitter qui est en cause ; mais le nom adoptable. On peut d'ailleurs ne pas quitter son nom d'origine, mais simplement vouloir y ajouter le nom patronyme que l'on désire sauver.

(6) D'après John Toland, célèbre biographe de Adolf Hitler, ce patronyme, assez peu répandu en Autriche, dérive des noms tchèques "Hidlar" ou "Hidlarcek", des variantes de ces noms apparaissant dans le Waldviertel depuis 1430, passant de Hydler à Hytler, puis Hitler. Ce dernier avait donc un sang morave dans les veines, et aussi, plus que probablement, un huitième de sang juif, si on en croit les archives familiales.

(7) On peut rappeler que la célèbre Violette Nozière, après la grâce présidentielle, finit ses jours sous le nom de sa mère (Germaine Isnard) qu'elle avait tenté d'assassiner...

a) Le nom illustre.

D'assez nombreuses demandes émanent de personnes désirant "relever" un nom prestigieux porté par la branche maternelle, des oncles ou des collatéraux. Ces demandes peuvent être accueillies, mais le dossier doit être sérieux et fondé.

Le "lien" familial doit être prouvé de manière incontestable et directe. Le Conseil est très exigeant sur les documents et généalogies qui lui sont soumis. Il faut qu'il n'y ait plus de "porteurs actuels", ou s'il en existe qu'ils soient d'accord, ou du moins, ne forment pas d'opposition. Le nouveau nom ne doit pas non plus être créatif d'un privilège dans une famille, par exemple un moyen déguisé de récupérer une "aïnesse" quelconque, ou une pré-éminence successorale. Il faut enfin que "l'illustration" ait une envergure suffisante pour mériter d'être continuée. Le fait qu'un seul et même nom ait présidé aux destinées d'une municipalité-chef lieu de canton, pendant plus d'un siècle, n'est pas du tout suffisant, s'il n'y a pas d'autres raisons à faire valoir. Mais le demandeur peut évidemment très mal vivre de voir disparaître un nom que porte une des principales rues de son village...

L'appréciation du Conseil d'Etat est ici extrêmement délicate et nuancée, et s'avère être finalement une sorte "d'addition de données culturelles". Pour certains noms qui appartiennent à la grande notoriété, il n'y a aucune difficulté, la solution la plus couramment choisie n'étant pas la substitution, mais plutôt l'accolement des différents noms : ainsi les Pasteur-Vallery-Radot, les Ruiz-Picasso, les Funk-Brentano, les De Witte-Guizot, etc... Mais la substitution pure et simple est aussi possible, comme Ruiz-Picasso au lieu de Gilot ou Emile Zola au lieu de Rozerot, encore que cela soit fréquemment considéré comme quelque peu abusif. Parfois, dans des cas extrêmement rares, c'est le nom d'une grand-mère ou d'une épouse célèbre dont le relèvement est ainsi demandé : le cas est alors examiné avec beaucoup de soin en raison des implications que cela peut avoir dans un droit à dominance "paternelle".

Le relèvement des noms des Présidents de la République est une règle : cela a été fait pour les héritiers du Paul Doumer, désormais Nivet-Doumer, pour les descendants du Président Lebrun, autorisés à s'appeler Albert-Lebrun, et récemment toute une lignée de Faure de l'Isère est désormais Félix-Faure, sans doute pour se démarquer de Maurice et d'Edgar, et peut-être aussi des fabricants d'appareils ménagers, et des nombreux candidats à la francisation qui choisissent volontiers ce patronyme pour ce qu'il a de très "français" ! (J.O. du 26 mars 1987).

b) Plus délicate encore est la consécration d'un pseudo-nyme par l'Etat civil ; il faut là aussi une notoriété suffisante, au moins nationale. L'appartenance à l'Académie Française ou au Collège de France est fortement recommandée. Qui se souvient pourtant que l'Alembert, enfant trouvé, était déclaré comme Jean Lerond ? Il y a le nom de plume, de pinceau et l'autre... Picasso n'est qu'un surnom, d'ailleurs pas très poli... A vrai dire, ces hommes célèbres pour leur talent, leur génie ou leur art, posent rarement le problème eux-mêmes, trop heureux parfois de se replier vers l'anonymat général en partant en vacances ou en signant des chèques. La question se pose en général à la génération suivante, avec les héritiers ; les règles appliquées pour apprécier la demande sont alors sensiblement les mêmes que pour les noms illustres.

Dans le monde du spectacle, du cinéma, du théâtre, de la chanson et de la télévision, les refus sont beaucoup plus nombreux que les approbations. Eric Charden, Gilbert Bécaud ont été agréées ; ce dernier a fait valoir que son vrai patronyme, Sillary, signifiant "sot, dissipé, vilain" en anglais, le défavorisait lors de ses transactions sur le marché anglo-américain de la chanson, ou au moins deux oeuvres de l'auteur français sont devenus des "standards" de grand renom. Cet argument a été reçu.

c) Les demandes fondées sur "la possession d'Etat".

Nul ne peut créer son Etat civil soi-même, ni choisir son propre nom, ni se jouer des règles légales et du droit civil en ce qui concerne la dévolution des patronymes : la Loi de Fructidor est, avec juste raison, implacable. La possession d'Etat ne peut jouer pour devenir un nom patronymique définitif et véritable qu'au bout de la troisième génération, c'est-à-dire au niveau des petits-enfants, et elle doit, au surplus, avoir été constante, évidente et non contestée. C'est donc la consécration d'une sorte de "coutume" qui intervient ici, et qui récompense une longue patience.

- Le "Motif affectif". Cette dénomination recouvre une assez grande variété de situations familiales, para-familiales ou "approximativement" familiales, qui ne peuvent être résolues par les dispositions du Code civil, bien que ce dernier se soit considérablement assoupli vis-à-vis du droit de la famille. En effet par les réformes successives relatives à l'adoption en 1966, la filiation en 1972, au divorce en 1975, et enfin par la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux et des parents dans la gestion des enfants mineurs (sections 3 et 4) le législateur a fait subir une vaste réforme au droit de la famille, l'adaptant dans la plus grande cohérence possible à notre rapide évolution sociale ;

le nom porté est un élément important de l'harmonisation de certaines situations, et il apparaît nettement qu'il peut aider à camoufler certaines tribulations juridiques et sociales. Malgré la bonne adaptation législative, il reste des cas où l'intervention du Conseil d'Etat est nécessaire, souvent pour régler des situations un peu anciennes, ou spécialement embrouillées quant au résultat patronymique, et pour lesquelles le juge judiciaire ne peut plus rien. Ces "motifs affectifs" sont parfois fort délicats : certaines demandes d'hommes ou de femmes arrivés dans l'âge mur, révèlent parfois, sous leur rédaction pourtant résumée au maximum, une vie pleine de vicissitudes, de tribulations, avec des enfants déposés aux quatre coins de la planète, portant tous des patronymes différents, et que l'on désire, la maturité étant venue, apportant une certaine stabilité, voir porter leur propre nom, les rassemblant, tardivement mais avec foi, sous un unique patronyme : familles "éclatées", "non-familles" corrigées par cette démarche qualificative...

Ces demandes sont variées, souvent complexes, et font intervenir une notion "sentimentale" qui est rarement celle du domaine administratif. Les cas les plus fréquents sont celui où l'enfant n'a pas été reconnu par le père, que la mère soit remariée ou non, le cas de l'enfant adopté, le cas d'enfant de parents divorcés puis remariés chacun de leur côté.

Il est extrêmement fréquent que des mères ayant eu des enfants hors mariage, quelquefois avec des hommes différents, devenus totalement absents ou indignes, portant de plus des noms étrangers, demandent que leurs enfants, dont elles ont la garde, portent le même nom qu'elle-même, et tous le même. Le Conseil d'Etat a souvent été réticent à ce genre de manipulations dans l'Etat civil, et c'est un des rares cas où la Chancellerie ne suivait pas son avis. Le juge d'abord, puis le législateur ont simplifié ces scrupules légitimes et les critères d'appréciation, en lui faisant de plus en plus admettre la possibilité du changement de nom de l'enfant mineur "sans le consentement du père" naturel. De même que la Loi de 85 l'incite à admettre aussi de plus en plus la juxtaposition du nom de la mère, puisque désormais l'égalité parentale est entière. En tout état de cause, c'est toujours l'intérêt de l'enfant, actuel et futur qui guide le Conseil d'Etat, et l'objectif qu'un enfant ne paie pas de son équilibre les tribulations et les aventures des adultes.

Pour décliner son identité, l'enfant qui vit dans un foyer conforme au schéma traditionnel, décline son prénom et le nom de l'homme sous le toit duquel il habite. Ce patronyme dénommant du même coup la cellule familiale, ce qui a longtemps été suffisant pour situer l'enfant par rapport aux adultes, l'univers étant délimité entre enfants légitimes et enfants naturels par les

principes de la société bourgeoise issue du XIXe siècle. De nos jours, un mariage sur trois se terminant par un divorce, et plus de 12 % des enfants étant conçus hors du mariage, cette dénomination s'avère souvent insuffisante.

Dans le cas le plus normal, l'enfant reçoit le nom du père ; mais de plus en plus, au fil des dernières décennies, le juge d'abord, puis le législateur, ont dû envisager d'exprimer ou de créer des liens plus ou moins artificiels, afin de protéger l'enfant des désordres adultes, ou de régulariser des situations plus ou moins "hors-normes".

Lorsque l'enfant a été déclaré sous le nom du père, mais que ce dernier a très vite déserté le foyer, a disparu, et s'est totalement désintéressé de l'enfant, le Conseil d'Etat accepte désormais que l'enfant porte le nom de la mère, lorsqu'elle en a la garde, ou lorsqu'il vit chez les grands-parents maternels ; cela produit le paradoxe de donner à un enfant légitime l'apparence d'un enfant naturel, mais cela simplifie ses relations d'Etat civil. Il peut aussi bénéficier d'un double nom, et récemment la Loi de 1985 a simplifié la question en proposant l'option du "nom d'usage".

Si la mère se remarie ultérieurement, la Section de l'Intérieur peut aussi accepter que soit attribué à l'enfant le nom du nouveau mari, afin que tout le monde dans le foyer, porte le même nom, et que le processus d'identification de l'enfant se réalise dans de meilleures conditions, notamment si des frères ou soeurs naissent de cette union. Encore faut-il des conditions très particulières, que le père naturel ait totalement disparu, et que le nouveau mari considère cet enfant comme le sien propre. Car le Conseil prend ici le risque de créer un lien d'Etat civil entre deux individus qui, en fait n'ont aucun lien réel de parenté. Chaque cas est différent dans son contexte et les éléments d'appréciation ; le dossier doit, de toutes manières, être fortement argumenté pour que le Conseil d'Etat accepte de distendre à ce point, voire supprimer les liens entre le père légitime et l'enfant.

L'enfant naturel -en vertu de la Loi- porte le patronyme de celui qui, de ses parents, l'a reconnu le premier. Lorsque la reconnaissance est simultanée, il portera le nom du père, sauf si les parents ont fait une déclaration conjointe devant le juge des tutelles, et que le nom de la mère a été préféré. Il peut aussi arriver que l'enfant ne puisse pas porter le nom de l'homme avec lequel sa mère vit et sous le toit duquel il est élevé, simplement parce que son père naturel l'a normalement reconnu, et est toujours présent. Cela crée des différenciations nominatives qui peuvent être ou très bien, ou très mal vécues, cela dépend du contexte humain, et de la façon dont la situation aura été présentée à l'enfant. L'identification à l'image "traditionnelle"

familiale peut être encore plus difficile si la mère, comme la loi lui en donne le droit, a gardé son nom de jeune fille, a un ou des enfants issus d'un premier lit portant le nom de leur père, s'est remarié, toujours en gardant son nom, et a un ou des enfants issus de cette seconde union ; pour peu que le second époux ait lui-même des enfants portant le nom de leur mère naturelle, 3 ou 4 noms patronymes peuvent cohabiter sur une même boîte aux lettres. Depuis la Loi sur la réforme du divorce de 1975, certaines femmes utilisent volontiers la possibilité de garder lorsqu'il y consent, et dans l'intérêt des enfants le nom patronyme de leur ex-époux.

La vogue, assez générale en Europe, des "unions libres" a multiplié les enfants dits "naturels", dont les droits sont désormais identiques à ceux des enfants légitimes. On pourrait presque dire que le "batard" a retrouvé les droits et les égalités dont il bénéficiait sous l'Ancien Régime, après le terrible siècle et demi de purgatoire que lui a infligé le Code civil napoléonien. Les parents naturels souhaitent largement que leur enfant porte le nom du père et de la mère. Les tribunaux d'instance ont assez largement admis cette prétention légitime, acceptant le nom double, pourtant parfois incommode dans la pratique, et dont souvent l'enfant devenu adulte abandonne finalement un morceau. La Cour de cassation avait mis fin, dans un arrêt de novembre 1982, à cette pratique qu'elle jugea abusive parce "qu'en l'absence de dispositions expresses du législateur, elle ouvrait à l'enfant naturel une possibilité qui n'appartient pas à l'enfant légitime".

Depuis, -et à la suite de débats parlementaires d'ailleurs assez animés- la Loi 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à "l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs simplifie et égalise les situations ; par son article 40 (section III), la loi dispose (article 383 nouveau du Code civil) : "l'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions..."

Et surtout, par l'article 43 (section IV) "toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. A l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en oeuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale". Donc la pratique du nom d'usage, comme du nom double, déjà admise dans un certain nombre de pays européens, est désormais acceptée par le législateur français, simplifiant considérablement la tâche, et du juge, et du Conseil d'Etat en matière de changement de nom. Tout un lot de requêtes disparaît derechef. Cela étant, il n'en a pas fallu

moins de deux circulaires d'application, très détaillées, pour expliquer aux personnes chargées d'appliquer l'article 43, l'usage qui devait en être fait. La loi est entrée en vigueur le 1er juillet 1986. Les circulaires du 26 juin 1986 (J.O. du 3 juillet 1986) et du 4 novembre 1987 (J.O. du 15 novembre 1987) en précisent la portée : le nom d'usage ne doit pas être confondu avec le patronyme qu'il ne remplace jamais ; les noms d'usage sont ceux de la femme mariée ou veuve par adjonction ou substitution dans la pratique (mais pas dans les textes officiels) du nom de l'époux au sien propre : pour l'homme marié ou veuf de l'adjonction du nom de l'épouse ; pour la femme divorcée par le maintien du droit d'usage du nom de l'ex-époux, et depuis l'article 43 pour tout majeur ou mineur par adjonction du patronyme du parent qui ne lui a pas transmis son nom.

Il en résulte qu'une même personne peut avoir le choix entre plusieurs noms d'usage, mais qu'aucun cumul ou combinaison entre les différents noms d'usage n'est admissible : si l'Etat civil se mettait à être "flottant", on ne s'y retrouverait plus ! Et c'est justement pour éviter ces flottements qu'il a été inventé, et à ce point fixé.

La mise en oeuvre du nom d'usage est laissée à "l'entière liberté" de l'intéressé ; et cela est remarquable, car dans la généralité d'un texte de loi, et la rigidité des contraintes nécessaires d'un Etat civil cohérent, le législateur tient compte du particularisme et des réactions de chacun. Pour éviter toute confusion entre le nom patronyme et le nom d'usage, ils devront être mentionnés de façon distincte, et dans les correspondances administratives, les Administrations ont l'obligation d'utiliser le nom d'usage. Il appartient au demandeur de justifier l'utilisation du nom d'un tiers selon les moyens indiqués par la circulaire de juin 1986. L'intéressé peut renoncer à tout moment au nom d'usage qu'il a indiqué à l'administration.

Pour les enfants mineurs, le droit d'utiliser le nom d'usage est mis en oeuvre par le ou les titulaires de l'autorité parentale. L'enfant légitime de parents non divorcés peut en bénéficier, et s'il y a conflit, c'est le juge des tutelles qui tranchera. Lorsque les parents sont divorcés, c'est celui qui a la garde de l'enfant qui exerce le droit ; en cas de garde conjointe, il faut accord, ou s'il y a conflit, intervention du juge des tutelles.

L'administration n'a pas à tenir compte de l'opposition manifestée par le parent non gardien, en l'absence de décision judiciaire tranchant le conflit. En ce qui concerne l'enfant naturel, seul celui qui a une double filiation établie peut évidemment se prévaloir de cette possibilité ; c'est le parent qui a l'exercice de l'autorité parentale qui agit ; en cas d'opposition du parent qui n'a pas l'exercice de cette autorité, le cas se règle

comme pour l'enfant de divorcés. Si une décision judiciaire a prévu une garde conjointe, le droit peut être mis en oeuvre par chacun des parents. En cas de conflit, c'est aussi le juge des tutelles qui tranchera.

En effet, et c'est un des intérêts des précisions apportées par la circulaire du 4 novembre 1987, en vertu des dispositions de la Loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, dans tous les cas de figure, désormais, c'est le juge des tutelles qui tranche en cas de conflit (et non plus, soit le juge aux affaires matrimoniales ou le tribunal d'instance comme c'était le cas précédemment).

Pour ce qui concerne l'enfant adopté : lorsque l'enfant est adopté en la forme plénière, il est assimilé à un enfant légitime. Le mineur adopté en la forme simple voit l'autorité parentale exercée par le ou les adoptants. Il peut donc y avoir nom simple de l'adoptant ou double nom. Si c'est une femme mariée qui adopte, l'enfant peut avoir le nom de sa mère adoptive et non celui de son mari. Si l'enfant n'a aucun parent qui puisse exercer l'autorité parentale (cela peut arriver en cas de décès accidentel par exemple), il fait l'objet d'une mesure de tutelle selon l'article 390 du Code civil, et c'est l'autorité de tutelle qui, éventuellement, peut prendre une décision concernant le nom, ou bien le conseil de famille s'il y en a un. Le Conseil d'Etat ne se préoccupe que des cas qui ne peuvent être réglés ni par le juge, ni par les lois récentes, et il le fait dans le sens le plus favorable aux personnes concernées. On peut noter qu'il est d'une manière générale défavorable aux demandes tendant à l'abandon du nom en l'adoptant y voyant là une attitude d'ingratitude.

Il est certain que dans les années à venir, en raison de l'évolution permissive des lois, le Conseil d'Etat aura de moins en moins à se préoccuper de ces "changements affectifs".

On peut toutefois s'étonner de demandes tardives qui régularisent des situations antérieures à la législation de 1966 (défaut d'information), ou de demandes parfois un peu étranges au prime abord où par exemple le nom nouveau demandé est plus extravagant que celui porté, ou carrément étranger : dans ces cas, il y a un "secret", une indignité paternelle ou maternelle quelconque, difficile à vivre, insupportable, mais tout aussi difficile à avouer et à mettre en forme dans une procédure administrative. On choisit alors de retourner vers le nom du parent qui n'est pas "indigne" même si son nom est incommode : c'est un des cas où le Conseil d'Etat se permet parfois, tout en refusant la première demande, d'en conseiller une seconde et suggère de choisir un autre patronyme.

Mais la majorité des cas ira sans doute s'acheminant de plus en plus vers des demandes simples où une mère naturelle

demande la simplification du nom de son enfant naturel portant le nom du père, trop compliqué ou trop étranger (Madame Léger demande modification du nom de son enfant mineur Rodyjnsky en Rodier).

Ces dispositions législatives nouvelles, dans leur ensemble, témoignent d'une bonne adaptation du droit à l'évolution de la société française, et le législateur se montre là très respectueux de la liberté individuelle, et aussi de l'intérêt des enfants, quelquefois, il faut bien l'avouer, un peu oublié par des adultes (sans doute pas très "adultes") dont les coups de coeur et les mariages à répétition risquent de saccager l'équilibre et la vie des enfants, qu'au passage, ils ont jeté sur la planète. Tout au plus peut-on déplorer, avec les Conseillers d'Etat, cet anarchique développement des noms doubles, qui risquent de compliquer la tenue de l'Etat civil, donc les risques d'erreurs. Cette tendance au "nom d'usage" double pour les enfants se renforce par l'indépendance croissante des femmes, notamment celles qui travaillent, et qui se refusent de plus en plus à abandonner lorsqu'elles se marient leur nom patronyme ; elles recourent aussi, de plus en plus, à la tactique du nom double. Ce nom double, -"à tiret"-, a de plus, un assez joli parfum de "chic", de snobisme surtout dans les professions libérales et en milieu très urbain. Comme le remarque avec humour le Conseiller François Bernard : "En République le tiret est l'équivalent de la particule de la monarchie!".

Il n'est peut-être pas souhaitable, au moment où le droit européen est en train de se former laborieusement, et où on essaie de simplifier et d'uniformiser les règles de droit, d'apporter des "complications de confort", uniquement pour la satisfaction d'intérêts qui ne sont souvent que très relatifs, et pour une image de marque un peu passagère lorsqu'il s'agit de mineurs déjà assez âgés. Il est peut-être plus sage d'attendre ce que sera leur choix parvenu à la majorité, moment où ils pourront par eux-mêmes régler leurs comptes psychologiques avec une ascendance parfois trublione.

Pendant plusieurs siècles, les Français ont cru que tous les Portugais étaient nobles parce qu'ils traversaient la vie avec la totalité de leur patronymie paternelle et maternelle. Il s'avère que juste au moment où notre législation admettait la généralisation du nom d'usage (s'alignant en cela sur des dispositions plutôt originaires de R.F.A. où le concubinage et les enfants naturels sont extrêmement nombreux), les Portugais (et les Espagnols) se décidaient à adopter une législation exactement inverse, destinée à simplifier les noms de famille vers le choix d'un seul patronyme, afin de s'aligner sur la pratique majoritaire de l'Europe.

Il devient de plus en plus difficile de savoir, pour les décennies à venir, ce qui sera le plus normal dans la patronymie :

le nom du père ? (traditionnel), le nom de la mère ? (certaines ont tellement à revendiquer), le nom double ?, le libre choix à la majorité ? Ce qui est le plus important, sans doute, du point de vue administratif, est de ne pas désorganiser l'Etat civil, organisation basique à toute société ; mais aussi il est important de ne pas être pas toute sa vie en "procès" avec son propre nom. Peut-être d'ailleurs la gestion informatique des individus trouvera-t-elle des solutions satisfaisant ces intérêts parfois contradictoires ? Ce qui est certain, est que l'augmentation numérique de l'ensemble des demandes de changement de nom traduit de la part des individus une volonté de plus en plus affirmée de ne plus "subir" un patronyme imposé par le hasard et la loi. L'individualisation de la volonté permet de signaler nettement les préférences et les rejets, les attachements et les situations insupportables. Comment oublier la réflexion de l'héroïne du roman américain "Daddy long legs", orpheline détestant son nom, et expliquant le malaise qu'il lui inspire, non seulement parce qu'il est "ridicule et démodé", mais aussi parce que le prénom a été "trouvé sur une tombe par la directrice de l'orphelinat", et le nom, "en ouvrant au hasard l'annuaire du téléphone" (8).

Enfin, dans une perspective qui n'est plus tellement futuriste, en raison des progrès de la science et de la génétique, qui a été évoquée par François Terré, on peut se demander comment seront identifiés les futurs "orphelins" génétiques, lorsque, demandés par aucun couple, juste inventés pour le plaisir, l'utilité ou la science, ils dépendront du bon vouloir des laboratoires créatifs ? Question un peu monstrueuse s'il en est, mais réelle : dépendront-ils du hasard, de l'imagination du chef de laboratoire, de la sagesse du Conseil d'Etat ou d'une liste pré-établie ?... ou de noms trouvés sur les tombes et dans les annuaires ?

- Cas dans lesquels le Conseil d'Etat n'admet pas le changement de nom.

Tout comme ce sont essentiellement des critères moraux et d'opportunité qui guident l'acceptation de la demande par le Conseil, ces mêmes critères se retrouvent pour les refus : il n'admet ni les prétentions inspirées par la vanité, ni celles fondées sur la recherche d'un intérêt commercial ou le désir de dissimuler un passé pénal.

Pour la vanité, on retrouve à peu près les mêmes critères et les mêmes allégations que pour la continuation d'un nom illustre. Et le Conseil d'Etat aura les mêmes exigences sur le bien-fondé du dossier. L'octroi d'une particule constitue une moyenne de 7 % des requêtes : telles sont assez fondées, comme la

(8) Il s'agit de Jerusak Abbot.

continuation du nom De Coubertin. D'autres sont plus mystérieuses : tel Costa en Costa Pastournel de Bastugnes, Richaud en Richaud d'Estrehan, ou Gourvenec en Gourvenec de Quenec'h Guivilly. La Section de l'Intérieur a également tendance à refuser la demande de noms nouveaux commençant par De ou Da ou la lettre D. Cela peut-être en toute innocence, mais aussi avec l'arrière pensée qu'une fois le changement obtenu légalement, l'usage permettra au bout de quelques temps de s'adjuger une particule...

Les remarques sur une certaine tendance à vouloir un nom double peuvent être également situées ici. Un certain nombre sont presque uniquement tournées vers le souci de "faire joli". Les principes sont stricts, et les règles de la continuité et de la stabilité nécessaire du nom des familles sont ici appliquées avec rigueur.

L'adjonction d'un nom de firme ou d'entreprise au nom de famille est systématiquement rejetée, même s'il a pu être accepté au tout début de ce siècle. Le Conseil d'Etat considère en effet que la Loi de Germinal n'a pas été faite dans un intérêt commercial ou financier, mais dans l'intérêt des familles.

Quant au refus de concourir à dissimuler ou à faire oublier une condamnation pénale ou des tribulations judiciaires, on peut arguer qu'il freine la volonté de réinsertion sociale des intéressés, surtout lorsque ceux-ci ont bénéficié d'une mesure d'amnistie. Mais là non plus la Loi de Germinal n'a pas été faite dans ce but, et son bénéfice constitue fondamentalement une faveur qu'il faut savoir mériter... Une condamnation criminelle entraîne toujours un rejet, et une sanction correctionnelle pèse lourdement vers une réponse négative.

- Considérations sur le Nom demandé.

Hors les cas que nous avons déjà évoqués, il se peut que le nom demandé suscite une opposition de la part de ceux qui le portent déjà. Il se peut aussi qu'à l'examen des motifs invoqués, le Conseil d'Etat se rende compte de la véritable motivation, laquelle n'est pas acceptable.

Le Conseil d'Etat n'a pas seulement la liberté de donner un avis favorable ou défavorable à la demande, il peut aussi avoir un rôle bien plus grand d'appréciation et d'initiative.

Le demandeur peut proposer plusieurs noms ; le Conseil choisit en général le premier de la liste, qu'il considère comme celui ayant la préférence du requérant. En cas de refus du nom demandé, comme il est toujours motivé, le Conseil peut donner un certain nombre d'indications et de suggestions pour qu'une seconde demande soit reçue favorablement. Les Conseillers remarquent en coeur combien "pauvre" est l'imagination en

matière de noms ; il semblerait souvent que l'on veuille aller au plus terne, au plus banal, au plus anonyme, alors que l'on dénombre un peu plus de 250.000 noms patronymes possibles dans un pays comme la France ; or, le choix se porte à plus de 65 % sur les mêmes 2.000 les plus courants. A la lecture du Journal Officiel on pourrait même être tenté de croire qu'il y a un certain automatisme dans les attributions de nouveaux patronymes, tant les Assassin deviennent toujours Asselin ou Hainsselin ; les Hitler, Hiller ; les Crétin, Chrétien, les Boudin, Houdin ; les Labitte, Lafitte ; les Juif, Juin ; les Landru, Landry ; les Salaud, Saraud ; les Puan, Péan ; les Puth, Guth, etc... Or, il n'en est rien : cela vient d'une habitude de "copier" ce qui est déjà fait, de rentrer dans le rang, de reproduire ce qui existe, au réel regret des Conseillers d'Etat qui conseilleraient volontiers un peu plus de hardiesse et d'imagination : quant à changer de patronyme, autant en profiter pour sauver de l'extinction un agréable patronyme ancien et bien français qui n'a presque plus de "porteur", ou plus du tout...

Souvent aussi, les gens aiment bien conserver la même première syllabe, (ce qui simplifie les réadaptations de signature) ou au moins les mêmes initiales. On rencontre donc là, et contre toute attente, de manière assez courante, un certain conservatisme. Mais il y a aussi parfois, comme nous l'avons vu, quelques heureuses initiatives, de beaux anagrammes et d'harmonieuses transpositions. Souvent aussi, les familles se tournent vers le nom maternel ou vers le nom des grands parents. La "timidité" de la demande ne s'avère en rien être de prime abord une garantie de réussite.

Surtout en ce qui concerne les étrangers, la francisation demandée est souvent parfaitement insuffisante : pour reprendre des considérations déjà exposées, ni l'apocope (suppression de la dernière partie du nom), ni l'aphérèse (suppression de la première partie) n'arrivent à résoudre le problème, et risquent de contribuer à en créer un nouveau. Quelquefois aussi, par ignorance notamment historique, n'a-t-on pas vu quelque requête apparaître saugrenue. Ainsi cette demande d'un ancien ressortissant du sous-continent indien, très désireux de s'intégrer dans la culture germanisante l'environnant et qui souhaitait s'appeler Goebbels, ignorant sans nul doute ce que ce patronyme pouvait parfois signifier...

Ce qui peut étonner aussi, ce sont des demandes très tardives, puisqu'il n'y a pas de limite d'âge. Quel intérêt, au soir de sa vie, passé 70 ou 80 ans, à abandonner dans une procédure volontariste un nom qui vous aura accompagné si longtemps ? Cela peut souvent s'expliquer par l'attente de la disparition du parent dont on a hérité le nom, de l'adoptant, du dernier survi-

vant de la génération précédente légataire de l'encombrant patronyme. C'est un signe de respect filial ou familial. Couramment aussi, les demandes tardives (vers les 50 ou 60 ans) n'ont pour seule raison que l'ignorance, ou l'impossibilité matérielle ou morale, d'accomplir une telle formalité. Dans le cas de demandes dites "claniques" ou familiales, l'aïeul accompagne toujours les derniers nés. La tranche d'âge la plus courante dans laquelle se situe la requête est entre 25 et 35 ans ; c'est le plus souvent - surtout lorsque le nom est très embarrassant parce qu'il est ridicule ou très étranger- la venue d'un enfant qui détermine la démarche pour soi-même et le mineur. L'adulte ne veut pas que le petit enfant dont il a la responsabilité subisse les avanies dont lui-même a été l'objet ; il y a là un acte de protection évident, une sorte de "rite de passage" vers l'âge adulte, en se démarquant de la famille originaire et en recréant sa propre identité, ainsi que celle de ses enfants, pour l'avenir. C'est le cas le plus fréquent, et le plus signifiant, dans le contexte du droit de la famille. Mais l'événement déclencheur peut aussi être un déménagement, un changement de voisinage : ce qui était "passable" ici ne l'est plus là ; un changement d'activité. Ou simplement, sans cause majeure, une accumulation de petites "nuisances", qui, cumulées, amènent la démarche. Et puis, bien sûr, la cause "historique", la fuite, le massacre... "référentiels". Lors des changements "claniques", surtout en ce qui concerne les Africains, les Orientaux et les Maghrébins, la concertation collective est presque toujours préalable : si elle n'a pu avoir lieu, le demandeur se référera à la tradition. C'est très visible chez les Malgaches, en particulier. L'Européen est beaucoup plus individualiste.

Le Conseil d'Etat a été jusqu'aux années 1950 assez réticent devant le choix de prénoms pour nouveaux noms, à cause de leur banalité, et de la connotation "d'orphelin déguisé" qu'ils pouvaient contenir ; mais il a beaucoup assoupli sa position, ainsi que pour le choix de noms de villes ou de fleuves ou de régions, qui pouvait être embarrassant à cause du décret napoléonien relatif à la francisation des noms juifs, et le demeure, car ce choix peut être le premier pas vers une tentative ultérieure d'anoblissement "sauvage" : on commence par Aumance ou Bléone et on termine par D'Aumance ou De Bléone. Enfin, et en principe, on ne substitue pas un nom étranger à un nom français ; mais deux exceptions peuvent être faites : l'une lorsque le nom étranger constitue une véritable amélioration par rapport au nom français et peut être facilement écrit et prononcé en langue française (Douglas) ; l'autre lorsqu'un nom étranger illustre risque de disparaître parce qu'il n'y a plus de descendance directe, et que le seul héritier est français : Karl Marx n'eut que des filles, et ne transmet pas son patronyme (encore que Marx soit un nom

très répandu en Europe comme en Amérique du Nord) ; son dernier descendant, par les femmes, fut donc autorisé à s'appeler Longuet-Marx par le Conseil d'Etat.

Plusieurs demandes sont possibles, et le refus est toujours motivé ; (quelquefois assorti de conseils, comme nous l'avons vu). Mais il peut arriver que le Conseil d'Etat "verrouille" définitivement une prétention par un avis de "refus définitif" : à ce moment il devra exposer l'ensemble de son argumentation au demandeur éconduit, et rédiger une note pour la Chancellerie.

Laconique, simple, claire, on peut aisément admettre, au bout de 185 années d'application -presque deux siècles- que la Loi de Germinal a été une bonne loi et le demeure. Elle porte la marque de ces grands textes révolutionnaires qui par leur généralité et la brièveté de leurs prescriptions, ont pu connaître une excellente application au cours des temps, des différents Régimes politiques, et des schémas variables de la société. Par ailleurs, l'indispensable stabilité administrative de l'Etat civil a été largement préservée. Ce qu'elle a de plus remarquable est sans doute que cette procédure administrative, qui règle de "la poussière" de cas humains, a pu rester très personnalisée, tout en dessinant des axes généraux de conduites et de choix.

Sans doute son application va-t-elle évoluer, sous l'influence des modifications considérables que subit le droit de la famille, notamment en ce qui concerne la filiation et le mariage ; et aussi parce que la notion d'extranéité devient surtout dans le contexte européen, fondamentalement différente. Il y a déjà, et il y aura de plus en plus, une influence "infra-européenne", et si la tentative juridique en cours réussit, nous nous acheminerons certainement vers une sorte "d'Etat civil européen" où, chaque Etat politique, devenu une sorte de "région" européenne, gardera ses patronymes en les insérant dans un fonds commun bien plus vaste. Les frontières de "l'étranger" s'éloignent donc, et bien des patronymes qui, il y a encore quelques années, nous paraissaient très "non-français" sont-ils devenus beaucoup plus acceptables et praticables, parce que les médias et l'éducation ont contribué à élargir la tolérance que l'on pouvait avoir en ce domaine : Johnson, Keller, Soarès, Médélin, Barilla ne sont plus vraiment "étrangers".

Pays d'une grande variété humaine et régionale, pays de "terroirs", pays de mouvement industriel et social, pays d'accueil d'étrangers de toutes origines, la France possède un extraordinaire patrimoine de noms patronymiques (le plus important d'Europe) avec plus de 250.000 noms pour 55 millions d'habitants. Il ne faut pas le laisser perdre ; or, à peine un millier de noms est partagé par le quart de la population ; c'est ce qui fait déplorer le peu

d'imagination des demandes de changements. La tendance à l'homonymie va en s'aggravant du fait de l'urbanisation, de l'uniformisation des modes de vie, de la perte des racines locales et patoisantes, et d'une "bienséance" générale du vocabulaire qui fait qu'on n'appelle plus jamais les gens par les déformations physiques ou de caractère, leur activité professionnelle, à une époque où presque tout le monde est dans un bureau, et où les sourds sont des "malentendants", et les aveugles des "malvoyants".

Les 12 noms de famille les plus répandus concernent 1,2 million de personnes. Le numéro un absolu est Martin avec près de 169.000 porteurs ; viennent ensuite les Bernard (98.000) et les Dubois (78.000) suivis des Petit, Thomas, Robert, Moreau, Richard, Michel, Leroy, Roux, les Dupont et Dupond n'arrivant qu'à la 19ème place. Il reste plus de 200.000 noms considérés comme "rares" ou peu portés, et dont beaucoup sont en voie de perte parce qu'ils sont portés par de moins en moins de familles. Or un patronyme "mono-souche", c'est-à-dire porté par une seule famille, n'est promis qu'à trois ou au maximum quatre générations de survie dans la plupart des cas. Cela, même dans le domaine des privilèges, puisque sur les 25.000 titres d'avant la Révolution, et malgré les créations ultérieures, il n'en reste plus guère que 2.500 aujourd'hui.

Cette désertification patronymique n'est rien à côté de celle vécue en Scandinavie où les Olson, Peterson et Anderson ne se comptent plus. Aux Etats-Unis ou en Grande Bretagne, une personne sur cent se nomme Smith, et les Schmidt allemands sont si nombreux que chaque année, ils organisent une gigantesque fête présidée par le plus célèbre d'entre eux, "Helmut". La banalisation contemporaine liée à la timidité créative, et à la vaste européanisation de 230 millions d'individus risquent d'accentuer cette tendance à l'appauvrissement patronymique. Le double nom est bien admis et praticable dans la culture germanique et du nord de l'Europe en vertu de la "rareté" des patronymes, et souvent de leur pauvreté. Le double nom apparaît donc comme un enrichissement, et dans l'avenir la possibilité de "dérives" intéressantes et créatives. Par contre, il devient une absurdité fréquente dans la richesse française et latine, et une source inutile de complexité.

Enfin, par un Décret 88-978 du 11 octobre 1988 publié au Journal Officiel du 15 octobre (page 13015), l'Etat français vient de rendre exécutoire la Convention de La Haye du 8 septembre 1982 relative à "la délivrance d'un certificat de diversité de noms de famille" (entrée en vigueur le 1er juillet 1988). Cette Convention est plus qu'européenne : totalement internationale, se référant à l'article 102 de la Charte des Nations Unies, elle s'adresse essentiellement aux Réfugiés et Apatrides, et stipule que

"dans le but d'atténuer les difficultés rencontrées par certaines personnes auxquelles est attribué par la Loi d'un Etat un nom de famille autre que celui qui leur est reconnu dans un autre Etat", un certificat de diversité de noms de famille est institué par la Convention, afin de "faciliter la preuve de l'identité". Les causes peuvent être multiples dans cette diversité, notamment l'opportunité de caractère politique ; mais la cause la plus fréquente, et surtout envisagée par la présente Convention, est le fait que dans beaucoup de pays d'Orient, du Moyen-Orient et d'Afrique, les coutumes, la tradition, peuvent privilégier, comme nous l'avons déjà évoqué, certains éléments d'un patronyme complexe selon l'activité, la position dans le clan, la filiation, la situation de famille. Il est donc fort courant qu'il y ait -même dans le même pays- plusieurs modes de désignation de la même personne, comme c'est le cas par exemple, au Shri-Lanka où l'Etat civil est, de fait, remarquablement flottant. L'Occident rationnel, cartésien et kantien, déteste ce flottement, et désire, étant appelé à gérer directement ou indirectement de plus en plus de personnes dites "déplacées", avoir, d'une part l'ensemble des dénominations reçues (pour tenter d'éviter toutes les fraudes possibles en tous genres, notamment celles consistant à continuer à faire vivre des morts afin de continuer de toucher des allocations de transit ou d'apatridie), et la dénomination la plus courante, afin d'en faire -si possible- la dénomination définitive.

Le certificat est délivré par les autorités compétentes dont la personne dépend à l'origine, et désigne les différents noms de famille "usités". On imagine la difficulté. Mais cela a une vocation de clarification. Il est certain qu'une fois de plus, les puissants ordinateurs de la Croix-Rouge, destinés à la recherche des personnes disparues lors de conflits ou de déplacements massifs, vont avoir un rôle, car très souvent ce genre de recherche passe par ce type d'organisation non spécifiquement gouvernementale, car elles sont une garantie de neutralité et de fiabilité dans des relations parfois tendues. La Commission Internationale de l'Etat Civil, dont le siège est auprès du Conseil Fédéral Suisse, fournit un formulaire type dont une des rédactions doit être obligatoirement en anglais. Ainsi des réfugiés afghans, pakistanais, ceylanais, malgaches, ou de la péninsule indochinoise, auront-ils peut-être le désavantage d'avoir un nom "fixé" par l'occident, comme nous le fîmes en notre Moyen-Age, mais aussi auront-ils peut-être l'occasion d'apporter une certaine "luxuriance" à la patronymie rationnelle occidentale.

Pour l'avenir, peut-être pourrait-on envisager la tenue d'un registre des noms en voie de raréfaction, qui pourrait être confiée à l'autorité administrative compétente, et où l'on pourrait

puiser librement quelque chose de plus "personnalisé" que Martin ou Bernard... Par le biais de l'informatique un tel projet n'est pas du tout utopique ; mais peut-être aussi courrait-on le risque d'un contrôle ou d'un certain autoritarisme ? L'entrée d'une gestion informatisée et numérotée à la Chancellerie a déjà provoqué quelques menues inquiétudes.

On peut aussi s'interroger sur le devenir de cette procédure dans l'évolution générale du Droit administratif français. Secrète et mystérieuse, elle intimide, et reste à l'entière discrétion de l'Autorité. Le Conseil d'Etat ne manque pas d'observer également qu'il a parfois un peu l'impression de perdre son temps à régler le sort de ces infortunés du patronyme. On pourrait éventuellement envisager de confier les changements de noms au Juge Judiciaire, puisqu'il gère déjà le changement de prénom, et que le juge des tutelles s'est vu confié tout ce qui ressort des questions d'autorité parentale en vertu de la Loi du 22 juillet 1987. Mais le Conseil d'Etat a le grand mérite d'être national, donc d'entretenir une trajectoire unique, alors que le Juge judiciaire ne serait que local, et toujours susceptible de pratiquer des divergences locales ou ponctuelles importantes. Or, il reste essentiel que l'Etat civil reste Un, et uniquement Un.

On pourrait alors, comme le suggèrent certains Conseillers, envisager de créer, au sein même du Conseil d'Etat, une sous-section de trois qui gèrerait les cas soumis par la Chancellerie, et resterait la gardienne des caps souhaités, tout en mobilisant moins d'énergies. C'est là une question d'organisation interne qui mérite peut-être d'être examinée en fonction de l'augmentation ou de la raréfaction prévisible des demandes qui viendront dans le cadre de la "grande Europe", de la continuation de l'évolution familiale actuelle, et des effets à plus long terme des législations intervenues depuis quelques années (9).

Quelques réflexions plus littéraires en guise de conclusion

"Nommer" c'est "faire entrer dans l'ordre des relations humaines", selon la belle expression de Jacques Goldstain. Là réside l'importance du nom que l'on donne à l'enfant et qu'il reçoit : "Nommer" est "connaître et reconnaître". Un nom propre ancre dans l'espace ; il est le repère initial donné par les parents. "Etre sans nom est un désastre, un désordre absolu". Presqu'aussi

(9) Il faut signaler que les registres d'Etat civil et de baptêmes de nombreux pays sont exploités, à titre de recherche -dont certaines sur les patronymes, leurs déformations et leurs origines- par la Société généalogique de Salt Lake City, filiale scientifique de la Secte des Mormons. Pour la France, le premier accord est intervenu en 1960 ; et après intervention de la C.N.I.L., un nouvel accord est intervenu entre les Archives de France et cette Société par arrêté du 28 septembre 1987 (J.O. du 20 novembre 1987).

désastreux est le nom avec lequel on ne s'entend pas, le nom que l'on n'ose émettre de peur de déclencher l'hilarité, les plaisanteries insupportables, le froncement de sourcil, l'adjectif infamant ; ou bien le nom que l'on rejette car il rappelle de trop mauvais souvenirs, vous correspond trop mal, avec lequel il est impossible de s'entendre parce qu'on ne veut pas "l'entendre", parce qu'il est "inaudible" pour celui qui le porte. Quels ravages fit toujours dans le coeur de l'enfant le patronyme honni, vomi qu'il traîne derrière lui comme un boulet !... L'écrivain François Nourissier nous a conté comme "il a mis plus de trente ans à s'appeler Nourissier" et combien il détestait ce Nom parce que "principalement dans les cours de récréation, on l'appelait la nourrice, nounou, nounours, le nourrisson"... et autres avatars phoniques, et que vraiment il ne pouvait plus le supporter, qu'il faillit même l'abandonner, le détestant tellement qu'il ne se désignait plus lui-même que par ses initiales : F.N., tant et si bien que sa propre famille l'avait surnommé "fêfêne"... Ce fut presque "in extremis", parvenu à l'âge tout à fait "d'homme", qu'il admit son nom, en signant son premier contrat d'édition en 1951 avec Plon, et en obtenant quelque notoriété avec ce nom jusque-là déconsidéré ; il analyse cela comme une espèce de revanche...

Le nom "socialise" et met à la vie, pour exister vraiment il faut d'abord être nommé. D'où la pratique courante de l'oppression ou de la répression de remplacer le nom par le numéro matricule : lorsque la société vous exclue d'elle-même pour une quelconque tare, ou pour faute sociale, elle ne vous "nomme" plus, elle vous numérote, elle vous "a-nomymise" dans un informe magma chiffré. D'où la terreur qu'a pu engendrer le codage informatique dans certains esprits libéraux.

De même, et c'est une pratique fort ancienne, lorsque l'on quitte volontairement la société civile, lorsqu'on fait le choix de "se retirer du monde" des humains civils pour entrer dans une société religieuse consacrée à Dieu, à la prière, à la rémission des péchés, on "abandonne" son nom d'Etat civil à la porte du couvent pour en adopter un autre, un nom nouveau et religieux. La symbolique nominative est ici totale ; changeant de monde et de destin, on change de nom, en abandonnant les biens et les vanités terrestres. Le Nom appartient à la terre et à la vie réelle.

En effet, à quoi sert le nom ? Il a une fonction de désignation, donc de situation ; il donne une place assignée dans un système relationnel ; il est référentiel. En étant actuel, il est aussi "généalogique" ; il est la trace de la continuité, de la lignée. On est désigné comme "fils de"... "fille de"... La fonction du nom est "d'éviter la dispersion", de permettre à l'humanité de se percevoir dans son unité, dans sa continuité, par delà les discontinuités de l'espace et du temps. La Genèse, dans le mythe de la Tour de

Babel, est très éclairante sur ce sujet : ..."Ils (les hommes) dirent : "Allons, bâtissons-nous une ville et une tour dont le sommet soit dans les cieux, et faisons-nous un nom, de peur que nous ne soyons dispersés à la surface de toute la terre" (II-4 trad. Osty). Nommer évite donc de se perdre ; c'est un projet méta-physique, qui ose s'opposer à l'Être métaphysique, Dieu. Ce dernier dut frapper un grand coup pour disperser l'humanité, condamnant au multi-linguisme et à l'incompréhension relative pour garder sa pré-éminence... Toutefois le Nom garde son caractère transgressif, car il perpétue la lignée, il traverse la mort, il la rend inopérante. Le Nom se crée avec la naissance ; il va à la mort avec la mort ; il est fait pour être gravé dans la pierre ; mais, s'il a pu être transmis, le nom va aussi vers l'éternité. Toutes les civilisations, toutes les époques, ont adopté la continuité du nom. L'éternité humaine s'appelle la filiation, et cette dernière ne commence pas par le père, elle commence par le fils ou la fille : c'est l'enfant qui crée le mouvement dynamique de la nomination, donc de la continuité.

Sur le Nom, l'imaginaire humain est insatiable. Certes, il y a le Nom "nommé", cognitif, juridique, tel que nous l'avons défini. Mais il y a aussi tout le fantasme que suscite le nom, le "beau nom", et dont la volonté de changer de nom peut être une des représentations agissantes : faire la démarche de changer son nom prouve sans doute l'inconvénient, mais aussi que l'on a "rêvé" d'un autre nom, donc d'être un autre à travers le nouveau patronyme. Les récits mythologiques sont remplis de ces héros inconnus parce qu'innommés, ou qui refusent de dire leur "vrai" nom. Le nom faux, ou le "faux nom", le nom d'emprunt a donné lieu à une littérature innombrable, aux intrigues théâtrales les plus pittoresques : que de Molière, de Mozart, de Beaumarchais ou d'Offenbach où protagonistes et comparses échangent, truquent ou falsifient leur identité afin de parvenir à leurs fins amoureuses ou financières ! Quelques uns des romans policiers parmi les plus célèbres sont bâtis sur le changement de nom : un des plus psychanalytiques et juridiques, le "Monsieur Ripley" de Patricia Highsmith nous conduit aux plus extrêmes désirs du changement de nom et de l'usurpation d'identité, et l'on voit le héros bûter longement sur la "preuve" écrite de l'identité : la signature...

Le "nom de guerre" est un faux nom -qui, comme nous l'avons vu, peut parfois devenir un "vrai" nom- que l'on revêt dans l'adversité. Il évite à la "vraie personne" les troubles majeurs du combat, et protège l'entourage. Le nom de guerre se présente donc comme une sorte de "bouclier", une protection, une arme morale. Tant que l'adversaire ignore votre véritable identité, rien n'est jamais perdu. Le héros mythique du Guerrier sans nom, ou ignorant son nom est Lancelot du Lac ; Le Perceval du Conte de

Graal de Chrétien de Troyes est dans un cas similaire. Les héros historiques n'échappent guère non plus à ce nom-bouclier ou nom-étendard, qui marque à jamais la mémoire des peuples : certains même y perdent totalement leur véritable identité. On ignore complètement le vrai nom de Vercingétorix, qui n'est qu'un surnom ("grand roi des guerriers") destiné à incarner la résistance gauloise face à l'occupation romaine. Noms-symboles, noms-mythiques, noms-protecteurs et projecteurs ; car le nom est non seulement une protection et un laisser-passer social, il est aussi une projection de la personnalité et correspond aux nécessités du jeu social. Dans une certaine mesure il est un "masque" derrière lequel on s'abrite pour mieux affirmer la personnalité nécessaire, ou dissimuler la véritable (10). Derrière le patronyme, il y a donc toute l'apparence sociale.

Lorsque l'on vient au monde, on n'est qu'un être physique ; il faut devenir une personne, d'où l'attribution de prénom(s) et d'un nom. Dans nos sociétés tellement hiérarchisées, le prénom est "intime" voir secret, et on en fait l'usage que l'on veut ; d'ailleurs on ne "nomme" par le prénom que ceux avec lesquels on a quelque intimité. Pour les rapports sociaux et administratifs, le nom patronymique est indispensable : c'est la dénomination publique, officielle. Si l'on monte dans la hiérarchie, le patronyme s'efface pour laisser place au "titre" : la fonction remplace l'individu, le rôle social distancie, éloigne du sort commun : peu importe "qui" remplit le rôle ; il y a dans les fonctions officielles une sorte de retour à l'anonymat fonctionnel de l'Etat politique.

Reste la question du pseudonyme qui peut être vu de deux manières radicalement différentes : soit protecteur de la véritable personnalité, soit au contraire servant à s'en éloigner, à la rejeter. Ce peut être aussi les deux à la fois : cette sorte de "désir-rejet" décrit par le psychologue, et venant du plus profond des "non-dits" privatifs. Comme nous l'avons vu, le pseudonyme n'arrive que très rarement à recouvrir le nom patronymique car juridiquement, en principe, il n'en est jamais qu'un accessoire.

Se "pseudonymer" comme dit Dominique Desanti, c'est "se-ré-inventer en se re-nommant", avec tous les désirs contradictoires que cela peut contenir. Le dictionnaire dit : "nom d'emprunt choisi par quelqu'un qui veut dissimuler sa véritable identité". N'est-ce pas là un peu le "nom de guerre" qui permettrait de passer "dans l'autre camp" ? L'autre groupe ? l'autre classe ? l'autre sexe ? C'est aussi le "nom imaginé, inventé, allégué comme vrai, quoi que faux : nom d'auteur, nom d'acteur". Tout pseudonyme est donc un mensonge, et les graphologues les

(10) Les "surnoms" des Révolutionnaires communistes, surtout soviétiques, pourraient à eux seuls, faire l'objet d'une sorte de roman...

plus avertis savent découvrir cette supercherie dans l'écriture, en particulier dans la signature, cette fameuse authentification scriptée du nom patronymique.

Un pseudonyme, c'est "un nom rêvé" écrit Pierre-Emmanuel qui sait de quoi il retourne puisqu'il a réussi à troquer en 1979, et par la procédure du changement de nom, son vrai patronyme de famille en celui que la notoriété a rendu définitif ; l'auteur souligne que c'était "un vieux rêve", et qu'il lui a fallu 3 années de démarches et "la sollicitude d'un ministre ?". En tout état de cause, c'est souvent se couper des racines paternelles-maternelles, sauf dans le cas où l'on préfère le nom du géniteur qui n'était pas exprimé par l'Etat civil : on fait alors un transfert de personnalité : on "devient" le parent auquel le nom désormais vous identifie. Si dans bien des cas de "candidats à la célébrité", le "pseudo" ne représente que le moyen le plus commode d'être paisible dans l'ordinaire des jours ; assez souvent aussi cette "ré-invention nominative", -sans aller jusqu'au rêve Pierre-Emmanuelien-, peut être conçue comme une revanche, un "autre moi", un renoncement ou une adhésion. Dans le militantisme politique, la pseudonymie, surtout lorsque la tendance est interdite par les Autorités, est assez claire en général, et ne détermine pas de "décrochements" de la personnalité tellement spectaculaires. Cela devient beaucoup moins clair lorsqu'il s'agit d'artistes ou d'écrivains : "le changement de peau" accompagne souvent le changement de nom, même s'il est non légal. Pour les femmes cela est demeuré longtemps un moyen de transgresser la "féminité" dans laquelle la vision masculine dominante les enfermait, les confinant parfois à une semi-stupidité. Pour les hommes, plus souvent, c'est un besoin d'euphonie, une ambition, un rejet d'origine : Anatole Thibault devint France ; Jean Moréas oublia Papadiamantopoulos, André Herzog préféra Maurois ; et, superbe et mystérieuse disjonction de Romain Kacew devenu Gary au lendemain de la Libération, puis Emile Ajar au soir de sa vie, conquérant comme pour se jouer et par cette ultime supercherie, par deux fois le prix littéraire le plus convoité de France. Cette farce grandiose est très symbolique de tout ce que peut signifier d'échec et de conquête la lutte que l'on mène avec soi-même, la distanciation d'avec le jeu social devenu comme un théâtre, mais aussi l'éclatante revanche portée à la face du monde ; c'est une façon de "refuser les frontières de l'identité", c'est une "manière de doubler sa capacité de vie", ou du moins de la dédoubler. "J'habiterai mon nom" dit Saint John Perse, ou plutôt Alexis Léger, dit aussi Alexis Saint Léger Léger...

Mais quel plus bel hommage au Nom porté, au nom connu, au nom qui résiste à la mort et à l'oubli, grâce à l'amour et à la mémoire, que celui de Pierre de Ronsard :

"... Ronsard me célébroit du temps que j'estois belle.
Lors, vous n'aurez servante oyant telle nouvelle,
Déjà sous le labeur à demi sommeillant,
Qui au bruit de mon nom ne s'aïlle réveillant,
Bénissant votre nom de louage immortelle..."

Le poète n'hésite pas à dire ce mot si important dans deux vers successifs, réunissant à jamais les amants du passé pour la postérité... Le "bruit" que fait le Nom, quelle belle idée... Bruit de l'identité, de l'appel et de la reconnaissance et aussi bruit "cassant" que peut faire le changement de nom.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Il existe très peu de littérature sur ce sujet. Un hommage tout particulier doit ici être rendu au Conseiller François Bernard dont la compétence et les encouragements ont été des plus précieux pour mener à bien cette étude.

- Etudes et Documents, 1966 : M. Pépy, Le Conseil d'Etat et le nom patronymique.
- Etudes et Documents, 1977 : François Bernard, Le Conseil d'Etat et les changements de nom.
- Paul LEVY, Les noms des Israélites en France, P.U.F., 1960.
- Ouvrage collectif, "Le nom", Collection Corps Ecrit, P.U.F., 1983.
- Maurice LAUGAA, La pensée du pseudonyme, P.U.F., 1986.
- Albert DAUZAT, Dictionnaire étymologique des noms de famille.
- Journal Officiel, depuis 1982.

**RECHERCHES IRREVERENCIEUSES SUR
L'AUTORITE JURIDIQUE DES AVIS
DES COMITES D'ETHIQUE**

ou

L'Iroquois sur le sentier des Comités d'Ethique

Par

Gérard MEMETEAU

Lauréat de l'Institut

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Poitiers

*Chargé d'un enseignement de Droit médical à la Faculté de
Médecine*

"La liberté de la recherche doit être limitée, lorsque par son action sur le comportement humain, ou par les méthodes de la biologie cellulaire ou de la technologie génétique, elle porte atteinte à une valeur fondamentale protégée par la Constitution"

(Rapport BENDA, p. 13)

"L'importance des travaux du Comité national d'éthique, son audience, ne se mesurent pas à l'aune des décisions administratives"

(Pr. J. BERNARD)

Si le jugement du tribunal militaire américain de Nuremberg, des 19 et 20 août 1947 (1) est généralement connu comme imposant des règles déontologiques de base pour la pratique de l'expérimentation médicale sur l'être humain, en particulier sur volontaires, ce document n'était pas le premier à tenter un règlement de ces actes de recherche sans finalité thérapeutique individuelle. Madame Fagot-Largeault rappelle opportunément, soit les principes exprimés en 1865 par Claude Bernard, soit les Richtlinien für neuartige Heilbehandlungen und für die Vornahme wissenschaftlicher Versuche am Menschen édités en 1931 par le ministère de l'intérieur de la république de Weimar, et dont il n'apparaît pas qu'elles aient été abrogées après 1933 (2)... On pourrait aussi bien citer une jurisprudence fort ancienne (3). Le problème juridique et moral de l'expérimentation sur l'être humain n'est point nouveau ! Ces dispositions n'introduisaient pas un ou des tiers dans la relation expérimentale entre les chercheurs et le sujet. Ce fut en juin 1964, que la dix-huitième Assemblée médicale mondiale adopta sa déclaration d'Helsinki, amendée ensuite à Tokyo en octobre 1975 et complétée à Venise en octobre 1983, stipulant notamment que "les projets de l'exécution de chaque phase de l'expérimentation portant sur l'être humain doivent être clairement définis dans un protocole expérimental qui doit être soumis à un comité indépendant spécialement à cet effet, pour avis et conseils".

"L'apport positif de la déclaration d'Helsinki-Tokyo (outre qu'elle existe, ce qui revient à une reconnaissance du fait qu'il y a recherche scientifique en médecine) réside dans la recommandation que les projets de recherche soient examinés par des comités indépendants" (indépendants des chercheurs), ce qui ouvre la voie à une réflexion collective sur les finalités de la recherche biomédicale, et à l'élaboration progressive d'une jurisprudence, chose très souhaitable s'agissant d'un domaine complexe où la juste conduite n'est pas souvent évidente" (4).

(1) Rapporté notamment in H. Anrys : La profession médicale et paramédicale dans le Marché Commun, Préface Grosemans, Larcier, 1871, p. 509 ; Extraits in Comités d'éthique à travers le monde ; recherches en cours 1986, présentation par C. Ambroselli, Tierce-Médecine 1987, spéc. p. 6. N.B. : ce n'est pas un jugement du Tribunal militaire international : v. C. Lombois : Droit pénal international, Préface Malaurie, 1ère éd., n° 126.

(2) A. Fagot-Largeault : L'homme bio-éthique : pour une déontologie de la recherche sur le vivant, Maloine, 1985, p. 149 et s.

(3) Trib. Corr. Lyon 15 décembre 1859, 3, 88 ; Parlement de Paris 10 janvier 1670, rapporté in Brillouin : Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements ou autres tribunaux, Paris 1727, V° Médecine. V° aussi Trib. corr. Seine, 18 nov. 1954 (Dalloz 1954, 797, note Gollety) et L. Kornprobat : Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises, Préface Piedelièvre, Flammarion, 1957, p. 504 et s.

(4) Mme Fagot-Largeault, op. cit. p. 159 F. Gutteridge : Expérimentation sur l'homme et éthique médicale (C. de Droit médical, n° 5 juin 1852).

Les directives internationales O.M.S./C.I.O.M.S. de Manille (1981) prévoient l'examen des projets par des comités indépendants chargés de vérifier que le protocole est scientifiquement correct, que les sujets seront bien traités, ont émis leur consentement et que le rapport risque/bénéfice est acceptable. En 1983, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a créé un Comité d'Ethique suite à une recommandation de l'Assemblée parlementaire, et il s'intéresse aux conséquences des progrès des sciences biologiques en essayant d'éviter la dispersion des législations nationales et l'éclatement du patrimoine spirituel et moral de l'Europe (5). Quant au Conseil de recherches médicales du Canada, son rapport de 1978 sur "la déontologie de l'expérimentation chez l'humain" organise l'approbation du protocole particulier par un comité d'examen déontologique, ainsi que le respect des décisions de cet organisme ; le texte révisé de 1986 confirme l'intervention des comités... Plus récemment encore, les résolutions du pré-colloque de l'Association internationale de droit pénal "Droit pénal et techniques bio-médicales modernes" (Freiburg im Breisgau, sept. 1987), ont exprimé le besoin de "créer des comités d'éthique pluridisciplinaires indépendants et compétents entre autres en matière juridique". Ainsi, suite aux résolutions d'Helsinki se développèrent des comités dits d'éthique pour le jugement moral de l'expérimentation sur sujets humains, comités *de recherche*.

Le 31 mars 1976, la Cour suprême du New Jersey, statuant en la cause de Karen Ann Quinlan (6), imposait la consultation d'un Comité d'éthique, dans les termes suivants : "(the physician) shall consult with the hospital 'Ethics Committee' or like body of the institution in which Karen is then hospitalized. If that consultative body agrees that there is no reasonable possibility of Karen's ever emerging from her present comatose condition to a cognitive, sapient state, the present life support system may be withdrawn and said action shall be

(5) V. Widmes, Président du Comité d'Ethique du Conseil de l'Europe, intervention in rapport 1986, Comité National d'Ethique, Doc. Française 1987, p. 163. Sur l'origine de la bioéthique, v° F.A. Isambert : Révolution biologique ou réveil éthique (in Cahiers S.T.S. Ethique et biologie C.N.R.S., 1986, p. 9) ; La bioéthique aux Etats-Unis (in Ethique et pratiques symboliques. Enjeux sociaux de la biologie 1983, p. 94) ; et : aux sources de la bioéthique (débat mai 1983, n° 25) ; D.J. Roy : La bioéthique et les pouvoirs nouveaux (in Cahiers de bioéthique, Univ. Laval, 1979, n° 1, p. 81).

(6) K. Bai : Implications of the Karen Quinlan Case : real and imaginary (Jus medicum, VII, p. 279). Karen Ann Quinlan est décédée le 12 juin 1985. L'affaire présente aussi un intérêt moral et juridique par la confrontation des traitements ordinaires (proportionnés) et extraordinaires (disproportionnés) ainsi que par la discussion sur les demandes d'arrêts des soins pour autrui (comp. Ord. référés Paris 6 et 19 mai 1987, affaire Coudert J.C.P. 1988, 21, 130 obs. G. Mémeteau ; et notre rapport : La demande de mort du malade, Jus medicum VII, p. 215) ; Le droit devant la mort, Actes 87 Congrès Confédération Juristes Cath. Téqui 1988.

without any civil or criminal liability therefore on the part of any participant, whether guardian, physician, hospital or others". Il ne s'agissait plus de porter un jugement sur une action expérimentale, mais un pronostic sur un état pathologique aux fins de décider le maintien ou l'enlèvement d'un respirateur. Autrement dit, le Comité interrogé était un Comité *clinique*. L'affaire Quinlan soulignait le besoin réel ou supposé d'une structure de prise de décision collective, d'ordre thérapeutique et provoquait à l'institution de tels groupes de réflexion en milieu hospitalier, encore que l'on pût se demander si leur examen ne serait que technique, ou s'il serait aussi éthique, de la même façon que l'on s'est interrogé sur le jugement exclusivement éthique ou également scientifique des comités de recherche expérimentale ! (7). Enfin, un comité de type "recherche" devient "clinique" lorsqu'il se prononce sur un essai à finalité thérapeutique individuelle, ou simplement associé au traitement ! Les comités locaux institués par la loi du 20 décembre 1988 se trouveront dans cette situation.

Ces deux mouvements ont ainsi provoqué la constitution de comités d'éthique de plusieurs types. On distingue en effet les comités selon leur objet (jugement de protocole de *recherche/aide* à la prise de décision *clinique*), le caractère facultatif ou obligatoire de leur saisine (optionnel/obligatoire) et la valeur de leurs avis (consultatifs/impératifs), ces divers paramètres pouvant se combiner entre eux (8). On peut considérer qu'un Comité tel que celui institué par le Décret du 23 février 1983 en France et confirmé par l'article L. 209-26 du projet relatif aux sciences de la vie, est, sous bénéfice d'inventaire de type recherche/optionnel /consultatif. Les comités locaux "nouveau style", dits "de protection des personnes dans la recherche biomédicale", seraient obligatoires (art. L. 209-19 Code de la santé publique), consultatifs en cas d'avis positif et semi-impératifs en cas d'avis négatif. Les comités relevant d'organisations scientifiques peuvent être cliniques ou de recherche, mais ne sont pas facultatifs/consultatifs. En revanche, d'autres comités, non recensés pour être tels mais pouvant prétendre à cette qualification, sont de type clinique/obligatoire/impératif (comité prévu par la loi du 22

(7) R.M. Veatch : Hospital ethics Committees : is there a role ? (Hastings Center report, juin 1977, p. 22) ; C. Levine : Hospital ethics Committees : a guarded prognosis (même revue, p. 25) ; Y. Martin : Les Comités d'éthique dans les établissements de santé au Québec (Univ. Sherbrooke, rapport de maîtrise, mars 1987). A. Langlois : Un Comité d'éthique local, le Comité C.H.U. Henri Mondor, Créteil 1983-1986, in Comités d'éthique à travers le monde précité, p. 121 et s. Il y a le mot de J. Bernard : "Ce qui n'est pas scientifique n'est pas éthique".

(8) Y. Martin, op. cit. ; J.-L. Baudouin : rapport "Aspects légaux : questions et réponses" in : les Comités d'éthique dans les établissements de santé au Canada, Colloque Centre de Bioéthique, Institut de recherches cliniques de Montréal 8/9 mai 1986.

décembre 1976 et le décret du 31 mars 1978 relatifs aux prélèvements d'organes, et devant se prononcer sur les prélèvements sur donneurs mineurs). Il est symptomatique que le rapport "de l'éthique au droit" rappelle le mot "comité" (p. 36), et que l'article 1er de la loi de 1976 l'ait elle-même, d'abord, employé (comité des deux médecins prévu par l'article L.162-12 Code de la santé publique pour l'avortement thérapeutique et eugénique). Ils peuvent être aussi clinique/obligatoire/consultatif (établissement ou centre de l'article L.162-4 Code de la santé publique, pour l'avortement de détresse (9)). Si l'on ajoute à ces distinctions celle tenant à la compétence (comité ad hoc/comités "de droit commun") (10) à l'autorité constitutive (comités publics ou privés), on mesure l'étendue et la subtilité, sinon le byzantinisme, qu'une étude complète du sujet imposerait. En vérité, la première question utile aurait pour objet de demander ce qu'est un comité d'éthique ! Suffit-il que deux spécialistes ou supposés tels, médecins, théologiens, moralistes, philosophes, ou juristes méditent et publient une opinion sur un sujet relevant de la bioéthique pour qu'ils soient fondés à prétendre constituer un "comité" ? Un président de Comité local, écrit : "Il suffit qu'un organisme, qu'un établissement, qu'un laboratoire, ait réuni trois ou quatre personnes pour pouvoir se donner le titre de Comité d'éthique, ce qui explique la disparité sur le plan national". Doit-on considérer que la rencontre de deux praticiens dans la forme d'une consultation organisée par l'article 55 du Code de déontologie médicale est celle d'un "Comité" ? Convient-il d'exiger pour parler d'icelui une initiative organisatrice de l'autorité publique, afin d'éviter ce que le Comité national qualifie de "prolifération de groupements approximatifs" ?

L'Assemblée médicale mondiale, un comité d'éthique d'une Société scientifique internationale, d'une association continentale, ou de la Fédération mondiale de sociétés scientifiques de telle ou telle spécialité médicale ou chirurgicale, un comité d'experts tel celui de Syracuse, le Colloque génétique, procréation et droit (Paris, janvier 1985) ou, sur un autre courant de pensée, le Colloque Biologie, morale et droit (Confédération des juristes catholiques de France, novembre 1985), la rencontre

(9) De prima facie, cet établissement de consultation ou de conseil, ou ce centre, service social ou organisme agréé ne relève pas de l'étude des comités d'éthique. Cependant, il remplit pour l'application de l'article L. 162-4 Code de la santé publique, le rôle joué dans d'autres pays par un comité d'éthique ad hoc. Ainsi font encore les deux médecins de l'article L. 162-12.

(10) Ex. de Comités ad hoc : Comités de stérilisation eugénique (Amérique du Nord, années 1920), comités d'avortement thérapeutique, comité d'allocation de ressources en dialyse, comité d'arrêt des soins (Y. Martin : Les comités d'éthique hospitaliers : un droit en devenir ; droit médical, rapport de Maîtrise Sherbrooke, mai 1987 ; A. Lajoie, P.A. Molinari, J.M. Auby : Traité de droit de la santé et des services sociaux, Presses Univ. Montréal, 1981, n° 2115 et s.).

de Mayence de novembre 1988, entre autres, n'appellent-ils pas la qualification de comités d'éthique ? De multiples et diverses réunions de fait ou de droit de personnalités réfléchissant à la morale de la recherche et de la médecine engendrent l'hésitation devant leur qualification.

Pour Carol Levine, "a hospital ethics committee is a groupe established by a hospital or health care institution, formally charged with advising, consulting, discussing, or otherwise being involved in ethical decisions and policies that advise in clinical care" (11). Pour J.-L. Baudouin, les comités d'éthique sont des organismes chargés de sensibiliser et d'éduquer des personnels hospitaliers aux problèmes et règles d'éthique et de droit, d'élaborer des politiques d'ensemble pour de nouveaux problèmes ou des problèmes anciens mais liés à des phénomènes nouveaux, d'assister et conseiller les équipes soignantes dans les prises de décision individuelle, "de faire réfléchir, de fournir un forum de discussion" (12)... Ces remarques s'appliquent aux comités hospitaliers de type clinique en particulier.

N'est-il pas permis de soumettre à discussion la proposition de définition suivante : un comité dit d'éthique est une institution, chargée par une autorité publique ou privée, de se prononcer sur les aspects moraux et accessoirement sur la rigueur scientifique, d'une politique, d'une recherche, ou projet de recherche, bio-médicale, individuelle ou collective, ou d'une intervention bio-médicale particulière sans visée expérimentale ? Cette présentation couvre à la fois les comités de recherche et les comités cliniques (les textes précités relatifs aux prélèvements et avortements n'écartent pas l'appréciation éthique par les consultants).

Les courants déposèrent sur les côtes françaises ces atterrissements et accroissements qui profitèrent successivement et imperceptiblement, en bénéficiant aux moralistes et juristes spécialisés, heureux riverains ! Si Mme Ambroselli fait référence à un décret de 1960 autorisant les directions d'hôpitaux à établir des règles éthiques, elle date l'apparition des comités d'éthique français à la constitution, en 1974, du Comité de l'I.N.S.E.R.M., puis à celle de l'éphémère Comité de la D.G.R.S.T. en 1975 à la suite de la conférence d'Asilomar, invitant à une suspension de certains types d'expériences, jusqu'à ce que les dangers potentiels des molécules d'A.D.N. recombinées aient été mieux évalués, ou jusqu'à ce que des méthodes adéquates aient été mises au point pour éviter leur dissémination, et priant le directeur du National

(11) C. Levine : Questions and (some very tentative) answers about hospital ethics committees (Hastings Center report juin 1984, p. 9).

(12) J.-L. Baudouin, rapport précité. Nous espérons ne pas défigurer l'analyse de l'auteur en la résumant si rapidement.

Institute of Health de prévoir la création d'un Comité consultatif (13). Par décret du 23 février 1983, le Président de la République créait le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avec "mission de donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière". Le 2 décembre 1983, il présidait à la mise en place de ce Comité et prononçait des propos utiles à la compréhension de ses travaux.

Vers 1980 s'annonça le mouvement de la constitution spontanée des comités locaux, érigés au sein de structures hospitalières publiques en principe, mis sur pied par des conseils départementaux de l'Ordre des médecins (14). P. Rouzioux cite le Comité régional d'éthique biomédical Midi-Pyrénées (création 1978/officialisation 1983) comme semblant être un des premiers imaginés... (15). Un des derniers (au jour de la préparation de ces lignes) vient d'être celui du Commissariat à l'énergie atomique. La loi du 20 décembre 1988 sur "la protection des personnages qui se prêtent à des recherches biomédicales" confirme l'institution des comités d'éthique locaux, dont le statut était imprécis et sera complété par un règlement.

Jean Penneau juge, non sans ironie, cette floraison de comités : "Disons-le tout net, la France (avec sans doute les pays occidentaux dans leur ensemble) a été saisie, dans les années 1980, de ce que j'appellerais volontiers syndrome anglo-saxon, et référence a été faite à l'éthique et aux Comités consultatifs du même nom avec une fièvre qui laisserait supposer que notre pays était auparavant vierge de toute référence à tout principe déontologique et plus largement moral. Or, il existe de longue date une déontologie médicale dont les règles essentielles sont promulguées par décret et s'imposent comme telle à la profession, y compris aux experts chargés d'essais thérapeutiques" (16). Ces propos provoqueraient des interrogations sur les pensées profondes ayant (peut-être) guidé les architectes des Comités

(13) C. Ambroselli : France, a national committee debates the issues (Hastings center report, juin 1984, p. 20). Des extraits du texte d'Asilomar sont publiés in : Comités d'éthique à travers le monde, précité, p. 10 aussi S. Stich : Le débat : les manipulations de l'A.D.N., in Ethique et biologie, Cahiers S.T.S., C.N.R.S. éd. 11, 1986, p. 157.

(14) A. Langlois : Un comité d'éthique local, le Comité du C.H.Y. Henri Mondor, Créteil, 1983-1986, (in Comités d'éthique à travers le monde, p. 113).

(15) P. Rouzioux : Le comité d'éthique de l'Université C. Bernard et des hospices de Lyon, libre activité 1981-1984, et : enquête sur la création des comités (inérite) ; M. Rochaix : Les comités d'éthique en France, réalités et avenir, in Actes VIII^e Congrès mondial de droit médical, Prague, août 1988, I, 117.

(16) J. Penneau : Rapport in Expérimentation chez l'homme du nouveau médicament, Masson 1986, spéc. p. 198.

d'éthique. Il ne faut pas oublier que leur édification s'est accomplie en un temps de contestation des institutions ordinaires ; il n'est pas absolument téméraire d'imaginer qu'un organisme tel que le Comité consultatif national a été pensé (entre autres intentions, entre autres volontés plus solides et plus pures) comme destiné à faire pièce à l'Ordre national.

Cette contestation témoignerait elle-même d'une crise des valeurs, nouvelle "crise de la conscience européenne", dont la législation de l'avortement, en France, le 17 janvier 1975, et en d'autres lieux où s'inclinait "une éthique fragile", donnait le témoignage le plus significatif, et dont les soubresauts accompagnaient une considérable avancée des pouvoirs d'action sur l'homme et les constituants de l'homme. Cette crise de conscience a suscité une prise de conscience : "Le pouvoir actuel et futur de la science, intervenant en tiers dans la genèse de la vie et capable d'agir sur l'identité du sujet, impose donc une réflexion éthique difficile sur le sens, les finalités, les moyens et les conséquences pour l'homme de ces pouvoirs nouveaux et d'autre part l'élaboration de normes éthiques, déontologiques ou juridiques, connuée avec la mise en place d'instances pluralistes de contrôle, afin d'orienter l'exercice du pouvoir dans le sens du bien commun" (17).

Ce n'est certes pas aujourd'hui que date la réflexion sur la morale de la recherche et de la pratique biologique et médicale. Les Congrès de morale médicale organisés à Paris en 1955 et 1966 par l'Ordre national des médecins, et de multiples autres travaux, le prouvent. C'est en revanche d'aujourd'hui que date le phénomène de ces comités multipliant, et parfois publiant, leurs avis en les accompagnant de l'affirmation de leur caractère exclusivement consultatif, doctrinal autrement dit.

Une enquête sommaire que nous avons lancée courant 1986 auprès des Comités locaux figurant sur la liste publiée dans le livret des journées annuelles d'Éthique 1986 du Comité consultatif national (v. p. 42 et s.), et qui a reçu le plus courtois accueil assorti des réponses les plus pertinentes, nous confirme dans ce double constat. Certaines nuances des idées exprimées nous ont poussés à aller plus avant. D'ailleurs, la répétition de l'absence d'autorité des avis des comités (du type recherche) sème à elle seule le doute : pourquoi redire ce qui va de soi, si l'on ne craint l'éventualité de la contradiction ? Sans intention de briser des tabous, de hasarder des critiques discourtoises, il convient de tenter une analyse, même provisoire, de cet enseignement constant, ou peu s'en faut, aux termes duquel les comités n'auraient, ni ne voudraient avoir, de rôle normatif. Suivrons-

(17) Comité national rapport éthique 16 décembre 1986, sur les recherches sur les embryons in vitro, et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques, parag. 5.

nous l'exemple du Huron policé dans le salon de Mademoiselle de Kerkabon et les antichambres du Palais Royal ? Sous les wigwams de la sagesse bioéthique ne jugera-t-on pas que nous parcourons plutôt les sentiers foulés par l'Iroquois aux moeurs moins urbaines ? De la thèse de l'autorité morale, et exclusivement morale des comités, ne peut-on passer à l'hypothèse de leur fonction de reconstruction du droit ? Voici une recherche expérimentale sans garantie de l'avis préalable d'un Comité (18) !

I - LA THESE : L'AUTORITE DES AVIS RENDUS PAR LES COMITES D'ETHIQUE EST UNIQUEMENT MORALE

On entend sur le thème de la thèse une affirmation constante, dont les implications sont variées.

A - L'AFFIRMATION

Sans prétendre rapporter absolument toutes les références, il suffit de viser les enseignements tant du Comité consultatif national que des Comités locaux (dans la limite des réponses reçues à notre questionnaire).

Le Professeur Jean Bernard a saisi, à plusieurs reprises, l'occasion d'affirmer que "Le Comité n'est pas responsable des conduites gouvernementales, il donne un avis que les gouvernements suivent ou ne suivent pas" (19), que "le comité consultatif national d'éthique est ainsi un organisme de réflexion, de confrontation". Il n'est en aucune façon un organisme de décision. Il a grand besoin de recevoir les opinions des citoyens" (20). Le rapport "recherche biomédicale et respect de la personne humaine", publié le 16 décembre 1987, rédigé par M. Sève, manifeste la même réserve : "Fidèles à nos statuts, nous soulignons le caractère purement consultatif qu'ils confèrent à nos prises de position (p. 7)... si votre Comité tire son existence de l'autorité publique, sa démarche relève de la conscience morale et ne se subordonne qu'à elle. Consultatif par définition, il n'entend

(18) Nous remercions vivement les Présidents de comités locaux, ainsi que les autres éminentes personnalités, ayant bien voulu répondre à notre questionnaire. Bien entendu, nous utilisons leurs réponses sans indication d'origine, ce dans un souci de discrétion. Nous avons déjà tenté de réfléchir aux travaux des Comités (le premier avis du Comité consultatif national d'éthique, J.C.P. 1985, 3191 ; Le Comité national consultatif d'éthique et l'enfant conçu, in *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes Coll. Juristes Cath. de France, Téqui 1986, préface Cardinal Gagnon, p. 67 ; *La place des normes éthiques en droit médical*, R.R.J. 1988). Le présent travail est limité à la situation des comités de recherche en France.

(19) J. Bernard, in rapport 1986, *Ethique et recherche biomédicale*, Doc. française 1987, p. 231.

(20) J. Bernard, alloc. Journées annuelles d'éthique, in Rapport cité note 19, p. 173, et in Comités d'éthique à travers le monde, précité, p; 93.

exercer aucun pouvoir, si ce n'est le pouvoir moral que peut lui conférer la qualité éventuelle de ses avis" (p. 56). Quant aux autorités publiques, elles reprennent à leur compte le propos, et c'est ainsi que le Premier Ministre (L. Fabius) disait en son discours du 6 décembre 1985 (21) : "Les avis du Comité national sont consultatifs. C'est, me semble-t-il, la meilleure sauvegarde de leur crédibilité. Il importe en effet que les rôles soient clairement définis. Au Comité, le rôle scientifique et le rôle d'information. Au pouvoir exécutif, le rôle de régler quand c'est nécessaire et d'administrer les systèmes de la santé publique. Au législateur, le rôle de faire la loi. Au juge, le rôle d'appliquer et de faire vivre le droit. Si le Comité sortait de sa prérogative, soit en dépassant les limites de la recherche bio-médicale, soit en allant au-delà de son rôle consultatif, il perdrait probablement une partie de sa légitimité".

Le livret publié pour les journées nationales d'éthique de 1984 (p. 7) en disposait ainsi : "Les positions du Comité, publiées sous forme d'avis, n'ont aucune valeur contraignante, mais... Il faut donc veiller à ce que le travail du Comité ne se substitue pas à la réflexion collective mais contribue au contraire à la stimuler. Qu'il soit en retour ouvert aux courants d'opinion qui traversent la société française. Sa composition et ses méthodes de travail y contribuent déjà". Enfin, et pour ne pas accabler le lecteur de références (22), citons l'avis particulièrement autorisé de Mme le Professeur Labrusse-Riou (23).

"Au Comité national d'éthique, il est évident que l'intention intérieure n'a jamais été de supplanter un système législatif. Bien au contraire, nous avons toujours pensé, et en particulier les juristes qui font partie du Comité, et oeuvré (le Professeur Schwartz en est le témoin) pour montrer que les avis du Comité ne pouvaient être développés qu'à l'intérieur du système juridique français tel qu'il est établi par la Constitution, par la loi, dans le respect de la loi, au moins à chaque fois que cette loi a un caractère impératif, un caractère d'ordre public. Mais nous avons parfois été confrontés à des hypothèses où il n'y avait pas de loi spéciale, et où il y avait des principes généraux, parfois concrétisés en droit pénal, qui apparaissaient en quelque sorte en état de distorsion avec les nécessités ou l'utilité ou même un avis éthique : c'était le cas notamment du problème des volontaires sains. Il nous est apparu qu'une analyse au plan de l'éthique seulement pouvait conduire à accepter la légitimité

(21) Lettre d'information du Comité consultatif national, n° 3, janvier 1986 et rapport 9185, Doc. française 1986, p. 90.

(22) Cf. notre article précité R.R.J. 1988, et autres références.

(23) Intervention in Expérimentation chez l'homme du nouveau médicament, Masson 1986, précité, p. 119 v. aussi : Les procréations artificielles, rapport au Premier Ministre, Doc. française 1986, p. 162.

morale et sociale de l'expérimentation sur des volontaires sains, mais qu'il était hors de question de faire de cette règle une règle de droit supplantant une éventuelle illicéité au regard de la loi pénale. Et c'est la raison pour laquelle l'avis du Comité dit qu'il appartient au législateur de trancher cette question et qu'il lui apparaît opportun (et c'est là un avis purement consultatif) de légiférer pour rendre licite, dans certaines conditions bien sûr, l'intervention expérimentale sur des volontaires sains. Cela est clair".

Le rapport "De l'éthique au droit" envisage la saisine obligatoire des comités, mais avec un avis purement consultatif... Cette opinion est celle des comités locaux, dans les termes des réponses que nous en avons reçues (24) ; c'est celle adoptée par la loi du 20 décembre 1988 et celle, des Recommandations émises le 7 novembre 1988 par le Comité national (25). Les propos tenus par Monsieur le Sénateur Sérusclat le 12 octobre 1988 (26) sont enfin déterminants : le pouvoir législatif ne peut abandonner sa fonction à des instances telles que le Comité national, dont l'autorité de fait (cf infra) paraît inquiétante !

Tel Comité local écrit : "Les Comités d'éthique locaux ne sont dotés d'aucun pouvoir pratique. Ils n'ont qu'un pouvoir moral tenant à la personnalité des membres qui le composent. Il est impossible de comparer leur pouvoir à celui de l'Ordre des médecins". Tel autre : "Les comités d'éthique locaux ne sont pas à mon avis dotés d'un pouvoir normatif. D'abord, ils n'ont pas d'existence juridique locale, ils sont nés d'un consensus du médecin pour améliorer la qualité et le travail des expertises et pour s'assurer que sont bien respectées les règles fondamentales de l'éthique au sujet des essais thérapeutiques" (cf. infra). Tel autre encore : "Les Comités d'éthique locaux n'ont aucun pouvoir quel qu'il soit du fait qu'ils ne sont pas reconnus officiellement. D'ailleurs le Comité national porte bien comme titre Comité consultatif national, et en cela il ne peut donner que des conseils". Ou encore : "Dans tous les cas, l'avis du Comité d'éthique n'est que consultatif. Il peut être cité en référence". Enfin, et entre autres : "Le Comité d'Ethique n'est pas investi d'un pouvoir normatif au sens de pouvoir édicter des règles obligatoires pour les intéressés. Organe consultatif, le Comité d'Ethique se considère et agit comme tel : la seule autorité de sa délibération est une autorité morale, que la pratique ne peut que contribuer à renforcer".

(24) Que les représentants des Comités locaux qui nous ont fait l'honneur de leurs courtoises réponses comprennent que nous ne pouvons reproduire en ces pages toutes les lettres reçues. Nous sommes contraints de limiter nos références.

(25) In Lettre d'information du Comité consultatif national, n° 14, décembre 1988.

(26) Sérusclat, J.O. Sénat, 13 octobre 1988, 543.

"L'avis du Comité d'éthique n'est assorti d'aucune sanction à l'encontre de celui qui y contreviendrait, il lie moralement celui des chercheurs ou des médecins qui l'avait sollicité". L'unanimité paraît se réaliser autour de l'idée selon laquelle les avis exprimés par les comités, national et locaux, comités redisons-le de type "recherche", ne constituent que des règles morales obligeant en conscience les biologistes et médecins dans leurs activités de recherche. L'Éthique des Comités n'est pas normative ; elle n'a qu'une puissance de suggestion. Ainsi se déroule le discours. Et celui-ci est cohérent, car toutes les raisons le soutiennent. La première et principale raison tient à la nature de l'éthique, telle du moins qu'elle est présentée, c'est-à-dire comme une réflexion largement libre. "Dans l'usage actuellement admis, on désignera plutôt sous le terme d'éthique des réflexions de type moral en relation avec les sciences humaines et juridiques : biologie, sociologie, psychologie, économie et déontologie ; on désignera par morale les aspects normatifs, théoriques et formels de ce type de réflexions" (27). D'éminentes personnalités contestent l'abus du mot "éthique", "le vrai mot étant morale. Notre Comité a pour objet la morale et la recherche biologique et médicale" (28). Est-ce seulement là la dénonciation de l'anglicisme, de la mode ? L'Éthique n'est pas, ou n'est plus la morale ; elle a un sens plus large selon certains : (la morale) "nous a paru devoir désigner seulement les systèmes établis de normes et de valeurs, l'éthique englobant aussi l'activité par laquelle se constituent, se renforcent ou se renversent les morales. La morale renvoie donc, pour certains, à moralisateur, statique, ordre établi. L'éthique s'accapare tout ce qu'il y a de dynamique, de créateur dans la recherche sur l'agir humain (décision concrète et réflexion sur les fondements)" (29). Retenons, par provision, cette définition d'une éthique critique de la morale. Le rapport Sève du 16 décembre 1987 (p. 9) retient un sens dévié de l'éthique, "morale en travail appliqué sur le terrain, où la prudence de cas par cas n'est autre que sa sagesse pratique -non pas morale de situation, selon une heureuse formule, mais morale en situation". L'on est un peu égaré devant ces positions de l'éthique par rapport à la morale, soit en amont, soit en aval. Il reste que dans les deux situations, l'éthique est moins normative que la morale, soit qu'elle répudie ce caractère normatif comme par principe, soit qu'elle le dissolve, ou du moins l'assouplisse, au moment de l'application in casu (ou pourrait, dans le second cas, comparer avec l'équité). Cette perte

(27) G. Serres : Intervention, Coll. génétique, procréation et droit, janvier 1985, Actes Sud, éd. 1985, p. 137.

(28) J. Bernard, rapport 1984, Doc. française, 1985. La mise au point tendait peut-être aussi à délimiter le champ de travail du Comité par rapport à celui de l'Ordre.

(29) G. Durand : Morale, éthique, bioéthique, déontologie ; question de vocabulaire, in Comités d'éthique à travers le monde, précité, p. 48.

d'autorité de l'éthique par rapport à la morale s'annonce comme caractéristique. Pour Paul Ricoeur, "on passe franchement de l'éthique à la morale avec les notions d'impératif et de loi, qui sont deux notions de même niveau, sans être exactement des synonymes" (30). Il est donc naturel que l'éthique, quelque parti que l'on adopte sur la qualité de rebelle ou de tempérament devant la morale, ne prétende pas à être normalisée. En quoi elle se distingue de la déontologie. Pour un Président de comité local, "la déontologie est bien codifiée alors que l'éthique médicale s'intéresse plus à résoudre de nouveaux problèmes". Codifiée, du moins partiellement (31), et aussi impérative.

Le passage de l'éthique à la morale puis à la norme juridique s'effectuerait ainsi : "On pourrait, en premier lieu, distinguer l'éthique de la morale, la première consistant en l'art raisonné d'énoncer et de fonder des valeurs d'où découlent les normes que prescrit la seconde. A ce titre, l'éthique peut être constituée par l'ensemble des raisonnements, des intuitions et des exigences à la base des règles morales ; ces dernières, selon les États, peuvent aussi fonder des règles de droit dès lors qu'il apparaît juste et nécessaire pour l'ordre social de leur conférer une valeur obligatoire" (32).

En fait, l'éthique, science de la morale ou réflexion sur la morale, demeure par nature doctrinale. La doctrine propose ; elle ne dispose pas, et une libre recherche, même scientifique, n'est qu'indicative.

L'Éthique des comités peut d'autant moins prétendre à la normativité qu'elle se situe à des points de rencontre de diverses éthiques particulières. Le statut du Comité national admet ce pluralisme, et mieux encore l'organise, en fait une règle positive, de droit positif : en son état actuel, le décret du 23 février 1983 fait désigner, par le Président de la République cinq (initialement quatre) personnalités appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles, ce qui d'une part institue des familles représentatives (comme les syndicats !) officielles (33), d'autre part est contraire à la règle de la laïcité de l'État en tant

(30) Comparer avec M. Durand, in *Rev. Jur.*, *Thémis* 1986, 281, et, autrement, J.J. Haldane : *Medical ethics, an alternative approach. J. of medical ethics*, 1986, 12, 145.

(31) Cons. État 16 mai 1947 (Lebon, p. 205 ; Dalloz 1948, 556) ; Cons. État 20 février 1953 (Gas. Pal. 1953, I, 178, 1^{er} esp.).

(32) J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou : *Produire l'homme, de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, P.U.F., 1987, p. 259 ; Voir "L'homme, la nature et le droit", Ch. Bourgois, éd. 1988, spéc. p. 101 et s., 144 et s. et 308 et s. (Servitude, servitudes, par Mme Labrusse-Riou).

(33) Sont représentées les "familles" suivantes : israélite, protestante, (Fédération protestante de France), catholique, musulmane, marxiste. A ce jour, une haute personnalité du Grand Orient de France est membre du comité, mais au titre de personnalité qualifiée choisie pour sa compétence et son intérêt pour les problèmes d'éthique.

que le chef de celui-ci choisit les religions principales et nomme leurs représentants, d'autre part encore est susceptible de privilégier indirectement l'un ou l'autre des courants *politiques* et de perturber la règle du jeu démocratique, et enfin rend délicate la position des intéressés : si "les membres du Comité ne doivent pas se considérer, et ne se considèrent pas -il me suffit de vous observer- comme les représentants de quelques groupes constitués" (34), quel est leur rôle exact ? S'ils doivent, s'ils peuvent, affirmer une pensée distincte de la doctrine certaine de leur "famille", leur désignation perd tout sens ; s'ils affirment cette doctrine, leur nomination prend son utilité, mais ils deviennent en pratique ces "représentants". Quoi qu'il en soit le pluralisme éthique constitue une réalité du Comité national et, des comités locaux dans les termes de l'article 209-11 du Code de la santé publique prévoyant un incroyable tirage au sort des candidats, prétexte pris de la garantie de leur indépendance (35). L'article L. 209-30 du projet de mars 1989 en revient à la nomination, mais l'article 209-23 confirme le pluralisme ! Il induit un risque de positions trop nuancées pour s'allier avec la rigueur du précepte législatif, réglementaire ou jurisprudentiel. L'avis éthique du 15 décembre 1986 laisse entendre cette difficulté de se prononcer fermement sur toutes les questions fondamentales de l'éthique ; l'avis du 22 mai 1984 tenait expressément compte du pluralisme des opinions qui s'expriment, sur le plan éthique à propos des prélèvements de tissus embryonnaires ou foetaux et les conflits de valeurs qu'ils provoquent ; le rapport Sève du 16 décembre 1987 affirme la règle interne au Comité national de ne blesser en ses avis aucune conviction révèle la seule difficulté née des contradictions qui "mettent toutes ensemble à la question en partageant chacun contre lui-même -conflits de valeurs, sinon de devoirs, dont on peut éprouver jusqu'au tragique- la profondeur, à méditer solitairement sur un dossier" (p. 6). Certes, cette confrontation éthique conduite "à l'invention de démarches rassembleuses en cela même qu'elle ne craignent pas les arrêtes vives face à tout ce qui lèse l'homme" (p. 6), "à fédérer les vigilances" (p. 6), mais elle pourrait également guider vers une morale du plus petit commun dénominateur. Entendons-bien : ce n'est point affirmer que cela soit, mais redouter que cela puisse être, et ajouter que l'impératif souffre du doute (36).

(34) M. Mitterand, allocution du 2 décembre 1983, in Comité d'éthique à travers le monde, précité, p. 87.

(35) V. Charles, J.O. Ass. Nat. 13 décembre 1988, 3548 et Huriet, J.O. Sénat 1er décembre 1988, 2686. M. Huriet précise que ce tirage au sort interviendra à partir des listes proposées par des organismes ou associations pouvant participer aux travaux du Comité. Quels organismes ? Quelles associations ? L'article 209-7 ne sous-entend qu'une désignation intuiti personae.

(36) En marge, citons M. le Premier Ministre, alloc. 6 décembre 1985 (Lettre

En lui-même, le pluralisme éthique mériterait un examen attentif, et peut-être critique (37), qui outrepasserait les bornes (nous voulons écrire : de cette étude !). Ce pluralisme présente d'ailleurs d'amusants aspects : il est à ce point tolérant qu'il prétend interdire l'expression de toute exigence morale considérée comme traditionnelle. Que dire aussi des confusions entre pluridisciplinarité et pluralisme (38) ?

Les Comités locaux mettent en relief une autre raison de n'accorder aux avis aucune valeur normative, l'absence de délégation régulière de pouvoir par les autorités publiques. Certains comités sont constitués sous la forme d'associations de la loi de 1901, de "démembrements" de sociétés ou associations scientifiques, d'autres ont été créés par délibération du Conseil de la Faculté de Médecine et de la Commission médicale consultative (commission médicale d'établissement) du C.H.R./C.H.U. local, un autre est un "organisme officiel tripartite" composé de représentants des Facultés de Médecine, de la Commission médicale consultative du C.H.R., d'un représentant de l'Ordre des médecins, de quatre "personnes cooptées", un autre enfin se présente comme "groupe de travail indépendant créé par le Conseil de l'Ordre départemental" (on sait que le Conseil de l'Ordre est doté d'une section éthique). Le Comité central et les comités locaux de l'Assistance publique de Paris ont leur structure propre... Les Commissions médicales d'établissement ne possèdent qu'un pouvoir consultatif. Le rapport "De l'éthique au droit" y a consacré d'utiles réflexions. Les organismes privés ont, par définition, moins de pouvoirs encore, et enfin, les comités qu'auraient formés en leur sein des firmes et laboratoires pharmaceutiques ou de recherches en seraient eux-mêmes dépourvus, du moins à l'extérieur des entreprises concernées"...

Il se trouve que tous les problèmes que le Comité national ou les comités d'éthique abordent et sur lesquels ils peuvent donner un avis touchent à l'état des personnes. Or, l'article 34 de la Constitution réserve l'exclusivité de leurs solutions au législateur. S'appuyant sur ce principe de droit, un recours pour excès de pouvoir a pu être formé à l'encontre du décret du 8 avril 1988. Sous réserve de l'appréciation souveraine du Conseil d'Etat, ce texte ne pouvait relever de la compétence du pouvoir

d'information janvier 1986, n° 3) : "Si le Comité restreignait ses avis pour ne gêner aucun autre auteur, alors il perdrait cette acuité qui fait venir vers lui les chercheurs et le public". Le danger est moindre, attendu l'indépendance de fait et de droit des Comités et de leurs membres.

(37) Cf. Congrégation par la doctrine de la Foi, déclaration du 18 nov. 1974 sur l'avortement, déclaration du 5 mai 1980 sur l'euthanasie, cf. F.A. Hayek : Droit, législation et liberté, T. III, L'ordre politique d'un peuple libre, P.U.F., trad. R. Audouin, 1983, p. 206

(38) Voir un intéressant passage dans le rapport sur les Comités d'éthique locaux accompagnant les Recommandations du 7 nov. 1987.

réglementaire. Et le Comité national ne l'ignore pas qui, dans son avis du 11 octobre 1984, prévoit que la législation susceptible d'intervenir s'inspire des principes dégagés par les comités d'éthique et de l'expérience acquise par leur fonctionnement" (39). Pour sa part, M. Badinter avait opiné en ce sens en son discours du 20 mars 1985 à Vienne : "Mais de tels comités, aussi éminents soient leurs membres, ne peuvent se substituer au législateur, quand ce qui est en cause, c'est la filiation, sa philosophie et ses règles, quant ce qui est en cause c'est aussi la protection de la personne humaine". En supposant résolu le problème des limites du pouvoir législatif lui-même vis-à-vis de la définition de l'intégrité et de la dignité de l'Être humain, la considération est déterminante pour déclarer les avis sous étude dénués de force impérative. Le Comité national lui-même, n'a pas bénéficié d'une délégation de pouvoir suffisante. Le principe fondamental de la liberté et la recherche, qui ne rencontre ses limites que dans l'autre et fondamental principe du respect de la personne humaine en son existence, son intégrité, sa dignité (40) s'opposerait à son tour à une réglementation de cette recherche par des comités de création spontanée, qui ne pourraient susciter qu'une "discipline librement consentie" et dont le rapport présentant le projet de Mars 1989 dispose qu'ils peuvent se consacrer à la réflexion, à la formation et à l'information.

La cause est entendue ; le jugement implique des mesures de mise à exécution.

B - IMPLICATIONS

L'absence d'autorité des avis des Comités d'éthique implique d'abord une absence de sanction à la charge de ceux qui manqueraient à leur respect, ensuite une fausse sécurité au profit de ceux qui les respectent.

En premier lieu, absence de sanction.

La violation de la règle déontologique, que nous croyons pouvoir en dépit d'une jurisprudence intégrer pleinement dans l'ordre *juridique* positif (41), provoque une sanction, soit directe (contentieux disciplinaire), soit indirecte (prise en compte du comportement et qualification de faute par le juge civil ou pénal). Mais la déontologie ne s'impose qu'aux membres des professions

(39) Mme Gobert : Les incidences juridiques du progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes, in Coll. génétique, procréation et droit précité, p. 199.

(40) Intervenant dans la discussion de la journée d'éthique du 16 déc. 1987, le R.P. Verspieren a énoncé qu'il y a une lecture d'éthique de la valeur accordée à la Science, qu'il faut savoir dire "non" lorsqu'il y a d'autres valeurs en cause.

(41) Cf. nos ouvrages : Le droit médical, Litec, 1985, Coll. J.P. Française, n° 13 et : Droit médical, Litec 1986, Coll. abrégé, p. 6

dont le corpus moral est reconnu et soutenu par une possibilité de contentieux interne, professions médicales, para-médicales et pharmaceutiques. Elle ne régit pas avec la même force l'activité des professions non organisées. Ceci ne signifie pas que la morale professionnelle en soit absente, mais son respect n'est pas garanti par les mêmes procédures. Ainsi un chercheur non inscrit à l'Ordre des médecins ou des pharmaciens ne travaille-t-il pas sous la menace d'une poursuite *disciplinaire* (42). C'est pour cette raison que l'Assemblée nationale a souhaité que l'investigateur fût médecin ("pour être soumis aux règles de déontologie" (43)). Le chercheur indépendant n'est pas pour autant dégagé de toute éthique, et l'apport des comités national et locaux est de la rappeler.

Madame Fagot-Largeault ajoute : "Le respect de la déontologie professionnelle est moins une question de morale que d'avantage bien compris : le chercheur qui fabrique des résultats est tôt ou tard éliminé de la compétition. Il est ici maladroît de n'être pas vertueux" (44). Il est vrai que l'éthique n'est pas intéressée uniquement à l'absence de rigueur scientifique.

La norme éthique n'est assortie que d'une autorité morale ; ainsi le disent les comités. En conséquence, elle laisse entière la liberté de l'intervenant. Plus large que la déontologie, à plus forte raison que la règle civile ou pénale, l'éthique recouvre des domaines de non-responsabilité juridique. De même qu'une décision juridictionnelle ne peut s'appuyer sur la méconnaissance d'une opinion doctrinale pour qualifier un acte de fautif, de même elle ne peut retenir l'oubli d'un précepte éthique, serait-il énoncé par un Comité.

Ceci entraîne une impossibilité pour les comités d'appliquer une sanction aux chercheurs défailants, même si la publication d'un avis nominatif constitue une sanction morale importante. Du reste, une telle manifestation à l'initiative d'un organisme non-disciplinaire peut, selon les circonstances, présenter un caractère fautif (45), la publication du nom des parties intéressées et censurées ne relevant pas des pouvoirs reconnus aux Comités (46). Le Comité national délivre des avis, mais n'est pas obligé de leur conférer une allure disciplinaire ni de les assortir des indications permettant l'identification des chercheurs en cause. Ne pourrait-on ici pousser une comparaison

(42) Il convient cependant de tenir compte des règles disciplinaires propres aux personnels hospitaliers et aux personnels universitaires.

(43) Charles, J.O. Ass. nat. 13 décembre 1988, p. 3543.

(44) Op. Cit., p. 33.

(45) Quid de la diffamation publique ?

(46) Comp. en ce qui concerne l'Ordre des Médecins : Cons. Etat 12 juin 1987, (J.C.P. 1987, 4, fasc. 43) et Cass. Civ. I, 12 oct. 1976 (Daloz 1987, I.R., 24 voie de fait).

avec les règles applicables aux organismes de défense des consommateurs, lorsqu'ils publient leurs commentaires ? Seulement la question est de savoir si les comités d'éthique sont vraiment des institutions de défense des consommateurs des services de santé ! En revanche, un comité aurait vraisemblablement qualité pour déposer une plainte devant un Conseil départemental de l'Ordre des médecins, lequel devrait transmettre celle-ci au Conseil régional (art. L. 417 Code de la santé publique) ; il se placerait dans la situation d'un plaignant de droit commun.

Ceci entraîne également l'impossibilité de la part des Comités d'imposer aux chercheurs des moratoires. L'avis du 15 décembre 1986 relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro exprimait le souhait d'un moratoire des recherches qui visent à permettre la réalisation d'un diagnostic génétique (diagnostic chromosomique ou génétique, diagnostic de sexe) avant transplantation : "Le Comité considère qu'un moratoire de trois ans permettra aux chercheurs de préciser, à partir des travaux sur l'embryon animal, les conditions scientifiques d'une application éventuelle à l'embryon humain, et à la réflexion éthique de mieux cerner les conséquences de ces recherches à caractère génétique". Semblable suspension de la recherche ne peut procéder que de l'initiative du monde scientifique.

Enfin, et théoriquement, les tribunaux ne verraient pas dans les avis des Comités, considérés sous cette seule qualification d'avis éthiques, des règlements dont l'inobservation serait a priori fautive (47). Cette remarque se limite aux avis des Comités de type recherche/facultatifs/consultatifs, mais ne concerne pas ceux des Comités de la loi du 22 décembre 1976 ni des articles L. 162-4 et L. 162-12 Code de la Santé publique. En ce qui concerne les Comités de type clinique, leurs conclusions seraient à mettre en balance avec la liberté thérapeutique des membres de l'équipe soignante, ainsi qu'avec les principes régissant l'assentiment aux actes médicaux. Pour J.-L. Baudouin (48), le Comité ne doit pas être perçu comme se substituant au médecin soignant dans les cas individuels et son rôle n'est que d'éclairer et non de décider en lieu et place du professionnel.

Pour autant qu'on en soit informé, aux Etats-Unis les tribunaux ont pu adopter trois attitudes différentes en présence des avis des Comités d'éthique (49) ; ignorance, prise en compte en tant que témoignage (as évidence), ou admission comme

(47) V. M. Véron : La responsabilité pénale du médecin, in *Traité Dr. Méd. et Hospitalier*, sous la Direction de J.-M. Auby, Litec, 1988, fasc. 56, p. 14 ; Melle Thouvenin : *Ethique et droit en matière biomédicale* 1985, ch. 21.

(48) Op. et loc. cit. ; Colloque Centre de bio-éthique, mai 1986.

(49) S.M. Wolf : *Ethics committees in the Courts*, in *Hastings Center Report*, juin 1986, p. 12.

témoignage compensé par d'autres considérations. Il ne semble pas que la jurisprudence assimile les avis à des règles de droit impératives.

La neutralité juridique des avis des Comités d'éthique offre, en contrepartie, peu de sécurité au chercheur qui en invoquerait, aux fins de se disculper, l'autorité, à ce point qu'il est permis de se demander si d'aucuns ne rechercheraient pas les avis comme des alibis.

Monsieur le Doyen Véron se demandait (50) si le Ministère public "poursuivrait quelqu'un qui pratiquerait des essais qui se termineraient par un dommage, s'il est démontré que ces essais sont parfaitement en conformité avec les avis du Comité national d'éthique". Ce que l'on sait est, d'un côté que certaines plaintes déposées contre des auteurs d'expérimentations sur embryon ont été classées sans suite pour des motifs tirés d'une interprétation du statut de l'enfant conçu, mais, dans un dossier au moins, après que les magistrats eussent interrogé le Comité national (51), ce qui confirme l'intuition de M. Véron, d'un autre côté que les poursuites pénales sont inexistantes du chef de l'expérimentation sur la personne humaine de façon générale et réserve faite des suites à une récente (février 1988) expérimentation sur un sujet en état de coma dépassé (ou, plutôt, en état végétatif dit chronique semble-t-il). Il serait intéressant de rechercher si les magistrats avaient aussi consulté l'Ordre des médecins et si, dans l'intention des auteurs du Décret du 23 février 1983, les tribunaux relevaient des personnes ou groupements qualifiés pour interroger le Comité national (article 2, alinéa 2), cette forme de saisine étant contraire à l'idée de valeur uniquement morale des avis des Comités. En réalité, l'opportunité -même éclairée- des poursuites n'a jamais effacé le caractère délictueux des comportements (ni exclu l'initiative des victimes de provoquer l'action publique. La question est de juger les avis en contemplation des faits justificatifs classiques. De la -brève- liste de ceux-ci ne serait utilement extrait que l'ordre (ou la permission) de la loi ou de l'autorité légitime, si une loi avait constitué les comités d'éthique en autorités légitimes. Or, le seul texte à ce jour organisant lesdits comités est le décret de 1983, qui ne reconnaît au Comité national qu'une fonction consultative insusceptible de fonder ordre ni autorisation au sens de l'article 327 du Code pénal. S'il advenait qu'un avis de comité fût contraire à un principe de valeur législative, il ne saurait être

(50) L'expérimentation au regard du droit pénal, in *Expérimentation chez l'homme du nouveau médicament précité*, p. 112 et 120, V. précision de Mme Labrusse, p. 120.

(51) Sic intervention Prof. Jean Bernard, Journée annuelle d'Ethique, 16 décembre 1987.

invoqué au profit du praticien pénalement poursuivi. Peut-être les juges répressifs y liraient-ils une circonstance atténuante, mais ils n'y pourraient voir davantage. Cette distorsion se comprend si l'on accepte de ne pas voir coïncider les domaines de l'éthique et de la loi. Elle n'est pas sans danger pour le public scientifique présumé peu au fait des subtilités juridiques et, parfois de bonne foi, incliné à croire que ce qui est admis par un comité d'éthique ne peut qu'être légal. J.-L. Baudouin écrivait d'ailleurs (52) que les politiques élaborées par les Comités "doivent d'abord et avant tout être conformes à la légalité définie par le système juridique". En matière d'expérimentation humaine, il était évidemment aisé aux Comités québécois de respecter cette exigence, l'article 20 du Code civil autorisant cette pratique (53). Mais M. le Conseiller Michaud avouait, dans le cadre du système juridique français encore récemment en vigueur, la difficulté du problème en cas de distorsion entre la loi et l'Avis du Comité. Afin d'éviter des erreurs d'appréciation de la part des chercheurs et médecins, il ne serait pas inutile de préciser dans les avis les points éventuels de conflit entre l'opinion éthique et la règle de droit, dans les cas où des divergences subsisteraient.

La responsabilité civile du médecin ayant suivi sans discernement l'avis du Comité s'apprécierait suivant des principes proches, ne serait-ce que par effet de la règle, cependant discutable, de l'identité de la faute pénale et de la faute civile. Un avis éthique le cas échéant contraire à l'ordre public ne peut exercer aucun pouvoir exonérateur de responsabilité civile.

Aussi, c'est en vain qu'un praticien tenterait de se mettre à couvert de ses responsabilités derrière un avis de Comité d'éthique. Il nous semble constant que des scientifiques attendent du droit un alibi en faveur de leurs attitudes irrespectueuses des droits de la personne humaine. Ils pressent le législateur d'intervenir pour combler le prétendu vide juridique dans lequel ils exercent (vide juridique inexistant et inassimilable au vide législatif, au manque de texte spécifique). Il est peut-être advenu que le législateur lui-même ait cherché un alibi à ses projets de réformes dans des avis de Comités d'éthique, quitte à essayer de mettre en place des contre-pouvoirs lorsque les directives des Comités échappaient à son attente (54). Par exemple, le législateur

(52) Op. et loc. cit., Colloque du Centre de bio-éthique, mai 1986.

(53) V. J.-L. Baudouin : L'expérimentation sur l'homme, un conflit des valeurs in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, p. 171.

A. Mayrand : *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wilson et Lafleur, 1975 ;

Mme Ovelette : *Droit et Science*, Ed. Thémis, 1986 ;

Mme Knoppers : *Conception artificielle et responsabilité médicale, une étude de droit comparé*, Y. Blais, éd. 1986.

(54) F.A. Isambert : *Révolution biologique ou réveil éthique ? in Ethique et biologie*, C.N.R.S., 1986, précité, p. 31 et s. Voir l'analyse du colloque génétique, procréation et droit de janvier 1985 et le discours de M. Badinter : Vienne le 20 mars 1985

a pu organiser ses travaux pour que fût votée la proposition de loi Huriet et autres à la veille des journées nationales d'éthique de décembre 1988 ; pour autre exemple, il a demandé le rapport "De l'éthique au Droit", puis installé un groupe de travail, le 28 septembre 1988, ayant pour mission de "faire aboutir les propositions contenues" dans cette étude et qui, en effet, vient de déposer son rapport et son avant-projet. A tout le moins, il y a des points de rencontre avec la mission du Comité national. En tout cas, le phénomène de l'espérance d'un quitus accordé par les comités est, chez les scientifiques, probable. Ce "satisfecit" n'aurait que l'allure d'un faux-semblant, que l'indépendance et l'intégrité des Comités et de leurs membres rendent peu probable !

Enfin, inversement, un praticien serait-il en faute de ne pas suivre les recommandations d'un Comité ? Si ces opinions contredisaient une solution d'ordre public ou bien une prescription ordinale formulée dans l'exercice du pouvoir réglementaire délégué attribué à l'Ordre des médecins par l'article L. 382 Code de la santé publique, l'hypothèse de la faute serait exclue. Si en revanche elles se manifestaient plus librement, pour ne pas préciser licitement, les juges recherchaient la valeur prudente de cette doctrine pour peser, en contre-point, l'imprudence de l'intéressé. Pour une autorité administrative préconisant la constitution de comités locaux hospitaliers, "l'intervention d'un Comité d'éthique hospitalier ne doit conduire ni à supprimer la responsabilité personnelle des médecins, ni à la faire dévier vers une structure collective. La réflexion du comité a pour objet essentiel d'apporter au médecin l'éclairage aidant à la prise de ses décisions". Faut-il deviner que, derrière la façade, harmonieuse de l'absence de valeur juridique des avis des comités d'éthique se dissimule la potentialité d'une influence sur l'esprit des magistrats, ou, pourquoi pas, du législateur ?

II - HYPOTHESE : LA RECONSTRUCTION DU DROIT

Ecrivons, avec la prudence convenable, que nous imaginons une hypothèse relative à la finalité de l'institution des comités d'éthique, et que nous l'avançons comme point de départ d'une discussion. Un ensemble d'indices nous porte à croire cette hypothèse possible. Les Comités d'éthique n'ont-ils pas été institués en vue de provoquer une réforme du droit positif sur les matières relevant de leur réflexion ?

comme élément de contestation de l'avis du Comité consultatif national du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle et discussion entre MM. Badinter et J. Cauchon, J.O. du Sénat 8 octobre 1985, 2206.

A - LA PRISE EN CHARGE DE L'ILLICITE

Nous avons constaté l'apparition du phénomène des Comités d'éthique à la suite de, et en conséquence de, la déclaration d'Helsinki sur l'expérimentation humaine. Le lien existant entre ces deux événements aide à délimiter le champ d'intervention des comités, étant rappelé en tant que de besoin que nous avons exclu de notre étude les Comités "cliniques". Or, ce terrain était celui des actions illicites, même si M. le Doyen Auby constatait que "la notion d'expérimentation a perdu peu à peu ses connotations péjoratives et on peut l'employer d'autant plus facilement que l'on peut constater l'intensité de l'apport contemporain pour soumettre cette pratique à des règles protectrices pour l'homme".

Si l'on en croit F.A. Isambert (55), les Pouvoirs publics avaient attendu du Comité consultatif national un jugement sur un avant-projet de loi sur les essais sur volontaires sains pratiqué "dans une semi-clandestinité" et "à la lettre, illégal". La Haute instance s'est prononcée en effet le 9 octobre 1984 sur les "problèmes d'éthique posés par les essais de nouveaux traitements chez l'homme ; elle a aussi statué sur d'autres importantes questions relatives à des titres divers, à des recherches sur la personne humaine. Avec soin, le Comité national a affirmé n'avoir à se prononcer que sur le problème de recherche biologique et médicale (56). Avec lyrisme, le rapport Sève du 16 décembre 1987 situe le Comité face aux institutions de recherche : "on peut y voir bien plutôt une concrétisation institutionnelle de la conscience même qui anime en leurs unités de recherche ceux qui se faisaient de la bioéthique longtemps avant qu'on la nommât ainsi, ceux qui un siècle après Pasteur font vivre au présent l'humanisme du savoir et qui travaillent à rendre universel le sens de la responsabilité scientifique". Un président de Comité local contribue au tracé des frontières : "Il ne faut pas oublier la définition donnée au moment de la création du Comité National qui, seul, a une existence légale puisque créé par la présidence de la République, et cette création a été faite pour établir l'éthique à la recherche médicale et non à la pratique médicale ; l'éthique de la recherche appartient au Comité National d'Ethique, l'éthique de la pratique médicale appartient à l'Ordre national". On est toutefois obligé de constater la réalité des

(55) Op. et loc. cit., V. aussi F.A. Isambert : La bioéthique aux Etats-Unis, in *Ethique et pratiques symboliques*, n° 2, 1983, Enjeux sociaux de la biologie, de la biologie humaine à l'éthique bio-médicale, p. 94.

(56) Jean Bernard : Intervention in Rapport 1985, Doc. Française, 1986, précité, p. 106.

dérives des discussions du Comité sur la pratique clinique que pressentait M. Villey (57), et qui faussent le jeu défini par le décret du 23 février 1983, en développant la concurrence entre le Comité national de l'Ordre des médecins (58). Le rapport Sève (p. 13) confesse que "la frontière entre savoir et pouvoir se fait sans cesse plus ténue en un domaine où fins cognitives et thérapeutiques sont de plus en plus posées du même geste. La nécessaire interrogation sur le savoir d'amont serait donc très insuffisante si elle ne se liait à l'investigation sur les pouvoirs d'aval, par lesquels se trouve pilotée de droit ou de fait une part essentielle des recherches". Mais, officiellement, la recherche biomédicale est l'objet des méditations du dit Comité.

Les Comités locaux confirment cette mission de réflexion morale sur la recherche. Citons quelques réponses au questionnaire : "Les Comités d'éthique ont été créés dans le domaine de la recherche pour deux raisons : les dérives que l'on voyait survenir dans certaines recherches, surtout la biologie, et d'autre part l'expérimentation des médicaments nécessitait un avis d'un Comité d'éthique comme dans les pays anglo-saxons et font actuellement partie des normes internationales de l'expérimentation". "On crée essentiellement des Comités d'éthique pour assainir et améliorer la qualité des essais cliniques qui sont devenus maintenant absolument indispensable pour les progrès thérapeutiques". "Le Comité" s'est donné pour mission de donner son avis sur les problèmes moraux soulevés par la recherche et par ses applications cliniques et thérapeutiques dans le C.H.U. (59). "Les Comités d'éthique sont nécessaires pour suivre l'évolution des méthodes d'exploration ou des essais médicamenteux et plus généralement de l'ensemble du progrès des techniques médicales". Ou encore : "Le Comité d'éthique a été pour l'essentiel saisi de protocoles d'expérimentations clinique comportant le plus souvent l'usage d'un médicament"... La prise en considération des difficultés morales de la recherche est le travail non pas exclusif mais principal des comités. L'avant-projet de loi d'avril 1985 relatif aux essais sur l'homme des médicaments prévoyait d'ailleurs qu'un "Comité consultatif pour les essais des médicaments chargé de rendre un avis préalable à tout essai est institué à l'échelon régional". L'article 209-12 du Code de la santé publique impose l'examen des protocoles de recherche par les comités locaux ; l'avis est dit consultatif.

Or, d'une part cette recherche est celle pratiquée sur l'homme, qu'il soit actuel ou, toutes réserves exprimées sur cette

(57) Bull. Ordre Nat. Méd. juin 1986, p. 33.

(58) V. nos remarques in "La place des normes éthiques en droit médical", R.R.J. 1988, p. 392.

(59) La frontière entre recherche et clinique n'est donc pas étanche...

qualification, "potentiel", et c'est précisément parce que la recherche scientifique s'applique à l'homme qu'elle engendre de profondes inquiétudes qu'elle "remet en question les principes et valeurs fondamentales" ainsi que l'écrit un président de comité local, un autre parlant de "la modification radicale de l'idée de l'Humain ou de la place de l'Homme par rapport à la femme et à l'enfant". D'autre part, dans la mesure où l'acte de recherche ou d'expérimentation sur l'homme n'a pas pour finalité principale le bien-être individuel du sujet, il est illicite, contraire à l'ordre public pour le droit civil, pénalement qualifiable en considération du dommage subi pour le droit criminel. Les simples textes réglementaires existant dans le Code de la santé publique pour régir les essais médicamenteux étaient insuffisants pour rendre légales les pratiques expérimentales (60). L'expérimentation dépourvue de finalité (de cause) thérapeutique se déroulait en marge de la légalité, en particulier l'essai sur volontaires sains. Il serait inexact d'écrire qu'elle était accomplie dans une situation de "vide juridique" ; il n'y avait qu'absence de texte particulier (et permissif) mais les textes et principes généraux et applicables livraient une solution certaine. Il est incohérent d'avoir, à l'occasion des discussions devant le Sénat, osé parler du "vide juridique que connaît la France quant à la recherche biomédicale chez l'homme" ! Ignorance mal contrôlée de l'état véritable du Droit ? Piège des mots sciemment creusé, légèreté aimable de l'impromptu ? En tout cas, ce propos est contradictoire avec celui d'un Sénateur s'exprimant également le 12 octobre 1988 : les comités locaux "ont été mis en place pour soutenir ceux qui, dans l'illégitimité, prenaient des initiatives nécessaires et accomplissaient des actes corrects en eux-mêmes...", et avec celui d'un autre honorable Parlementaire reconnaissant que "des essais sont réalisés dans la plus parfaite illégalité au regard de notre droit". Une fois de plus, légiférer n'est pas combler un vide inexistant, mais libéraliser et modifier des valeurs. Un chercheur et éthicien admet que l'expérience sur volontaires se tenait "souvent en marge de la légalité française". M. le Conseiller Michaud reconnaissait lors des discussions publiques du 16 décembre 1987 que les essais médicamenteux s'effectuaient toujours en dehors du cadre de la loi et que le Comité national avait pu admettre comme éthique acceptable l'expérimentation illégale.

Enfin, est un faux problème celui de la gratuité de la participation du sujet, ou de la rémunération, car la règle de l'indisponibilité du corps humain s'applique aussi bien aux actes à titre gratuit qu'aux actes à titre onéreux. On ne peut donc écrire

(60) V. entre autres J.M. Auby : *Les essais de médicaments sur l'homme sain : l'état actuel du problème* (Rev. Dr. San. et Soc. 1985, p. 316).

que "la gratuité apparaît (-) comme une condition de la licéité de la disposition d'une partie de son corps" (sic rapport de l'Ethique au droit, p. 40). Le projet de Mars 1989 tombe dans ce piège (art. 20, parag. 1 et 2 C. civil). Ce peut être une question de *moralisation* des comportements, mais non de principe de régularité ou de contrariété à l'ordre public. Le rapport "De l'Ethique au droit" ne méconnaît d'ailleurs pas la possibilité d'effets pervers de la gratuité. Celle-ci n'est qu'un faux-semblant lorsqu'est accordée une indemnité compensant les "contraintes subies" (art. L.209-13 Code de la Santé publique).

En résumé, la situation se présente donc, ou du moins se présentait, comme suit : les comités sont, ou étaient, appelés à énoncer des directives éthiques, générales ou particulières sur des comportements contraires au droit, en se gardant d'émettre des avis négatifs s'appuyant sur cette contrariété. Lorsqu'ils se prononçaient sur les problèmes d'éthiques généraux posés par la recherche impliquant l'être humain, ou lorsqu'ils avalisaient un protocole particulier de recherches, ils toléraient que fussent pratiqués des actes illicites. Nous avons rappelé ci-avant l'exigence de légalité posée par J.-L. Baudouin (61). Seulement, c'est une chose que de soutenir cette vérité dans un système de droit positif admettant l'expérimentation ; c'en est une autre que de l'émettre dans un système ne l'admettant *officiellement* pas, du moins il n'y a guère. Dans le premier cas, les avis des comités complètent et précisent le contenu de la loi ; dans le second, ces avis contredisent et violent la loi. Le danger est évident, pour les Comités, de voir leurs avis lus par les bénéficiaires comme des incitations à des pratiques juridiquement inconvenantes au-delà encore de la loi nouvelle, car celle-ci ne pourra qu'engendrer des dynamismes mal contrôlables, à l'instar de ce que fit celle du 17 janvier 1975. Les opinions doctrinales peuvent sans doute se manifester en toute liberté à l'encontre des certitudes juridiques les mieux affirmées, voire contre les solutions imposées par le législateur. Cette critique, ces réclamations de modification de la loi, s'annoncent comme telles et leurs auteurs, lorsqu'ils consultent et conseillent, mettent en garde leurs interlocuteurs contre les risques de pratiques irrégulières.

Comment se fait-il donc que les Comités d'éthique aient été amenés à approuver des expérimentations illégales, alors qu'ils savaient à l'occasion réclamer l'application des textes en vigueur (sic avis du Comité national du 23 octobre 1984 sur les techniques de reproduction artificielle) ?

La première raison tient, peut-on supposer, à la nature de l'éthique. Nous avons vu que celle-ci ne se confond pas avec la

(61) Rapport précité Colloque 8, 9 mai 1986.

règle de droit. En déclarant un comportement "éthique" un comité peut avoir l'illusion de ne pas prendre parti sur sa valeur juridique. L'éthique devient indifféremment licite ou illicite. S'il en est ainsi, la situation doit être clarifiée pour le destinataire -et utilisateur- des avis. Elle pose une question de principe : est-il acceptable de laisser affirmer une éthique potentiellement illicite ? La seconde raison tient à des exigences pour ainsi dire pastorales. Écoutons des représentants de comités locaux : "Les Comités d'éthique constituent un grand progrès car ils évitent la clandestinité, les essais sans consentement éclairé ; ils peuvent avoir un certain rôle sur la qualité scientifique et l'innocuité des projets par l'avis des spécialistes qu'ils demandent". "Je pense cependant, malgré les critiques ci-dessus, que l'existence de tels comités, même imparfaite pourra peut-être constituer un progrès en moralisant un tant soit peu la recherche médicale. En effet toute institution secrète sa propre rationalité. J'espère donc que quelques uns au moins de ces Comités d'éthique se laisseront prendre au jeu et deviendront dignes de leur nom. Ainsi leur existence même et l'obligation faite aux chercheurs et aux médecins de solliciter leur avis, pourra permettre une réflexion éthique qui, jusque là faisait cruellement défaut dans notre milieu". C'est un peu la perspective du moindre mal dans laquelle le Comité national avait pu s'engager lui-même (v. rapport éthique du 16 décembre 1986). La nécessité pratique de limiter les excès d'une recherche incontrôlée aurait appelé la création d'instances de vérification, de moralisation : dans l'illicite, limitation de l'illicite.

Ainsi est-il permis d'interpréter les résolutions du Colloque de l'A.I.D.P. "droit pénal et techniques biomédicales modernes" (Freiburg im Breisgau 21-23 IX 1987) : "Afin de contrôler si les droits et intérêts des sujets d'expériences sont respectés et afin d'assurer le respect profond d'une exigence de proportion entre les avantages et les risques, il faudrait créer des comités d'éthique pluridisciplinaires indépendants et compétents entre autre en matière juridique" (parag. 2-5).

Deux représentants de Comités ont écrit que les comités avaient été rendus nécessaires "à cause de l'insuffisance notoire des conseils et des avis du Conseil de l'Ordre des médecins". L'insuffisance ne pouvait tenir qu'à la juridiction de l'Ordre ne s'exerçant que sur les médecins inscrits au tableau et non sur les autres chercheurs (la juridiction des comités est, par contre-coup, universelle ?) car l'Ordre avait de longue date émis des opinions sur l'expérimentation humaine. Les congrès mondiaux de morale médicale de 1955 et 1966 avaient été des occasions de traiter de ces problèmes, et la déontologie semblait certaine. Était-ce la question ? D'une part, les opinions ordinales étaient, et sont,

peut-être diffusées avec une discrétion louable mais exagérée, sans assistance "médiatique", et mal connue non seulement du public laïc mais encore même du public médical. Il est symptomatique qu'un auteur étranger -canadien- puisse écrire, sans aucune allusion à l'Ordre, qu'"en France, deux institutions dominent la scène : le Comité consultatif national d'éthique créé par un décret du gouvernement pour émettre des avis sur les questions liées à la recherche biomédicale, et des comités d'éthique locaux qui s'occupent principalement de l'approbation du protocole de recherche" (62).

D'autre part, un chercheur de bonne foi ignorant, s'il peut l'être légitimement, des exigences éthiques des interventions qu'il se propose d'accomplir sait se renseigner, notamment auprès d'un Conseil de l'Ordre, sur les principes applicables sans attendre la constitution d'un comité d'éthique. Ou alors, deux hypothèses viennent à l'esprit.

Ou bien ce chercheur est incapable de trouver en lui-même les ressources morales suffisantes pour affronter la situation et, s'il échoue, s'auto-censurer, et son statut de chercheur mérite d'être mis en question, ou bien ce chercheur est incapable de se plier à la sévérité des normes ordinales (ou de la déontologie traditionnelle), et il attend, à tort ou à raison, du comité d'éthique l'alibi qui lui fait défaut. Ce n'est pas dire que le comité se laissera prendre à ce piège, mais que le chercheur en nourrit l'espoir. En ce cas, est-il insolent d'envisager l'idée d'une redéfinition des valeurs morales de la recherche, attendue des Comités ?

Un Ministre de la Santé avait regretté que l'éthique ne se fût pas mise à jour comme copartenaire de l'explosion scientifique (63), et une autre autorité publique avait déclaré qu'en "ce qui concerne les problèmes plus généraux de l'insémination artificielle, le décalage entre le droit et les situations engendrées par les avancées de la science et des techniques va grandissant ; c'est pourquoi des mises à jour s'imposent..." (64). Un Premier Ministre, après avoir appelé le juriste, avec d'autres, à créer des concepts pour penser le statut et les droits de l'embryon ou pour redéfinir la filiation, affirmait : "Quand le savoir évolue plus vite que le droit et la conscience, il faut partager le savoir pour inventer si nécessaire de nouvelles règles de droit et peser sur les données de la conscience. Ces règles et ces données nouvelles doivent être celles de la

(62) G. Durand : *Regard sur la France*, in : *Comités d'éthique à travers le monde*, précité, p. 146.

(63) M. Ralite, *J.O. Débats du Sénat* 12 octobre 1982, 4466.

(64) Réponse Mme le Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, *J.O. du Sénat*, 27 février 1986, p. 366.

communauté des chercheurs, mais elles doivent aussi tenir compte de ce que la société toute entière est prête à accepter comme évolution. Là se rejoignent les problèmes de la recherche et les problèmes de la cité" (65). Un Président de comité local oriente la réflexion éthique :

"La création de Comités d'éthique s'est imposée à la suite du *développement considérable des sciences* de la vie et de leurs applications techniques, développement qui chaque jour remet en question les principes et valeurs fondamentales. Celui que son activité conduit à créer ou utiliser ces nouveaux moyens ne peut ignorer les conséquences morales qui en résultent et *une réflexion éthique* doit être menée sur ces nouvelles frontières des connaissances. *Elle aura pour but essentiel de redéfinir les valeurs indispensables susceptibles de maintenir ces progrès*".

Les comités ont été institués et se sont développés dans un système de droit particulier, où l'Académie de médecine et l'Ordre des médecins étaient déjà investis à la charge de dire la morale professionnelle et répondre aux demandes de pouvoirs publics sur les questions intéressant la santé publique. Ces vénérables institutions avaient de prime abord compétence pour enseigner aux autorités de l'Etat et de la recherche scientifique les règles morales, fussent-elles repensées au vu des apports des nouvelles bio-technologies. Si l'on disposait de ces groupements de réflexion, pourquoi ne s'en est-on pas satisfait ? Avait-on suffisamment vérifié l'insuffisance de leurs interventions ? On observe, en tout cas, que l'Ordre des médecins s'est prononcé sur des sujets ayant appelé des avis du Comité consultatif national, comme il s'était prononcé naguère sur d'autres questions, songeons à celle de l'avortement... Ces prises de position avaient provoqué des contestations de principe qui, avaient elles-mêmes soutenu des propositions de suppression des Ordres des professions de santé (propositions Mitterand, Defferre, Gau, Bapt, et autres) ainsi qu'un mouvement de refus de paiement des cotisations ordinaires ! Or, la jurisprudence reconnaît à l'Ordre le droit de s'exprimer sur les questions professionnelles et morales, ce qui devrait aller de soi (66) mais mérite tout de même d'être rappelé lorsque seul un discours éthique intégré aux modes dominantes a quelques chances d'être entendu. La création des Comités d'éthique en parallèle avec ce mouvement offrait-elle toutes garanties de neutralité ? L'idée peut monter d'une recherche d'institutions aptes à conférer une légitimité à une morale ne coïncidant plus avec celle de l'Ordre. Autrement dit, l'hésitation est permise sur les mobiles profonds de la mise en

(65) L. Fabius, alloc. du 6 déc. 1985, Lettre d'information, n° 3, janv. 1986.

(66) Cons. Etat du 22 juillet 1977, Banys, Rev. Droit San. et Soc. 1978, 40 note Dubouis ; Lebon 368 ; Cass. civ. 1, 2 mai 1978 (Gaz. Pal. 1978, II, som. 251).

place des comités. Si l'hypothèse de la recherche de vecteurs d'une morale repensée s'avérait exacte, se vérifierait en même temps la justesse du propos du Professeur Lejeune : "En marge de développements de la technologie, on observe actuellement une curieuse évolution du sens que l'on donne aux mots. Quel novateur assez hardi s'aviserait de parler de morale de la reproduction ? On dit de nos jours éthique. Et bien que les deux termes, l'un latin, l'autre grec, aient la même valeur sémantique, ils ne recouvrent plus la même marchandise. Celui qui parle de morale entend que les moeurs devraient se conformer à des lois supérieures, alors que celui qui parle d'éthique sous-entend que les lois devraient se conformer aux moeurs" (67). Le Président Villey suggère cette "autre hypothèse sémantique : éthique pourrait signifier la morale délestée de tout impératif, une morale que l'on chercherait à formuler le moins possible, et qu'on imagine "naturelle" (68). Et l'on comprendrait la symbolique de la réédition, sous les auspices du Comité national, de l'oeuvre de Vésale "La fabrique du corps humain" Actes - Sud rééditeur 1987, Avant-propos Mmes Ambroselli, Fagot-Largeault, Ginding, le départ d'une collection sous cet intitulé tandis que l'on avait senti celle de l'illustration des travaux du Colloque "Génétique, procréation et droit" par la reproduction de la Création d'Adam, extraite de l'ensemble de la Sixtine... Il y a correspondance, ou concurrence.

Une redéfinition des valeurs implique une réforme de la règle de droit. Celle-ci n'est pas neutre et impose le respect des valeurs qu'une société considère comme essentielle à sa survie. Il est paradoxal que des Comités d'éthique, national et locaux, déclarent acceptables des pratiques illicites sans que les pouvoirs publics interviennent, soit pour réformer la loi positive soit pour en rappeler le contenu et la force. Le citoyen est placé entre deux discours contradictoires, celui de la loi (du Droit) en vigueur d'une part, et celui d'une éthique plus ou moins officielle (celle du moins du Comité national) d'autre part et cette concurrence des principes ne peut qu'induire des comportements de mauvaise foi.

Les Comités ont senti le caractère inconfortable de la situation et, après avoir affirmé ainsi que l'on sait, le caractère simplement consultatif de leurs avis, ils ont exprimé le voeu de les voir pris en compte par le législateur et le juge. Tel comité local souhaite "que les comités locaux puissent être consultés lors de l'élaboration de tout projet de loi touchant à leur domaine d'activités" ; tel autre pense que "les avis des comités d'éthique

(67) J. Lejeune : Génétique, éthique et manipulation, in Rev. des Ecrivains catholiques, mars 1985, 4.

(68) M. Villey : Ethique et morale, in Bull. Ord. Nat. méd., juin 1987, 95.

peuvent exercer une influence sur la jurisprudence et la législation" tout en reconnaissant que "la qualification de la déontologie est du ressort strict de l'Ordre des médecins qui, lui, suit un processus d'ordre réglementaire législatif" ; pour tel autre encore : "Les magistrats pensent que l'avis des comités d'éthique sera pour eux une source d'information pour les décisions en cas d'action judiciaire ; son absence semble également un élément important. Une jurisprudence peut en découler. La législation peut progresser dans ce domaine, en particulier en ce qui concerne la nécessaire expérimentation chez les volontaires sains". Le rapport Sève du 16 décembre 1987 témoignait de la volonté incitative du Comité national (p. 57), et précisait (p. 56) :

"Notre Comité se préoccupe activement de faire prendre corps à ces obligations. Par ses contacts fréquents avec les chercheurs, il se tient soigneusement informé quant à la mise en oeuvre de ses recommandations dans le travail scientifique. Sans se borner à répondre aux demandes des pouvoirs publics lorsqu'ils lui demandent conseil, il les appelle de lui-même lorsque c'est le lieu à prendre des mesures précises. Nos groupes de travail coopèrent avec des instances responsables pour élaborer les dispositions juridiques et administratives propres à assurer plus rigoureusement la mise hors commerce du corps humain, à préciser les conditions d'agrément public aux établissements qualifiés pour pratiquer certaines interventions, à doter d'un statut adéquat les comités d'éthique locaux, à introduire la culture bioéthique dans notre système éducatif. Par toutes ses initiatives, notre Comité cherche à approfondir les concepts et principes susceptibles d'inspirer le droit et d'éclairer le législateur dans le nécessaire effort pour recomposer un espace social des personnes, un ordre juridique de la vie aujourd'hui déstabilisés de façon préoccupante par le progrès biomédical".

Enfin, ce n'est peut-être pas par hasard que J.-L. Baudouin et Mme Labrusse-Riou aient cité en note l'avis du Comité national du 9 octobre 1984 pour appuyer leur affirmation d'une pratique semblant démentir l'absolutisme de la théorie classique aux termes de laquelle l'expérimentation sur un volontaire sain était en principe illégale (69).

Déjà le rapport éthique du 16 décembre 1986 établissait que "en l'absence de législation spécifique, les recommandations ou les avis des comités d'éthique n'ayant pas de valeur obligatoire, l'observation de la déontologie par le centre ne peut être garantie..." (70). Ces vœux sont logiques et raisonnables : les autorités publiques (gouvernementales et hospitalières locales) ne

(69) J.L. Baudouin et Mme Labrusse-Riou, op. cit., p. 92, note 32.

(70) Rapport 1986, Doc. française 1987, p. 55. Voir les autres références in Notre étude précitée, R.R.J. 1988, p. 391.

créent pas des institutions nouvelles si elles ne doivent pas s'inspirer ensuite de leur opinion. Et pourtant, le décret du 8 avril 1988 relatif aux activités de procréation médicalement assistée ne vise pas les avis du Comité national, ce qui n'eût pas été impossible. A l'occasion, relevons son illégalité en tant qu'il dispose sur l'activité sur la fécondation humaine et la conservation de l'oeuf humain fécondé, ce qui ne relève que de la compétence législative (et encore) ! Ainsi la moralisation de l'illicite tend-elle à l'exercice d'une fonction normative.

B - LA FONCTION NORMATIVE

Mme Fagot-Largeault écrit (p. 147) que les directives du Comité national préparent la mise en place de nouvelles habitudes, offrent un cadre de réflexion.

Les travaux du Comité national d'éthique des 15 et 16 décembre 1987 ont été extrêmement riches, ainsi qu'ils le sont chaque année, depuis les "premières journées annuelles d'éthique" de 1984. En particulier, ils ont mis l'accent sur l'enseignement de l'éthique, non seulement dans les établissements d'enseignement supérieur (Facultés de médecine et de droit), mais encore dans les Lycées et Collèges. Mme le Recteur Sellier a exprimé la nécessité de "susciter une nouvelle culture chez les jeunes", tandis que M. le Conseiller Michaud mettait l'accent sur le rôle de formation et d'information du Comité, dont il disait qu'il raisonnait "en termes d'influence à effets prolongés". Enfin, Mme le Ministre Barzach pensait que cet enseignement aiderait "l'élève à augmenter ses choix éthiques". Les journées d'éthique à Bordeaux en janvier 1987 avaient aussi révélé ce souci d'enseignement de la bio-éthique. C'est une forme parmi d'autres de régulation, que l'enseignement d'une morale, ou d'une éthique, à long terme et, en même temps, en profondeur. Cependant, cet enseignement de l'éthique bio-médicale ne pourrait guère être dissocié de celui de la déontologie des professions de santé, ni de celui du droit médical, non seulement pour ne pas devenir unilatéral, mais encore pour prétendre à l'exhaustivité. Le droit médical, la déontologie, la bio-éthique, ne sont pas enfermés chacun en un compartiment étanche ; ces disciplines se complètent et se soutiennent mutuellement (71). Le droit médical est peut-être même devenu une des disciplines juridiques les plus chargées de réflexion éthique !

(71) G. Memeteau : Méthoques pour une approche du droit médical (Rev. Dr. San. et Soc. 1981, 1) et : Médecine légale, droit médical : autonomie ou confusion ? (Rev. française dommage Corp. 1982, 135). Ainsi, dans le cadre du diplôme d'université en droit de la santé organisé à la Faculté de Droit de Poitiers, les cours de droit médical général et de droit médical hospitalier accordent-ils place à l'enseignement de l'éthique.

L'éventuelle fonction normative des comités peut être appréciée, à plus court terme, et en termes plus juridiques, d'abord à l'intérieur du milieu scientifique, ensuite à l'intérieur du prétoire.

En premier lieu, les avis des comités constitueront des normes internes aux professions scientifiques. Une efficacité de fait les accompagne, qui atteste d'une volonté du milieu de se donner ses propres lois, celles de la Cité devenant presque subsidiaires.

Les responsables de comités locaux confessent l'influence pratique des avis :

"En pratique, les avis des Comités d'éthique connaissent deux types de suite : d'une part, les grands laboratoires pharmaceutiques sont de plus en plus enclins à se retrancher derrière les avis des comités ; d'autre part, dans certaines régions médicales, les directeurs de C.H.R. s'efforcent d'assurer le respect des avis émis par le comité local". Ce que l'on peut dire, c'est que s'il y a ou s'il y avait un Comité d'éthique qui avait grand pouvoir, c'est celui de l'I.N.S.E.R.M. En effet, en cas d'avis défavorable du Comité d'éthique de l'I.N.S.E.R.M., cette instance "fermait les robinets financiers" et la recherche, de ce fait, était arrêtée". On parle de la "non reconnaissance des études", de l'avis "demandé par les périodiques étranger", par les laboratoires, surtout étrangers".

"L'autorité que l'on peut attacher aux avis des Comités est seulement morale. Elle est néanmoins contraignante puisque comme vous le savez aucune grande entreprise pharmaceutique ne peut raisonnablement développer des recherches et y faire participer les humains sans avoir un avis favorable de ce Comité, et aucune grande publication scientifique n'accepte de présenter un travail qui date de plus de sept ans m'a convaincu de l'efficacité réelle de notre structure". "Je ne vois a priori qu'une seule sanction possible qui peut d'ailleurs être facilement contournée, à savoir une action atteignant les crédits de recherche".

Mme Ambroselli rappelait que la création du Comité I.N.S.E.R.M. en 1974 provenait, entre autres, de souhaits de la Communauté scientifique qui considérait qu'un comité était utile pour obtenir des fonds pour la recherche et obtenir la publication dans des journaux scientifiques, ce comité pouvant refuser de financer des projets de recherche ne respectant pas des principes éthiques reconnus, et jouant ainsi un rôle pédagogique (72). L'écho de ces prises de sanction se fait entendre par la voix du Président Laroque : "Les avis du Comité peuvent donner lieu à

(72) Mme Ambroselli, op. et loc. cit., Hastings Center Report, déc. 1984, p. 20.

des sanctions financières, les Pouvoirs publics et l'I.N.S.E.R.M. pouvant refuser de subventionner les recherches qui n'ont pas reçu un avis favorable..." (73).

Le rapport "De l'éthique au Droit" reconnaît cette fonction d'approbation d'une recherche qui conditionne l'octroi d'une subvention ou la publication dans les revues scientifiques anglo-saxonnes" (p. 115).

L'intervention et l'avis positif d'un comité constitue dès lors, dans le milieu scientifique, un redoutable pré-requis de la recherche et de la diffusion (par la publication (74) des idées) manifeste une auto-régulation interne efficace. Celle-ci présente un risque, appelant un correctif.

Ce risque est, d'évidence, celui de l'arbitraire, du refus incontrôlé de financement ou de publication, prétexte pris d'un défaut de consultation d'un comité, ou d'un avis négatif de ce dernier. Dans la mesure où la décision émane d'une autorité administrative (financement), le recours pour excès de pouvoir demeure théoriquement ouvert. Contre le refus de publication les contestations s'avèrent plus hypothétiques et, en les supposant efficaces, le barrage du refus de citation par les autres auteurs attendrait une rupture par l'invocation de la jurisprudence "Branly" (75). La sélection des auteurs de références constitue une redoutable technique de mise en marge de la communauté, la doctrine ne se constituant que par la reconnaissance des pairs mais les citations n'étant parfois que celles des chercheurs comprenant les exigences du "consensus" (76). Ce risque d'arbitraire suggère à des auteurs des inquiétudes : "mettre en place ces comités sans un mandat précis ni possibilité d'appel, sous un contrôle sur la composition ou sur les pouvoirs exercés et sur le fonctionnement interne de ces comités constitue un danger pour les libertés individuelles des parties et des médecins autant que l'expérimentation elle-même (77).

En réaction contre ce danger, un contrôle de la décision des comités s'impose soit devant le juge administratif ce qui suppose la reconnaissance des comités comme autorités administratives, soit devant une instance interne, et l'on devine alors l'utilité d'une structuration des comités d'éthique, telle par exemple que l'avis rendu par le Comité consultatif national le 9

(73) P. Laroque, Réponse in Rapport 1986, Doc. Française, 1987, p. 231.

(74) Quid des communications scientifiques en colloques et congrès, des attributions d'enseignements et conférences ?

(75) Arrêt Branly.

(76) Ph. Malaurie : Une piste à défricher serait-elle des philosophes de référence habituels du Comité consultatif national, Foucault, Serres, Canguilhem, Dagonet : L'étude de leur oeuvre est requise en forme expresse.

(77) Mme Knoppers : Conception artificielle et responsabilité médicale ; une étude de droit comparé (Y. Blais, éd. 1986, p. 236, note 283).

octobre 1984 l'avait suggéré en émettant l'idée d'un "quadrillage" de l'hexagone par des comités "qui devraient examiner tous les problèmes moraux soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé", et telle que les Recommandations du 7 novembre 1988 la rappelle. Que l'on nous permette de reproduire l'extrait significatif de l'avis en question :

"Il est nécessaire que la détermination du Comité d'éthique appelé à juger un essai soit univoque, de manière à éviter tout choix, et toute demande effectuée simultanément à plusieurs comités. La meilleure solution paraît être le quadrillage du pays en circonscriptions ayant chacune un Comité et un seul, le "promoteur" d'un essai devant s'adresser au Comité de sa circonscription. Les circonscriptions pourraient être, soit des régions administratives, soit un ensemble de régions si le travail est peu important, soit au contraire des subdivisions de régions. L'avantage de cette solution est de réaliser la détermination univoque. Même pour un essai multicentrique, il n'y aurait pas choix, il y a toujours un promoteur unique, le Comité serait celui de sa circonscription. La mise en place des comités devra être progressive et tenir compte de certains comités existants.

"Il est absolument nécessaire qu'une coordination entre les comités soit instituée à tous les niveaux. Elle pourrait être assurée par le Comité National. La composition et la constitution des comités devraient être définies par un texte officiel, fixant certaines règles mais laissant place à une grande souplesse dans l'application. Le Comité National est en mesure de faire des propositions à cet égard.

"L'avis d'un comité devra être donnée dans un délai court, on ne peut admettre qu'un essai soit fortement retardé par des formalités bureaucratiques. En cas de non réponse dans ce délai, le Comité pourrait être dessaisi au profit du Comité National. Les avis des comités pourront faire l'objet d'un recours au Comité National".

Mais le rapport "De l'éthique au Droit" (p. 115) écarte nettement cette solution de "quadrillage", qui produisait une juridiction de l'éthique et de la recherche avec procédure d'appel "Le Comité national d'éthique n'est pas une juridiction ; c'est une instance d'avis et il doit le demeurer, car l'éthique si elle inspire jurisprudence et droit (sic.), n'est ni l'une ni l'autre". En revanche, le rapport accepte que le Comité national exerce un droit de regard sur la nomination des membres des comités locaux (p. 117), dont il est proposé qu'ils soient désignés par décision ministérielle (sauf cooptation pour partie), ce qui constituerait une efficace tutelle du Comité national sur les comités locaux, rendant pratiquement inutile un contrôle a posteriori par la voie

d'un appel ! La loi du 20 décembre 1988 adopte un autre système, dans lequel le comité national n'est plus le maître du jeu.

Monsieur le Président Bernard qualifiait ultérieurement *d'heureuse* la décision du Directeur général de l'Assistance publique de Paris qui, "créant un Comité central, a pratiquement supprimé les désordres intérieurs". Il ajoutait, il est vrai, que "les procédures d'appel qui risqueraient de transformer le Comité national en institution juridique, ne paraissent pas souhaitables" (78). Mme Gobert constatait pour sa propre part (79) que, "dès lors que la compétence des Comités d'éthique serait conçue de manière large, par la force des choses, des questions identiques seraient soumises à des comités différents et le Comité national amené à remplir une tâche importante de coordination pour assurer l'unité de pratiques". A quoi correspond cette "coordination" dont l'efficacité requiert une autorité ?

Un pas est franchi lorsque le rapport éthique du 16 décembre 1986 préconise l'intervention des comités locaux comme "nécessaire à la mise en oeuvre et à l'adaptation aux cas particuliers des recommandations générales élaborées par le Comité National" (en l'espèce sur l'intervention et recherche sur l'embryon *in vitro*). La perspective s'inverse ; du contrôle des avis des comités locaux on vient à l'autorité directe des avis du Comité National, les comités locaux apparaissant comme des courroies de transmission". Il est disposé que le Comité local devrait rendre compte de ses investigations au Comité national (recommandations recherche sur embryon *in vitro*). Les Recommandations du 7 novembre 1988 parlent de l'adresse annuelle d'un rapport d'activité, voire d'un droit d'évocation du Comité national. Certains Comités locaux admettent la force jurisprudentielle des avis du Comité national ; en voici des témoignages : "les avis du Comité national sont revêtus d'une autorité morale certaine et ont une portée nationale que les Comités locaux ne peuvent ignorer" ; "le Comité d'éthique doit donner un avis sur leur protocole d'étude de recherche clinique ou thérapeutique) conformité aux recommandations internationales et à l'avis du Comité national d'éthique..." On écrit même : "l'avis du Comité local d'éthique doit recevoir l'homologation du Comité consultatif national pour être respecté". Le projet de Mars 1989 (art. 209-27) prévoit la consultation du Comité national par les comités locaux en difficulté. Les propos tranchent avec les doutes parfois émis sur la bonne connaissance par "la base" des avis du Comité National (80).

(78) Alloc. 15 décembre 1986, Rapport 1986, p. 131.

(79) Op. cit., p. 198.

(80) F. Faugeroux et M.F. Parizeau : Médecins, chercheurs et comités d'éthique : une enquête sur les premiers avis du Comité consultatif national d'éthique (in

Si les avis du Comité national reçoivent ainsi parfois valeur exemplaire, l'impression parfois ressentie de la normativité des déclarations internationales de type "Helsinki" (81) se confirme : "l'utilité principale de ceux-ci (Comités d'éthique) me paraît être la surveillance de l'application des règles générales d'éthique, telles qu'elles sont définies par des textes ayant valeur internationale, et éventuellement par les recommandations du comité national" (cf. aussi la citation supra). Cette référence est évidente, dès lors que c'est la déclaration d'Helsinki qui est dite avoir provoqué la floraison des comités de recherche. Si la tendance devait se confirmer, il deviendrait possible de prendre note de l'émergence d'un système normatif interne au milieu médical et scientifique, promulgué sous le regard lointain du législateur et du juge.

Mais la loi Huriet rend la situation plus complexe encore. En effet, l'avis négatif du comité local est soumis au ministre chargé de la santé, qui peut suspendre ou interdire la recherche. D'une part, un contrôle renforcé des protocoles de recherche est institué, mais d'autre part il est exercé par une autorité administrative et non par le Comité national d'éthique. Ce dernier est même, en vérité, laissé en marge de la loi ce qui procède peut-être, prosaïquement, d'une dualité des compétences : au Comité national, les grands principes éthiques, aux Comités locaux, le "charbon". L'article 209-26 du projet de Mars 1989 confirme cette distinction. Le Comité national risque de s'enfermer dans une fonction purement doctrinale. Le rapport accompagnant ses Réflexions du 16 décembre 1988 a-t-il évité ce piège ? Le Comité national reçoit mission de formuler avis et recommandations concernant les questions morales suscitées par le développement de la recherche pure et de la recherche clinique. Mme le Professeur Labrusse-Riou tend à voir le Comité national appelé à se prononcer sur les orientations de la recherche et l'acceptabilité de thérapeutiques nouvelles ou plutôt sur la notion même de santé et de thérapie (82). Les débats parlementaires confirment la distinction entre la mission du Comité national et celle des Comités locaux (83), en évitant de s'interroger sur les jurisprudences à attendre des décisions du Ministre de la santé se prononçant au vu des avis défavorables.

Le phénomène des Comités prenait place dans un courant de dérégulation de l'action biomédicale, ou de subsidiarité de l'intervention législative, "tendance qui se fait jour maintenant en

Comité d'éthique à travers le monde, précité, p. 99).

(81) Notre traité précité n° 9 et références.

(82) Mme Labrusse-Riou : Servitude, servitudes, in *L'homme, la nature et le droit*, Préface F. Gros, Bourgois, éd. 1988, p. 364.

(83) Sic. Huriet, J.O. Sénat, 14 déc. 1988, 2686.

Amérique ou dans d'autres pays, sur cette tendance à éviter d'utiliser l'outil législatif (84) spécialement en droit de la santé. Les résolutions du pré-colloque de l'A.I.D.P. s'en font écho : "La prise en compte (des intérêts en conflit) nécessite des mécanismes de régulation différenciés sous forme de directives déontologiques douces destinées à créer ou à maintenir un standard médico-éthique le meilleur possible ou bien sous forme de règlements juridiques avec des modèles d'implantation et des sanctions variées. Dans cette seconde hypothèse une solution plurivalente comprenant aussi bien des mesures de droit civil que des sanctions administratives et pénales serait envisageable". Si une inquiétude peut sourdre elle vient du refus de tout contrôle autre qu'interne des activités scientifiques, de toute ingérence des autorités publiques légitimes. Déjà un représentant de Comité local met en garde : "l'application technique suit de très près les réalisations de la recherche et aucun médecin n'acceptera une morale qui lui serait imposée de l'extérieur sans y avoir lui-même participé". "Ethics Committees come to be seen as a less restrictive alternative than hotlines or government investigators" (85). "Développer l'aspect éthique du contrôle d'une activité est, dès lors, la contrepartie nécessaire si l'on veut éviter qu'elle soit l'objet d'une surveillance de la part de la puissance publique. Par l'institution de I.R.B. (Institutional Review Boards) celle-ci se dessaisit au profit des "pairs", de ceux qu'il s'agit de contrôler. Ce contrôle repose sur l'autorité morale de ces pairs et constitue, à l'échelle de l'institution, une autorégulation. L'éthique de la recherche biomédicale s'édifie donc dans le contexte d'une idéologie de l'autorégulation, celle qu'exprime l'Association médicale mondiale dans les déclarations d'Helsinki et de Tokyo" (86). "Paravents destinés à calmer l'opinion publique", s'interroge un chercheur ? Le rapport éthique sur l'expérimentation sur embryons *in vitro* ne pouvait que prendre acte de ce que l'exigence de normes extérieures aux acteurs s'imposait à raison du caractère illimité de leur désir et de leur pouvoir.... Le jugement est sévère. Quoi qu'il en soit, la déréglementation, par la compétence consentie à la doctrine et au juge est une forme tout à fait différente d'attente (d'expérience ?) du recul législatif !

La réticence du législateur emprunte des formes parfois subtiles : ou bien le pouvoir législatif demeure dans l'ombre en croyant pouvoir abandonner les responsabilités au pouvoir

(84) Melle Pinet : Réponse à une question, Rencontres nationales des Directeurs d'hôpitaux Docteur en Droit, Lyon 19 janvier 1984, travaux photocopiés, p. 52.

(85) J. Randal : Are ethics committees alive and well ? (Hastings Center Report, déc. 1983, 10).

(86) F. Isambert, *op. cit.*, p. 23.

réglementaire, et l'on découvre alors un décret du 8 avril 1988... objet d'un recours pour excès de pouvoir ; ou bien l'on croit assister à une dialectique du gendarme et du voleur, ou plus noblement du gouvernement hésitant à présenter un projet, et d'un ou plusieurs parlementaires montant courageusement au créneau en présentant des propositions qui sont alors promptement inscrites à l'ordre du jour des Assemblées... Ce sont des façons de ne pas intervenir directement.

En second lieu, enfin, les tribunaux sont-ils à même d'accepter, en dépit des prises de positions constatées en faveur de la neutralité juridique des avis des comités, d'accorder une valeur directe à ces opinions. La reconnaissance de la qualité de norme externe de ces avis suppose de leur consentir la qualification d'usages (87), les usages constituant des sources de droit, particulièrement de droit professionnel. Si les avis des comités sont respectés par la pratique, qui tout de même les lui réclame et les invoque, des usages se développeront que les tribunaux seront tentés de retenir comme normes de bonne pratique bio-médicale. Cependant, une série de difficultés se rencontre.

D'abord, il n'est d'usage que conforme à l'ordre public, et la profession ne peut sécréter un droit non pas même parallèle mais contraire aux règles sociales essentielles. Ainsi, tant qu'il demeure de principe que certaines actions non-thérapeutiques sur l'être humain sont illicites (faute d'intervention en sens contraire du législateur, voire simplement d'analyse différente de la jurisprudence), un usage en admettant le principe ne peut constituer une règle de droit, serait-il dégagé par les comités national et locaux sous l'invocation des déclarations internationales (dont certaines émanent d'organismes privés : A.M.M.). En revanche, et dans le cadre de cette illicéité, les tribunaux pourraient retenir comme usages de pratique prudente en eux-mêmes réguliers, les exigences habituelles de pré-requis, de consentement autonome, libre et éclairé, de pesée des risques et des avantages... ? Ne pas les respecter serait fauter par imprudence, au-delà de la faute commise du fait même de l'expérimentation. Si les juges appliquaient en qualité d'usages des avis reconnaissant l'expérimentation, sauf à discuter de la soumission du chercheur aux conditions d'engagement de la recherche, ils admettaient implicitement que l'acte médical non exclusivement thérapeutique est devenu licite. Semblablement, si le législateur réglementait l'organisation des comités, il accepterait la légalité des pratiques qui leur sont soumises, sauf à les encadrer de conditions (scientifiques et) éthiques (88). Le Parlement vient

(87) Sic notre interprétation, J.C.P. 1985, 3191, n° 5.

(88) Sur une structuration des comités, Cf. A. Guidicelli : Les structures bioéthiques

de lier les deux faces de la question ; Mme le Ministre Dorlhac déclarait que les comités d'éthique constituaient "la pierre angulaire de l'édifice juridique que nous nous apprêtons à bâtir". La loi annoncée confirme ce lien.

Ensuite, la reconnaissance d'usages suppose une certitude qui serait incompatible avec d'éventuelles contradictions entre les avis des divers comités. Monsieur Giudicelli suggère, à défaut d'un recours devant le Comité national qui transformerait celui-ci "en véritable juridiction", une technique "de conciliation, notamment le renvoi de la question à un autre comité local, qui pourrait être désigné par le Comité national". Les divergences éthiques locales guideront vers le forum-shopping, et enlèveront à l'effort des comités sa crédibilité ; les débats devant le Sénat donnent du poids à cette inquiétude.

Enfin, une opposition n'est pas impossible entre les réponses éthiques des comités et les prises de position déontologique de l'Ordre des médecins, ou des pharmaciens. Il est possible que l'Ordre ne possède pas "le monopole de l'éthique" (89), mais ce n'est pas moins lui qui est titulaire d'un pouvoir de maintien de principes de moralité indispensable à l'exercice de la médecine (art. L. 382 Code de la santé publique) et qui, pour les mettre en oeuvre, dispose d'un pouvoir réglementaire et juridictionnel. Une opinion émise sous la forme et dans les limites du pouvoir réglementaire de l'Ordre primera sur un avis éthique d'un comité, même national. La contradiction suppose que le comité ait pris parti sur une question relevant des compétences de l'Ordre, c'est-à-dire de la déontologie professionnelle. Nous savons que ces "dérapages" ne sont pas imaginaires. Dans ces domaines, l'Ordre est seul légalement titulaire du pouvoir d'imposer des règles. Le projet de Mars 1989 (art. 209-22) a la prudence de réserver les compétences ordinales.

En revanche, un conflit entre une norme dégagée par le Comité national, ou l'ensemble des Comités régionaux, et celle suggérée par des rapports de type "De l'éthique au Droit" ou autres, même officiels, s'interprétera peut-être comme celui entre l'usage et la doctrine.

Une technique différente de prise en compte des avis des comités, en tant qu'obligeant les praticiens au respect d'une prudence minima (scientifique et/ou éthique), consisterait à retenir la responsabilité du praticien négligent dans les termes de celle du médecin ne tenant pas compte de l'avis d'un consultant

en France : la nécessité de légiférer sur les comités locaux (Conférence La Rochelle, sept. 1987), et le pouvoir scientifique et la pensée de Montesquieu (Lettre du Comité national d'éthique, n° 4, avril 1986).

(89) Sic. M. Villey, alloc. 5 oct. 1985, in Bull. Ord. juin 1986, p. 33.

ou d'un spécialiste (90). Analogiquement, le comité émet un avis d'aréopage de spécialistes sur une demande d'intervention par un praticien et étude de protocole soumis par celui-ci. Déjà, le texte voté par le Sénat qualifie pénalement la recherche entreprise sans l'avis préalable des comités locaux.

-En l'état du droit positif, il est difficile de conférer aux avis des comités une valeur juridique directe.

Notre idée de recherche ne méconnaissait pas cette réalité ; elle partait cependant de l'idée, exprimée par J.-L. Baudouin aux termes de laquelle ces avis possédaient une valeur juridique potentielle, auraient "un impact juridique potentiellement considérable". La vérité de cette valeur se confirmait, soit que les comités fussent le maillon nécessaire d'un renouvellement du droit par celui des valeurs, soit qu'ils eussent un pouvoir de suggestion législative ou jurisprudentielle, soit enfin que leur fussent attachés des effets d'autorité propres, internes au milieu de la recherche.

Mais nous avouons avoir constaté un ressaisissement de la formulation du droit par le législateur, que celui-ci ait crainit un envahissement de son domaine par les autorités éthiques, ou bien qu'il ait joué entre celles-ci tant qu'il n'obtenait pas les couvertures doctrinales utiles à ses projets. Et ceci nous oblige à nuancer nos hypothèses initiales jusqu'à poser la question : le Comité national d'éthique ne deviendra-t-il pas le Sénat Conservateur de l'éthique alors qu'il devait jouer le rôle de Tribun informateur ?

Décembre 1988

Mars 1989

(90) V. Cass. civ., 4 nov. 1964 (Daloz, 1965, som. 59 ; G.P. 1965, 1, 43 ; R.T.D.C. 1965, 361, obs. Rodière) ; Bernardot et Kouri : La responsabilité civile médicale (Sherbrooke 1980), n° 265. Dans le sens de l'opinion émise au texte, Melle Martin, mémoire précité.

DROIT ET NATURE HUMAINE :

DE LA DIFFICULTE D'ETRE "FEMME"

ou L'IMPOSSIBLE EGALITE DES SEXES...

Par

Geneviève KOUBI
Maître de Conférences - Droit Public
Université des Sciences Sociales de Toulouse I

Toute réflexion à propos du statut des femmes, dans l'ordre du droit positif, semble se baser sur la constatation d'un "changement", d'un passage du "droit appliqué aux femmes" à un "droit exigé par les femmes", selon l'expression de F. Dekeuwer-Defossez (1).

Or, sous un certain angle, une telle considération déforme les analyses qui pourraient être menées sur ce thème. En effet, l'opposition entre "droit appliqué aux..." et "droit exigé par..." les femmes, déplace la question juridique (2) : la mise en jeu du Droit est occultée par la perception des droits revendiqués, désirés ou sollicités par les femmes. Cette opacification de la fonction idéologique du Droit est un moyen (pour les femmes ?) d'ignorer les acquis culturels et intellectuels des racines du Droit positif à travers les présupposés du Droit naturel.

(1) F. Dekeuwer-Defossez, "Dictionnaire juridique - Droits des femmes" éd. Dalloz 1985, p. 1 : "Le passage du droit appliqué aux femmes vers le droit exigé par les femmes, qui correspond au remplacement de la femme-objet (de droit) par la femme-sujet (de droits) est certainement l'un des phénomènes les plus marquants de l'histoire des droits des femmes..."

(2) L'idée de "droit exigé" serait ignorer que le Droit ne se modifie pas au gré des luttes ; l'essence même du Droit est de fonction conservatrice puisque d'objectif conciliateur, pacificateur donc neutralisateur des conflits. Le Droit, quand bien même il suivrait les évolutions sociales, n'a pas d'autre but que de signifier les voies d'une "normalité" préétablie, prédéterminée : v. D. Lochak, "Droit, normalité et normalisation" in "Le droit en procès", trav. Curapp, éd. P.U.F., 1984, p. 51 s.

En effet, indépendamment de toute considération sur la qualité "juridique et normative" du Droit naturel (3), la situation juridique actuelle des femmes a nécessairement sa base dans les conceptions premières d'un Droit fondé sur la "nature de l'homme" (I).

De plus, la différence des sexes étant un fait inéluctable, dans la mesure où la notion d'égalité n'a pas de réalité "naturelle", donc, ne s'exprime que dans les canaux du Droit, comment envisager l'application d'un tel principe dans l'idée de "différence" ? (II).

Si le "passage de la femme-objet" à la "femme-sujet" (4) semble effectif, dans quelle mesure la femme serait-elle l'égale de l'homme ? En fait, il paraîtrait que l'accès à la "citoyenneté" (5) permis par le Droit ne soit pas le lieu d'une transition positive à l'uniformisation de la situation juridique des "sujets", au moins, en France - et peut-être, n'est-ce pas un moindre mal ?

I - DROIT ET NATURE DE L'HOMME : ET DE LA FEMME ?

Les schémas traditionnels de la répartition des rôles et de la division des tâches entre l'homme et la femme ont longtemps perpétué le mythe de "la fragilisation" initiale de la femme. La perception juridique des femmes s'est alors reposée sur le constat d'une "infériorité" dite "naturelle", exprimant cette donnée en terme de "subordination", qui n'est que l'envers de la "domination" masculine...

En fondant le Droit sur la nature de l'homme, au-delà d'une perception utopique du Droit naturel (6), et en se délivrant d'un rapport systématique au "divin" (7), les philosophes et les juristes ont défait le mythe : *"La notion de droit naturel est le type même du concept raffiné, donc acquis et qui vient après que la pratique du droit -d'un droit élaboré- a déjà largement trouvé sa place"* (8). Dès lors, la fonction essentielle du Droit naturel

(3) V. N. Bobbio, "Quelques arguments contre le droit naturel" in "Le Droit naturel" Ann. de Phil. Pol., t. 3, 1959, p. 175 s.

(4) Selon les expressions de F. Dekeuwer-Defossez, v. note 1. V. l'étude essentielle de C. Dauphin, A. Farge et al., "Culture et pouvoir des femmes - Essais d'historiographie" Ann. Eco. Soc. Civ. 1986, p. 271 s.

(5) Encore que l'accès à la qualité ne signifie pas systématiquement l'octroi des attributs et droits qui s'y rattachent, v. E. Guibert-Sledziewski, "Naissance de la femme civile - la Révolution, la femme, le droit" in La pensée, 1984, n° 238, p. 34 s.

(6) V. H. Kelsen, "Justice et droit naturel" in "Le droit naturel", Ann. de Philo. Pol., t. 3, p. 1 s. - en ce qui concerne la question d'un droit fondé sur la nature de l'homme, v. ses obs. p. 74 s.

(7) V. entre autres, les obs. de M. Maihoffer, "Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit", A.P.D., 1964, p. 103 s., et p. 124 s. ; de H. Batiffol "Droit et nature des choses dans la philosophie française du droit", A.P.D., 1964, p. 93 s.

(8) P. Jestaz, "L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature, Rev. trim.

serait-elle de "justifier" (a posteriori) les données du droit positif contemporain ? Dans la mesure où la société s'organise et se constitue à partir d'une idée d'ordre, selon une conscience plus ou moins aiguë d'un "art social", cependant, existe un concept prédéfini de "Droit" (9).

Ce concept de Droit retranscrirait une conception initiale de l'homme, suivant les composantes culturelles des rapports sociaux dans lesquels il s'insère ; et, comme les mécanismes d'aménagement des rapports de forces traduisent un modèle d'agencement des rôles masculins et féminins, ces modèles sont des représentations symboliques des techniques idéologiques du pouvoir. Car, s'agissant des femmes, *"tout élément culturel doit être pensé en termes de relations et de dépendances : à l'autre sexe, au groupe social, au contexte politique et économique, à l'ensemble du domaine culturel. Le partage n'est jamais neutre : l'important est de qualifier les positions de chaque sexe puisqu'un système de valeurs fondé sur le partage n'est pas forcément fondé sur l'équivalent..."* (10).

La notion de "droit naturel" dans sa visée idéaliste dépasserait le thème de l'égalité en ce qu'elle occulterait la différence sexuelle ; la question de la "nature humaine" ne peut s'élaborer en fonction de données utopiques. Dès lors, plus pragmatique pourrait être une analyse se fondant sur une perception de la nature de l'homme au regard de ses "instincts". Toutefois, même dans ce cadre, les facteurs culturels, rituels et intellectuels ne peuvent totalement être défaits : les instincts sont l'expression d'une intégration culturelle à la fonction "humaine".

Ce type de raisonnement présuppose une universalité des schémas relationnels : or, justement, *"...la domination masculine est une expression, parmi d'autres, de l'inégalité des rapports sociaux. Cette forme d'inégalité est incluse dans le fonctionnement de nombreuses sociétés quel que soit leur degré de développement. Elle n'est pas spécifique aux sociétés occidentales, et la débusquer un peu partout n'est pas faire preuve d'un ethnocentrisme exagéré..."* (11). Aussi, sans engager le débat à propos de la

droit Civil, 1983, p. 235.

(9) V. Santi Romano, "L'ordre juridique, trad. L. François et P. Gothot, éd. Dalloz, 1975, p. 17 s. ; dans un ordre d'idées différent, v. H.L.A. Hart, "Le concept de droit", Pub. Faculté Saint-Louis de Bruxelles, 1980, p. 223 s (et notamment, dans un rapport avec la notion de "morale").

(10) C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse et al., "Culture et pouvoir des femmes...", op. cit. Ann. Eco. Soc. Civ., 1986, p. 280 ; v. dans une optique spécifique, F. Héritier, "Fécondité et stérilité : la traduction de ces notions dans le champ idéologique au stade préscientifique" in "Le fait féminin" sous la dir. d'E. Sullerot, éd. Fayart, 1978, p. 387 s.

(11) C. Dauphin, A. Farge, C. Fraisse et al., "Culture et pouvoir des femmes...", op. cit., p. 281 ; v. également, M. Douglas, "La souillure - essai sur les notions de pollution et de tabou", trad. A. Guérin, éd. Maspéro, 1981. Et dans une perspective moderne, M. Riot-Sarcey, "Différence et exclusion ou l'histoire impossible de

qualification et la détermination des "instincts" naturels de l'homme, en fonction d'une idée de "nature humaine" (12), l'analyse de certains de ces (prétendus ?) instincts-types, dans une perspective culturelle donnée, pourrait dessiner les voies d'une approche nouvelle des "présupposés" juridiques à l'égard des femmes : le statut de la femme aurait-il été occulté par la perception neutralisante du Droit ? et, révélé, ne serait-il qu'une confirmation des études tendant à signifier son inévitable "soumission" ou subordination à l'homme ?

1) De l'instinct de conservation au droit à la vie

Le premier de tous les instincts humains, liés à la conscience existentielle de l'homme, à cette perception primaire de l'état de "vivant" serait effectivement "l'instinct de conservation" (13). Cet instinct est parfois traduit comme un "droit naturel primaire à la vie" (14).

L'instinct de conservation fait état de deux aspects spécifiques : de l'idée de vulnérabilité de l'homme, et de sa conscience plus ou moins altruiste...

En effet, l'instinct de conservation désigne, en un premier temps, les processus "défensifs" (et agressifs, dans la recherche de réponses adéquates à l'agression possible ou réelle) de l'homme : cet instinct "légitime" l'usage de la violence, de la force. L'idée de "défense" de sa propre vie est permanente, mais elle désigne aussi la fonction protectrice du groupe : le droit à la vie est le fondement de la "légitime défense" et de la "conscience sociale" de l'homme (15).

Objecter, comme H. Kelsen, que *"l'instinct de conservation tend à conserver et à favoriser la propre vie de l'homme et non à conserver et favoriser la vie d'autres hommes"* (16), serait défaire l'homme de sa propre "vulnérabilité". Car, *"si les hommes devaient*

l'égalité", *Les Temps Modernes*, 1987, n° 487, p. 96 s. ; N. Mathieu, "L'arraisonnement des femmes", *Cah. de l'Homme*, 1985, p. 171 s., etc.

(12) Et en ce sens, l'interpellation est caractérisée par l'impossible déssexualisation : la nature de l'homme et la nature de la femme ne se confondent dans la "nature humaine" que par le processus de dévalorisation de la femme, donc, au profit de l'homme.

(13) Ce que conteste justement H. Kelsen, "Justice et droit naturel", op. cit., *Ann. Philo. Pol.*, 1959, p. 76 s.

(14) B. Tabbah, "La nature humaine, premier fondement du droit", *A.P.D.*, 1964, p. 223 s.

(15) V. H.L.A. Hart, "Le concept de droit", op. cit., 1980, p. 233 s. ; ceci parce que (p. 235) : "Les êtres humains ne sont pas des démons dominés par un désir de s'exterminer mutuellement et la démonstration, faite sur la base du seul modeste désir de survivre, de la nécessité des règles du droit et de la morale, ne doit pas être confondue avec la conception erronée selon laquelle les êtres humains sont avant tout égoïstes et n'ont aucun souci désintéressé de la conservation et du bien-être de leur voisin...".

(16) H. Kelsen, "Justice et droit naturel", op. cit. 1959, p. 77.

perdre leur vulnérabilité les uns par rapport aux autres, on verrait disparaître une raison évidente de formuler la prescription la plus caractéristique du droit et de la morale : "tu ne tueras pas" (17) L'obligation de vie sociale limite ainsi le processus de violence et rend compte d'une conceptualisation de la notion de "socialité".

Le prolongement du droit de "légitime défense" vers la protection du groupe nécessite alors des schémas de "fragilisation" de certains membres du groupe... qui seraient les femmes et les enfants.

Or, cette perception place le droit naturel primaire à la vie dans le cadre des "armes" : une telle figuration désigne l'homme. La femme est exclue de cette vision spécifique de "l'instinct de conservation" (sinon en symbole, en "image" comme une méthode de personnification de la terre à défendre (18) ou de la Patrie...). Effectivement, les processus sociaux de division des rôles entre l'homme et la femme ont toujours donné les armes à l'homme : investis des charges "extérieures" à la vie sociale, s'occupant de chasser le gibier, de défendre les biens, de veiller à la "sécurité" du groupe, les hommes étaient seuls habilités à porter les "armes", à user de la force, à utiliser la violence... Certes, la question du maintien de la paix ne se pose pas directement en ces termes, mais l'intention d'une continuité et un désir de stabilité du système social "arment" les hommes (19). La valorisation de la stratégie guerrière exclut les femmes, et les confine dans un rôle passif et attentiste.

La protection des femmes dépend de la force des hommes. La protection de la communauté en son intégralité, dont les femmes sont un des pivots, dépend de la conscience que les hommes ont de leur force.

Cette fonction "altruiste" de l'instinct de conservation est, pourtant, liée à la fonction fondamentale d'un "désir de survie". Or, ce désir de "survie" dépasse l'homme pour signifier "l'espèce humaine" ; l'instinct de conservation met en scène la femme dans son être, dans sa fonction "féminine" par excellence : la maternité... La femme est l'agent de "reproduction" de l'homme... mais, même si le rôle de "mère" a longtemps été magnifié, du fait de son mystérieux renouvellement "cyclique", l'homme sait (et il

(17) H.L.A. HART, "Le concept de droit", op. cit., p. 234.

(18) Et la seule référence à la Marseillaise, ce chant révolutionnaire et patriotique suffirait à en rendre compte. V. sur une autre forme de symbolisation, plus problématique, S. Browmiller, "Le viol", éd. Stock, 1976, p. 51 s. (sur le rapport viol/guerre...).

(19) V. entre autres, F. d'Eaubonne, "Les femmes avant le patriarcat", éd. Payot, 1977, F. Héritier (entretien de... par E. Sullerot), "Les femmes dans les systèmes de représentation" in "Le Fait féminin", éd. Fayard, 1978, p. 397 s. (notamment en ce qu'elle confirme que le matriarcat n'est qu'un mythe...), M. Ségalen, "Maris et femme dans la société paysanne", éd. Flammarion, 1980 (dans une perception particulière qui met en jeu la notion de "complémentarité")...

l'a vite appris...) qu'il n'est pas absent du processus de procréation. Et *"...comme l'instinct de survie est ancré au plus profond de tout être, l'homme pour se perpétuer, s'en assure les moyens, c'est-à-dire la femme..."* (20).

Le "droit naturel primaire à la vie" devient un droit à la reproduction, un droit à la survie, comme un droit à assurer une descendance... Or, l'affirmation d'un tel droit pour l'homme signifiait une obligation pour la femme (ceci indépendamment de l'affirmation nouvelle et actuelle d'un droit naturel de l'homme à s'assurer d'une descendance (21)...). En vertu d'une telle conception, naît le débat relatif aux "refus" de fécondité des femmes : la question de l'avortement et des interruptions volontaires de grossesse n'est toujours pas résolue. Et du droit à la survie à l'expression d'un droit à la vie pour l'embryon et le fœtus, la frontière est ténue (22)...

Cet enjeu place la femme au coeur d'un débat où elle est privée de parole : le droit ne la prend en considération qu'en vertu de sa "fécondité" réelle, effective ou potentielle. Et la femme ne peut y échapper, car de toute évidence, elle n'est "femme" que dans le champ de la reproduction sexuée (23).

La femme n'est ainsi "objet d'étude" que dans l'ordre idéologique, si elle s'abstrait de toute relation à sa maternité virtuelle. Toutefois, aujourd'hui, cette perception de la maternité devrait être remaniée : les mécanismes des "procréations médicalement assistées" ne sont plus l'expression d'une thérapie de la stérilité, ils expriment un désir d'enfant plus qu'un désir de fécondation. Et peut-être est-ce en vertu d'une idée de "nature" que le droit résiste autant à ces nouvelles découvertes scientifiques ? (24).

Indépendamment de cette prospective, l'étude de ce premier rapport entre Droit et nature humaine signifie une relative "minorisation" de la femme, une relative valorisation de la "mère".

Et l'ouverture de l'instinct de conservation vers l'instinct de survie, reproduction et fécondation, semble répondre à la visée

(20) M.F. Callu, "Le nouveau droit des femmes", éd. L'Hermès, 1978 (intro.) p. 12 ; v. également, N. Bensadon, "Les droits de la femme", éd. P.U.F., Que sais-je ?, 1980.

(21) V. A. C. Kiss et J.B. Marie (rapport), "Le droit à la vie", Rev. des Droits de l'Homme, vol. VII, 1974, p. 338 s., sur le droit de procréer, p. 343-344.

(22) Car, de toute évidence, la question du statut juridique de l'enfant in utero a été mis en cause, en droit français, à partir de la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, v. pour une étude sur ce statut particulier, R. Thery, "La condition juridique de l'embryon et du fœtus", D. 1982, chr. p. 231 s.

(23) V. S. Chaperon, "Femme : objet non-identifié", Les Temps Modernes, 1987, n° 487, p. 85 s.

(24) V. entre autres, F. Terré, "L'enfant de l'esclave - Génétique et Droit", éd. Flammarion, 1987 ; J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme de quel droit ?", éd. P.U.F. 1987, et auparavant, le Rapport au 1er ministre, de M.O. Alnot, C. Labrusse-Riou et al., "Les procréations artificielles", La Doc. Fr., 1986.

altruiste du Droit naturel -ceci, en dépit de la vanité des tentatives pour fonder le Droit naturel sur la nature de l'homme...

2) Liens de parenté et "mariage, institution de droit naturel"

Toute notion de "mariage", dans un cadre d'organisation sociale "innée" fait état des désignations spécifiques des alliances et de la détermination de filiation, donc met en place le rapport homme/femme sur la scène sexuelle.

En effet, dans toute forme de société, *"la première règle (sociale) porte sur la parenté et le mariage. Parce qu'il y a deux sexes, parenté et mariage ne peuvent aboutir qu'à des relations d'inversion entre les sexes et non de symétrie..."* (25).

La fonction du "mariage" serait d'institution de "droit naturel" (26) en ce qu'elle est nécessairement induite par l'agencement social du groupe : l'absence d'appropriation instinctive du corps de l'autre n'empêche pas la régulation des rapports entre les sexes, d'abord, puis entre un homme et une femme...

Cette régulation conduit la confrontation des rôles masculins/féminins, non dans une perspective de complémentarité, mais bien dans un jeu de relations dominant/dominé qui rapproche la question des rapports entre les sexes des rapports de forces sociales : la répartition même du "travail" dans le groupe et dans la famille a toujours dévolu aux femmes les tâches dites "domestiques" (27).

Certes, une telle confrontation ne signifie pas un conflit perpétuel, ni même une opposition : la pacification sociale procède des signes d'appartenance à une entité "familiale", signes qui sont les mouvements d'alliance, les procédés de filiation et la détermination des parentés : or, ces signes désignent le lieu des régulations des comportements sexuels (28).

(25) F. Héritier, "La femme dans les systèmes de représentation", op. cit. in "Le Fait féminin", 1978, p. 400. V. également, dans une perspective "historique" C. Capitan, "L'abolition de l'Ancien Régime, question d'histoire ou d'actualité ?", Les Temps Modernes, 1987, n° 487, p. 70 s.

(26) L'expression est de B. Tabbah, in "La nature humaine, fondement premier du droit", A.P.D., 1964, op. cit., p. 230.

(27) Qui renvoie au "dôme", au domaine, à la maison ; V. C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse et al., "Culture et pouvoir des femmes...", Ann. Eco. Soc. Civ., 1986, op. cit., p. 275. V. M. Haicault, "Femme de valeur, travail sans prix : le travail à domicile" in Cah. Grief - Trav. de l'Univ. de Toulouse, Le Mirail, Série A., t. XXI, p. 53 s.

(28) D'où la définition des tabous et interdits sexuels, tel l'inceste, V. J. Poumarede, "L'inceste et le droit bourgeois", in "Droit, Histoire et Sexualité" sous la dir. de J. Poumarede et J.P. Royer, éd. L'espace juridique 1987, p. 213 s. ; v. également dans le même ouvrage, M.S. Dupont-Bouchat, "Les nouvelles conduites sexuelles aux XVI-XVIIèmes siècles : discours de l'Eglise et discours du droit laïque", p. 105 s.

Mais, "dans toutes les cultures, il y a des oppresseurs et des opprimés, un sexe fort et un sexe faible, (mais) les deux sexes participent de la même idéologie..." (29). La femme n'est pensée, (et peut-être, ne se pense-t-elle ?) que dans un système de domination masculine (30) : elle participe à la construction de l'environnement social, dispose des mêmes valeurs, et intègre les mêmes représentations du pouvoir que l'homme. Dès lors, par la notion d'alliance ou de mariage, elle se place dans la "famille" (31).

L'idéologie initiale reposerait-elle sur le modèle de constitution familiale ? La famille a été, est toujours, la cellule essentielle d'une société (32).

Or, le modèle familial, tout aussi "naturel" serait-il (33), procède d'un système d'inculcation de valeurs spécifiques : la fonction du mariage dépasse le seul rapport des sexes, et conduit à l'institution des liens de parenté "naturels", comme pour les isoler au regard des autres formes de parenté, sociale (adoption) ou spirituelle (des fonctions spécifiques des parrainages et marrainages lors des baptêmes religieux).

Or, dans la figure "naturelle" de la famille, la femme devient "épouse", puis mère : pivot de la famille, elle est contrainte de dépasser le statut marital pour atteindre la fonction maternelle. La famille n'est qu'au-delà du couple. Ainsi, déterminée à partir de la relation qu'elle entretient avec "un" autre, homme ou enfant, la femme n'a pas d'individualité en dehors de l'institution familiale. Elle est alors directement impliquée dans un rapport de subordination : la domination de l'homme emporte la soumission de la femme...

Ceci est accentué par la mise en question de la maternité car, dans la mesure où la femme n'est femme qu'en vertu de sa fécondité potentielle, l'épouse n'a de valeur sociale qu'en tant qu'elle devient mère. Ainsi que nous le livre, F. Héritier, dans la

(29) F. Héritier, "La femme dans les systèmes...", in "Le Fait féminin", op. cit., p. 398. V. du même auteur, l'ouvrage fondamental "L'expression de la parenté", éd. Gallimard-Le Seuil 1981 (et la note critique de E. Terray in Ann. Eco. Soc. Civ. 1986, p. 259 s.).

(30) Et, en ce sens, l'idée de "domination masculine", indépendamment d'une traduction socio-juridique de "subordination féminine" - qui n'est qu'un prolongement "réfléchi" - est le fondement d'une culture sociale, comme de ce qui serait la "culture féminine", v. C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse et al., "Culture et pouvoir des femmes...", Ann. E.S.C. 1986, op. cit., p. 281 s.

(31) La classification des "droits naturels" de B. Tabbah in "La nature humaine, fondement..." (A.P.D. 1964, op. cit.) isole le "mariage" de la fonction parentale et génitrice du couple, puisqu'il envisage "la génération et le soin des petits" dans un temps différent. Toutefois, il semble impossible de dissocier le mariage de la définition des liens de parenté.

(32) V. M. Ségalen, "Sociologie de la famille", éd. A. Colin, 1981.

(33) Et nécessairement, dans un rapport direct avec la question de la "morale", v. H. Kelsen, "Justice et droit naturel", Ann. Philo. Pol. 1959, op. cit., de même que H.L.A. Hart, "Le concept de droit", op. cit.

pensée "samo" : "...ce qui donne à la jeune fille, le statut de femme, ce n'est pas la perte de la virginité, ni le mariage, ni même la maternité : c'est la conception. Il suffit d'une grossesse dont il importe peu qu'elle soit suivie d'une fausse couche ou d'une naissance. La femme stérile n'est pas considérée comme une vraie femme..." (34). Ce mode de perception de la femme n'est pas absent des énoncés du droit positif contemporain : le droit ne s'occupe du fait féminin qu'en tant qu'il désigne l'enfantement possible ou probable, puis lorsque la conception dénonce l'existence de rapports sexuels, quels qu'ils soient (légitimes, adultérins...).

La prise en considération des processus de fécondité ne s'est véritablement réalisée qu'à partir du moment où "l'enfant" est "valorisé" (35) : dès lors, le droit s'occupe des refus de fécondité, réprimant les avortements, et aujourd'hui, cherchant à limiter les développements de la procréation artificielle (36).

La désignation de la femme dans le seul domaine de la fécondité, même si l'imaginaire populaire y situe son "pouvoir", explique sa subordination : *"Par l'effet de la domination masculine, les femmes, notamment en tant qu'agent de la reproduction, sont l'objet d'une manipulation particulière au sein des arts de gouvernement. Pas de constantes, mais des modulations des discours et des pratiques, liées aux intérêts de la famille, de la société civile et de l'Etat. Le niveau de contrainte qui pèse sur elle varie selon les époques..."* (37).

L'incapacité de la femme mariée est une de ces compensations, de même que toutes les législations sociales tant concernant le temps de travail que la couverture sociale de la maternité. Toutefois, dans le cadre spécifique du mariage, il y a "assujettissement" des femmes, l'épouse perd toute indépendance (de l'idée de "domicile de dépendance") et toute individualité (de l'idée d'autorité maritale) : le mariage dépossède la femme de son être (38).

(34) F. Héritier, "Fécondité et stérilité..." in "Le Fait féminin", op. cit., p. 392.

(35) Au XIXème siècle, surtout... et aujourd'hui, dans l'énoncé d'un "droit à enfant" ?...

(36) V. A. Sériaux, "Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?" D. 1985, chr. p. 53 s.

(37) C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse et al., "Culture et pouvoir des femmes...", op. cit., p. 282 (les deux citations sont comprises dans un même temps, dans le même paragraphe, composant seules ce paragraphe...). Ces compensations sont les indices de sa fragilisation juridique : interdiction du travail de nuit des femmes, définition d'emplois réservés aux hommes en raison de la "nature" de la fonction qui mettent en jeu la "force physique", ou la capacité de résistance musculaire, etc.. V. A. Junter-Loiseau, "La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle", D. soc., 1987, p. 143 s.

(38) Ainsi que le signale F. Dekeuwer-Defosse (in "Dictionnaire juridique Droits des femmes", op. cit., p. 76) : "En réalité, l'incapacité de la femme mariée était un mode d'organisation de la famille. Elle permettait la concentration de tous les pouvoirs

Le mariage se définit aussi dans la famille : comme s'il ne prenait de sens social que par la venue au monde d'enfants (39), d'enfants spécifiquement "naturels", c'est-à-dire, dans le cadre du droit "légitime" (40), d'où l'énoncé d'un "droit à une vie familiale normale" (41). La normalité serait-elle l'expression de la "nature humaine" ?

Et encore, le juriste se voit interpellé par les nouveaux procédés de procréation : s'il est "normal" de vouloir sanctionner le mariage par l'enfant, est-il "légitime" de recourir aux procédés scientifiques ? qu'en serait-il de la détermination de la "filiation naturelle" ? (42). Et là, la femme est l'enjeu : épouse (?) et mère inféconde...

3) Questions à propos d'un "droit naturel de propriété"

La propriété serait-elle de la nature de l'homme ? Selon P. Jestaz, *"l'aspiration à la propriété est universelle, même chez l'animal en quête de territoire, parce qu'elle est l'expression même de la vie animée ; devenue instinctive dans les sociétés qui connaissent le droit de propriété, elle l'était peut-être déjà dans les sociétés qui provisoirement ignoraient ce droit..."* (43).

Cette appropriation de "?", ou le "désir" d'appropriation, seraient strictement individuels, rattachés à l'homme, "et à la femme ?". Dans l'ordre d'un droit naturel "altruiste", l'interrogation serait résolue par la visée généraliste et "de justice" qu'il draine : la propriété n'existerait pas (puisqu'elle engendre l'inégalité ?) ou ne pourrait exister que dans une orientation impersonnelle, dans un sens social, voire collectif (44). La référence même à la fonction du "territoire" -et même au stade

entre les mains du mari, qui choisissait le domicile familial, qui avait le droit d'exiger l'obéissance de sa femme, et qui dirigeait seul aussi l'éducation des enfants mineurs. Lorsque la femme n'était pas "en puissance de mari"... elles pouvaient exercer librement leur capacité civile..." - sur un autre aspect, v. G. Vialetton, "L'autorité maritale sur la personne de la femme", th. Montpellier, 1919.

(39) But premier de l'institution, autant pour la société que pour le droit.

(40) Ce qui explique l'exclusion des enfants "adultérins" qui sont l'expression de la négation du mariage ; v. J.M. Bez, "Les droits de l'enfant adultérin et le nouvel article 760 du Code civil", J.C.P., 1973, doct. 2530.

(41) C.E. 8 décembre 1978, G.I.S.T.I., Rec. 493, concl. P. Dondoux, A.J.D.A. 1979, mars, p. 38.

(42) V. par ex. O.L. Seguy, "La filiation des enfants mis au monde par des mères porteuses", Les Petites Affiches, 1987, n° 147, p. 13 s. ; V. S. Rubelin-Devichi, "Les procréations assistées : état des questions", Rev. trim. Dt. civ., 1987, p. 457 s.

(43) P. Jestaz, "L'avenir du droit naturel...", op. cit., Rev. Trim. Dt. civ., 1983, p. 277.

(44) Alors que P. Jestaz (id.) et B. Tabbah (in "La nature humaine, fondement..." A.P.D., 1984), entre autres, n'envisagent la question d'un droit naturel de propriété que pour UN homme, la perception socialiste (qu'ils critiquent) ne peut s'associer à une telle analyse. V. dans une perspective générale, M. Mialle, "Une introduction critique au droit", éd. Maspéro 1976, p. 183 s.

animal- empêche l'exclusivité individuelle : l'homme n'aurait aucune propriété naturelle, sinon (et en vertu d'une prédétermination de l'instinct de conservation) sur son corps, sur sa vie... (45).

Dans la mesure où le problème de la propriété est invoqué dans l'ordre des "instincts psychiques" de l'homme (46), la question est incontournable : rattachée à une fonction humaine, la propriété (ce droit "inviolable et sacré" selon la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789) devrait se rattacher à la défense et à l'acquisition des moyens de subsistance (47). Ainsi, pourrait être mise en valeur l'idée de "travail de la terre", plus que de possession des terres, l'idée de "force de travail" plus que de propriété des moyens de production, etc...

Mais, dans ce cadre de référence, le travail renvoie aux premières répartitions des tâches entre l'homme et la femme : certes, ce furent les femmes qui s'occupèrent de la culture et de l'élevage domestique, elles ont souvent été la raison de la sédentarisation des populations nomades (48) ; mais, placée dans le schéma spécifique de la domination masculine, par le jeu subtil de la subordination, les femmes furent dépossédées d'un droit à la propriété. Les premiers titulaires (en "Droit") du droit de propriété furent les hommes : la transmission des biens, les successions et les héritages s'établissent dans une lignée masculine de père en fils. S'il n'en a pas été toujours ainsi (49), le dépouillement de la femme de ses biens, ou d'un droit à revendiquer les biens répond à des nécessités socio-économiques (50).

(45) V. M. Miaille -id p. 191 s. (p. 192 : de l'usage des "possessifs" dans le langage courant, à la fonction du droit qui aboutit au résultat : "la propriété s'installe au plus profond de nous. Ainsi se trouve réalisée l'unité du "patrimoine" de l'individu : tous ses droits, pécuniaires ou non pécuniaires, viennent se fondre en lui...").

(46) V. A. David, "Réflexions pour un nouveau schéma de l'homme", A.P.D. 1959, p. 99 s.

(47) V. toutefois, M. Bourjol, P. Dujardin, J.J. Gleizal et al., "Pour une critique du droit", éd. PUG/Maspéro, 1978.

(48) V. par ex. F. d'Eaubonne, "Les femmes avant le patriarcat", éd. Payot, op. cit. ; E. Boulding, "Nomadisme, mobilité et statut des femmes" in "Femme, sexisme et société" sous la dir. A. Michel, éd. P.U.F., 1977.

(49) "Tant dans les sociétés précapitalistes que dans les sociétés industrialisées, la domination masculine est indissociable du mode de production des biens excluant les femmes des bénéfices de leur travail. Dans la production domestique, les femmes sont exploitées à la fois dans leur travail et dans leur capacité de reproduction, le produit de leur travail revenant à leur tuteur légal et la procréation étant soumise au contrôle de la communauté..." notent C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse et al. (in "Culture et pouvoir des femmes...", Ann. E.S.C., 1986, op. cit., p. 282) ; cette analyse réfute toute idée de partage égalitaire, et même de complémentarité, v. M. Lagrave, "Egalité de droit, inégalité de fait entre hommes et femmes en Agriculture" Rev. Connexions, 1985, n° 45, p. 93 s.

(50) Comme par exemple, l'intervention d'un droit d'aînesse (masculine) pour éviter la dispersion des biens ; v. A. Fine, "Le prix de l'exclusion. Dot et héritage dans le Sud Ouest Occitan" in Cahier du Grief, sur la "valeur des femmes", Univ. Toulouse,

L'histoire a défait les femmes d'un droit à la propriété, autant des choses que de leurs personnes : reléguées dans un statut d'incapable et de mineur qui, après les avoir liées au père, les liaient au mari, les femmes perdaient la qualité de "sujet de droit". Dès lors, ne pouvaient-elles devenir un "bien" appropriable ?

Car, ce serait absurde d'affirmer un droit naturel à être sans référence à cet état de non-être (juridique et sociologique) que signifiait "l'esclavage"... Car, la qualité de "personne" ou de sujet n'est pas un acquis naturel (51), elle est le résultat d'un processus de maturation sociale : la valeur marchande de l'individu a, de tous temps, existé. De l'esclavage à l'évaluation de la force de travail, la question resterait posée. Toutefois, en ce qui concerne les femmes, au-delà même des particularismes liés à la "traite des blanches" (52), la valeur marchande n'est-elle pas signifiée par la "dot" ? (53).

La femme a donc été objet de tractations, de transactions, de contrats inclus dans les jeux de la reproduction : la continuité de la lignée s'effectue au travers de la femme.

Et en lui refusant le droit à "disposer de son corps", le droit a obligé la femme à être mère, et aujourd'hui, l'obligerait à ne pas être "mère de substitution". La modulation du discours s'effectue dans l'optique d'un "droit naturel" encore à découvrir. Car, la question même de l'appropriation de son propre corps induit la question de l'appropriation des fruits du corps : l'enfant "à naître" ne serait-il qu'une chose, un bien, objet d'un commerce ? Les processus de maternité de substitution modifient et transforment la relation de la femme à la maternité, et atteignent le droit dans sa conception "naturaliste" de la filiation (54).

De par leur nature féminine, le droit fondé sur la "nature humaine", exclut-il les femmes d'un droit de "propriété" sur leur

Le Mirail, 1982, t. XXI, p. 31 s.

(51) La référence à l'esclavage, au servage suffirait à rendre compte. V. toutefois, sur la perception du "sujet", de la personne par rapport au "corps" : trav. Ass. H. Capitant, "Le corps humain et le droit", t. XXVI, 1975, et de la personne par rapport au droit, A.J. Arnaud, "Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise", L.G.D.J., 1973, et notamment sur la mise en jeu, p. 59 s., et la mise en scène, p. 80 s.

(52) V. J. Lenoble, "La traite des blanches et le Congrès de Londres de 1899 : étude sur la protection de la jeune fille en France et à l'étranger", Th. Droit, Paris, 1900.

(53) En ce qui concerne la valeur des femmes, v. l'ens. des contributions au Cahier du GRIEF - Univ. Toulouse le Mirail, 1982, t. XXI, consacré à "la dot, la valeur des femmes", et notamment A. Fine, "Le prix de l'exclusion...", op. cit., V. aussi B. Vernier, "Stratégies matrimoniales et choix d'objet incestueux...", Act. Rech. Sc. Soc., 1985, n° 57/58, p. 3 ; et par ailleurs, R. Sainsaulieu, "L'identité au travail", F.N.S.P., 1977.

(54) V. C. Neirinck, "Quand passent les cigognes... - Réflexions sur la maternité de substitution...", Les Petites Affiches, 1987, n° 145, p. 13 s.

être, sur leur devenir ? Cette interrogation déplace le schéma traditionnel du rapport des sexes vers une figuration de division inéluctable des sexes : le jeu social serait-il remis en cause par la science médicale ? (55).

Quoiqu'il en soit, longtemps démunies d'un droit à être femme ET sujet de droits, les femmes ont, dès la Révolution, affirmé leur existence, leur différence. Par l'accès à la qualité de citoyenne, puis dans la qualité de salariée, les femmes ont acquis un droit de cité, un droit de cité dans un monde d'hommes, dans un monde "dit" par les hommes.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 devient la base des revendications féminines pour la reconnaissance "pleine et entière" de la qualité de "femme-sujet" de droits. Pourtant, la lecture de la Déclaration des droits de l'homme ne signifie-t-elle pas, dès son article premier, l'impasse de l'égalité ?

II - DROITS NATURELS DE L'HOMME : ET DE LA FEMME ?

La Révolution est porteuse d'un immense espoir pour les femmes : le rêve de l'égalité, de la liberté et de la fraternité universelle les concerne. Engagées dans les combats révolutionnaires, leur déception est vive aux lendemains de la chute de l'Ancien Régime : si la femme acquiert une nouvelle "individualité" et se défait d'un "non-être" qui la caractérisait, et qui signifiait la féodalité (56), elle est encore "infériorisée".

La Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne de 1791 est une réponse catégorique à l'ignorance des hommes de leurs qualités, mais en même temps, elle est un indice de l'impossible visée universaliste de la Déclaration des Droits de l'Homme. Les femmes ne revendiquent pas le "pouvoir" (57), privées de parole elles s'expriment dans le cadre d'une

(55) V. F. Héritier-Auge, "La Cuisse de Jupiter - Réflexions sur les nouveaux modes de procréation", Cah. L'Homme, 1985, n° 94, p. 5 s. (comm. au Colloque "Génétique, procréation et droit", Paris, janv. 1985) ; J. Rubellin-Devichi, "Le droit, la bioéthique et les nouvelles méthodes de procréation", in Neuropsychiatrie de l'Enfance, 1987, n° 35, p. 101 s., etc. ; et G. Delaisi de Parseval et A. Janaud, "L'enfant à tout prix - Essai sur la médicalisation du lien de filiation", Point Actuel, 1983 ; L. Aussier-Andrieu, "Le droit devant les nouveaux modes de procréation. Réflexions sur la logique des institutions", Les Petites Affiches 1988, n° 141, p. 7 s.

(56) V. E. Guibert-Sledziewski, "Naissance de la femme civile - La Révolution, la femme, le droit", La Pensée, 1984, n° 238, p. 34 s., du même auteur, "La femme, objet de la Révolution", A.H.R.F., 1987, p. 1 s.

(57) La Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne ne revendique que l'appartenance au corps social et politique : la reformulation de l'article 1 est, à ce titre, significative : "La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits". Le rapport homme/femme est systématiquement mis en scène : le but est essentiellement le "partage" dans toutes les "dignités"... Dans une perspective actuelle, v. "Droits de l'Homme, droits de la Femme", Citoyennes, n° 43, 1985.

affirmation à "l'égalité", donc en une revendication de leurs "droits" en tant que citoyen(ne)s.

D'une certaine manière, l'interrogation sur la notion de "droits naturels" (et imprescriptibles) de l'homme, et par là-même sur le Droit, expose à la critique, le concept ambigu d'égalité...

1 - A propos de l'égalité...

Il n'existe pas de fondement "naturel" au concept d'égalité : l'égalité naturelle n'existe pas, sinon peut-être dans une perspective "approximative" (58).

La question de l'égalité ne saurait être appréhendée hors du champ du juridique. Pour cela, l'affirmation de "l'égalité en droits" est la principale victoire de la Révolution. La femme n'est pas exclue du discours universaliste des révolutionnaires, mais elle n'est pas non plus incluse dans ce discours. "... *En ce qui concerne le statut de la femme : il doit être celui de tout être humain, conformément à l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 en établissant que les "hommes naissent libres et égaux en droits". L'émancipation des femmes commence irrésistiblement, avec la disparition des particularités d'état, avec l'affirmation d'une universalité de droits et de condition. Il s'agit moins, ici, d'être féministe que d'être anti-féodal...*" (59).

L'égalité juridique s'exprime dans un temps théorique : la femme demeure "privée de voix", déléguant du fait de sa "nature féminine" sa parole aux hommes dans le champ de la représentation nationale.

A cet égard, l'article 6 de la Déclaration des Droits de la femme et de la citoyenne dénonce l'ambiguïté des termes à vocation universaliste : l'homme, le citoyen sont des mots dont la consonance masculine n'est pas neutralisée dans le discours des révolutionnaires. Ainsi, cet article dispose que, à l'instar de la Déclaration des Droits de l'homme, "*La loi est l'expression de la volonté générale*", mais encore, "*toutes les citoyennes et citoyens doivent concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation...*" (60).

Cette disposition est renforcée par les formulations de l'article 13 qui désigne directement la femme dans ses rôles spécifiques : "*Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, les contributions de la femme et de*

(58) Selon l'expression de H.L.A. Hart, "Le concept de droit", op. cit., p. 234.

(59) E. Guibert-Sledziewski, "Naissance de la femme civile...", op. cit. La Pensée, 1987, p. 39 - v. toutefois, C. Capitan, "L'abolition de l'Ancien Régime - question d'histoire ou d'actualité", Les Temps Modernes, 1987, op. cit.

(60) V. présenté par P.M. Duhet, "Les femmes et la Révolution française", éd. Juillard Coll. Archives, 1971.

l'homme sont égales ; elle a part à toutes les corvées, à toutes les tâches pénibles ; elle doit avoir de même part à la distribution des places, des emplois, des charges...".

La revendication de l'égalité de traitement juridique des sexes est lancée.

Revendiquer n'est que l'expression d'une insatisfaction, d'un désir pensé "légitime" d'obtention d'un droit : la notion de droit exigé est amoindrie par l'idée de droit "désiré". Car, les femmes ont acquis une "dignité civile" qui n'a pas encore d'effet dans l'ordre du politique.

Et dans ce cadre, la femme est renvoyée à son "environnement" familial : les premières modifications concernent le mariage, l'adultère, les libérant de l'oppression masculine (ceci même si ces "acquis" se sont révélés instables). Mais, en aucun cas, elle n'est l'égale de l'homme.

La femme demeure sous l'emprise de la domination masculine. Et toujours désignée dans sa propension naturelle à la maternité, elle est "être différencié" et sans aucun doute "fragilisé" : or, la base de la liberté est l'égalité (61).

2 - Egalité et liberté sexuelle

Dans le champ des relations homme/femme, la question des rapports sexuels est inévitable. Le Droit fondé sur la nature humaine ne peut s'en désintéresser, et de fait, le droit positif contemporain aborde la question par un biais moral et moralisateur (ce qui rejoint la fonction "normalisatrice" du droit).

Dès, dans son inspiration morale (judéo-chrétienne, puis, catholique), le droit est en perpétuelle confrontation avec l'affirmation solennelle du principe de "liberté". Droit naturel et imprescriptible de l'homme, la liberté n'a de limites que dans/par l'égalité juridique, donc de par la loi.

Si le droit civil protège un "droit à l'intimité", un droit au respect de sa vie privée (62), il intervient également pour enfermer les conduites sexuelles dans cette sphère, mais leur octroyant un statut juridique "moral" qui énonce un droit de regard sur ces comportements (63). La référence à la notion de "bonnes moeurs" (que le concept d'ordre public traduit en idée d'ordre moral, dans les fonctions de police administrative) permet la censure des comportements pensés "déviant" (inceste,

(61) Sur l'analyse d'un tel rapport, v. C. Lefort, "Essai sur le politique XIXe-XXe - De l'égalité à la liberté" - fragments d'interprétation de "De la démocratie en Amérique" de Tocqueville", éd. Seuil, 1984, p. 217 s.

(62) V. B. Edelman, "Le droit saisi par la photographie", éd. Maspéro, 1973.

(63) V. C. Houin, "La sexualité en droit civil contemporain", in "Droit, histoire et sexualité", éd. L'espace juridique, 1987, p. 271 s.

homosexualité, pédophilie, etc...) et donc la régulation des conduites hétérosexuelles (64).

Une simple étude superficielle de l'appréhension de l'adultère féminin par le droit suffirait à signifier l'inégalité : la pénalisation de l'infidélité sexuelle de la femme mariée marque le Droit, -et ceci, quand bien même elle serait supprimée aujourd'hui. Cette "criminalisation" de l'adultère de la femme a depuis longtemps été dénoncée ; par exemple, Saint-Just, dans "L'esprit de la Révolution", notait : *"On a dit que la dépendance naturelle de la femme rendait son infidélité plus coupable que celle du mari (... (65)...) pourquoi le mari qui met des enfants adultérins dans la maison d'un autre ou de plusieurs autres, est moins criminel que la femme qui peut n'en mettre qu'un dans la sienne (...). Ceux qui portent des lois contre les femmes et non contre les époux auraient dû établir aussi que l'assassin ne serait point le criminel mais la victime..."* (66).

Et encore, la référence à la "maternité" justifierait la censure de l'adultère : la "lignée" familiale qui porte le nom du mari serait atteinte en son sein, par l'incursion de "sang impur" (67).

La femme est encore confrontée à la maternité.

Pour rééquilibrer les situations juridiques homme/femme, et plus encore, dans "l'intérêt de l'enfant", le Droit a cherché les voies de la responsabilisation des protagonistes dans la conception. Obliger l'homme à assumer sa paternité (68) ou l'inciter à la revendiquer ne défait pas la femme de son statut d'agent de reproduction. Et le système juridique la saisit : le devoir de procréation devient un droit de procréation, par la reconnaissance de la légalité de la contraception ; l'interruption volontaire de grossesse demeure exceptionnelle, strictement encadrée dans des procédures "culpabilisatrices", (et toujours remise en question (69)). Pour ne pas défaire la femme de ce pouvoir "maternel", le droit intervient pour la protéger : de l'interdiction de licencier une femme enceinte à l'ensemble des mesures de protection

(64) Dans le cadre répressif, v. J. Deveze, "La sexualité en droit pénal contemporain" in "Droit, histoire et sexualité", éd. L'espace juridique, 1987, p. 291 s.

(65) Et, Saint-Just énonce un refus de considérer le bien-fondé ou non de cet état de dépendance "naturelle" de la femme.

(66) Saint-Just, "L'Esprit de la Révolution", IIIe Partie, chap. X.

(67) V. M. Douglas, "La souillure...", éd. Maspéro, 1981, op. cit., p. 139 s.

(68) Qu'il s'agisse des "désaveux de paternité" ou des "recherches en paternité naturelle".. La question de la "vérité biologique" en est au centre : v. R. Vidal, "La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation", Mel G. Marty, 1978, Univ. Toulouse, p. 1167 s. ; G. Raymond, "Volonté individuelle et filiation par le sang", Rev. trim. dt. civil, 1982, p. 538 s. plus concrètement, v. C. Larrieu, "Paternité naturelle et insémination artificielle, note sur C.A. Toulouse, 21 septembre 1987, Les Petites Affiches, 1987, n° 147, p. 20 s.

(69) V. par ex., l'analyse de M. Drapier, "La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, dix ans après : histoire d'un compromis", R.D.P., 1985, p. 443 s.

sociale pré- et post- natale, l'arsenal juridique d'une politique nataliste engage les femmes plus que les hommes (70).

Et la femme est dépossédée de son sexe... sauf... lorsque le mythe d'Eve tentatrice et séductrice surgit pour la séparer de celui de Marie, dans le miracle toujours neuf de la naissance.

La seconde différenciation qui signifie la mise en jeu de la "femme-objet", pourrait s'expliquer par le viol (71). La femme-sexe est à l'opposé de la femme-mère : le mystère de la procréation disparu, reste le corps de la femme, corps "nu", sans protection, investi d'une charge symbolique par rapport aux thèmes de la "nature de l'homme"..., qui justifiait autant le droit de "cuissage", par la fonction d'appropriation (72), que l'expression d'un désir de domination familiale (73). Le corps de la femme "fermé" devient l'expression d'une frustration permanente des hommes : *"Dans une société... enfermée dans la rigidité des codes sociaux et culturels, on voit fonctionner de manière circulaire le double ressort du malheur humain : la négation de toute liberté pour les femmes et le contrôle permanent auquel elles sont soumises sont le creuset des frustrations masculines. Ainsi s'exprime, souvent dans la violence, une virilité qui ne peut se vivre dans l'échange puisqu'elle obéit au devoir de domination..."* (74).

Ainsi, la femme-objet, considérée à travers son sexe, n'a de spécificité que par le jeu combiné de "conquête" et de "danger", deux pôles d'un même processus.

Dans le viol, la mise en scène symbolique de la domination masculine est incontournable : acte de force, acte de violence, acte de pénétration (75) qui oblige la reddition, la soumission. Les femmes sont les premières exposées au viol (76).

(70) Qui conduit justement à une "légitimisation" de la procréation artificielle, v. J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme...", 1987, op. cit., p. 75 s. V. sur les incitations natalistes, Haut Comité Consultatif de la population et de la famille, "Mesures pour une politique démographique", La Doc. fr., 1968 .. et aujourd'hui de plus en plus fréquentes et ponctuelles.

(71) V. S. Brownmiller, "Le viol", 1976, op. cit. ; v. aussi F. Giraud, "Viol et société coloniale : le cas de la Nouvelle Espagne au XVIII^e siècle", Ann. Eco. Soc. Civ., 1986, p. 625 s.

(72) Le rejet de la féodalité concernait donc les femmes... du droit du seigneur sur l'homme, au droit du seigneur sur la femme de l'homme. Le lien de dépendance homme-homme emporte le lien d'assujettissement homme-femme.

(73) V. O. Philippon, "L'esclavage de la femme dans le monde ou la prostitution sans masque", éd. P. Téqui, 1958, v. entre autres, J.L. Flandrin, "Familles, parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société", éd. Hachette, 1976...

(74) C. Dauphin, A. Farge, G. Fraisse, "Culture et pouvoir des femmes...", op. cit. Ann. ESC, p. 279, à propos de l'analyse de l'ouvrage de M.E. Handmann, "La violence et la ruse ; Hommes et femmes dans un village grec", Edisud, 1983.

(75) Comme un rappel de la définition juridique du viol "tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise...", v. J. Devèze, "La sexualité en droit pénal...", op. cit., p. 297 s.

(76) V. S. Brownmiller, "Le viol", op. cit., 1976.

Mais cette exposition est le résultat des confrontations de la femme par rapport aux images qu'elle véhicule : dépendance d'un homme, et attachée à une sphère. La répartition des tâches que signifie la division sexuelle, indique le lieu de la violence masculine contre la femme.

F. Giraud, dans une étude spécifique à la Nouvelle Espagne, note certaines caractéristiques qui n'ont pas perdu leur actualité (77). Ainsi, autant le mépris de la femme que la frustration sexuelle de l'homme arment le processus de violence. Lorsque seule à la maison, la femme est violée par un autre que son mari, le viol est une conquête du territoire du mari absent, et l'honneur de la femme est lié à celui du mari (78) ; par contre, à l'extérieur, les agressions ont lieu *"loin des regards, dans les champs ou sur la route, royaume des muletiers et colporteurs, où la présence de la femme est incongrue. Les territoires de celle-ci sont d'ailleurs nettement définis. Si au marché ou au lavoir, elle exerce une fonction collectivement établie, sa présence à la taverne ou sur la route est dangereuse..."* (79). Mais le danger est-il défini à son égard ou à l'égard de l'homme ?

Car, *"quand la femme sort, elle quitte son territoire, et pour peu que l'heure soit insolite, sa présence inhabituelle appelle l'agression. C'est que, en tant que femme mondaine, femme des rues, elle est à la recherche d'une aventure, qu'elle est déjà presque une prostituée..."* (80). La présence de la femme "hors" des limites que la morale lui assigne fait de la femme l'agent provocateur, comme le début d'un consentement à l'agression... et le viol se défait de sa composante criminelle par le jeu du consentement de la victime (81), et disparaît dans le mariage par l'obligation de "consommation du mariage", de "commerce sexuel", de devoir de procréation, d'obéissance de la femme à son mari... (82).

(77) F. Giraud, "Viol et société coloniale..." Ann. ESC, 1986, op. cit.

(78) V. S. Brownmiller, "Le viol", op. cit., 1976, p. 343 s (qui s'exprime en deux temps, p. 349 : "...Les études ethnologiques des peuples primitifs montrent que le viol est considéré comme une expression de virilité, comme une marque du concept de propriété appliqué aux femmes et comme un mécanisme de contrôle social destiné à maintenir les femmes dans le rang...").

(79) F. Giraud, "Viol et société coloniale...", Ann. ESC, 1986, p. 632.

(80) F. Giraud, id., p. 632 ; v. F. Dekeuwer-Defossez, "Dictionnaire... droits des femmes", 1985, op. cit., p. 450 s (p. 451 : "Le procès de la victime concernera aussi sa moralité. Sans doute, juridiquement le viol est-il aussi répréhensible lorsqu'il est commis sur la personne d'une prostituée que d'une jeune fille, mais l'immoralité habituelle de la victime a pu faire croire au coupable que son défaut de consentement n'était pas sérieux, ou pas réel...").

(81) V. entre autres, D. Mayer, "Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 20 décembre 1980", D. 1981, chr. 1975, t. 2, p. 157 s., p. 283 s. ; à propos du "consentement", v. les obs. de P. Nuovolone, "La victime dans la genèse du crime", in Mel. M. Ancel, éd. Pedone.

(82) Le viol dans le cadre du mariage serait-il "légal" ? Certains l'ont pensé en faisant le rapprochement entre le "devoir conjugal" et l'obligation de fidélité : obligation de relations sexuelles ?

L'éternel retour au péché originel est détourné par la clôture de la femme dans la maternité : la femme n'aurait-elle pas un droit à être, à être libre d'aller et venir, de circuler... à l'instar de l'homme ?

3 - Egalité et maternité

La fonction de la maternité est la source de la différenciation sexuée des devoirs et des droits de l'homme/de la femme.

Longtemps rattachée à la détermination des liens de parenté et au "mariage", la maternité a refusé à la femme son individualité. Ainsi, dans l'Ancien Régime, *"la femme n'est pas un individu. La famille dont elle est la clef de voûte expulse de son propre corps l'individualité dont elle est, en la personne de chacun de ses membres, porteuse. C'est ce sacrifice de l'individualité que la femme accomplit comme épouse puis comme mère. Elle l'assume au nom de la communauté familiale toute entière..."* ; donc, elle en dispense les enfants et le père *"qui produit quant à lui le concept et la matière de l'individualité familiale... (patronyme et patrimoine)..."* (83).

L'avènement de la Révolution délivre la femme de cet état permanent d'objet : mais l'accès à la condition civile demeure théorique (84). Si le mariage demeure un choix, en tant que contrat civil, il ne renie pas directement le statut de "dépendance" de la femme. Et désormais, la dépendance acquiert la qualité de "naturelle", idée à laquelle adhère la morale (et la religion).

Le mariage se confond avec la maternité (encore que la "nature" se passe de l'institution, et les naissances hors-mariage ne sont pas rares... le Droit saisit l'enfant plus que la mère, soit pour le retirer d'un statut contraire à son intérêt propre (85), soit pour lui faire porter le poids de la faute de la mère, comme la distinction entre enfant légitime et enfant illégitime (naturel ou adultérin).

Le devoir de procréation qu'il soit "obligation" pour la femme (ce qui suppose la répudiation de la femme stérile, comme si la stérilité n'avait de nature que féminine) ou "recommandation" envers le couple (ce qui justifie la notion

(83) E. Guibert-Sledziewski, "Naissance de la femme civile...", La Pensée, 1987, op. cit., p. 38/39.

(84) V. C. Capitan, "L'abolition de l'Ancien Régime, question...", Temps Modernes, 1987, op. cit. V. dans une perspective générale, l'ens. des contributions à "Une histoire des femmes est-elle possible" sous la dir. de M. Perrot, éd. Rivages, 1984.

(85) V. F. Fortunet, "Sexualité hors-mariage à l'époque révolutionnaire : les mères des enfants de la nature", in "Droit, histoire et sexualité", prés. par J. Poumarède et J.P. Royer, éd. L'espace juridique, 1987, p. 187 s.

d'indissolubilité du mariage (86) établie par la religion chrétienne, catholique), invite le Droit à s'occuper des comportements sexuels, des processus de fécondité/stérilité.

Dans la sphère des conduites sexuelles, la question de la maternité s'inscrit en fonction de la "fidélité" de la femme. L'adultère est d'autant plus réprimé qu'il induit le risque de dénaturalisation de la filiation envers le père. Pourtant, lorsque les techniques de procréations assistées s'intéressent à l'insémination artificielle de la femme, par le seul don du sperme d'un inconnu, comme palliatif à la stérilité du mari, le Droit ne s'offusque pas de la dissociation entre paternité légale et paternité biologique (87) : la dépénalisation de l'adultère en indiquait les voies, la valorisation de la maternité dans la fonction d'indissolubilité du mariage en signifiait les circuits, et l'homme demeure encore "socialement" le centre de l'entité familiale au regard du droit (ce, même si la notion de chef de famille a disparu).

L'adultère ne désignait pas le sexe féminin, mais le risque que la femme prenait d'enfanter d'un fils ou d'une fille dont le mari ne serait pas le père. Ce tabou étant déclassé, la qualité de la maternité en est valorisée.

Toutefois, du devoir de procréation est né le "désir" de procréation, et non le désir de fécondation : la maternité, d'unitaire, est devenue décomposée... (88). Et dans ce processus, s'exprime l'impossible égalité des sexes...

En effet, alors que l'insémination artificielle, comme le transfert d'embryon constitué à partir des gamètes du couple, et inoculé à la femme, ne remettaient pas en question la parenté "biologique" minimale de l'un ou de l'autre, le recours aux "mères de substitution" (89) engage le débat autant sur le terrain juridique, que sur le terrain médical et éthique, qu'encore sur le plan psychologique, autant pour les "parents" que pour l'enfant.

La déstabilisation du droit est née de la défection de la maternité : la seule certitude de filiation échappe à l'emprise de l'homme (90). En effet, de plus en plus les notions de "droit

(86) Que B. Tabbah énonce en "droit naturel secondaire" in "La nature humaine, fondement premier du droit" op. cit., p. 236.

(87) V. C. Larrieu, "Paternité naturelle et insémination artificielle...", Les Petites Affiches, 1987, op. cit. ; G. Cornu et C. Labrusse-Riou, "Droit de la filiation et progrès scientifique", éd. Economica, 1982. J. Rubelin-Devichi, "Réflexions sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation", Mél. J. Vincent, éd. Dalloz, 1981, p. 376 s.

(88) Le processus de décomposition est d'ordre médical : conception, gestation sont différenciés. "3 femmes" jouent un rôle dans la maternité de substitution : l'une génétique, l'autre gestatrice, et la troisième, sociale...

(89) V. C. Atias, "Le contrat de substitution de mère", D. 1986, chr. p. 67.

(90) V. entre autres, A. Sériaux, "Droit naturel et procréation artificielle", op. cit., D. 1985 ; F. Terré, "L'enfant de l'esclave...", 1987, op. cit., P. Kayser, "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle", D. 1987, chr. p. 189 s. ; L.

naturel", de "nature humaine" ou de filiation "naturelle" sont évoquées, comme réaffirmées, proclamées. Ainsi, par exemple, pour certains auteurs *"seule compte l'hérédité génétique pour rattacher l'enfant à sa mère. La gestation ne représente qu'un tractus prénatal, un élément qui peut être pris en compte pour la possession d'état..."* (91), ce qui rapprocherait la filiation maternelle de la filiation paternelle dans le cadre de leur traitement juridique. Mais, ainsi que C. Neirinck le précise : *"La filiation biologique se veut reflet juridique d'un phénomène naturel. Or, pour qu'un enfant vienne au monde, trois éléments doivent impérativement être réunis : du sperme, un ovule et un utérus. Les rôles biologiques de l'homme et de la femme ne sont donc pas identiques. S'il est vrai que paternité génétique et paternité biologique sont synonymes, il n'en va pas de même pour la maternité où l'apport des gamètes n'épuise pas la fonction biologique..."* (92).

Et le constat de cette "inégalité", résultat de l'expérience scientifique, déforme les rapports homme/femme dans le cadre de la reproduction... Quel avenir dessine-t-il pour les femmes ? Le Droit s'occupe d'en limiter les effets : l'accouchement désigne la mère (93).

Et, dans ce cadre, la "mère porteuse" serait toujours la mère de l'enfant à naître, de l'enfant né, même non biologiquement, génétiquement lié à elle (94). En tout état de cause, la femme n'échapperait pas à la grossesse, elle est liée à son état "visible" de mère.

Cette désignation fait effectivement surgir le problème de la réglementation des procédés de "procréation médicalement assistée". Mais l'appel à la "nature humaine" exige une redéfinition des valeurs : *"Faire revivre la référence aux droits de l'homme, conçu non comme une monade abstraite, libre de tous ses désirs et jusqu'à la négation de lui-même, mais comme un être de relations*

Aussier-Andrieu, "Le droit devant les nouveaux modes de procréation...", op. cit., Les Petites Affiches, 1988.

(91) C. Neirinck présentant les opinions de M. Bandrac (in "Réflexions sur la maternité", Mél. P. Raynaud, 1985, p. 27 s.) "Quand passent les cigognes", op. cit., Les Petites Affiches, 1987.

(92) C. Neirinck, id. p. 21.

(93) La difficulté que le droit a de prendre en compte le phénomène des mères porteuses est signifié en ces termes : l'enfant n'aurait pour mère véritable que la mère qui l'a enfanté. La question de la vérité biologique n'est donc pas abordée. Le seul ancrage juridique est que le "corps de l'homme ne peut pas faire l'objet de commerce", que l'enfant n'est pas une chose du commerce, que l'abandon d'enfant dans un esprit de lucre est criminel... etc. v. C.E. 22 janvier 1988, "Association les Cigognes", op. cit.

(94) V. J. Rubelin-Devichi, "Le droit, la bioéthique et les nouvelles méthodes..." in "Neuropsychiatrie de l'enfance", 1987, op. cit., p. 122 s. (sur les mères porteuses) ; v. aussi F. Laborie, J. Marcus-Steiff et J. Moutet, "Procréations et filiations - logique des conceptions et des nominations", Cah. L'homme, 1985, n° 95, p. 5 s.

faites de réciprocité et de respect mutuel, passe par la priorité de consacrer d'abord les droits de l'autre pour éviter que cette relation ne dérive en un rapport de maître à esclave, qui est aussi une relation..." (95).

Que le droit "à" l'enfant ne déconsidère pas le droit "de" l'enfant est une chose, mais il faudrait éviter la seule réglementation à l'égard de la femme : les processus d'insémination artificielle n'ont pas suscité autant de débats ! (96). Quand la maternité est remise en cause, le droit s'en mêle, et s'emmêle... au détriment de la femme.

Et la morale intervient, au-delà même des notions d'éthique médicale (97), en réitérant les thèmes d'un prétendu droit naturel : le droit à assurer sa descendance, certes, mais dans le cadre du mariage, puisque ce serait le seul lieu de "stabilité juridique" pour l'enfant à naître, comme un moyen d'établir une véritable filiation juridique, et non pas seulement sociale, pour la transmission du nom, des biens...

Quant à l'égalité...

Quant à l'égalité, l'édiction de textes divers tendant à l'assurer, à réprimer les comportements discriminatoires (98) et à lui donner une valeur incontestable, suffirait-elle ? Le principe de l'égalité des sexes demeure encore sujet à des variations. En fait, *"nul n'aurait proclamé l'égalité des sexes si l'un des deux (oublié en 1789) n'avait été victime de discriminations. Mais la dénonciation de cette injustice a fait surgir le droit..."* est-ce pour autant que *"...le principe d'égalité devient naturel faute de raisons valables à lui opposer..."* (99) ?

Cette considération conduirait à reconnaître au droit positif une force d'imprégnation, une valeur d'inculcation morale, un effet direct dans les sphères sociales, à l'égard des mentalités. Or, tant que *"les comportements sexistes ne seront pas considérés socialement déviants, toute répression est vouée à l'incompréhension et à l'ineffectivité..."* (100). Les difficultés de la reconnaissance pleine et entière d'une égalité juridique entre l'homme et la femme dérivent de ces jeux : la résistance des mentalités face à

(95) J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, "Produire l'homme...", 1987, op. cit., p. 14.

(96) V. A. Sériaux, "Droit naturel et procréation artificielle...", D. 1985, op. cit.

(97) Sur cet aspect, v. entre autres, D. Thouvenin, "Ethique et droit en matière biomédicale", D. 1985, chr. p. 21 s.

(98) Ces éléments relatifs au droit du travail n'ont pas fait l'objet de développements, v. toutefois, sur la notion de discrimination, R. Lapidot, "L'égalité des sexes ou l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe", in "Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels", Ann. Fac. Dt, Strasbourg, 1980, p. 193 s. ; D. Lochak, "Réflexion sur la notion de discrimination", Dt. soc., 1987, p. 778.

(99) P. Jestaz, "L'avenir du droit naturel...", Rev. trim. dt. civ., 1983, op. cit., p. 248.

(100) F. Dekeuwer-Defossez, "Dictionnaire... - Droit des femmes", op. cit., p. 139.

cette notion "exigée" d'égalité est telle que le "sexisme" est considéré comme un acquis de l'inconscient collectif... jusqu'à être inclus dans l'analyse psychanalytique des processus de structuration mentale, des mécanismes d'identification et personnalisation, de socialisation des individus.

L'idée de la domination masculine persiste... mais elle est en instance de défection par la remise en cause du "pouvoir de maternité" de la femme...

HISTOIRE

LE REFERENT ANTIQUE DANS L'ITALIE FASCISTE (*)

Par

Antoine LECA

*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

*"Quanto si ingannano coloro che a
ogni parola allegano e' Romani !"*
F. GUICHARDIN (1483-1540)

La prise de Rome par les barbares d'Odoacre en 476, si elle a mis un terme à l'histoire académique de l'Antiquité, n'a pas empêché celle-ci de commencer alors une seconde une vie dans le domaine des idées. En effet, son influence posthume sur l'Occident moderne a été très vive (1), notamment au XVIIIème siècle, en matière idéologique (2) et l'exemple de la révolution française est peut-être le plus significatif à cet égard (3).

(*) Conférence prononcée le 30 novembre 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) "Influence de la Grèce et de Rome sur l'Occident moderne", Actes du Colloque de décembre 1975 (Paris, E.N.S. Tours), Société d'édition "Les Belles Lettres", Paris, 1977 ; R. Bolgar, "Classical influences on Western Thought" AD 1650-1870, Cambridge University Press, 1979.

(2) L. Bertrand, "La fin du classicisme et le retour à l'antique dans la deuxième moitié du XVIIIème siècle et les premières années du XIXème siècle en France", Paris, Fayard, 1897 ; A. Leca, "L'Antiquité et la révolution corse (1736-1768)", Actes du Colloque de Bastia de l'Association Française des Historiens des Idées Politiques, A.F.H.I.P., vol. 3, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985, p. 183-194 ; "L'Antiquité vue par le siècle des Lumières", Colloque de Paris, 30 nov.-1er décembre 1985.

(3) H.T. Parker, "The cult of Antiquity and the French revolutionaries - A study in the development of the revolutionary spirit", University of Chicago Press, 1937 ; F. Diaz-Plaja, "Griegos y Romanos en la Revolucion francesa", Revista del Occidente, Madrid, 1960 ; J. Godechot, "L'influence de l'Antiquité à l'époque de la Révolution", Index, 7, 1977, p. 45-57 ; V. J. Bouineau, "1789-1799, Les Toges du pouvoir ou la

Or, si en France le mouvement antiquisant déclina après le Consulat et le premier Empire (4) et si les modèles politiques grecs et romains y apparurent de plus en plus dépassés (5), notamment en matière de liberté (6), en dépit d'éphémères tentatives sous le Second Empire (7), il n'en fut pas de même ailleurs.

En effet, il n'en a pas été de même en Italie, où le référent antique a toujours été présent dans l'histoire des idées politiques (8).

Révolution de droit antique", Thèse d'Etat, Toulouse, Association des Publications de l'Université de Toulouse-le-Mirail et édition Eché, 1986, et, du même auteur, "Le référent antique dans la révolution française : légitimation d'une société sans l'Eglise", Actes du Colloque de Lyon de l'Association française des Historiens des Idées Politiques, A.F.H.I.P., vol. 4, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 240-258 ; H. Morel, "La Révolution française et l'Antiquité", in "Les principes de 89", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989.

(4) J.C. Assali, "Napoléon et l'Antiquité", Thèse d'Etat, Aix-en-Provence, 1982.

(5) Ce déclin, qui procède de la perte du sentiment d'une identité profonde entre le présent et le passé antique, se rencontre d'abord chez les Idéologues, notamment Volney (M. Askolnikoff, "Volney et les Idéologues : le refus de Rome", Revue Historique CCLXVII/2, avril-juin 1982, p. 357-373).

(6) La distinction entre la liberté des Anciens et celle des Modernes apparut pour la première fois avec netteté chez B. Constant et Mme de Staël en 1798 ("Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République française"). Par la suite, elle fut reprise par Daunou en 1818, Constant en 1813 ("De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne", in "Oeuvres", Gallimard, 1957, p. 1010-1011) et surtout en 1819 ("De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes", Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, reproduit intégralement in "De la liberté chez les Modernes", Pluriel, Librairie Générale Française, 1980), Sismondi en 1817 ("Histoire des républiques italiennes du Moyen-Age", dernier tome, chap. VIII) et Chateaubriand en 1825 ("Voyages", O.C., t. VIII, Paris, 1832, p. 19), pour s'en tenir à la Restauration.

(7) Sous le Second Empire, plusieurs auteurs cherchèrent à exalter le nouveau régime en s'appuyant sur l'antiquité romaine, notamment R.T. Troplong (M. Ganzin, "La Monarchie Bonapartiste : une idéologie ?", Actes du Colloque de Bastia, op. cit., p. 78). Louis-Napoléon lui-même rédigea une "Histoire de Jules César" (Paris, 1865, 2 vol.). C'est en réaction contre ces tentatives que J.J. Ampère publia en 1857 son "Histoire romaine", fertile en allusions contre le régime bonapartiste (Archives nationales, F 18 412, p. 103) et G. Coquille, son réquisitoire posthume ("Du Césarisme dans l'antiquité et dans les temps modernes", Paris, 1872, 2 vol.), qui est l'oeuvre d'un opposant monarchiste, hostile à Napoléon, à César comme à tout "plébéianisme couronné" (t. 1, p. 340).

(8) Dante Alighieri (1265-1321) se référait volontiers à l'héritage universaliste de la Rome impériale (M. Vaussard, "De Pétrarque à Mussolini, évolution du sentiment nationaliste italien", A. Colin, 1961, p. 13).

Pétrarque (1307-1374) et Cola di Rienzo (1313-1354) se réclamaient également de l'Empire, mais dans une perspective différente, caractérisée par l'émergence d'un sentiment national italien. En effet, c'est sur la terre d'Italie qu'ils voulaient voir reconstruire et revivre un nouvel Empire (E.A. Albertoni, "Histoire des doctrines politiques en Italie", P.U.F., 1981, p. 40 s. et, du même auteur, "Storia delle dottrine politiche in Italia", Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1985, p. 69 s. ; M. Vaussard,

A l'aube du XIX^{ème} siècle, il est même devenu un élément vivant du débat politique avec le Vénitien Vittorio Barzoni (9) et, malgré diverses attaques (10), il ne disparut pas de la pensée politique italienne (11) jusqu'à la seconde guerre mondiale (12).

On le rencontre ainsi à l'origine du nationalisme contemporain, chez Enrico Corradini (13), notamment dans son "Giulio Casare" de 1902 (14), chez G. Papini (15), Gabriele

op. cit., p. 5).

Machiavel (1469-1527), rompant plus radicalement encore avec l'universalisme impérial, s'intéressait plutôt à la République romaine (A. Vaussard, op. cit., p. 17). Cette inflexion s'explique également par son attachement au thème du régime mixte ("Discours sur la première décade de Tite-Live", I, II ; in "Oeuvres complètes", Gallimard, 1952, p. 387), sa préférence pour l'élection, plus efficace que l'hérédité (ibid, I, XX ; p. 434), et enfin sa conviction que l'Empire avait assassiné les vieilles libertés romaines (ibid, I, XXXVII, p. 463).

Tous les auteurs italiens qui, au long des siècles d'effacement et de servitude que connut la péninsule en face de monarchies plus puissantes, se sont également appuyés sur l'Antiquité : Pietro Bembo (1470-1574), l'Aristote (1474-1533) et G. Guidiccioni (1500-1541) au XVI^{ème} siècle, T. Boccalini (1556-1613), V. da Filicaia au XVII^{ème}, Vico, Muratori, Genovesi au XVIII^{ème} (M. Vaussard, op. cit., p. 5, 21 à 25).

Aux XVIII-XIX^{ème} siècles, la référence à l'Antiquité romaine se retrouve aussi bien chez les partisans de l'absolutisme, qui se réclament de la tradition impériale et papale, comme Vincenzo Monti (1754-1828) (P. Treves, "Lo studio dell'antichia classica nell'Ottocento", vol. 4, Torinon, Einaudi, 1976), que chez les auteurs révolutionnaires, qui se prévalent de l'héritage de la République, comme Ugo Foscolo (1778-1827) (E.A. Albertoni, "Histoire des doctrines politiques en Italie", op. cit., p. 104-105).

(9) Dans "I Romani nella Grecia" (1798), Barzoni (1767-1843) systématisa l'opposition entre la nouvelle Carthage, l'Angleterre, et la nouvelle Rome, l'Empire de Napoléon (E.A. Albertoni, "Histoire des doctrines politiques en Italie", op. cit., p. 105 ; "Storia delle dottrine politiche in Italia", op. cit., p. 244-245).

(10) Sans parler du précédent créé par le Florentin F. Guichardin (1483-1540), dans sa "Storia d'Italia" (1537-1540), la première en règle est sans doute celle de Melchiorre Delfico (1744-1835), qui s'en prit vivement au mythe de la grandeur de Rome ("Pensieri su l'Istoria e sull'incertezza ed inutilità della medesima", Forli, 1808) et n'épargna même pas le droit romain ("Ricerche sul vero carattere della Giurisprudenza romana e de' suoi cultori", 1791).

(11) L'indépendance obtenue, les réminiscences antiques abondent chez tous les auteurs qui cherchent à justifier une politique de conquête, notamment Mazzini (1805-1872), qui aspire à voir l'Italie s'étendre du Var au Quarnaro et retrouver la Corse ("Note autobiografiche", in "Scritti di G. Mazzini - Politica ed Economia", Milano, Biblioteca classica Sonzogno, 1929, t. 1, p. 33). Avant Campo-Fregoso il s'appuie sur "l'époque glorieuse des Romains" (Campo-Fregoso, "Il primato italiano", 1873, p. 169), pour légitimer la prétention de l'Italie au contrôle de la Méditerranée du Sud, "comme l'avaient fait jadis les aigles de Rome" (F. Chabod, "Storia della Politica estera italiana dal 1870 al 1896", t. 1 : "Le premesse", Bari, Laterza, 1951, p. 194).

(12) En revanche on ne le retrouve plus guère depuis la chute du fascisme. L'hymne officiel de la République italienne, "Fratelli d'Italia", se réfère certes à Scipion ("l'Italia s'è desta, dell'elmo di Scipio s'è cinta la testa"), mais ce chant, composé par G.G. Mameli (1827-1849), date du début de siècle dernier.

(13) (1856-1931).

(14) R. Paris, "Les origines du Fascisme", Flammarion, Paris, 1968, p. 23.

(15) M. Ostenc, "Intellectuels italiens et Fascisme (1915-1929)", Payot, Paris, 1983, p. 10.

d'Annunzio (16), parmi les collaborateurs de la revue "Il Regno", fondée en 1903 (17), et de l'"Idea Nazionale" à partir de 1911 (18).

Il s'est simplement métamorphosé au cours du temps : on pourrait dire, très approximativement (19), que la référence à l'antiquité a revêtu trois formes.

Elle est d'abord apparue, au Moyen-Age, comme le point de départ obligé d'un discours à vocation impériale et universaliste.

Au moins dès le XVIème siècle, elle est devenue une école de civisme et de grandeur morale, voire un modèle de vertu républicaine, propre à galvaniser l'énergie des opprimés.

Enfin, au crépuscule du XIXème siècle, elle se transforma progressivement en légitimation historique d'une politique d'expansion territoriale (19).

C'est là un trait que l'on rencontre dans le fascisme, qui a littéralement idolâtré l'antiquité romaine.

(16) M. Vaussard, op. cit., p. 155 ; M. Gallo, "L'Italie de Mussolini", Marabout-Université, 1980, p. 26. Il arrivait au poète de signer du nom de Gabriel Nuntius ("Correspondance d'Annunzio-Mussolini", Ed. Buchet-Chastel, Paris, 1974, p. 173. Sur G. d'Annunzio (1863-1938), cf. "Scritti politici di Gabriele d'Annunzio", Introduction de P. Alatri, Milano, Feltrinelli, 1980.

(17) D. Frigessi, "La cultura italiana del Novecento attraverso le riviste. I - Leonardo, Hermes, Il Regno", Torino, Einaudi, 1960 ; G. Papini, G. Prezzolini, "Vecchio e nuovo nazionalismo" (1914), Roma, Volpe, 1967, p. IV ; R. Paris, op. cit., p. 24.

(18) Ibid., p. 26.

(19) Ces trois aspects du mouvement antiquisant dans l'histoire des idées politiques italiennes ne correspondent pas à trois périodes absolument distinctes.

La référence à l'universalisme de la Rome impériale et papale ne s'est pas tarie avec le "Risorgimento" : V. Gioberti (1801-1852) accordait encore une place prépondérante à la Papauté (M. Vaussard, op. cit., p. 53).

La tradition républicaine s'est toujours conservée dans les cités italiennes du Moyen-Age, prenant appui naturellement sur l'exemple illustre de la république romaine avant César et l'exaltation du civisme romain trouve encore des échos après l'indépendance (M. Ostenc, op. cit., p. 9).

La glorification de la politique de conquête a des précédents avant le XIXème siècle.

Par ailleurs, ce schéma est très simplificateur. En effet, il occulte des nuances importantes. Le voeu de voir renaitre l'Empire rapproche des auteurs que bien des différences séparent : l'aspect nationalitaire des projets de Pétrarque ou de Cola di Rienzo, qui réservait l'élection de l'Empereur à la "Sacra Italia" ("Storia delle dottrine politiche in Italia", op. cit., p. 71), ne se retrouve pas chez Dante, la volonté d'une synthèse du double héritage païen et chrétien, qui anime Cola, est étrangère à Marsile de Padoue (1275-1432). La référence à la Romanité comme levier du Risorgimento pousse Mazzini (1805-1872) à se référer à la Rome républicaine (M. Vaussard, op. cit., p. 49 ; S. Romano, "Histoire de l'Italie du Risorgimento à nos jours", Seuil, Paris, 1977, p. 20), Vincenzo Gioberti (1801-1852), à la Rome impériale. Enfin, le recours à l'Antiquité dans le nationalisme contemporain n'a pas forcément de connotation impérialiste : G. Carducci a ainsi condamné l'expédition d'Ethiopie en 1887 ("Opere di G. Carducci", t. XII, "Confessioni e battaglie", Bologna, Zanichelli, 1902, p. 340) et rejeté les aventures étrangères ("Poesie", Bologna, Zanichelli, 1908, pp. 966-967).

A défaut d'avoir été réellement expliqué, le fait a souvent été mentionné (20).

Les quelques auteurs qui en ont esquissé une analyse n'y ont vu qu'un discours de propagande (21), en quelque sorte un plaquage artificiel, destiné à justifier des ambitions impérialistes, bien réelles quant à elles (22). Assurément, si les références antiques dans l'Italie de Mussolini ne sont que de "pures formes", masquant un phénomène de fond, leur étude ne répondrait qu'à une curiosité érudite et serait absolument inutile pour comprendre le fascisme. Mieux vaudrait alors les écarter et étudier directement la réalité dont ce vernis antiquisant n'est que l'expression.

En fait cette position est trop réductionniste : le référent antique dans l'Italie de l'entre-deux-guerres est beaucoup plus qu'une opération de propagande : ses racines sont pluri-séculaires (23) et sa portée est autrement plus profonde, elle dépasse largement les seules préoccupations d'ordre expansionniste.

C'est du moins ce que cet article souhaiterait démontrer.

Avant de s'efforcer de dégager la portée du discours antiquisant dans l'Italie de cette époque (III), il paraît opportun, de donner d'abord une brève vue d'ensemble de l'étendue de l'imprégnation antique (I), avant de tenter d'analyser l'utilisation qui en a été faite, tout au long du "ventennio" fasciste (II). En effet, l'antiquité est une globalité abstraite : dans la pratique ce sont certains épisodes antiques qui sont sollicités et dans certaines occasions. En d'autres termes, c'est le choix nécessairement sélectif des références et les circonstances dans lesquelles elles interviennent qui, seuls, peuvent permettre de comprendre la portée du phénomène.

(20) Il serait inutile de mentionner ici les ouvrages qui, traitant du Fascisme (cf. bibliographie in "Revue Française de Science Politique", vol. XVIII, n° 6, décembre 1968), font allusion à l'antiquité. Presque tous constatent le phénomène.

(21) Voir par exemple N. Valeri, "Da Giolitti a Mussolini", Milano, 1956 ; S. Bernstein, P. Milza, "L'Italie Fasciste", A. Colin, Paris, 1970 ; M. Ostenc, "Intellectuels italiens et Fascisme (1915-1929)", Payot, Paris, 1983.

(22) P. Guichonnet, "Mussolini et le Fascisme", P.U.F., 1974, p. 82.

(23) Cf. notes n° 8, 9 et 11.

I - L'ETENDUE DE L'IMPREGNATION ANTIQUISANTE

Elle est à la fois circonscrite dans ses sources et considérable dans son intensité.

L'antiquité à laquelle se réfère le fascisme est exclusivement romaine, ce qui n'était pas le cas de la pensée politique italienne du XVIème siècle (24). Par ailleurs le discours romanisant à l'époque fasciste est essentiellement centré sur l'Empire, avec une préférence marquée pour le Principat (25) et plus précisément encore l'époque de César (26), qui l'annonçait, et celle d'Auguste (27), qui l'a porté sur les fonds baptismaux.

La relative étroitesse de ce soubassement historique contraste vivement avec l'intensité de l'inspiration qui y est puisée : en effet, les références au passé antique sont à la fois nombreuses et profondes.

Nombreuses tout d'abord. Il est évident que les thèmes romanisants sont omniprésents.

Dès 1920, Mussolini exaltait "Rome, verbe magique qui remplit toute l'histoire pendant vingt siècles" (28). Le 30 octobre 1922, appelé par le Roi pour former un nouveau gouvernement, il déclara aux "Chemises Noires" venues l'accueillir : "L'Italie est entre nos mains (...) nous jurons de lui rendre sa grandeur passée" (29).

(24) H. Morel, "La renaissance de Sparte", A.F.H.I.P., t. 4, P.U.A.M., Aix, 1986, pp. 210-214.

(25) Parallèlement, l'insistance est mise, dans l'avènement de ce dernier, sur le rôle décisif joué par le chef, le guide. En 1902 déjà, Corradini avait exalté le génie et la force de Jules César, "en totale antithèse, précisait-il, avec la vision démocratique positive, alors à la mode, de la formation de l'Empire" (J. Ploncard d'Assac, op. cit., p. 107).

(26) La collection intitulée "Mussolinia" publie chaque mois des opuscules comme "Les deux marches sur Rome : César et Mussolini" (M. Gallo, "L'Italie de Mussolini", op. cit., p. 210) et le Duce est volontiers présenté comme un "César moderne". ("New York Herald Tribune", 21 novembre 1925). La comparaison n'était pas pour lui déplaire car il éprouvait beaucoup d'admiration pour le conquérant des Gaules (M. Gallo, op. cit., p. 210).

(27) "Scritti", IV, op. cit., p. 244. En 1937, le cardinal Schuster, inaugurant les cours de "mystique fasciste" compara Auguste et Mussolini, "sauveurs de l'Etat, fondateurs de l'Empire" (H. Michel, "Les fascismes", P.U.F., 1977, p. 36).

(28) Discours de Trieste, 20 septembre 1920, (M. Gallo, "L'Italie de Mussolini", op. cit., p. 167).

(29) "Mussolini sous le masque du dictateur", Miroir de l'Histoire, n° B 278, décembre 1973, p. 46.

Dès lors, ce serment de ressusciter la Rome antique et d'affirmer sa continuité vivante dans le fascisme ne se démentit plus. La célébration chaque année, le 21 avril, du "Natale di Roma" (30), symbolise bien cette préoccupation.

En fait, l'on pourrait sans doute parler d'obsession, pour reprendre le terme de F.T. Marinetti (31). Les thèmes antiques abondent en effet au-delà des discours officiels.

La titulature fasciste est toute entière imprégnée de références romaines. Dès l'organisation de la marche sur Rome, Balbo, de Bono, Bianchi et de Vecchi reçurent le titre de "quadrumvirs" (32). Mussolini reprit à son compte, en l'italianisant, le terme de "Dux". Lorsque le Parti constitua sa milice, les "Principi", il la divisa en sections, centuries, cohortes et légions, chacune d'elles commandées par un Consul (33).

Au-delà des dénominations, il est tout un style antiquisant qu'Achillo Starace, secrétaire du Parti de 1931 à 1939, chercha à imposer : le salut romain, le bras levé obliquement, de préférence à la poignée de main bourgeoise (34), ou le "pas romain" (35). Dans la même perspective, G. Bottai (36), dans sa revue "Critica fascista", militait pour le retour systématique au tutoiement, "expression de l'universalité romaine" (37).

L'étude des chants de l'époque révèle une abondance de symboles romains : la "Déesse Rome" (38), le laurier sacré du Capitole (39), le feu de Vesta (40), "les aigles de l'Empire" (41) ou

(30) M. Vaussard, op. cit., p. 247 ; J. Ploncard d'Assac, "Doctrines du Nationalisme", Chiré 1978, pp. 123-124.

(31) Marinetti (1876-1944), quoique rallié au nouveau régime, était hostile au discours antiquisant (cf. supra).

(32) Ibid, p. 135 ; P. Guichonnet, op. cit., p. 42. En 1848, Florence s'était dotée de "triumvirs", puis d'un "dictateur" avec F. Guerrazzi (A. Valentin, E. Barincou, "La littérature italienne", A. Hatier, Paris, 1947, p. 633).

(33) J. Ploncard d'Assac, op. cit., p. 133.

(34) M. Gallo, "L'Italie de Mussolini", op. cit., p. 225.

(35) Il fut adopté par l'armée en 1938 et imité en fait le "pas de l'oie" de l'armée allemande (S. Bernstein, P. Milza, "L'Italie fasciste", A. Colin, Paris, 1970, p. 226).

(36) (1895-1959).

(37) M. Gallo, op. cit., p. 276.

(38) & (39) "Roma divina, a te sul Campidoglio, dove, eterno, verdeggia il sacro alloro, a te nostra fortezza e nostro orgoglio ascende il coro. Salve Dea Roma ! Ti svavilla in fronte, il sol che nasce sulla nova storia..." (Rome divine, vers toi, sur le Capitole, où, éternel, verdoie le laurier sacré, vers toi notre force et notre orgueil monte le chœur. Salut Déesse Rome ! Il brille sur ton front le soleil qui naît sur la nouvelle Histoire). Le "Salve Dea Roma" de cet hymne fasciste est une réminiscence d'une ode de Carducci, intitulée "Nell'annuale della fondazione di Roma" ("Poésie", op. cit., p. 792 à 794). Sur ce passage de l'"Inno a Roma", ainsi que pour les extraits suivants, cf. "Mussolini et le Fascisme (Voix et Chants)", éd. SERP, Coll. "Hommes et faits du XXème siècle".

(40) "Fuoco di Vesta che fuor del tiempo irrompe, con ali e fiamme la Giovinezza va. Fiaccole ardenti sull'are e sulle tombe, noi siamo le speranze della nuova età..." (Feu de Vesta qui jaillit hors du temple, avec ailes et flammes, la jeunesse va. Flambeaux ardents sur les autels et sur les tombes, nous sommes les espoirs de l'ère nouvelle), proclame "Giovanni Fascisti", l'hymne des Jeunesses Fascistes, lesquelles

le Licteur (42) sont des thèmes qui reviennent fréquemment.

L'éducation et les lettres furent appelées de même à se romaniser. La réforme scolaire de 1923, conçue par Gentile (43), alors ministre de l'Instruction publique, refondit l'enseignement en l'orientant sur les humanités gréco-latines, au détriment des matières scientifiques (44). L'Académie d'Italie, dont la création fut annoncée en janvier 1926 (45), se vit assigner comme activité de préparer une édition nationale des classiques grecs et latins, ce qui explique la nomination de l'Helléniste Romagnoli et des Romanistes P. Bonfante et S. Riccobono, professeurs à l'Université de Rome (46).

Les références au passé romain sont également profondes. En effet, elles dépassent amplement les réminiscences culturelles et les clauses de style. Elles tendent véritablement à couler l'Italie nouvelle dans un moule romain (47) ou, plus exactement, à redonner au pays son visage romain que des siècles de servitude et de pénétration étrangère ont altéré. Pour le régime, il s'agit de faire en sorte que Rome réapparaisse "merveilleuse aux gens venus du monde entier, vaste, ordonnée, puissante, comme elle le fut au temps de l'Empire d'Auguste" (48).

C'est particulièrement frappant en matière artistique.

En effet, les arts n'échappèrent pas à ce processus de retour au classicisme, qu'on retrouve dans les sculptures (49) et surtout l'architecture. Très tôt d'ailleurs, le nouveau régime révéla

regroupaient les jeunes à partir de dix-huit ans (S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 214).

(41) "... Le aquile dell'Impero tornano al Campidoglio..." (Les aigles de l'Empire reviennent au Capitole) affirme le "Rataplan della Vittoria", chanté par les enfants de l'"Opera Nazionale Balilla", constituée en 1928, à l'intention des enfants de huit à quatorze ans (S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 213).

(42) "Il Littorio ritorna segnal di forza, di Civiltà !" (Le Licteur redevient signal de force, de Civilisation !) clame la "Marcia delle Legioni", composée en 1924 et qui devint l'hymne officiel des Légions en 1927... Le 30 décembre 1926, il devint l'emblème officiel de l'Etat italien.

(43) (1895-1944).

(44) P. Guichonnet, op. cit., pp. 67-68. Voir également : E. Goy, "La politique scolaire de la nouvelle Italie", Paris, 1926 ; M. Ostenc, "L'éducation en Italie pendant le Fascisme", Thèse d'Etat, Publications de la Sorbonne, Paris, 1980 et, du même auteur, "L'école italienne pendant le Fascisme", Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine, XXX, juillet-septembre 1983.

(45) M. Ostenc, "Intellectuels italiens et Fascisme (1915-1929)", op. cit., p. 252.

(46) Ibid., p. 263.

(47) Discours du Capitole, 31 décembre 1925 ("Scritti e Discorsi di Benito Mussolini", op. cit., vol. IV : "Dal 1925 al 1926", p. 244 ; "Mussolini et le Fascisme", P. Guichonnet, P.U.F., 1974, p. 57.

(48) C'est ce que Mussolini appelait lui-même son rêve d'une "Italie romaine" ("Il Popolo d'Italia", 21 avril 1922).

(49) & (50) "Mussolini sous le masque du dictateur", op. cit., p. 50.

ses ambitions architecturales. En 1923, Mussolini décida de dégager "de leurs constructions parasitaires et profanes les temples majestueux" de l'Ancienne Rome, notamment la coupole du Panthéon, qu'il voulut rendre visible de la Piazza Colonna (50), pour que "les monuments millénaires de notre histoire se dressent, trônent dans la nécessaire solitude" (51). Le régime entreprit des fouilles gigantesques à Rome, surtout à la veille de l'"Exposition de la Romanité", en septembre 1937, qui donna lieu à une intense préparation et à des fouilles, des restaurations importantes, telles la mise à jour de l'autel de la Paix, du temple d'Apollon ou d'une partie de la Via Appia antica (52). Des opérations analogues eurent lieu à Pompei et à Herculaneum (53). Mais le régime fasciste n'entendait pas se borner à restaurer, il a également eu la prétention de bâtir, par exemple le stade immense du "Forum Mussolini". A la veille de la guerre, les pouvoirs publics entreprirent la construction du "colosso Littorio", un gigantesque Hercule de Bronze saluant "romanamente" (54), et celle des bâtiments de l'"Esposizione Universale di Roma", qui devait avoir lieu en 1943 (55).

En dépit de l'abondance des références au passé antique, il est possible de cerner les domaines dans lesquels celles-ci furent les plus importantes.

II - L'UTILISATION DU PASSE ANTIQUE

Les références sélectives que le nouveau régime emprunte à l'héritage romain s'ordonnent autour de quelques axes dont la somme aboutit à identifier aussi étroitement que possible le passé antique et le présent fasciste.

L'exaltation de la grandeur nationale est le plus évident. C'est dans ce sens qu'il faut naturellement interpréter le choix préférentiel de l'antiquité romaine.

La volonté d'affirmer le principe d'autorité et la nécessité transcendantale d'un pouvoir puissant et concentré éclairent de la même façon la faveur qui entoure le régime impérial. Aussi bien, le discours fasciste est-il silencieux, non seulement sur la Sparte

(51) M. Gallo, "L'Italie de Mussolini", op. cit., p. 233.

(52) S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 226.

(53) "Mussolini sous le masque du dictateur", op. cit., p. 50.

(54) M. Gallo, op. cit., p. 276.

(55) S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 226.

des Egaux, chère à Robespierre, ou l'Athènes démocratique, qu'admirait Camille Desmoulins, mais également sur la république romaine (56). La division des pouvoirs, la collégialité des magistratures et les libertés reconnues aux gouvernés à cette époque évoquent trop les idéaux démocratiques que le fascisme entend effacer. Enfin la turbulence et ses troubles civils de la république romaine apparaissent comme l'expression du désordre et de la décadence. En effet, dans l'optique fasciste, un pouvoir d'Etat concentré et fort s'incarnant dans un homme est un principe indispensable à tout Etat, comme à toute civilisation : pour reprendre les termes de Pirandello, "il faut des Césars et des Octaves pour qu'il puisse exister un Virgile" (57). Rome et l'Italie n'ont jamais été aussi grandes qu'avec de tels régimes (58). C'est également ce que suggère le célèbre portrait de Stycka, qui représente le Duce en Empereur romain, le front ceint de lauriers. Par ailleurs, l'idée d'une sphère de liberté laissée aux gouvernés est étrangère au fascisme, qui y voit un ferment de désordre car, comme l'écrit Mussolini, l'individu n'est mu que par ses intérêts, son égoïsme, il "tend continuellement à s'évader (...) à désobéir aux lois, à ne pas payer l'impôt, à ne pas faire la guerre" (59).

Le même désir d'affirmer le principe d'autorité et la nécessité d'un pouvoir puissant et concentré explique la faveur du régime à l'égard du catholicisme romain.

A priori, le fait a de quoi surprendre. En effet, le fascisme est fondamentalement hostile au christianisme (60). Il est d'ailleurs certain que le point de vue de Julius Evola (61), qui, dans "Impérialisme païen", en 1928, opposait l'idéologie virile de l'Empire romain au christianisme débilisant (62), était plus conforme à la logique fasciste.

Or, le problème ne se pose pas en ces termes philosophiques. Pour Mussolini et son régime, ce ne sont

(56) Selon Mussolini, elle amena la décadence (Discours du 26 mai 1927, "Scritti", VI, op. cit., p. 43), contre laquelle se dressèrent César et Auguste.

(57) L. Pirandello, "Suis-je destructeur ?", "Le Journal", 1er décembre 1934.

(58) G. Volpe (1876-1971), dans sa "Storia del Fascismo" (1940), justifia d'ailleurs la dictature exercée par le fascisme en écrivant qu'elle répondait au génie et au passé romains et italiens (P. Guichonnet, op. cit., p. 68).

(59) M. Prelot, "Histoire des Idées politiques", Dalloz, Paris, 1977, p. 569.

(60) Mussolini (M. Gallo, op. cit., p. 20) et les hommes qui l'entouraient à l'origine étaient athées et hostiles à l'Eglise. Le programme initial du mouvement prévoyait d'ailleurs la confiscation de tous les biens des congrégations religieuses (S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 259). Toutefois, rien n'était plus étranger à Mussolini que l'esprit de l'Etat laïque (P. Gobetti, "Scritti politici, letterari e filosofici", vol. II, 1969, p. 1074-1075 ; E.A. Albertoni, "Storia delle dottrine politiche in Italia", op. cit., p. 361) et son "agnosticisme religieux" (Lettre à Pie XI, mai 1925).

(61) (1898-1974).

(62) E. de Herst, "Julius Evola, critique de l'esprit bourgeois", "Défense de l'Occident", n° 152, novembre 1977, p. 17.

assurément pas les idéaux évangéliques d'humilité, de charité et de paix qui rendent l'Eglise exemplaire. En effet, ils les répudient résolument. Si le fascisme d'Etat en vint à louer l'Eglise romaine c'est pour avoir imité l'Empire au plan organisationnel, pour avoir fait triompher des principes "romains" en son sein et dans la société, notamment le principe de hiérarchie et de soumission absolue à un chef unique. Aux yeux de Mussolini, c'est ceci qui a permis au christianisme d'être porteur de civilisation (63).

Par ailleurs, le refus de combattre l'héritage chrétien et le souci de récupérer ce qui peut l'être dans le catholicisme répond à des objectifs vitaux. En effet, au point de vue idéologique, un antichristianisme militant aurait contrarié la volonté du régime de se poser en héritier complet de l'histoire italienne (64) et surtout, au point de vue tactique, il aurait été incompatible avec la politique de "conciliazione", qui fut adoptée à l'égard de l'Eglise et dont les accords du Latran furent la plus éclatante des manifestations.

Le souci de glorifier le chef qui accède au pouvoir par ses propres mérites, sa "virtu", de préférence à celui qui en hérite par son père, explique la prédilection du régime pour César (65) et Auguste (66), dont "le génie et la destinée revivent dans le Duce", si l'on en croit les paroles de la "Marcia delle Legioni" (67). En effet, pour le fascisme, c'est la valeur individuelle, et non la naissance, qui fait le héros ou le saint.

(63) Dans l'esprit de Mussolini, c'est ce qui fait sa valeur. Selon lui, "la religion chrétienne est née en Palestine", mais, "limitée à la Palestine, elle n'eut été probablement que l'une des sectes qui foisonnaient dans cette région agitée" et elle ne mériterait à ce titre aucune attention. En d'autres termes, la "Bonne Nouvelle" est dépourvue d'intérêt à ses yeux. Mais, il se trouve, que le christianisme s'est introduit à Rome, qu'il a épousé ses valeurs et qu'il s'est fondu avec celles-ci. Comme il l'écrivait, "la religion chrétienne (...) est devenue catholique à Rome" (M. Gallo, op. cit., p. 231) et à ce titre, dans cette limite, la Rome pontificale doit être célébrée puisqu'elle participe à l'héritage romain. La monocratie pontificale n'est autre que l'héritière de l'Empire, "l'universalité du Pape (...) l'héritage de l'universalité de l'Empire romain" (A. Brissaud, op. cit., p. 354) et, avec le Saint-Siège, Rome, pour la seconde fois, se plaça "à la tête de la civilisation humaine" (A. Brissaud, op. cit., p. 473).

(64) G. Ungaretti s'est fait l'écho de la controverse en la matière pour ensuite se réjouir que, le 6 février 1922, Pie XI ait permis de la trancher en apparaissant à la loggia extérieure de St Pierre pour bénir le peuple, rompant ainsi la tradition d'isolement établie par ses trois prédécesseurs : "Lorsqu'une blanche apparition vint au balcon de St Pierre pour regarder la foule assemblée sur la place et la bénir, et bénir Rome, l'Italie et le monde, renouvelant un geste qui n'avait plus été accompli depuis Pie IX, lorsque plus tard nous avons vu le défilé de jeunes gens accourus par milliers à Rome de toutes les régions de l'Italie, beaux comme si l'imagination de Donatello les avait conçus, tendant le bras comme les vétérans de César pour saluer le roi, après avoir vu cette main levée du prêtre et ces Chemises Noires, nous pouvons bien dire que toutes les traditions étaient renoués" ("Lettres Romaines", in "L'Italie Nouvelle", n° 8, 11 novembre 1923, p. 2).

(65) Cf. supra, note 26.

(66) Cf. supra, note 27.

(67) "Dei Cesari il genio e il fato rivivano nel Duce".

La valeur militaire et morale des anciens Romains est un thème antique qui est volontiers offerts en exemple aux Italiens du XXème siècle.

Il s'agit pour le régime de ressusciter leurs "mâles" vertus, leur "volonté romaine" en vue du combat (68). Dans cette perspective, il glorifie tout ce qui a trait aux armes, à la guerre, à la victoire (69).

Au-delà de l'ardeur guerrière, que le discours antiquisant entend ranimer dans les coeurs des Italiens, il met en avant la valeur humaine : la foi et l'amour en la Rome éternelle (70), l'orgueil romain (71), la "volonté invincible" (72), l'oubli de soi, que symbolise la maxime "Me ne frego" (73), "acte de philosophie stoïque", comme disait Starace (74), le dégoût de l'oisiveté et des plaisirs (75), brochant les traits de l'Homme-Fasciste, qu'il espère engendrer (76).

La légitimation d'une politique d'expansion territoriale est également au coeur du discours antiquisant. Il s'agit, en effet, de marcher "comme le Duce veut, là où Rome déjà passa" (77), tout

(68) "Giovanni Fascisti" invoque très explicitement les "armi e bandiere degli antichi heroi (che) per l'Italia, O Duce, fa balenare al sol. Va, la vita va, con se ci porta, ci promette l'avvenir, una maschia gioventu, con romana volontà, combatterà", (Armes et drapeaux des antiques héros, pour l'Italie, O Duce, étincellent au soleil ! Va, la vie va, elle nous porte avec elle, elle nous promet l'avenir, une mâle jeunesse avec une volonté romaine combattra).

(69) "Fulgida in arme all'ultimo orizzonte, sta la vittoria" (Etincillante en armes à l'horizon est la victoire) clame l'"Inno di Roma").

(70) "Bimbe d'Italia" proclame : "Lavorerem con fede e amor di Roma eterna in onor" (Nous travaillerons avec foi et amour en l'honneur de la Rome éternelle).

(71) La référence à celui-ci est très fréquente, notamment dans les chants (cf. "Fiamme nere", "Inno a Roma", etc...).

(72) "Vincere ! Vincere ! Vincere !" (1941).

(73) "Vademecum du style fasciste", p. 1.

(74) A. Starace, "Gioventu Italiana del Littorio", Milano, 1939, pp. 72-73.

(75) "Le fascisme rejette la conception matérialiste d'un bonheur possible", la vie, telle qu'il la conçoit est "grave, austère, religieuse" (B. Mussolini), "le monde sait que la chemise noire s'endosse pour combattre et souffrir" ("Cantate di Legionari", 1936).

(76) La foi en l'avènement de celui-ci est inséparable du culte de l'héroïsme (M. Gallo, op. cit., p. 224) et des héros, comme G.B. Perasso, "l'intrepido ragazzo di Portoria". Dans sa finalité, ce discours est à rapprocher de celui du Héros révolutionnaire sous la révolution française (M. Ganzin, "Le héros révolutionnaire (1789-1794)", R.H.D., 1983).

(77) L'"Inno degli Studenti universitari fascisti" indique ainsi : "Per la vie del nuovo Impero, che si dilungano nel mar, marceremo come il Duce vuole, dove Roma già passo" (Par les routes du nouvel Empire, qui se prolongent dans la mer, nous marcherons comme le Duce veut où Rome déjà passa). Cette idée se retrouvait déjà chez d'Annunzio, qui justifiait de façon analogue, la pénétration italienne en Yougoslavie : "Là-bas sur les voies de l'Istrie, sur les voies de la Dalmatie, qui sont toutes romaines, n'entendez-vous pas la cadence d'une armée en marche ?" demandait-il à la foule réunie le 4 mai 1919 à l'Augusteo de Fiume (R. Paris, "Histoire du Fascisme en Italie", t. 1 : Des origines à la prise du pouvoir, F. Maspéro, Paris, 1962, p. 140 ; G. De Ferette, "Autopsie d'un itinéraire politique : Gabriele d'Annunzio", "Défense de l'Occident", n° 138, mai 1976, p. 49). Dans une lettre à Mussolini, le 1er mars 1926, il écrivait : "L'Ethiopie est romaine depuis des temps immémoriaux, comme la Gaule de César, comme la Dacie de Trajan, comme

autour du "Mare Nostrum" (78) et d'abord vers Nice, la Savoie, la Corse, "aria di Roma e mare di Laziu", la Tunisie et Malte, "rempart de la romanité" (79). C'est toutefois la guerre d'Ethiopie qui, de ce point de vue, a joué le plus grand rôle. A l'issue de la conquête le roi d'Italie a été élevé au rang de "Rè Imperator" (80) et Mussolini a solennellement proclamé "la réapparition de l'Empire sur les collines sacrées de Rome" (81).

Tout ceci fonde la prétention du Régime à incarner la Rome éternelle et la vraie "civilisation", laquelle constitue, dès l'origine (82), un thème central de la logomachie fasciste (83).

Prend-il une initiative dépourvue de fondements historiques (84), comme le racisme d'Etat (85), il cherche

l'Afrique de Scipion" ("d'Annunzio-Mussolini, Correspondance", Ed. Buchet-Chastel, Paris, 1974, p. 217).

(78) Le thème en resurgit à partir de 1926 (M. Vaussard, op. cit., p. 253 ; S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 303).

(79) Le chant "Mediterraneo" popularisa la question des terres irrédentes : "Nizza, Savoia, Corsica fatal, Malta, baluardo di romanità, Tunisi nostra, sponde, monti, mar. Suona la libertà, la libertà ! Va gran maestrale ! Urla, romba, rugì con furor : stranier, via ! Duce, col rostro che Duilio armo, Roma, fedele a te trionferà !" (Nice, Savoie, Corse fatale, Malte, rempart de la romanité, Tunisie, rivages, monts et mer, résonne la liberté, la liberté ! Va, grand Mistral ! Hurle, vrombit, rugit ave fureur : Etranger dehors ! Duce, avec le rostre que Duilius arma, Rome, fidèle à toi, triomphera !).

(80) "Impero", l'hymne impérial, composé en 1937, proclame ainsi : "Salve O Rè Imperator, nuova legge il Duce diè al mondo e a Roma il nuovo Imper" (Salut O Roi Empereur, le Duce a donné au monde une nouvelle loi et à Rome un nouvel Empire).

(81) "Levez bien haut, O Légionnaires, vos emblèmes, vos armes et vos coeurs pour saluer après quinze siècles la réapparition de l'Empire sur les collines sacrées de Rome" (Discours du 9 mai 1936, M. Gallo, op. cit., p. 258).

(82) "Il Popolo d'Italia", 27 décembre 1921.

(83) "Il Littorio ritorna segnal di Civiltà" (le Licteur redevient symbole de Civilisation) affirme la "Marcia delle Legioni" (1924). "Noi vogliamo la Civiltà salvar" (Nous voulons sauver la Civilisation), affirme "Arriba Espana" (1937), l'hymne des Légionnaires italiens en Espagne.

(84) L'Italie ignore toujours le "problème juif" et constitua un cas à part dans l'Europe médiévale et moderne (L. Poliakov, "Histoire de l'antisémitisme", t. 1, Pluriel-Calmann-Levy, 1981, p. 464).

(85) A l'origine, Mussolini ne méconnaissait pas "les fusions de sang et tous les inévitables mélanges de race" qui étaient intervenus dans l'histoire du peuple italien (Discours du 4 juin 1924, "Scritti", IV, op. cit., p. 147). En 1932, il déclarait à l'écrivain allemand E. Ludwig : "Il n'y a plus de race à l'état pur (...) ceux qui proclament la noblesse de la race germanique sont, par un curieux hasard, des gens dont aucun n'est véritablement german (...), une chose analogue ne se produirait pas chez nous" ("Mussolini sous le masque du dictateur", op. cit., p. 102). En 1938, il affirmait encore à Schussnigg : "Il est manifeste qu'entre le fascisme et la nazisme il y a des différences substantielles, nous n'admettons pas les théories racistes" (M. Gallo, op. cit., p. 275).

Toutefois, le 14 juillet de la même année, le "Manifeste de défense de la Race" proclama l'existence d'une "pure race italienne", dont les Juifs étaient exclus (ibid, p. 283) et le gouvernement institua un "Conseil supérieur pour la démographie et la race", ainsi que toute une législation antisémite et raciste (S. Bernstein, P. Milza, op.

immédiatement à la rattacher à la tradition romaine (86), non sans excès (87).

Une utilisation aussi tendancieuse du référent antique pose le problème de la portée qu'il faut attribuer à celui-ci.

III - LA PORTEE DU REFERENT ANTIQUE

La volonté de promouvoir dans l'Italie du XXème siècle un certain nombre de valeurs "romaines" et celle d'identifier son régime à ce qui est perçu comme le meilleur de l'héritage antique a une portée qui dépasse largement les questions de propagande. Le phénomène éclaire la nature même du fascisme.

Si le marxisme est un évolutionnisme, le fascisme est un fixisme historique. Selon Mussolini, si les "formes extérieures" de l'existence humaine varient au cours des âges, "l'esprit des individus et des peuples", qu'il soit ou non spontanément formé, est un invariant historique (88), universel (89) et le fascisme, sa réincarnation en ce siècle (90). Avec lui, "l'Italie reviendra pour la troisième fois (91) à la tête de la civilisation humaine" (92). Dans ces conditions, le culte de l'antiquité est un moyen privilégié pour arriver à ces fins, car, à quinze siècles de distance, les mêmes remèdes donneront les mêmes résultats.

cit., p. 229. Voir également J. Evola, "Sintesi di dottrina delle razze", 1941, sur la doctrine raciale du fascisme italien et R. de Felice, "Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo", Einaudi, 2e éd. 1961, pour la condition des Juifs italiens sous le régime mussolinien).

(86) Mussolini, dans un discours prononcé le 25 octobre 1938, devant le Grand Conseil du Fascisme, s'efforça de démontrer que cette politique puisait son origine chez "les anciens Romains (qui) étaient racistes à un point invraisemblable" (A. Saitta, "Dal Fascismo alla resistenza", Firenze, La Nuova Italia, 1961, p. 142).

(87) L'hostilité envers les barbares (J. Gaudemet, "Les Institutions de l'Antiquité", Sirey 1982, p. 727) et même les Juifs (L. Poliakov, op. cit., p. 16), maintes fois attestée (Cicéron, "Pro Flacco", XXVIII, 69 ; Martial, "Epigrammes", XII, 57 ; Apion, "Aegyptiaca" ; Tacite, "Hist.", V, 2-10) ne revêtait pas un tel caractère. La Rome païenne a d'ailleurs ignoré le racisme et l'antisémitisme d'Etat, à l'éphémère exception des édits anti-juifs d'Hadrien en 135 (L. Poliakov, op. cit., p. 22). L'hostilité législative à l'égard de cette communauté ne débuta qu'avec Constance (J. Gaudemet, op. cit., pp. 722-723 et les notes bibliographiques afférentes au texte).

(88) B. Mussolini, "Il Popolo d'Italia", 21 avril 1922.

(89) Depuis la plus haute antiquité, Rome était "prédestinée" à unifier l'Italie et à jouer un rôle universel (Discours du 21 avril 1924, "Scritti e Discorsi di Benito Mussolini", Edizione definitiva, vol. IV : "Il 1924", Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1934, pp. 92-93).

(90) Suivant le Duce, le nouveau régime marquera "le vingt-septième siècle de l'histoire de Rome" (B. Mussolini, "Elementi di Storia", "Gerarchia", octobre 1925).

(91) D'après Mussolini, Rome s'était déjà placée par deux fois "à la tête de la civilisation humaine", avec l'Empire d'abord, avec la Papauté ensuite.

(92) A. Brissaud, "Mussolini le révolutionnaire", Perrin, p. 473.

Peut-on dire que, dans ses grands principes, le régime fasciste soit un héritier légitime de l'Empire romain ? Sans tenter une étude exhaustive, que n'autorisent pas les limites imparties à cet article, on peut retenir quelques exemples probants.

De toute évidence, ce type d'Etat renoue avec la vision organiciste de la société et le "totalitarisme" antiques.

Dans l'antiquité, le tout l'emportait très largement sur les parties et les citoyens se définissaient à l'intérieur d'une structure politique antérieure et supérieure à eux (93). Le droit de la puissance publique y était sans bornes (94). C'est également le cas dans le système fasciste qui, exécrant l'individualisme, rompt ainsi avec l'idée de ne concevoir la cohésion politique qu'en partant des individus. Avant lui, cette idée se rencontrait jusque chez Hobbes en dépit de ses tendances totalitaires (95) et sous la révolution française, malgré son culte de l'antiquité (96). Le fascisme l'abolit entièrement :

"La conception fasciste est faite pour l'Etat : elle l'est aussi pour d'individu en tant qu'il fait corps avec l'Etat (...). Et cela parce que pour le fasciste tout est dans l'Etat et que rien d'humain ou de spirituel, pour autant qu'il ait de la valeur, n'existe en dehors de l'Etat" (97).

L'idée d'une égale et commune appartenance de tous à la collectivité, que l'on retrouve dans l'antiquité en général, Rome en particulier (98), est remise en honneur, d'autant qu'elle renoue

(93) M. Prelot, G. Lescuyer, "Histoire des Idées Politiques", Dalloz, 1977, p. 139 ; J. Touchard, "Histoire des Idées Politiques", t. 1, P.U.F., Paris, 1978, p. 10.

(94) Fustel de Coulanges, "La Cité antique", livre III, chap. XVII ; A. Esmein, "Eléments de droit constitutionnel français et comparé", t. 1, Sirey, Paris, 1921, p. 33 ; J. Ellul, "Histoire des Institutions", P.U.F., Paris, 1972, p. 113 ; M. Prelot, G. Lescuyer, op. cit., pp. 144-145.

A Rome, les auteurs anciens parlent souvent de la "libertas" du peuple romain (M. Humbert, "Libertas id est civitas", MEFA, LXXXIX, 1976, pp. 221-242), mais ses seules expressions concrètes, l'institution des tribuns de la plèbe et la "provocatio ad populum", "n'ont pas été un rempart absolu érigé au bénéfice du peuple" (N. Rouland, "Rome, Démocratie impossible ?", Actes Sud, 1981, p. 285-286. Voir également G. Branca, "Democrazia e repubblica romana", in "Conferenze romanistiche", Milano, A. Giuffrè, 1960, p. 212 ; J. Gaudemet, "Les Institutions de l'Antiquité", Sirey, 1982, pp. 322-323).

(95) Le point de départ de la pensée de Hobbes est l'individu et il ne conçoit la société civile que comme un assemblage d'êtres humains (M. Prelot, G. Lescuyer, op. cit., pp. 340-341 ; J. Touchard, op. cit., p. 330-332).

(96) J. Bouineau, "Le référent antique dans la révolution française : légitimation d'une société sans l'Eglise", op. cit., p. 253.

(97) B. Mussolini, "Oeuvres et discours", Flammarion, 1935, t. IX, p. 96 s. Voir également sa définition du mot "fascisme" dans l'encyclopédie italienne Traccani.

(98) A. Leca, "L'idée nationale dans la Rome antique", Actes du Colloque de Lyon, A.F.H.I.P., op. cit., p. 199.

également avec une vieille tradition paysanne, catholique et pré-industrielle (99).

La divinisation de cette collectivité se réinsère également dans l'héritage de la Rome antique (100). Certes le peuple qu'appréhende le fascisme n'est pas à proprement parler assimilé à un dieu, mais il devient l'élément primordial de son univers et subordonne tout à lui.

Comme dans l'antiquité, le fascisme place la religion au service de l'Etat (101), même si son inspiration en la matière puise également dans d'autres traditions (102). Sur ce point, il renoue à nouveau avec la conception antique de la religion civile, que le christianisme avait écarté en affirmant l'autonomie du spirituel (103).

Il loue l'agriculture (104) et les valeurs paysannes (105), héritant sur ce point d'une vieille tradition romaine, illustrée dès Caton l'Ancien (106).

L'Etat corporatif, institué par la charte du Travail du 21 avril 1927 (107) pourrait également s'analyser comme une résurrection des "collegia" du Bas-Empire.

En effet, dans l'un et l'autre cas, ces groupements professionnels étaient obligatoires, car ils jouaient un rôle fondamental aux yeux de l'Etat. Leur création ne visait pas à instituer une profession organisée maîtresse de ses propres destinées, comme sous l'Ancien Régime, en France (108), mais à

(99) M.A. Macciocchi, "Gramsci et la question du fascisme", "Eléments pour une analyse du fascisme", t. 1, U.G.E., 1976, p. 29.

(100) Les Cités grecques avaient leurs dieux. A l'époque classique, un de ceux-ci pouvait même en être le symbole (H. Van Effenterre, "La Cité grecque", Hachette, Paris, 1985, p. 150). Mais à Rome, la personne du "populus romanus", appréhendée dès Naevius, devint une véritable divinité à partir du Ier siècle de notre ère (A. Leca, "L'idée nationale dans la Rome antique", op. cit., p. 199).

(101) Quelques mois après les Accords du Latran, Mussolini expliquera que "dans l'Etat, l'Eglise n'est pas souveraine, elle n'est même pas libre (...) l'Etat est catholique mais il est fasciste avant tout, exclusivement et essentiellement" (Discours du 13 mai 1929, "Scritti e discorsi", op. cit., vol. VII, p. 105).

(102) H. Goy, "La politique scolaire de la nouvelle Italie", op. cit., p. 163.

(103) M. Prelot, G. Lescuyer, op. cit., p. 144 à 147.

(104) Mussolini croyait à "l'importance primordiale de l'agriculture parmi toutes les occupations humaines" (Discours du 2 mai 1924, "Scritti", IV, op. cit., p. 111). Par ailleurs, il se méfiait de l'industrie, qu'il voulait bannir des environs de Rome (Discours du 26 mai 1927, "Scritti", VI, op. cit., p. 46) et à laquelle il attribuait divers maux sociaux, par exemple la stérilité démographique (ibid, p. 46).

(105) Le Duce a fréquemment insisté sur la "santé morale" de la paysannerie italienne. D'après lui, la force du fascisme ne résidait pas dans les villes, dans lesquelles subsistaient encore "les résidus des vieux partis", mais dans les campagnes (Discours du 2 août 1924, "Scritti", IV, op. cit., p. 226).

(106) "L'idée nationale dans la Rome antique", op. cit., p. 203 et 207 ; A. Leca, "Essai sur la pensée politique de Caton l'Ancien", R.R.J., 1986-3, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 109-110.

(107) P. Guichonnet, op. cit., p. 53 ; Cf. C.T. Schmidt, "The Corporative State in Action : Italy under Fascism", London, V. Gollancz, 1939.

(108) Ces corps et communautés étaient d'ailleurs apparus spontanément au Moyen-

regrouper toutes les activités économiques au profit de la puissance publique (109).

Toutefois, pour le reste, leur philosophie et leur régime juridique étaient profondément divergents.

La volonté du régime fasciste de mettre un terme à la lutte des classes ne se retrouve pas au Bas-Empire, d'autant que les professions organisées concernaient surtout des commerçants et des artisans (110).

A la différence des membres des "collegia", ceux des corporations fascistes n'étaient pas tenus d'une obligation personnelle et héréditaire (111), ils pouvaient toujours quitter leur emploi. Par ailleurs, les corporations n'étaient pas propriétaires de leurs moyens de production, quoique U. Spirito l'ait vainement proposé au Congrès de Ferrare de mai 1932 (112). Enfin leurs membres pouvaient librement aliéner leurs biens (113).

Aussi bien, la filiation entre les deux régimes n'exclut-elle pas des différences, bien compréhensibles compte tenu de l'écart historique qui sépare la civilisation romaine de l'Italie de la première moitié du XXème siècle.

D'ailleurs, le discours antiquisant ne suscitait pas l'unanimité. Le futurisme, qui fut une des composantes du fascisme (114), avec lequel il était en accord sur bien des points (115), ne partageait pas son goût de l'antiquité, notamment Marinetti qui avait "la haine du passé" (116), de "l'obsession culturelle, du grec, du latin, de sénilisme, des musées et des

Age (F. Olivier-Martin, "Histoire du Droit français des origines à la Révolution", rééd. CNRS, 1984, p. 299), quoique certains aient pu trouver leur origine dans les "collegia" (A. Esmein, "Cours élémentaire d'Histoire du Droit français", Sirey, 1921, p. 667).

(109) S. Bernstein, P. Milza, op. cit., p. 187 ; P. Braud, F. Burdeau, "Histoire des Idées Politiques depuis la Révolution", Domat-Montchrestien, Paris, 1983, pp. 292-293.

(110) Les principales corporations étaient celles de boulangers, des pâtisseries et des transporteurs maritimes (J. Gaudemet, op. cit., p. 710).

(111) Ibid., p. 709-710.

(112) M. Gallo, op. cit., p. 229.

(113) En droit romain post-classique, les membres des "collegia" ne pouvaient aliéner leurs immeubles et leurs esclaves qu'à leurs collègues et s'ils parvenaient à quitter leur profession, ils devaient abandonner tout leur patrimoine au "collegium" (J. Ellul, "Histoire des Institutions", P.U.F., 1972, p. 532).

(114) M. Ostenc, "Intellectuels italiens et Fascisme", op. cit., p. 23. Les futuristes fusionnèrent rapidement avec les Faisceaux de Combat, créés en mars 1919, et F.T. Marinetti, leur chef de file, se réjouit de l'accession au pouvoir de Mussolini, chez lequel il voyait "un merveilleux tempérament futuriste" (F.T. Marinetti, "Futurismo e Fascismo", in L. de Maria, "Teoria e Invenzione futurista", Milano, 1968, p. 288 s.).

(115) Il glorifiait le patriotisme, le militarisme et la guerre "seule hygiène du monde" (M. Ostenc, op. cit., p. 23).

(116) F.T. Marinetti, "Manifesto futurista ai cittadini di Parma", mai 1911, in L. Scivo, "Sintesi del futurismo - Storia e documenti", Roma, 1968, p. 41.

bibliothèques" (117). Aussi bien condamna-t-il la réforme scolaire de 1923, jugée "absurde, passéiste et antifasciste" (118).

Mussolini lui-même a indiqué les limites du culte de l'antiquité. Selon lui, "il n'est pas nécessaire d'être tout le temps tourné vers le passé", il faut seulement envisager celui-ci comme un guide pour marcher vers l'avenir, "une impulsion, un ferment de vie" (119). "Rome est notre mythe" (120), disait-il et, dans l'esprit de ce grand lecteur de Sorel (121), ce terme ne souffre aucune équivoque : le référent antique du nouvel Etat, comme son discours culturel (122), est strictement instrumental. Il n'est pas pour autant univalent. En effet, il ne se réduit pas à un objectif circonscrit, il est la légitimation historique globale du régime, aussi bien pour tels ou tels de ces choix politiques, que pour la définition de son identité même. Si le prisme antiquisant témoigne aussi de la volonté plus ou moins consciente de gommer des siècles de servitude et de déchéance, son sens profond est de fournir un modèle et une caution, puisés dans l'histoire, à un régime qui ne peut se réclamer, ni du droit divin, ni du droit populaire.

En effet, le fascisme a poussé la théorie de la souveraineté de l'Etat dans ses plus extrêmes limites, mais il a surtout traité le problème des fondements de la souveraineté dans une perspective négative.

Il a rejeté la thèse de la souveraineté des gouvernés. Comme l'écrivait Mussolini, le pouvoir n'est pas "une émanation de la libre volonté du peuple" (123), il vient d'en haut. En d'autres termes, les élections peuvent tout au plus confirmer les grands choix politiques "par une monosyllabe", un oui massif (124), elles ne peuvent les déterminer et à plus forte raison les infirmer. "Quand bien même douze millions de oui se transformeraient en vingt-quatre millions de non, disait Starace, Mussolini resterait (...). Si vingt quatre millions de non étaient déposés dans les urnes, cela voudrait dire que la masse des électeurs a été saisie d'une folle collective, que toute l'Italie n'est

(117) F.T. Marinetti, "In quest'anno futurista", 1915, in L. de Maria, op. cit., p. 288 s.

(118) M. Ostenc, op. cit., p. 119.

(119) Discours du 4 juin 1924, "Scritti", vol. IV, op. cit., p. 147.

(120) "Il Popolo d'Italie", 21 avril 1922.

(121) P. Braud, F. Burdeau, "Histoire des Idées Politiques depuis la Révolution", op. cit., p. 392. Selon Sorel (1847-1922), un mythe est un thème qui agit puissamment sur l'esprit, mobilise et incite à l'action et un mouvement révolutionnaire doit "se garder de donner des formules autres que des formules mythiques" (G. Sorel, "La décomposition du marxisme", 1908).

(122) "Dizionario di Politica", vol. I, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 1940, p. 710).

(123) & (124) B. Mussolini, "Prélude à Machiavel", publié in "Gerarchia", avril 1924 et en préface à l'édition Helleu et Sergent du "Prince" de Machiavel (1928).

plus qu'un asile d'aliénés. Raison de plus pour que les sages restent".

Le fascisme a rejeté également le droit divin car au fond de lui-même, il a l'intuition que Dieu n'existe pas. S'il existait disait un jour Mussolini, il m'aurait déjà foudroyé (125).

Son seul fondement fut finalement sa conformité avec l'héritage du passé, sa certitude de l'assumer et sa volonté de rendre à l'Italie sa grandeur passée. Dans ses conditions, on peut dire que le référent antique a été consubstantiel au fascisme italien.

(125) J. Brissaud, op. cit., p. 55.

LES VERSIFICATIONS DU CODE CIVIL : UN PAROXYSMES DE NOMOPHILIE

Par

Anne ENSMINGER

Agrégée de Lettres

*Chargée de recherches au Laboratoire de Sociologie juridique,
Université Paris II - C.N.R.S.*

*b. de c. "Ce fut l'attrait des vers qui fit aimer
les lois"*

N.-L. FRANCOIS DE NEUFCHATEAU

Discours sur la manière de lire les vers (1775)

En tendant au lecteur "le miroir farceur de la réalité juridique de son temps" (1), Rabelais n'a pas peu contribué à rejeter dans l'ombre, voire le ridicule, ceux qui, avant ou après lui, tentèrent de marier sur le mode sérieux les belles-lettres et le Droit. Pourtant, lorsqu'au XIX^e siècle trois personnages entreprirent, à tour de rôle, de versifier le Code civil, ils ne faisaient que renouveler, pour la transmettre à leurs contemporains, cette consigne de Gargantua qui, elle, n'avait rien d'une plaisanterie : "Du Droit civil je veux que tu saiche par cueur les beaux textes" (2).

Les bibliographies de Dupin, Dramard et Grandin (3) mentionnent, en partie ou en totalité, ces obscurs monuments,

(1) P. Sanz de Alba, "Réalisme et réalité juridique dans l'oeuvre de Rabelais", in Droit prospectif, Revue de la Recherche Juridique, 1987-1, p. 39/101 ; p. 39.

(2) Pantagruel, chap. VIII.

(3) Dupin (André-Marie-Jean-Jacques), Profession d'avocat. Bibliothèque choisie des livres de droit (...), Paris, Warée aînée, 1830-1832, 2 vol. in-8°, n° 1861.

Dramard (Eugène), Bibliographie raisonnée du Droit civil, Paris, Firmin-Didot, 1879, XV-371 p. in-8°, p. 9, n° 56.

Grandin (A.), Bibliographie générale des sciences juridiques, politiques, économiques et sociales (1800-1945), Paris, Sirey, 1926-1945, 3 vol. et 12 fasc. in-8°, tome I, p. 170.

datés respectivement de 1805 (4), 1811 (5) et 1882 (6), qui

(4) Code civil des Français, mis en vers avec le texte en regard, par J.H.F.R., Paris, T. Le Clerc jeune, 1805, VIII-484 p. in-12. Seul le premier livre du Code a été transposé, et en vers mêlés, sauf pour le Titre XI, qui est écrit d'un bout à l'autre en octosyllabes. Les initiales sont celles de Joseph-Henri-Flacon-Rochelle (1781-1834), étudiant en Droit, vaudevilliste dans les premières années du siècle, puis avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation à partir de 1815. On lui doit aussi quelques ouvrages juridiques, sur la Garde nationale et la loi de l'indemnité.

De son "Avertissement" émergent trois thèmes essentiels. D'abord, celui de l'autodidactisme pédagogique : "En me livrant à ce travail pénible, j'ai voulu vaincre la difficulté d'une étude nécessaire à l'état auquel je me destine, et graver plus facilement dans ma mémoire les articles du Code. J'aime à croire qu'à une époque où cette étude est devenue importante, des vers où l'on s'est efforcé de conserver le sens et les propres expressions de la loi pourront être de quelque utilité aux jeunes gens qui, comme moi, ont embrassé la carrière de la jurisprudence". Ensuite, la conscience de mettre en oeuvre une écriture esthétiquement limitée : "Qu'on ne s'attende point à trouver dans cet ouvrage des rimes toujours riches, elles sont quelquefois à peine suffisantes ; mais sans quelques césures imparfaites, sans quelques enjambements et d'autres licences, très peu poétiques il est vrai, il eût fallu renoncer à l'entreprise". Enfin, outre l'hommage à un initiateur (voir, ci-dessous, note 13), l'éloge appuyé de cette "clarté du Code civil, qui est aujourd'hui un des plus beaux monuments élevés à la gloire de la nation française".

(5) Code Napoléon mis en vers par D***, ex-législateur, Paris, Clament frères, 1811, XVI-666 p. in-12. Réédité sous le titre Code Napoléon en vers français, Paris, l'Intermédiaire du Bibliophile, 1932-1933, 2 vol. in-8° (sans les pièces liminaires, mais avec une préface de Maurice Garçon). D*** est l'initiale de Benoît-Michel Decomberousse (1754-1841), d'abord avocat au bailliage de Vienne. Bien connu des biographes, le personnage joua un rôle très actif au Conseil des Anciens, que d'ailleurs il présida. Ses activités d'homme politique et d'administrateur, tant sous la Révolution que sous l'Empire, n'épuisèrent pas tout son temps, puisqu'il écrivit aussi pour le théâtre. Le texte du Code Napoléon est, avec lui, intégralement versifié en alexandrins. Le Larousse du XIXe siècle, qui consacre à l'ouvrage un bref article (tome 4, p. 530 B), le place sous le patronage poétique de Delille, sans identifier Decomberousse comme son auteur. En revanche, l'article "Decomberousse" (tome 6, p. 250 AB) explicite sa paternité. Il faut attendre Dramard (voir note 3) pour qu'une note critique exacte soit consacrée à ce Code en vers : "Ce volume est assez rare. M. Dupin, dans sa Bibliothèque choisie etc. n° 1861 annonce que c'est à tort qu'on l'a attribué au comte Daru, mais ne dit pas quel en est le véritable auteur. (Suit une biographie succincte de Decomberousse). Son Code Napoléon en vers n'est pas une facétie, comme on l'a cru ; c'est ce qu'on peut imaginer de plus lourdement et de plus laborieusement sérieux. Il faut pourtant reconnaître qu'il était impossible de serrer de plus près le texte original, et que les difficultés y sont parfois vaincues avec un certain bonheur. Cet ouvrage peut avoir quelque utilité comme exercice mnémotechnique".

La partie introductive de l'édition de 1811 rassemble une épître à Marie-Louise et des "Observations préliminaires". L'épître est une justification de courtisan ; Decomberousse a bravé la prose du Code, et il feint d'implorer la protection de l'Impératrice. Au passage, il égrène ses ambitions :

"Eveiller des lecteurs la curiosité,
Répandre quelques fleurs sur une étude aride,
En étendre le cours, le rendre plus rapide,
Graver dans la mémoire avec plus de succès

Les principes fixés du Droit civil français" (v. 12-16).

Après un appel aux lectrices et un éloge de la Raison, Decomberousse associe dans un même élan l'ordre moral, l'ordre civil et le gouvernement impérial. Tous ces éléments sont repris, sous un autre angle, dans les "Observations préliminaires". Il y est dit, pour commencer, que "le Code Napoléon, (...) fait pour être dans toutes les mains, (...) doit être, pour les Français, le livre le plus familier, puisqu'il leur est le plus utile" ; c'est "une véritable charte entre les citoyens" qui "doit répandre sa lumière dans toutes les classes de la société". D'autre part, un

concrétisent une volonté d'ouvrir le texte-fétiche du Droit civil (7) aux possibilités d'une approche, sinon inédite, du moins ingénieuse, dans l'espoir, explicité ou non, d'ouvrir à ce Droit un public élargi. Le phénomène amuse les bibliophiles : est-il indigne

savoir aussi précieux appelle le renfort d'une mémoire solide : "L'expérience atteste que la mémoire a besoin de secours, et qu'elle peut en recevoir. Il est reconnu que l'expression d'un fait ou d'une pensée se retient plus facilement quand elle est renfermée dans les limites posées par la mesure et la cadence" ; ainsi de la religion, de la morale, - que Decomberousse, remarquons-le, distingue soigneusement - de la médecine, de l'art, et de l'Ancien Droit. Decomberousse est donc fondé à nommer le Code "catéchisme civil". Ensuite, il va jusqu'à envisager, grâce à la versification, la possibilité d'un enrichissement intellectuel : en effet, son travail "offre une nouvelle version du Code ; et chaque article, n'étant pas absolument revêtu des mêmes expressions, doit présenter le sens du texte, sans jamais s'en écarter, sous un nouveau jour, et par conséquent multiplier les moyens de le saisir et d'en faire une plus sûre application (...). Le lecteur (...), en comparant la version avec l'original, se pénétrera mieux de l'esprit du Code et fera ainsi une double étude". Il y a là de quoi séduire bien des femmes qui administrent, succèdent, contractent ; certes, "ce n'est pas qu'elles doivent faire du Code une étude approfondie", car elles restent écartées de l'arène judiciaire ; "mais on doit avouer qu'une notion générale des droits et des devoirs qui les concernent ne saurait, en elles, blesser les convenances, et qu'elle leur serait, dans plus d'une occasion, d'une utilité reconnue". Pour finir, Decomberousse affirme la modestie de ses ambitions poétiques : "S'il n'eût été question que de traduire le corps principal des articles du Code, la matière aurait pu ne pas exclure une sorte d'élégance : mais il a fallu rendre nécessairement chaque accessoire, chaque phrase incidente ; il a fallu rendre les expressions techniques qui caractérisent les objets de la loi. Alors la concision n'a pu être employée, et la composition poétique en a dû souffrir".

L'éditeur de 1932-1933, en allégeant ce livre des considérations idéologiques et méthodologiques qui justifiaient partiellement son existence, l'a donc marginalisé un peu plus. En revanche, le souscripteur de ce luxueux ouvrage pouvait lire un texte de Maurice Garçon, "A propos d'un législateur, apologie des vers techniques", riche d'anecdotes sur la mnémonique versifiée et sur la famille Decomberousse, mais sans perspective d'analyse historique ou littéraire.

(6) Code civil en vers français, par Amédée Pons-Euzières, Lyon, A. Storck, et Paris, A. Chérié, 1882, 422 p., in-16. Amédée Pons, époux Euzières (1838-1909), fut d'abord avoué à Grasse, sa ville natale, puis avocat à Aix, où il écrivit son unique ouvrage. Parfaitement ignoré des biographes, il semble avoir connu une vie professionnelle assez chaotique. Son Code en alexandrins fut édité à compte d'auteur et représenta une quasi catastrophe financière. Exception faite de Maurice Garçon (voir note précédente) qui mentionne simplement l'oeuvre de Pons-Euzières, Julien Bonnacase fut le seul critique à s'arrêter sur l'avocat aixois : "L'Ecole de l'Exégèse se devait au surplus d'avoir un versificateur, je n'ose dire un poète juridique ; elle l'eut dans la personne de Pons-Euzières, qui donnera en 1886 (sic) une édition du Code en vers, tout comme l'avait fait Decomberousse dans la période précédente. Ce fut complet". (La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, 1933, Bordeaux, Delmas, tome I, p. 229). Suffit-il d'épingler les versifications du Code comme de simples curiosités, en vertu d'un raisonnement anti-exégétique et sur un ton de polémique ? Car, en même temps qu'un phénomène juridique, il y a là un fait social, esthétique et culturel dont la mise en relation avec le Droit est précisément l'aspect le plus intéressant.

(7) Le Code civil bénéficie d'un statut privilégié dans l'imaginaire collectif. Seul des Codes français à porter un prénom impérial, il demeure nimbé, comme son héros éponyme, d'un halo légendaire ; il se taille la plus belle part dans l'iconographie juridique lorsqu'elle entreprend de glorifier un texte, et il est sans nul doute le seul recueil de lois modernes à avoir suscité d'emblée une effervescence bibliophilique encore vivace aujourd'hui. Il y a là tout un aspect de la mythologie nationale auquel Jean Carbonnier a consacré une belle synthèse : "Le Code civil", in Les lieux de mémoire (sous la direction de P. Nora), Paris, Gallimard, 1986, p. 293/315.

d'arrêter le jurissociologue ? Quatre remarques paraissent de nature à réduire la part d'indifférence ironique et lassée qui échoit à tant de curiosités désuètes : dans tous les cas, il s'est agi d'un travail long et austère, d'une véritable astreinte à l'écriture, qui exclut l'hypothèse d'un délassement tout gratuit ; d'autre part, en se répétant, le phénomène s'est démarqué de ce qui, sans cela, eût pu passer pour une originalité sans lendemain ; de plus, en jalonnant le siècle, la versification du Code résiste, d'évidence, à l'érosion d'une mode ; enfin, les auteurs de ces travaux déconcertants furent des juristes accomplis, souvent fort bien récompensés de leurs compétences. Force est donc d'admettre que la versification du Code civil n'est ni un produit d'importation fabriqué, par manière de jeu, dans des milieux extra-juridiques, ni un ensemble de textes factices -ils toucheraient plutôt au fastidieux-, ni un incompréhensible ballon d'essai. Et, sans sortir plus longtemps du cadre national, nous signalerons qu'il s'agit presque d'un genre européen (8). Pour limité qu'ait pu être l'écho d'une telle micro-donnée historique, on ne saurait en tout cas lui rendre justice en le minimisant jusqu'à l'annuler.

Afin d'être équitablement intégrés à l'histoire des idées juridiques, les Codes en vers requièrent un double traitement (9). Interne d'abord, puisqu'il paraît avant tout nécessaire, pour les caractériser individuellement, de relever leurs éléments originaux cas par cas, en les confrontant chaque fois qu'il y a lieu, et de toujours les rapporter à leur modèle officiel, le Code civil. Externe ensuite, avec une ouverture sur tout ce qui permet de mieux saisir les racines d'un pareil entêtement dans la métromanie nomophile : art d'écrire les lois, théories esthétiques, usage politique du Droit, patriotisme, folklorisme, sociologie de la culture, autant de phénomènes en apparence fort éloignés les uns des autres, mais tous mitoyens de cette versification dont ils dessinent, en quelque sorte, la configuration frontalière. Pour finir, on pourra s'interroger sur les ressorts psychologiques d'une pareille dérive littéraire, car elle réactive, à sa façon, une question aussi pesante que celle de l'insertion des "moralités" dans une loi qui devient ainsi plus proche de ses destinataires, et, en un mot, plus "parlante".

(8) Un avocat italien, Pasquale Dragonetti, est l'auteur d'Il primo libro del Codice civile italiano recato in versi sciolti, Napoli, stab. tip. Luigi Pierro e figlio, 1905, VIII-131 p. in-16. Et G.-C.-J.-J. Van den Bergh signale plusieurs versifications du B.G.B. dans son livre Themis en de Muzen, de functie van den gebonden vormen in het Recht, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & zoon, N.V. 1964, 175 p., note 206, p. 87/88.

(9) C'est la méthode que nous avons suivie dans notre étude Recréation de la forme, récréation de la norme, trois versifications du Code civil au XIXe siècle, thèse pour le Doctorat d'Etat, Université de Montpellier I, 1986.

I - LE CODE CIVIL DANS UNE GLACE A TROIS FACES

On ne pourrait rien sans un premier coup d'oeil macroscopique, si grossier qu'il paraisse ; que montre-t-il ? Avant tout, de considérables divergences touchant la quantité de texte mise en oeuvre par les versificateurs : par rapport à un niveau 100 qui représenterait la masse du texte original, Flacon-Rochelle se situe à 135, Decomberousse à 125, et Pons-Euzières à 76. Une telle amplitude dans la variation volumétrique n'a pu exister sans que des choix précis aient été effectués, sans une certaine intrusion interprétative. Sans doute faut-il faire sa part à une poussière verbale dont la présence ou l'absence n'affecte pas notablement le fond du message. Mais des écarts à ce point importants dans la transcription d'un texte aussi économique de ses moyens que le Code civil laissent présager autre chose qu'un simple phénomène de contraction ou d'expansion rédactionnelles. Et, de fait, la spécificité de chaque versification est aisément perceptible.

1 - L'étudiant Flacon-Rochelle

Flacon-Rochelle, jeune homme, s'est surtout attaché à renforcer le caractère injonctif de la loi en forçant l'impérieux vers l'impétueux. D'assez faibles dons stylistiques le portent à un délayage qui n'est pas toujours du meilleur goût, mais cette propension aux longueurs trouve mille occasions de s'exprimer au moyen d'adjonctions modestes -le plus souvent un seul mot-, dont la régularité vient rappeler sans trêve la nature de ce qu'on lit et l'enjeu des matières traitées : une loi illustre dont il convient d'observer les dispositions avec un scrupule de néophyte. Prudente et sage, elle s'alimente d'exactitude, de permanence, de célérité, et il n'est pas mauvais de mettre quelque zèle tant à l'appliquer qu'à lui obéir (10). Flacon-Rochelle joue du pléonasme comme d'un index pointé sur le Droit. A l'évidence, récrire le Code était pour lui l'occasion de rendre public, par-delà le simple légalisme, un loyalisme personnel très affirmé. Ce rigorisme juridique n'est cependant pas imputable à la seule courtoisie maladroite, il dénote aussi, comme l'a remarqué Max Weber, le malaise de l'impétrant prompt aux exagérations empressées (11). Et Flacon-Rochelle le reconnaît bien volontiers,

(10) Flacon-Rochelle, à l'occasion, prend conscience du caractère un peu précipité de son légalisme, quitte à friser la palinodie :

"(...) cette ordonnance au défendeur

Du demandeur à la requête

Sera signifiée avec célérité

Dans le délai pourtant par cette loi fixé" (article 256).

(11) In Sociologie du Droit, trad. fr. Paris, P.U.F., 1986, 256 p. ; p. 230.

il est un débutant qui s'adresse à des débutants, une sorte d'"advanced student" qui puise son autorité dans le durcissement des règles qu'il transmet. Inachevé, de qualité médiocre, de facture inégale, son travail, dédié à "Monsieur Boulard" (12), est placé sous le patronage d'un devancier du temps de l'Ancien Régime, Garnier-Deschesnes, le versificateur de la Coutume de Paris (13). Cette reconnaissance de dette montre bien que Flaçon-Rochelle, s'il a le souci de plaire, n'est pas de ces flagorneurs qui feindront d'attribuer au seul Premier Consul la paternité du Code civil : il est bien conscient de ce que les rédacteurs du Code doivent à l'Ancien Droit. Mieux, il l'affiche, et reste attaché à l'idée et à la réalité d'une continuité juridique. Se ranger derrière Garnier-Deschesnes, c'est faire dériver le Code non du génie d'un seul homme, mais de l'intelligente érudition d'une équipe bien emmenée, non d'une rupture avec l'ancien état des choses, mais d'une adroite composition avec lui. Exiger du citoyen qu'il soit en avance sur les stipulations de la loi, c'est renchérir sur la viabilité de ce texte. Quoique mauvais poète, quoique juriste en herbe, Flaçon-Rochelle ne réussit pas trop mal, entre son "Avertissement" et sa versification, à donner du Code civil une image somme toute équilibrée.

2 - Le magistrat Decomberousse

Un peu moins prolix que son devancier et cadet, Decomberousse est le premier à pousser son travail jusqu'au dernier article du dernier Titre. Il y met toute la facilité de plume qu'en d'autres temps il avait consacré au théâtre, et toute l'ardeur au travail d'un grand commis de l'Administration impériale. Mais n'est-ce pas parce qu'il avait pu bénéficier, en la personne de Flaçon-Rochelle, d'une sorte d'incitateur, qu'il a su, mieux que lui, porter le projet à son terme ? Bonapartiste intransigeant, il n'attendait personnellement rien d'une petite oeuvre qu'il n'a même pas signée. Avec Decomberousse, on

(12) Antoine-Marie-Henri Boulard (1754-1825) avait hérité en 1782 la charge de son père, notaire au Châtelet. Riche collectionneur, favorable aux idées nouvelles, il ne fut pas inquiet sous la Révolution et fut un moment maire du XI^e arrondissement et député au Corps législatif. En 1808, il céda son étude à son fils pour ne plus s'occuper que de bibliophilie. Exécuteur testamentaire de La Harpe, éditeur, traducteur, il s'est notamment occupé de publier les Quatrains de Pibrac ainsi que les distiques de Dionysius Caton en édition multilingue.

(13) Edme-Hilaire Garnier-Deschesnes, fils d'un Trésorier de France au bureau de Montpellier, et allié par sa mère à un fermier-général, est né à Montpellier le 1^{er} mars 1732. Entré en 1749 chez les Oratoriens, il y devint professeur de rhétorique. Après la mort de son père en 1755, il fit monter sa famille à Paris, où il acheta une étude de notaire. Directeur des finances du comte de Provence, il publia en 1768 une Coutume de Paris mise en vers avec le texte à côté Paris, Saugrain, 444 p. in-12, rééditée en 1784. Arrêté comme suspect à Auxerre en 1794, puis libéré, il semble avoir parcouru le centre de la France avant de mourir le 5 janvier 1812.

rencontre le plus grand désintéressement, joint à un absolu dévouement politique. Au surplus, son texte offre à l'examen un terrain des plus fertiles. Il y règne une animation certaine, trace d'un penchant avéré pour la scène. Fasciné par le motif du lien (14), Decomberousse ne se lasse pas de souligner la nature relationnelle du Droit ; au fil de ses métaphores, le Code civil s'affirme comme le grand carrefour de la vie collective, comme le schéma directeur des connexions sociales. De plus, l'idée s'impose que l'existence en société exige, pour être supportable, la codification minutieuse d'un Droit civil unifié. Chez Decomberousse, le Code Napoléon est sans conteste la plus haute manifestation du Droit naturel, enfin sédimenté dans un livre unique à tous égards. La loi prend volontiers les allures d'une jeune matrone, à l'image de ces allégories judiciaires qui veillent à l'entrée des Palais de Justice. Avatar de la déesse Raison, cette loi est une maîtresse-femme, mythique égérie des bons pères de famille (15). D'où un déferlement légaliste, moins retenu encore que celui de Flacon-Rochelle, mais mieux formulé, plus élégant, plus varié, moins pointilliste aussi, car l'image et l'emphase ont pris le relais des adverbes de manière : voilà que le lecteur est tutoyé, apostrophé (16), confronté à un locuteur auquel il lui faut s'identifier (17), et aisément inclus dans une communauté nationale redessinée par la possession du Code, rassemblée autour des nervures du nouveau Droit civil (18).

(14) On le rencontre à 340 reprises au moins : noeuds, liens, joug, chaînes, fers, entraves et tous les verbes dérivés en permettent l'expression renouvelée. L'intérêt que présente le lien réside essentiellement dans sa souplesse : il peut être heureux un jour de mariage, neutre pour un contrat, détestable en cas d'incarcération ; c'est un thème dont la plasticité épouse, dans le domaine de l'image, celle des normes, avec la triade interdiction-permission-obligation. Chez Decomberousse, la surenchère lexicale est parfois piquante :

"Lorsque le créancier d'une obligation
Accorde la faveur de la division
A l'un des débiteurs qu'un même sort enchaîne,
Sur ceux qui sont liés par une même chaîne
Il conserve son droit de solidarité,
Néanmoins, dans ce cas, réduit et limité
Par la réduction de la part singulière
De celui qu'il dérobe au lien solidaire" (art. 1210).

(15) Précautionneuse, autoritaire, pédagogue aussi, elle est l'expression raisonnée de sentiments universels quand, par exemple, "cédant enfin aux vœux de la nature" (art. 745), elle ne fait plus la différence du sexe ou de la primogéniture dans l'ordre des successions. Ainsi s'en remet-on à sa grande sagesse : si elle frappe quelqu'un d'incapacité à tester ou à recevoir, c'est "pour raisons qu'elle a dû juger bonnes" (art. 902).

(16) Dans la mesure où la situation coïncide avec la matière de l'article :

"Mari ! La femme a droit à ta protection ;
Femme ! il faut la payer de ta soumission" (art. 213).

(17) "Si je viens à trouver un trésor..." (art. 716) ; "si je dois à quelqu'un..." (art. 1289) ; "quand je suis créancier..." (art. 1300).

(18) Pour Decomberousse, le Code est "nôtre" (art. 170, 881, 1032, 2064) avec autant de réalité et de force que le territoire.

Parallèlement, Decomberousse prodigue les formules flatteuses pour la clairvoyance du législateur, ou plutôt du maître ès-lois : 1811 et la grossesse de Marie-Louise obligent. A présent que la dynastie s'affirme, il convient de célébrer la perspicacité de Napoléon sur le mode d'une paternité générale. Ainsi la versification de Decomberousse est-elle l'oeuvre d'un thuriféraire du régime, même si la louange n'a pu se glisser dans tous les articles du Code récrit. Elle véhicule la mythologie juridique impériale, et contribue à accréditer l'idée selon laquelle l'ère du Droit vainqueur coïnciderait avec l'avènement des Napoléonides (19). Elle survolte le Code et, d'une loi qui s'y trouve seulement exprimée, fait un texte expressif, pour ne pas dire expressionniste. Le lecteur n'est plus tant un individu qui s'informe, qu'un citoyen qu'on enrégimente en fanfare. Enfin, l'ubiquité de cette loi clinquante double le sain laconisme du texte officiel pour imprégner, si possible, un public délicat, notamment féminin, que le Droit rebute aisément et même qu'il dégoûte, lorsqu'il se complait dans la sécheresse d'écriture. Faciliter la mémorisation, trouver de nouveaux lecteurs, intéresser les femmes à la défense de leurs intérêts (20), contribuer à la propagande officielle, fortifier la morale courante sans recourir à une tierce autorité, tel est le programme de Decomberousse. Il ne s'agit pas moins que d'un commentaire succinct, non paraphrastique, non juridique, et intégré au Code, déroulé au fil des articles, raccroché à des sentiments simples. Décidé à faire impression, Decomberousse associe deux domaines aptes à sublimer la convention, le Droit et la poésie, pour réussir, vis-à-vis de l'Impératrice, mais aussi de la masse hypothétique des lecteurs qu'il instruit, une véritable offrande juridique. Et puisque l'ouvrage est anonyme, il se présente comme l'émanation affectueuse d'une France heureuse de son Droit.

(19) Dans l'épître à Marie-Louise, on trouve des formules typiques :

"Au CODE ton époux, le grand NAPOLEON,
A la fin imprima son génie et son nom.
Il y dicta ces lois de sagesse profonde
Qui doivent gouverner tous les peuples du monde,
Surpassant les héros à titre de vainqueur,
Les surpassant encor comme législateur" (v. 27/32).

(20) Ce soin apporté à l'acculturation féminine fait de Decomberousse un précurseur authentique des médiateurs sociaux du Droit, qui se multiplièrent à partir de la décennie suivante. Narcisse-Epaminondas Carré publia ainsi un Code des femmes, ou analyse complète et résumée de toutes les dispositions législatrices qui règlent les droits et devoirs de la femme dans les différentes positions de la vie, Paris, Roret, 1828, XI-232 p. in-12. Avant lui, Auguste-Charles Guichard avait donné Le Code des femmes, ou récits et entretiens sur leurs droits et privilèges, Paris, l'auteur, 1823, II-472 p. in-8°. Citons encore, signé par l'avocat Venant, un Code de la veuve, de la femme délaissée, de la femme de l'absent, etc., Paris, Plon, 1854, 6-XVI-568 p.

3 - L'avocat Pons-Euzières

A la différence de ses prédécesseurs, Pons-Euzières, tard venu, n'a jamais rédigé de préface qui nous informe de ses intentions (21). Mais, même s'il a négligé d'orienter a priori la lecture qu'il entendait qu'on fit de son Code, ses desseins ressortent assez clairement de la versification qu'il nous a laissée. Le contraste avec Decomberousse est flagrant, malgré l'usage du même mètre, l'alexandrin. Pons-Euzières réussit à le combiner avec une économie de moyens qui, par comparaison, fait paraître le vrai Code civil bien prolix : 56 % des articles sont transposés chez lui en un maximum de quatre vers, avec des performances d'un demi-vers, et l'auteur s'arrange même pour enchaîner, grâce à la prosodie et à la syntaxe, 5 % du total des articles. Par exemple, les articles 82 à 85 sont agglutinés en dix vers, tandis que les numéros 86 et 87 n'occupent pas plus d'un distique. Il n'est pas impossible d'ailleurs que Pons-Euzières, tout en marquant son respect pour le Code, ait recherché le contraste, non seulement avec ses devanciers, mais encore et surtout avec les monuments de l'Exégèse qui, au fil des lustres, avaient démesurément grandi l'ombre portée du Code sur la société juridique française. Cette versification brachylogique exigeait parfois un complément qui rendit le texte moins obscur, et compensât les excès d'une traduction elliptique : l'idée s'en trouvait déjà chez le Père Buffier (22). Ainsi Pons-Euzières, pitoyable à l'égard du lecteur, a-t-il lesté son oeuvre de 192 notes explicatives, qui portent sur plus de 8 % des articles du Code. La

(21) A peine fait-il allusion, en signalant des "errata", à la solitude dans laquelle il a travaillé, à son ignorance des choses de l'imprimerie, et aux éditions qui pourraient suivre. Le projet, la méthode, le patronage, demeurent entièrement dans l'ombre. Ce mutisme est du reste en complète harmonie avec le laconisme du versificateur. Il est probable que Pons-Euzières aura considéré que son entreprise était suffisamment justifiée par le prestige et l'importance - tant pratique que culturelle - du Code civil. Ainsi, la discrétion de l'auteur sur lui-même est-elle probablement l'une des conséquences du caractère écrasant qu'a très rapidement revêtu ce texte. Pour ce qui est de la publicité immédiate, Pons se satisfaisait certainement d'avoir pu accrocher son nom à celui de feu son beau-père, le très controversé Jean-Joseph Euzières (1799-1866), conseiller à la Cour d'appel d'Aix, et d'avoir fait de sa page de titre une sorte de carte de visite commerciale.

(22) Grand maître des vers artificiels, dont il est aussi le seul vrai théoricien, le Jésuite Claude Buffier (1661-1737) est incontestablement la plus haute figure d'une école pédagogique qui se passionna pour l'utilisation systématique des stimuli anamnésiques. La géographie et l'histoire furent ses domaines de prédilection. Son oeuvre, abondante, est essentiellement regroupée dans le Cours de sciences sur des principes nouveaux et simples pour former le langage, l'esprit et le coeur, dans l'usage ordinaire de la vie, Paris, Cavelier et Giffart, 1732, XXVI-1560 col. in f°. Il écrivait qu'"il faut, en lisant les vers pour la première fois, lire encore à mesure l'explication qui en est faite assez au long pour suppléer à leur brièveté". (Discours préliminaire, in Pratique de la mémoire artificielle pour apprendre et pour retenir aisément la chronologie et l'Histoire universelle, Paris, Jollet et Le Clerc, 1705-1706, 2 vol. in-12).

plupart du temps, afin d'amoindrir une obscurité, d'amender une impropriété, l'auteur se contente de reprendre, en les réagençant peu ou prou, les termes du texte original ; cependant, on trouve, à l'occasion, une glose personnelle, comme aux articles 97 et 1102, lorsqu'il s'agit de justifier l'emploi de quelque vocable ; on rencontre aussi l'explication d'une transposition ou d'un anachronisme, lorsqu'il faut tenir compte des changements intervenus dans la législation depuis 1804, tout en maintenant, par déférence, l'état ancien de la loi qu'on versifie (23). Le Code civil figure donc sous deux formes chez Pons-Euzières : tout au long, en tant que versification rétractée, et par intermittences, en tant que paraphrase dont la précision, loin de faire pâlir le vers, en excuse la brièveté et en souligne la densité.

Des trois versificateurs, l'Aixois est celui qui fait le plus large appel à la collectivisation des valeurs : "nos droits" (art. 13), "notre République" (art. 17), "notre loi" (art. 18), "notre terre" (art. 48), "nos demeures" (art. 77), "nos troupes" (art. 90), "notre France" (art. 538), "nos travaux" (art. 583), etc. Jamais il ne laisse échapper l'occasion de solliciter le sentiment patriotique, en rappelant que l'appartenance à une communauté nationale est la première condition de l'identité, de la propriété, de la faculté de contracter. Au plaisir d'être Français, si évident chez Decomberousse, succède l'affirmation austère de l'identité nationale : être Français est un effort collectif, le respect des normes est l'autre versant de la nationalité. Après les pompes conventionnelles du texte de 1811, on ne manque pas de trouver à Pons-Euzières une hardiesse inattendue ; il a si peu recherché la grâce que son texte se hérissé d'orgueilleux laconismes. Est-il déraisonnable de conjecturer qu'il a délibérément tenté, à travers sa versification, de révéler la nature économe, voire avaricieuse, d'un langage juridique qui répugne à s'aventurer au-delà de la dépense verbale strictement nécessaire ? Que son ambition d'auteur résidait dans la conciliation efficace d'une formulation retenue et d'une forme retenable ? Car Pons-Euzières a visiblement choisi d'accorder à la mémorisation la plus grande

(23) Ainsi pour le divorce, deux ans avant la loi Naquet : "Le divorce que nous allons traiter a été aboli par la loi de 1816. J'ai tenu pourtant à le traiter, tant pour honneur aux auteurs du Code, que parce qu'il a été maintenu dans toutes les éditions, et par son caractère d'actualité" (note à l'art. 227). Ainsi encore pour la mort civile : "Cette section a été abrogée par la loi du 31 mai 1854, mais j'ai dû la traiter comme le divorce (...) pour suivre fidèlement le texte qui a été conservé tel dans toutes les éditions du Code, même les plus récentes". (note à la p. 5). Il en va de même pour les articles 726, 912, 1781, 2200. Cette technique des notes n'est d'ailleurs pas exclusive d'une intégration de l'actualisation dans la versification elle-même :

"Les majorats pouvaient seuls ainsi se transmettre ;
La loi de trente-cinq les a fait disparaître". (art. 896).

ou bien

"(En mil huit cent dix-neuf, de notre loi française
Cet article abrogé nous laisse tous à l'aise)". (art. 912).

importance : son Code est un véritable enchiridion. En quoi il occupe le terrain laissé libre par Decomberousse, et se rencontre avec l'huissier Andriot, de Metz (24), en les dépassant tous les deux. Le second n'avait donné qu'un infime résumé du Code ; le premier s'était montré capable de transposer la totalité du texte, mais il n'avait pas choisi de rester fidèle à ce que l'on pourrait appeler l'esprit de la lettre, c'est-à-dire, en l'espèce, un idéal de restriction stylistique reconnu et glorifié (25). On comprend dès lors à quel point la versification de Pons-Euzières manifeste une riposte : si l'on met de côté le strict contenu juridique, le surplus d'exemplarité, chez lui, est passé tout entier de l'Empereur qui écrit ou qui dicte, à l'écriture elle-même, à cette prose française depuis peu paradigmatique, dont l'Aixoïse voudrait donner, en vers, une concrétion adamantine. Bref, Decomberousse avait amalgamé au Code une poésie de circonstance en voie d'essoufflement, bonne encore à célébrer les victoires, à chanter les sciences naturelles et l'art des jardins ; Pons-Euzières, lui, semble avoir rêvé d'une poésie épurée, qui eût émané de la prose même qu'elle redoublait : vers amaigri, renchérisant sur une prose à la mode de Sparte. Il nous manquera toutefois l'opinion du meilleur des juges : quitte à opter pour l'une de ces versifications, Stendhal eût-il préféré "prendre le ton" dans Pons-Euzières ?

Au total, chaque versification est imprégnée d'un état d'esprit notablement différent. En 1805, c'est un garde-à-vous juvénile devant l'autorité et la persévérance de la loi ; en 1811, c'est un panégyrique du Code unificateur ; en 1882, c'est l'excitation du sentiment national. Mais la volonté d'apprendre la loi aux autres demeure un trait commun essentiel à ces trois textes d'intérêt social, qui ont été conçus dans une perspective d'élargissement culturel. Autant de dissemblances et de ressemblances conduisent à poser une ultime question : Decomberousse et Pons-Euzières ont-ils contracté, l'un à l'égard du seul Flacon-Rochelle, l'autre à l'endroit de ses deux

(24) Analyse rimée du Code civil, suivie d'un extrait en vers du Code de procédure, concernant les principaux actes des huissiers, se vend au profit des pauvres, Metz, impr. de Verronnais et librairie Andriot, 52 p., in-8°. Les p. 5 à 34 sont consacrées au Code civil. On ne sait plus rien aujourd'hui de cet Andriot, qui disait dans sa préface :

"En ouvrant les feuillets de ce beau monument,
J'éprouve malgré moi le découragement".

(25) Celui-ci ne sera esthétiquement affiché qu'à partir de 1846, quand Romain Colomb aura ajouté à une réédition de La Chartreuse de Parme une sorte d'amalgame formé des trois brouillons d'une lettre de Stendhal à Balzac. Alors commence la légende du Code civil en tant que paradigme d'écriture. Quand Pons-Euzières versifie, le Larousse du XIXe siècle présentait déjà la chose comme quasiment proverbiale (voir tome 10, 1873, p. 426 A, v° "Lettres portugaises").

devanciers, la même dette que celle dont Flacon-Rochelle ne faisait pas mystère lorsqu'il rendait hommage à Garnier-Deschesnes ? Quoique l'un et l'autre restent muets sur ce sujet, leur documentation préparatoire fait présumer une réponse affirmative. Car mettre en vers le Code civil n'est pas un acte assez naturel pour qu'on puisse l'imputer à une démarche purement individuelle ; c'est plutôt une entreprise d'imitation et d'émulation, déclenchée par la rencontre d'un livre ou de plusieurs. Mais de plus, certaines coïncidences répétées dans le choix de termes ou de tournures très démarquées du Code civil confirment qu'il y eut, çà et là, quelques emprunts commodes. Conclure à la prise en compte régulière des prédécesseurs par leurs émules est loin d'être indifférent ; à chaque nouvelle versification, le nombre de textes-cibles augmente, l'imitation se complique d'une critique appelée à être elle-même critiquée, tant et si bien que Pons-Euzières finit par viser toute l'évolution du Code jusqu'à lui, en restant attentif à Decomberousse lecteur du Code et de Flacon-Rochelle, ainsi que, dans une moindre mesure, à Flacon-Rochelle lecteur du Code et de Garnier-Deschesnes, lui-même lecteur de la Coutume de Paris et de qui d'autre encore ? L'écho va s'affaiblissant, mais la continuité demeure. La versification du Droit se constitue en genre, même confidentiel ; genre composite et parasite, qui tire son équilibre d'une pluralité de points d'appui. On peut maintenant en suggérer quelques-uns.

II - MATIERES JURIDIQUES ET ENFANTS DE MEMOIRE

1 - L'héritage platonicien

Les modelages successifs de l'Histoire ne doivent pas faire méconnaître, dans cette triple gageure des Codes en vers, la fidélité à un type de réflexion soucieux de définir les modalités qui permettraient une conciliation efficace de la loi, de la morale et de la poésie. Or l'oeuvre de Platon est la première à offrir, dans la tradition occidentale, une philosophie législative où l'esthétique est l'objet d'un usage rationnel.

En donnant une assise théorique à ce qui n'était jusque-là que brumeuses légendes sur des législations poétiques et divines aux origines de quelques cités, les Dialogues nouent les fils de tous les débats à venir autour d'un problème politique de fond : l'adhésion d'un public aux lois qui le régissent. La solution platonicienne consiste à asservir d'emblée la forme - qui, pour un Grec, est indissociablement musique et poésie - à la Raison législatrice. La méditation sur la notion fondamentale de

"mimêsis" (26), l'exploitation du double sens de "nomos" (loi et mode musical) ou de "prooïmion" (prélude musical et exorde oratoire) conduisent à une même conclusion : les arts de la parole n'accéderont à l'harmonie que sous les auspices irréprochables de la loi. La poésie sera morale, c'est-à-dire civique, pour réaliser la coïncidence exaltante du savoir par coeur et du savoir avec coeur. La métrique confortera au besoin une métrétique sociale (27). En échange, une certaine souplesse présidera à la rédaction des lois, et c'est ce dont témoigne la technique des préambules (28). Grâce à la liberté qui lui est accordée d'allonger ou non ses prescriptions de développements propres à mieux convaincre et donc à fortifier l'obéissance, le législateur peut doser le pur nectar des lois en fonction de la plus ou moins grande solidité des têtes (29).

Avant de profiter aux versificateurs du Code qui ont réassumé, sous forme d'initiative privée, la conception d'une poésie à visée exemplaire et d'une loi à géométrie variable, cette leçon de pédagogie juridique connaît son plus bel épanouissement dans la période révolutionnaire, quand se donne libre cours l'ambition de gérer méthodiquement les affects. Mais auparavant, l'idéologie des Lumières contribue à redessiner des contours essentiels.

2 - La consécration des Lumières

Rien d'étonnant à ce que joue ce rôle un siècle qui, dans les différents domaines du savoir, confronta inlassablement modernisme et retour à l'antique. Tandis que les pédagogues avisés font grande consommation de vers mnémotechniques, dont ils systématisent l'usage, non sans complicité avec la neuropsychologie cartésienne (30), afin de rendre l'étude aussi

(26) République X, 596 d - 597 b et III, 392 c - 401 d.

(27) Ainsi dans le Phédon, où l'on voit Socrate se faire quelque peu poète, pour obéir à un songe, et plier les Fables d'Esopé au mètre chanté. N'étant pas un faiseur de mythes, il s'est rabattu sur des souvenirs sûrs ; mais il s'agit là de mythes moraux, qui échappent à la condamnation générale des productions de fiction. Folklore, rythme et civisme sont donc ici très fugitivement, mais très fortement liés. (Phédon, 60 c - 61 c).

(28) Lois, 718 a - 724 b.

(29) La métaphore est dans le texte de Platon qui, pour désigner la loi brute et pure, emploie l'expression de "nomos akrotos", "loi sans mélange" (723 a). L'image renvoie à la pratique qui consistait à allonger d'eau le vin pur, pour le rendre commodément absorbable.

(30) Le Descartes du Traité de l'homme et des Passions de l'âme (art. 42) avait facilité la tâche de pédagogues comme Buffier (voir ci-dessus, note 22) en leur fournissant, avec la circulation des esprits animaux, une assise théorique pour la mécanisation des processus didactiques ; un pas supplémentaire avait été franchi par Malebranche dans son exposé de la liaison mutuelle des traces (Recherche de la Vérité, II, 1, 5, parag. II), lorsqu'il envisageait la conséquence des associations d'idées sur la morale, la politique et les sciences humaines en général. On ne doute plus alors que la mémoire involontaire soit un terrain à conquérir pour les

agréable que profitable, l'exigence du raisonnable domine le vaste débat esthétique qui s'engage à l'époque sur les mérites respectifs des vers et de la prose. En même temps, tous les auteurs qui méditent sur les origines obscures de la poésie (31) s'accordent pour exalter les avantages conférés à ce genre par sa musicalité et ses ressources imitatives. Or ce qui peut mimer peut aussi enregistrer. Ainsi l'esprit d'examen débouche-t-il, avec un Houdar de La Motte et un d'Alembert, sur l'idée neuve d'une poétique de la positivité (32). Au bout du compte, le langage oblique est invité à marcher droit.

Tant de qualités formatrices attribuées aux vers assurent un succès d'avant-garde assez inattendu à la vieille poésie didactique, qui est réputée capable de tenir le pari du progrès : une séduction instructive. Et l'infatigable Delille ne réalisera pas si mal cette ambition de soumettre la fiction au calcul, pour faire d'un poison un utile antidote. Autant dire qu'on ne saurait être plus près du souci primordial de Platon : sauver le beau langage de la futilité et de l'erreur. De fait, c'est l'orchestration de thèmes politiques, civiques, légalistes, qui prend le relais de la dispute littéraire. Marmontel ne doute pas de l'avenir réservé au "poème didactique", "première école des moeurs, premier registre des lois" (33) ; mais c'est Mably (34) qui remet décidément au goût du jour, en l'infléchissant dans un sens démocratique, la réflexion de Platon : il souhaite lire en tête de toutes les lois, sans aucune exception, des préambules propédeutiques. Voici donc de nouveau campée, à la veille d'un bouleversement politique majeur, la

pédagogues. La versification normalise l'anamnèse, en proposant la sécurité d'un discours isomorphe.

(31) Le débat archéolinguistique du XVIII^e siècle avait aussi un enjeu politique : ne faut-il pas connaître le mode de la parole primitive pour formuler adéquatement des lois solides ? Le Droit dérivé de Nature doit parler naturellement, ce qui ne veut pas dire n'importe comment. L'activité nomothétique se mettait donc à l'écoute du cri originel. Fontenelle va jusqu'à mettre les lois au principe de la poésie, en jugeant que celle-ci était investie, avant l'apparition de l'écriture, d'une mission d'enregistrement social (Sur la poésie en général in Oeuvres, Paris, Salmon-Peytieux 1825, 5vol. in-8°, t. V, p. 13/36 ; édité pour la première fois en 1751, ce texte paraît avoir été composé avant 1690). Voltaire (Préface d'Oedipe) et Rousseau (Essai sur l'origine des langues) gravitent autour de la même idée.

(32) Contempteur du babillage imaginaire, et promoteur d'une conception technicienne de la poésie, le "moderne" La Motte plaçait la valeur ultime du poème dans le choix du sujet. Pour avoir récrit en vers sa tragédie Oedipe (1726), d'abord composée en prose, il est un des rarissimes auteurs à avoir opéré une transposition comparable à celle des versificateurs. Et pour d'Alembert, la marque distinctive des bons vers résidait dans le désir que l'on éprouvait de les savoir par coeur, ce qui ouvre la porte à tous les didactismes ("Dialogue entre la Poésie et la Philosophie pour servir de préliminaire et de base à un traité de paix et d'amitié perpétuelle entre l'une et l'autre" in Oeuvres, Paris, Bastien, 1805, 18 tomes en 10 vol. in-8° ; t. IV, p. 155/173).

(33) Eléments de littérature in Oeuvres complètes, Paris, Verdière, 1819-1820, 19 vol. in-8° ; t. XIII, p. 156/157.

(34) De la législation, ou principes des lois, Amsterdam, 1776, 2 tomes en 1 vol. in-8° ; repris dans l'éd. générale de Desbrière, Paris, 1794-1795, 15 vol. in-8° ; t. IX.

figure du législateur idéal. Et l'on ne saurait trop insister sur le fait qu'elle incarne les vertus d'une triple maturité : juridique, mais aussi morale et poétique. Plus de clivage, en la matière, entre Anciens et Modernes ; le moule nomophilique est prêt pour un nouvel ordre des choses.

3 - L'exaltation révolutionnaire

Dès la convocation des Etats généraux, une multitude de folliculaires bien intentionnés tracent des plans sur l'avenir du pays. Très vite, il s'agira d'instruire de leurs droits et devoirs les citoyens de fraîche date. Et le nouveau credo se cherche un bréviaire, susceptible de profiter "aux hommes de tous les états de la société et dans tous les âges de la vie" (35). On bat le rappel de plusieurs genres éprouvés : la maxime, produit le plus achevé de la tradition moraliste, le dictionnaire, dont l'âge des Lumières a montré la commodité, et jusqu'au catéchisme, nationalisé sans façons par des littérateurs soucieux de confisquer ses vertus mnémoniques. Plus d'un grand auteur va s'employer à cette tâche d'intérêt public (36), mais la réalisation qui s'affirme comme l'ancêtre le plus direct des Codes en vers est le *Catéchisme républicain* de la Chabeaussière (37), puisqu'il est seul à combiner maximes moralisantes, versification pédagogique et vulgarisation des bases de l'instruction civique. Groupés en quatrains, ses alexandrins dispensent des préceptes enthousiastes touchant la métaphysique, la morale et la politique. Une stylistique neuve, celle du civisme courageux, y trouve son manifeste, tandis qu'un emploi judicieux des généralités installe dans leur vocation universelle les valeurs de la République.

N'est-ce pas d'ailleurs à cette conviction d'incarner la vérité, dans le ciel comme sur la terre, qu'il faut rapporter l'institution du Calendrier républicain ? Fruit de la collaboration d'un savant - Romme - et d'un poète - Fabre d'Eglantine -, la nouvelle division du temps cumule les prestiges de la rationalité

(35) Cette formule de Suard provient d'un discours, semble-t-il perdu, dans lequel l'académicien procédait à l'éloge du Catéchisme universel de Saint-Lambert, Paris, Agasse, an VI, 3 tomes en 2 vol. ; Victor Cousin la cite dans sa Philosophie sensualiste au XVIIIe siècle, éd. de 1856, p. 184/185.

(36) Mirabeau rédige un Catéchisme de la Constitution française à l'usage des habitants de la campagne, s.l., 1791, 24 p. in-12 et François de Neufchâteau un Manuel républicain (Paris, Didot aîné, an VII, 226 p. et dépliant in-24.

(37) Catéchisme républicain, philosophique et moral, Paris, Desenne, an II, 20 p. in-8°. L'ouvrage fut constamment réédité jusqu'en 1882, sous une vingtaine de titres différents, avec des ajouts sensibles, qui le firent passer de 37 à 55 strophes. On le connaît notamment sous le nom de Code du vrai républicain. L'auteur, né en 1752 et mort en 1820, fils d'un avocat qui fut peut-être l'instituteur de Mirabeau, fit ses débuts dans le théâtre avec Dalayrac, et, en 1796, fit partie de la Commission de l'Instruction publique. Petit homme de lettres, auteur d'Apologues moraux à la persane, il fut secrétaire perpétuel de la Société philotechnique.

scientifique, du symbolisme juridique (38), de néologismes évocateurs, et d'une morale qui met le travail rustique à l'honneur. A ce titre, on peut le considérer à la fois comme l'innovation esthétique par excellence de la période révolutionnaire en matière de didactisme populaire, et comme un hommage renouvelé à la philharmonie platonicienne. On trouve en tout cas à l'époque un théoricien, Jean de Dieu d'Olivier (39), qui s'obstine à ne jamais dissocier le principe de la codification, qu'il n'est pas le seul à appeler de tous ses vœux, de deux éléments dont il fait explicitement honneur à l'héritage grec : le laconisme dans la rédaction législative, et l'utilisation de la musique comme adjuvant éducatif. C'est uniquement, pense-t-il, à travers un petit nombre de lois chantées que pourra s'exprimer et se perpétuer "le vrai moral" (40). Aussi, entre les projets qu'il a soumis aux Etats généraux, puis à l'Assemblée nationale, et le Code civil tel qu'il le voit réalisé, l'écart n'est-il pas mince. Les versificateurs contribueront à le combler en infusant dans le texte officiel, sinon l'"esprit d'Orphée", du moins celui des Muses.

4 - De la codicolâtrie à la codicomanie

Le Code civil, après promulgation, se trouve à la tête d'un double cortège. Celui des écrits savants, tout d'abord ; le nouveau Justinien ne put obtenir l'éradication de la glose, mais il eut des consolations, puisque commentateurs et exégètes travaillèrent à distiller "l'esprit" (41) de ce corpus tant désiré. Le Code est même traduit en latin (42), signe d'une belle revanche de la Gaule sur

(38) On lit, dans le Rapport sur l'Ere de la République de Romme, Paris, 1793, 18 p. + tableaux, in-8° un développement intéressant sur le symbolisme de la Balance, dû au fait que le soleil entrait dans ce signe zodiacal le jour précis où la République était proclamée dans Paris : "Ainsi l'égalité des jours aux nuits était marquée dans le ciel au moment même où l'égalité civile et morale était proclamée par les représentants du peuple français comme le fondement sacré de son nouveau gouvernement" (p. 5). Le Droit est donc à lire aussi dans la mécanique céleste.

(39) Jean de Dieu d'Olivier (1753-1823), brillant juriste au temps de ses études, revint dans sa province avignonnaise reprendre la charge paternelle de Chancelier de la Cour suprême de la Rectorie du Comtat Venaissin. Opposé à la réunion du Comtat à la France, emprisonné, sauvé par le 9 thermidor, juge au tribunal d'appel à Nîmes, il finit sa carrière comme conseiller à la Cour impériale de la même ville. Il est l'auteur de nombreux ouvrages de théorie juridique, où domine le souci de réduire au strict minimum le volume des lois. Son livre le plus remarquable est sans doute L'Esprit d'Orphée, ou de l'influence respective de la musique, de la morale et de la législation, Paris, Pougens, trois dissertations en un vol. datées de 1798, 1802 et 1804.

(40) Esprit d'Orphée, Première dissertation, p. 89. Le laconisme prôné par d'Olivier prend certes à rebours le principe des préambules platoniciens ; mais il faut bien voir que c'est la musique qui occupe cette place vacante : la production des supputations nomothétiques, telle qu'elle est envisagée dans les Lois, est remplacée chez d'Olivier par la réalisation du tout harmonique.

(41) Un Locré usa considérablement, dans les titres de ses ouvrages, de ce vocable évocateur de Montesquieu.

(42) Codex Gallorum civilis, de Hierosme-Bonaventure Gibault, Poitiers, Catoireau,

Rome. Dans le registre lyrique, d'autre part, l'activité législative de l'Empereur est célébrée par d'inlassables encenseurs (43). Le Code, oeuvre de paix, instrument de réconciliation nationale après les déchirures de la Révolution, ne fait-il pas du général glorieux un génie désormais complet ? Le texte de loi prend place dans la geste du grand homme, et son éponymie en témoigne, qui favorise largement une propagation mythique. L'oeuvre de D*** assure la jonction, dans la solennité, des deux chaînes d'éloges. En sacrifiant son nom pour mieux laisser briller celui de l'Empereur, l'anonyme révèle la plénitude poétique du Code, auquel ne manquaient véritablement que les alexandrins pour mettre en oeuvre les ressorts essentiels d'une dévotion sans limites : la mémoire, l'intelligence et l'affectivité peuvent désormais se prêter main-forte.

Cet hommage monumental est loin de tarir, cependant, les sources d'un engouement dont le Code civil reste l'objet privilégié au fil des décennies, et plus ou moins en marge de l'exégèse savante. Sans doute la vulgarisation sérieuse occupe-t-elle le devant de la scène : un ensemble d'ouvrages pédagogiques organisent le monnayage du Code, extérieurement à l'Université (44), s'ingénient à l'adapter aux intérêts de diverses couches sociales (45) et illustrent un retour en force du souci mnémotique (46). Mais on voit aussi prospérer la veine fantaisiste, avec

1806, VIII-456 p., in-8°. H.-B. Gibault (1763-1834) fut professeur de Code civil à l'École de Droit de Poitiers. Jean Carbonnier lui a consacré une étude "H.-B. Gibault, juriconsulte poitevin (...)", Poitiers, impr. Oudin, 1956, 19 p. in-8°.

(43) Cet esprit anime, par exemple, la Couronne poétique de Napoléon le Grand (...) ou choix de poésies composées en son honneur, Paris, Arthus Bertrand, VII-458 p., ou encore les livraisons du Mercur de France, ou enfin les Odes d'un Jean-Baptiste Barjoud, Paris, Blanchard, 1811, 45 p. in-8°.

(44) J.-B.-C. Picot, sous le Second Empire, est l'exemple typique de cette industrie. Avocat et répétiteur pendant trente ans à la Faculté de Droit, il donna en 1852, un Manuel du Code Napoléon qui connut jusqu'en 1870 une soixantaine d'éditions, et eut même l'honneur d'être "recommandé au Conseil supérieur de l'Instruction publique". Picot manifestait clairement, dans sa Préface, le désir de toucher le public le plus large, en invoquant, à propos du "Code immortel que la reconnaissance publique a appelé Code Napoléon", cette maxime toujours très prisée : "nul n'est censé...". Picot adapta aussi le Code à la forme catéchistique.

(45) Les femmes, nous l'avons dit (voir, ci-dessus, note 20), mais aussi les prêtres, les étudiants, les sourds-muets, les commerçants, et même les enfants des écoles primaires bénéficièrent de ces recalibrages intéressés. Un avocat, Henry Celliez, entama en 1836 une prometteuse collection de Codes populaires qui ne mettaient pas à contribution le seul Code civil, et visaient à informer domestiques, voyageurs, ouvriers, etc.

(46) Dès 1818, J.-B. Blondeau, civiliste renommé, utilise la technique des tableaux synoptiques. Des recettes de visualisation plus ou moins abracadabrantes prirent le relais. Mais l'inventeur le plus intéressant en matière de mnémotique appliquée au Code civil reste un certain Aimé Paris, qui fit paraître en 1825 son Code civil mnémotisé en cinquante leçons, Paris, l'auteur, 36 p. in-18. Paris se montre soucieux d'exploiter les ressources de la métrique et de la musique, en leur donnant des cautions de scientificité.

d'ingénieuses contrefaçons humoristiques (47). Dans les deux cas, le "vademecum" est un sûr garant de succès commercial, et le mot "code" une enseigne des plus attractives. Surtout, ce terme confère à des textes hétérogènes une unité générique, en les reliant grâce à un prototype de normativité nationale. De là à un nationalisme normativiste, il n'y a plus qu'un pas, même si toutes les dispositions du nouveau Code sont loin de faire l'unanimité (48). Le texte échappe vite, en fait, à l'un comme à l'autre des deux Napoléon (49), et les bricolages, même irrévérencieux, contribuent à l'ancrer dans la sensibilité populaire.

5 - Folklore juridique et poésie nationaliste

Désormais, les débats qui mettent en jeu, à travers des choix esthétiques, l'identité de la France, rendent manifeste l'épaisseur symbolique acquise par le Code civil. Il est senti comme éminemment représentatif d'un esprit juridique national, au point que le patriotisme va s'en faire un deuxième drapeau.

C'est essentiellement la confrontation avec l'Allemagne, sur un mode pacifique d'abord, qui renouvelle, à l'aube du Romantisme, la question des rapports de la poésie et du Droit. Devant les efforts déployés par l'Ecole historique (50) pour exhumer tout un folklore juridique, qu'elle célèbre comme le vestige d'un Droit populaire épargné par les déviations intellectualistes, bref, exemplaire de vigueur et de saveur, les érudits français ont l'habileté de s'approprier cette problématique, en rendant aux voisins d'outre-Rhin la monnaie de leur nationalisme. Michelet et Chassan (51) se félicitent de ce que la

(47) L'anonymat est généralement la règle dans ce genre de productions. L'éditeur H.-N. Raisson, à la tête d'un "atelier" dont Balzac, un temps, fit partie, multiplia les publications de Codes amusants : Code gourmand (1827), Code de la Toilette (1828), Code conjugal (s.d.), etc. Le plus remarquable de ces Codes parasites, le Code civil, manuel complet de la politesse, du ton, des manières et de la bonne compagnie, 2e éd. 1828, Paris, Roret, 269 p. in-18, semble avoir bénéficié d'une dizaine de rééditions au moins.

(48) On en trouve un témoignage instructif dans l'oeuvre de Balzac, souvent étudiée par les juristes : elle assure au Code une vulgarisation romanesque de la plus grande envergure, tout en accusant le Titre des Successions de disperser les patrimoines et de contribuer de ce fait, à ruiner le pays.

(49) En effet, si l'éditeur de Picot, Eugène Pick, intitulait sa maison d'édition "Grande librairie napoléonienne", la parution d'un livre comme celui de Frédéric Morin, journaliste républicain en vue, qui donna en 1863 un Résumé populaire du Code civil, 2e éd., Paris, "Bibliothèque utile", XIV-191 p. in-18, atteste que le Code était revendiqué avec tout autant d'empressement par les adversaires du régime.

(50) Les textes fondateurs sont essentiellement ceux de Jacob Grimm, son article "De la poésie dans le Droit", paru en 1816 (in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 2e vol. Berlin, p. 25/99) et les Antiquités du Droit allemand de 1828, Göttingen, Dieterich XX-972 p., in-8°.

(51) Dans les Origines du Droit français, cherchées dans les symboles et les formules du Droit universel, Paris, Hachette, 1837, CXXIV-452 p., in-8°, Michelet, pour ne pas être contraint de suivre Grimm dans sa démarche anti-codificatrice, trouve

France possède aussi, dans son patrimoine juridique, un riche fonds d'adages et de symboles, mais sans regretter pour autant qu'elle ait su favoriser l'installation d'un Droit intellectuel, abstrait, savant, qui a substitué la fiction au symbole. Au lieu donc d'insister, comme lors de sa promulgation, sur la rupture que le Code instituait avec l'Ancien Droit, on mettra plutôt l'accent sur la continuité que sa "puissante poésie logique" (52) assure avec le folklore. La mission historique de la France, dans le domaine du Droit, est conçue comme l'instauration d'une loi indissociablement rationnelle et populaire, porteuse de lumière et fidèle au génie du terroir. Les formes séculaires donnent une leçon d'élégance, et d'expressivité : elles rassurent la mémoire et l'intelligence par leur concision, elles éveillent la sensibilité grâce à leurs métaphores. Par le biais de cette inflexion, la faveur dont bénéficie le folklore juridique au début du siècle, loin de valoir au Code le grief d'une quelconque impopularité culturelle, ne peut que stimuler à son profit le zèle poétique. Ainsi Chassan prophétise-t-il la résurgence du lyrisme juridique, et Michelet se fait-il l'écho de Platon : "le Beau est le frère du Juste" (53). Plus bourgeoisement, le Beau est d'abord le frère de l'Utile pour Maxime Du Camp, partisan d'une poésie futuriste qui assure un regain d'actualité au souci didactique du XVIII^e siècle, et qui s'oppose résolument au courant de l'Art pour l'Art, en insistant sur la mission historique et civique du poète (54). Manifestement, l'exportation récente du Code civil dans une bonne partie de l'Europe n'a pas peu contribué à faire revendiquer pour la France un rôle d'éclaireur et de moniteur qui trouve une expression de choix dans la poésie juridique, telle qu'elle est redécouverte par les érudits ou espérée par les chantres du modernisme. Au début du Second Empire, la vogue folkloriste fera même l'objet d'une récupération bonapartiste, quand le ministre Fortoul, peut-être éclairé par son voyage en Allemagne, prend l'initiative d'un véritable conservatoire du folklore national, et qu'il est question de constituer un Recueil des poésies populaires de la France (55).

commode de revenir à Vico, véritable inventeur de la symbolique du Droit, dont le De Constantia Jurisprudentis fut publié en 1721. Quant à Joseph-Pierre Chassan (1800-1871), avocat puis procureur du Roi, qui fit paraître en 1847 chez Videcoq son Essai sur la symbolique du Droit avec une introduction sur la poésie du Droit primitif (CXXVI-404 p. in-8^e), il récuse lui aussi les critiques allemandes à l'encontre de la codification et ne craint pas de comparer la vocation à l'universalité du Code civil avec celle de l'Évangile.

(52) Michelet, Origines..., p. CXIV et note.

(53) Idem, p. CXXIV : ce sont les derniers mots de cette longue introduction.

(54) Maxime Du Camp expose longuement ces idées dans la Préface de ses Chants Modernes, Paris, Michel Lévy frères, 1855, 437 p. in-8^e.

(55) Hippolyte-Nicolas-Honoré Fortoul (1811-1856), universitaire et ministre de l'Instruction publique à partir du coup d'État du 2 décembre, était un ami de la vulgarisation du savoir : il avait notamment favorisé de son appui le Manuel du Code Napoléon de Picot, Paris, Durand, 1852, VIII-499 p. in-18. C'est J.-J. A. Ampère,

Après l'effondrement du régime et surtout en raison de l'amertume suscitée par l'invasion, le Code civil est à l'arrière-plan de l'arsenal polémique, car les Français sont désignés comme le peuple du Droit victime du peuple du fait, comme les champions de la morale confrontés à des hordes qui cultivent la force brute (56). Les poèmes civiques d'après Sedan exacerbent cette agressivité, en s'apitoyant sur une loi martyrisée par les brigands prussiens, puis par les Communards, tous confondus dans une égale exécration (57). Le Code est alors présenté comme le meilleur tremplin du relèvement national (58). Droit et poésie sont véritablement investis par le patriotisme, comme en témoigne encore le discours prononcé par Gustave Sergent (59) en 1878, à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Poitiers : les juristes y sont fermement invités, pour l'honneur du pays, à taquiner la Muse. Peut-être ce manifeste, en cautionnant une émulation provinciale particulièrement active dans le Midi (60), a-t-il donné au dernier Code en vers l'impulsion décisive.

Les trois versifications s'enracinent incontestablement dans une tradition culturelle à la fois scolaire, politique et juridique, dont les éléments évoluent d'un bout du siècle à l'autre sans jamais faire disparaître le faisceau de valeurs essentielles qu'il s'agit de véhiculer. Ces Codes en vers, qu'on définirait volontiers comme un mythe antique reformulé par le positivisme moderne et coloré par les circonstances immédiates, sont lourds d'une ambition rationaliste impénitente. Pour affiner l'analyse, il reste à

professeur au Collège de France et fils de l'inventeur de l'électrodynamique, que Fortoul chargea de coordonner cette collecte pour le Comité des travaux historiques et scientifiques.

(56) C'est alors qu'on fait un beau tapage autour d'une anecdote vieille de près de dix ans, selon laquelle Bismarck aurait proclamé que "la force prime le Droit". La Revue des Deux Mondes ouvrit largement ses colonnes aux juristes vibrants d'indignation. Sur cette affaire, on se reportera au Premier Supplément du Larousse du XIXe siècle, p. 830 D/831 A (1877).

(57) Emile Bergerat, le gendre de Théophile Gautier, insiste sur la sauvagerie teutonne dans ses Poèmes de la guerre (1870-1871), Paris, Lemerre, 1871, 204 p. in-12. C'est un exemple parmi beaucoup d'autres. De même, pour la confusion des Prussiens et des Communards dans une même hostilité, on peut consulter à titre d'échantillon Les Haines saintes, pamphlets politiques, Paris, Lachaud, 1871, 104 p. in-12. L'auteur est un inconnu, qui signe "Manfred".

(58) C'est bien à cette tâche patriotique que prétendent contribuer l'avocat Pierre Farine, avec son Code civil mis à la portée de tous, Paris, Bellaire, 1873, 2 vol. in-16, ou Victor Guichard, encore un avocat, qui prononça en 1872-1873 des Entretiens familiers sur l'administration de notre pays : conférences sur le Code civil, Paris, Hetzel, 1882, 128 p. in-16), dans lesquels il exalte "notre Code civil, oeuvre de la révolution, (...) programme de la démocratie pratique".

(59) Les Poètes du Palais, Poitiers, Dupré, 1878, 128 p. in-4°. Gustave Sergent, né en 1836, avocat général à la Cour d'appel de Poitiers en 1877, venait tout droit d'Aix-en-Provence, où il avait passé quatre années, et parfaitement pu connaître l'avocat Pons-Euzières. Un "Appendice" au discours proprement dit contient 358 notices sur les juristes lettrés que Sergent a recensés à partir du XVIe siècle.

(60) Les Méridionaux forment en effet le contingent le mieux fourni dans l'inventaire de Sergent, qui ne fut pas mal placé pour recueillir cette partie de la documentation.

montrer comment une telle visée peut s'accomplir à travers l'utilisation délibérée de deux processus qui, cependant, font leur part à des impondérables : d'abord, la petite surenchère moralisante qu'aucun des auteurs n'a dédaignée, et ensuite cet effet original de littérarité juridique obtenu par l'intrusion dans le Droit écrit des grâces de la métrique.

III - DEUX TANGENTES AU CODE : ETHIQUE ET ESTHETIQUE

1 - Le quadrillage moralisateur

Que le Code abrite une morale, voilà qui est indéniable ; encore ne s'y trouve-t-elle qu'à l'état latent : les rédacteurs du Code se bornaient à écrire la loi. Quant aux leçons de comportement, le soin en incombait aux directeurs de conscience et aux enseignants. La versification, sans pour autant adjoindre au texte de la loi de longues considérations éthiques, rapproche cependant le Code civil d'un univers magistral où la volonté d'exprimer se teinte du désir d'impressionner. Pour y parvenir sans user de la parabole, les versificateurs ont tantôt fortifié les énoncés jusqu'à l'exclamation, tantôt remplacé un mot ou une tournure neutres par un vocable ou une expression passionnels ; aussi ne rencontrera-t-on, dans les Codes réécrits, que des jugements éclairs, qui explicitent, mais n'expliquent pas. D'où un ensemble d'appréciations péremptoires, qui emploient tour à tour adjectifs, synonymes, équivalents et périphrases paroxystiques pour condamner le meurtre, stigmatiser la diffamation, regretter le divorce, ajouter à la honte des adultères, des escrocs, des traîtres. Decomberousse s'avère, en la matière, bien plus fougueux que ses deux concurrents, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas une communauté de sentiments entre les trois versificateurs. Simplement Decomberousse use-t-il d'un langage de tragédie qui tend à magnifier les effets, à maximaliser les énoncés. L'expressionnisme esthétique se conjugue avec la dramatisation du Droit dans une même hyperbole politique. Mais le contenu ordinaire de ces installations qui, le plus souvent, se réduisent à de micro-dérapages - comme lorsque le délit devient "forfait", "affront" ou "attentat" - manifeste chez les trois auteurs la détestation de la fraude, du retard et de la rupture sous toutes leurs formes (61). Il n'y a pas ici d'authentique originalité

(61) A titre de comparaison, et faute de pouvoir citer tout au long les multiples interventions à caractère éthique, voici les versions de l'article 727 chez les deux principaux versificateurs.

Decomberousse :

littéraire : qu'est-ce qui a donc poussé les versificateurs à moucheter le Code de ces touches triviales ?

a) *L'utilité d'un point d'appui hors texte*

Pour commencer, il faut prendre en compte la perspective que les trois auteurs ont pu estimer être celle d'un(e) néophyte qui, disposant de peu de temps, prétendrait entreprendre seul(e) une certaine acculturation juridique. Dure situation que d'être simultanément confronté aux paradoxes de la discipline en général et, plus particulièrement, à ceux du Code civil. En effet, le Droit requiert une application scolaire, appelle des éclaircissements, n'apprécie guère l'émotion. Mais en revanche, il présente, par rapport à d'autres régions de la science, quelques traits spécifiques dont un autodidacte appréciera les avantages : il est d'expérimentation aisée, puisqu'on le voit partout à l'oeuvre, et il use très largement du langage ordinaire (62). En tout cas,

"Indigne est déclaré, dans un sens absolu
Et des successions, comme tel, est exclu,
Celui qui, téméraire, armant sa main impie,
A tenté de priver le défunt de la vie,
Ou l'a réellement envoyé chez les morts ;
Et serait condamné sous l'un des deux rapports
Celui qui, du défunt diffamant la mémoire,
A porté contre lui l'accusation noire
D'un crime capital jugé calomnieux ;
Et celui qui, majeur, et trop silencieux,
Du meurtre du défunt connaissant l'existence,
N'en a pas, près du juge, imploré la vengeance".

Pons-Euzières :

"Est indigne à jamais de pouvoir succéder
Primo, qui se verrait frappé par la justice,
Qu'il n'ait fait que tenter, ou bien qu'il accomplisse
Le meurtre du défunt ; secundo, diffamant,
Qui contre le défunt n'a pas craint méchamment
D'un crime capital répandre l'infamie,
Que justice dirait être une calomnie ;
Tertio, l'héritier qui, majeur, connaîtrait
Le meurtre du défunt et pourtant le tairait".

Tandis qu'il subsiste chez Decomberousse de nets vestiges d'une colère digne d'Homère autant que de la Bible, on ne trouve chez Pons-Euzières que l'idée de méchanceté, sans connotations culturelles. Dans les deux textes, la même attitude est condamnée sans appel, mais alors que Decomberousse fait clignoter l'environnement, Pons-Euzières se contente d'épingler rapidement un comportement individuel. Différence assez symptomatique entre des auteurs qui s'adressent l'un à des gens de loisir, et l'autre, déjà, à des gens pressés.

(62) Le mérite revient à J.-L. Sourieux et P. Lerat d'avoir établi une taxinomie des spécificités du langage juridique, organisé essentiellement autour d'une technicité lexicale, d'un "effet Thémis", et d'une spécialisation latente, couvant sous la banalité de vocables courants. Voir *Le langage du Droit*, Paris, P.U.F., 1975, et "Le vocabulaire juridique" in *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 1984-2, p. 327/338. C'est le troisième élément qui, d'évidence, donnera le plus de fil à retordre au néophyte ; car, pour le reste, le recours aux dictionnaires est plus spontané. On en revient à cette banalité qui est trop intégralement la pâture du Droit pour ne pas donner simultanément les conditions de l'accès et celles de l'égarement.

l'intelligence des termes ou tournures techniques n'excède pas les possibilités d'une tête honnêtement frottée de latin. Autant dire que le Droit s'affirme, dans toute la plénitude que l'on peut conférer à ce prédicat, comme le plus commun des savoirs. Quant au Code Napoléon, Napoléon des Codes, "primus inter pares", on le trouvera, lui, princièrement commun, colonne et paradigme du Droit privé, mais aussi vitrine du Droit en général. Il y a peu de différence, à cet égard, entre le Premier Empire et les débuts de la Troisième République, entre les deux premiers versificateurs et le dernier. Ce recueil de lois qui a suscité au fil des années petite flagornerie et grande doctrine confronte le débutant à une difficulté d'envergure : le Code occupe une position à ce point centrale qu'il est nimbé d'une immense banlieue ; bien le connaître est nécessaire sans suffire. On ne saurait s'initier au Droit moderne en négligeant cette oeuvre inaugurale, ce texte trop entouré, qu'on ne peut non plus approcher progressivement sans risquer de graviter indéfiniment à sa périphérie. Une solution parmi d'autres à ce dilemme consistait à chercher dans la réécriture du Code les moyens ingénieux qui favoriseraient un accès autonome. Comprises en ce sens, les adjonctions moralisantes sont les infimes masselottes d'un rééquilibrage ambitieux ; elles doivent permettre au néophyte de trouver en lui-même certains appuis nécessaires à l'installation du Code dans sa mémoire.

b) Un paradigme d'accessibilité

Juxtaposer le Droit et la morale revient à suggérer, au-delà d'une connivence par proximité, une parenté essentielle : le Code civil, par le fait même qu'il oppose le licite au réprouvé, la tolérance au scandaleux, se montre imbibé de principes édifiants. La versification se contente de les faire perler de place en place, en augmentant légèrement la pression du sens. Ainsi la question des fondements éthiques du Droit est-elle tout ensemble posée et résolue dans une distribution sourcilleuse du blâme et de l'éloge, qui se réfère au soubassement peu compromettant des bonnes moeurs. Car il importe grandement que cette morale soit rebattue. La banalité est sentie comme un indice de vérité, il est bon qu'au coeur de la loi repose quelque chose qui soit compris par avance, une familiarité rassurante, une usure confortable qui conforte et reconforte. Si le Droit se montre en parfait accord avec une morale simple et commune, n'est-il pas permis d'espérer que le sens juridique du lecteur s'épanouira à partir de sa conscience morale ? Et si n'importe qui peut saisir le sens des oburgations morales disséminées dans ces versifications, n'importe qui d'assidu et de tenace ne sera-t-il pas, de la même façon, en mesure

d'assimiler le savoir spécifique mis en oeuvre dans le Code civil ? On comprend dès lors pourquoi ce savoir se trouve dispensé sous forme de leçon -au sens où l'on dit "faire la leçon"- plutôt que de cours à proprement parler. S'il résonne moins de l'appel vers une discipline savante que d'une sorte de constant rappel disciplinaire, c'est en vertu de cette maïeutique du stimulus moral, qui réalise l'étrange rencontre de Socrate et de Pavlov.

c) Un double enracinement affectif

De fait, cette morale, dont le fond très cohérent compense les apparitions sporadiques, joue à merveille le rôle de plus petit commun dénominateur des gens honnêtes. Si bien que le lecteur n'est jamais abandonné à sa solitude face à la froide socialité d'une loi laconique. Ainsi la vertu consensuelle du Code civil, si souvent soulignée, se trouve-t-elle discrètement renforcée. Sur la prétendue unanimité politique et la très réelle uniformisation juridique se profile la petite cohorte des nouveaux lecteurs du Code, ceux pour qui on l'a traduit en vers. Le sentiment d'appartenir à une collectivité qui partage les mêmes désirs et les mêmes difficultés permet de rejoindre, très au-delà de ceux qui ont la volonté de s'informer de la loi, une communauté bien plus vaste ; tout être moral apparaît comme virtuellement voué à la lecture d'un Code qui consacre les intuitions de sa conscience. Autour de chaque néophyte, les versificateurs ont habilement suscité l'inépuisable multitude des acquiescements anonymes ; cordialement rameutés, le bon sens et l'indignation vont réchauffer un texte que sa retenue quasi proverbiale a tenu à l'écart de l'affectivité. Ces interventions moralisantes assurent le concours de bonnes gens invisibles, et exaltent leur vocation de bons pères de famille. Associées à l'usage notable, quoique limité, de ces points d'exclamation que le vrai Code ignore (63), elles tendent donc à mettre en place une toile de fond suggestive : l'environnement sympathique - au sens fort - de l'homme ou de la femme qui lit son Code en vers.

Mais cette socialisation mystique comporte aussi une dimension diachronique, qu'il importe de souligner. D'une part, elle s'enracine dans un véritable terreau idéologique, les valeurs qui ont modelé l'histoire d'une société ; d'autre part, et plus subtilement, elle tire parti de l'archéologie individuelle. En effet,

(63) Ponctuation passionnelle entre toutes, et qui montre on ne peut plus nettement qu'une frontière rhétorique a été franchie. En s'exclamant, la loi est bien plus qu'impérative : elle claironne le Droit pour le rendre plus clair. Decomberousse, qui utilise le plus largement ce procédé (voir l'exemple cité, ci-dessus, note 16), le fait intervenir pour réveiller des réactions fondamentales, à la nationalité ou au sexe, comme pour rappeler à chaque individu qu'il appartient indéfectiblement à telle ou telle cohorte essentielle.

ici et là, avec une vivacité différente selon l'urgence et l'inspiration, les auteurs réveillent les valeurs d'un monde enfantin qui véhiculent la défiance vis-à-vis des conflits, l'exaltation de la famille, la haine de la marginalité, autant de préceptes destinés à servir de "vademecum" pour la casuistique du quotidien, celle-là même dont le Droit se nourrit. Autre avantage : cette morale, d'autant plus prégnante qu'elle est plus sommaire, apparaîtra facilement comme antérieure et, aussi bien, supérieure, à tout apprentissage en bonne et due forme. Ne renvoie-t-elle pas au souvenir d'une époque bénie, celle d'avant l'étude, quand les commandements étaient sans complication, généraux, généreusement distribués surtout ? Cela ne va pas sans une certaine présomption d'égalité vis-à-vis d'un patrimoine moral en possession duquel tous seraient entrés dès l'enfance. En présentant le Code comme une parole adulte parfaitement accordée aux premières inculcations, les versificateurs n'ont pas craint de le rendre légèrement puéris : ils ont estimé que cette anabase didactique favoriserait un retour en force vers le Droit positif. D'une communauté d'acquis pré-scientifiques à l'appropriation individuelle de la technicité juridique, le chemin était indiqué ; l'emprunter ne serait plus qu'une affaire de volonté. Au lecteur responsable de tirer le meilleur parti de ce qui lui fut répété dès qu'il eut l'âge de l'entendre. Ainsi, après avoir appuyé la réflexion sur le réflexe, les versificateurs prétendent-ils faire servir la morale commune à la formation du savoir juridique, chez des individus déjà socialisés, mais soucieux de perfectionner leur socialisation en l'intégrant dans une discipline sociale entre toutes, le Droit, qui ne voit jamais contestée la légitimité de son statut.

d) Une resacralisation de la loi

Pour amplifier une morale de base qui se réduit à une juxtaposition de truismes insipides, les versificateurs n'avaient guère le choix qu'entre deux voies, celle de l'approfondissement religieux, et celle de l'architectonique laïque. Or, ils se gardent bien, quoiqu'ils ne craignent pas d'ajouter au Code civil, de marquer la moindre adhésion à la spiritualité chrétienne ; non seulement ils évitent de renvoyer à la morale évangélique, mais ils bannissent avec le plus grand soin les allusions, les mots à double entente, toute connotation. Autrui n'est jamais un prochain, ni la faute un péché. Sur ce point essentiel, la fidélité au Code est absolue. Si soucieux qu'ils fussent d'utiliser tous les moyens susceptibles d'acheminer vers le Code civil les consciences et les coeurs, les versificateurs ne pouvaient s'accorder une facilité dont les conséquences eussent été désastreuses pour l'idéologie

impériale et républicain : donner au Code un cadre de référence supra-légal, c'eût été désarmer la loi pour suspendre au-dessus d'elle son propre glaive. La laïcité d'une loi qui refuse, en même temps que la foi, l'éventualité des conflits d'obédience, implique que la seule morale miscible avec le Code soit sans rapport avec une confession - même s'il faut payer cette neutralité en bien plate monnaie. Et cependant, la mise entre parenthèses de la religion ne pouvait devenir une "épokhé" morale, qui eût laissé le champ par trop libre aux cléricaux. Le lecteur des Codes en vers assiste donc à la transmutation d'une morale élémentaire et aseptisée en ordre élaboré, jusqu'à être obligé de concevoir la coïncidence publique de la foi et de la loi. Le Code civil, qui reste muet sur ce qui n'est pas du Droit, est présenté par ses doublures en vers comme le moteur autonome de l'accomplissement social. La Bible de l'avenir sera technique ou ne sera pas, et les versificateurs concourent à préparer une allègre soumission à la technocratie (64).

Il s'agit enfin de décourager une tentation éventuelle de discuter la loi. Les petits raids moralisateurs y contribueront. Le Code est en effet montré comme un produit fini autant que naturel : on se prend à douter que, lors de l'élaboration du texte, il y ait eu place pour une discussion constructive, tant le Code récrit semble fatal. Plus encore qu'avec l'original, on méconnaîtrait, en lisant les versificateurs, que la publication d'un Fenet ait été concevable. La moralisation éloigne simultanément la perspective d'une discussion critique, en aval, et celle d'une discussion-crédation, en amont. Sa simplicité sert de dissuasion à la volonté de trop parler comme à celle de trop entendre lorsqu'on n'est pas disposé ou destiné à entamer l'étude du Droit selon les règles. Nul n'entrera dans le laboratoire des lois s'il n'a dûment pris ses grades. L'insistance moralisatrice crée, au fil des articles, comme de rassurants noyaux d'évidence qui cristallisent la pédagogie du versificateur et laissent intacts les alentours - de même que la vivacité d'un point lumineux fait ailleurs l'ombre plus noire.

Ainsi l'imprégnation morale que la versification rend possible sert-elle de rambarde aux nouveaux visiteurs du Droit : point d'appui, mais aussi clôture. La médiocrité de formules

(64) On n'est pas loin ici de cet André Marceron (*La morale par l'Etat*, Paris, Alcan, 1912), dont Jean Carbonnier a rappelé l'existence dans ses "Variations sur la loi pédagogue", *Società, norme e valori, scritti in onore di Renato Treves*, Milan, A. Giuffrè, 1984, 22 p. Pour Marceron, en effet, "La morale par l'Etat sera la morale par la loi positive. Non pas qu'il faille réduire l'éducation morale à un cours de Droit. On n'enseignera pas en morale des articles des Codes, mais des devoirs moraux. Seulement, les devoirs moraux ne seront enseignés qu'autant qu'ils s'enracinent dans des articles des Codes (le Code pénal est cité, le Code civil aussi, surtout pour les devoirs familiaux)". (J. Carbonnier, p. 9).

passé-partout est finalement la condition d'une appréhension adaptée à des intelligences moyennes ; elle réalise une espèce d'équilibre entre le savoir et l'ignorance, le neuf et l'ancien, le volontaire et l'involontaire, le singulier et le pluriel. Au total, la loi sort de l'affaire presque trop polie pour le prétoire ; la pureté de son origine l'orienterait plutôt vers un destin net de conflits, dans un monde assagi, libéré du prurit de la fraude et de la démangeaison procédurière. Elle est l'Arche d'Alliance de la France bourgeoise.

2 - Les effets du cadre poétique

Les Codes en vers transposent le Code civil sans jamais prétendre se substituer à lui. De ce fait, ils ne tranchent pas complètement sur les productions fort diverses engendrées par ce texte : cours de Code, Codes annotés, Codes expliqués, Codes "mis à la portée" de tel ou tel public, et autres ouvrages de répétiteurs dont nous avons donné quelques exemples. Mais au sein même de cette littérature juridique - entendue comme efflorescence de textes ayant la loi pour objet -, quelle est leur originalité ?

a) Le confort de l'emphase

Dans la mesure où les Codes en vers n'adoptent pas une démarche exégétique ordinaire, il est difficile de dire qu'ils contribuent à expliciter rationnellement le Code civil. Mais c'est bien là le point : ils ne veulent pas tant le faire comprendre que permettre de l'envisager. Et la modalité essentielle de cette perspective, quasiment unique dans notre histoire juridique, ils la trouvent dans le ton emphatique. Car même si la mise en oeuvre d'un tel procédé est commandée par le désir de rationaliser l'usage des sentiments, afin de les orienter au mieux des intérêts dits communs, son impact relève de la pure affectivité. Or un Code emphatique est un Code plus sûr, car il a fait leur part à la morale ordinaire, à la faiblesse des mémoires, à la peur que suscite le texte de loi, à la paresse intellectuelle et même, le cas échéant, au besoin d'adorer les gouvernants. Il y a bien là emphase, y compris au sens premier du mot grec, en dehors de tout emploi rhétorique : "emphasis" n'est-ce pas, d'abord, le reflet ? Les Codes en vers s'affirment effectivement comme un réfléchissement maîtrisé du Code civil sur les mentalités de ceux qui, par leurs conditions d'existence ou leur formation intellectuelle, ne seraient pas conduits d'emblée à lire la loi en citoyens éclairés. C'est sous une forme à la fois majestueuse et anodine que les versificateurs aimeraient faire aimer le Code : texte indiscutable, moral, facile à retenir, familier et distant,

craint et fréquenté. Education au Droit, certes, mais très soigneusement bornée.

b) Forme décalée pour un fond mieux calé

Ainsi s'éclairerait le paradoxe fondateur de cet échantillon de littérature juridique, qui se contente de produire la loi, sans en être une reproduction raisonnée. Les Codes en vers s'intercalent entre le Code civil authentique et les gloses qu'il traîne à sa suite. Ni glose proprement dite, ni non plus référence stricto sensu, ils sont cet hybride inattendu, une répétition démarquée. Loin d'être un passage obligé, ils relèvent a priori du superflu. Et pourtant, ils contribuent à illustrer le pouvoir du texte de départ face à toute exégèse. Magnifié par cette métamorphose formelle, le petit livre triomphe des commentaires qu'il élude. L'objet de tant de gloses n'est donc pas définitivement cloué aux mêmes mots, il peut glisser légèrement d'une formulation à une autre, se vêtir d'habits différents sans jamais cesser de se donner ni d'être reconnu pour ce qu'il est. Le Code s'anime alors d'une vie insoupçonnée, et qui n'a rien à voir avec l'évolution juridique réelle, la construction jurisprudentielle, la transformation des moeurs, l'actualité de la science du Droit ; en changeant de forme, il exhibe la solidité de son fond. Et sans doute est-il nécessaire que la loi soit littérale, afin que chacun puisse s'y référer, mais peut-être n'est-il pas inutile non plus de suggérer que cette littéralité n'est qu'une commodité, et qu'à l'occasion le sens montre de combien il transcende les signes qui le portent. Le fait qu'il existe des Codes en vers rappelle aux exégètes que l'attachement à la lettre n'est qu'une manière de rencontrer le sens, que la loi reste au-delà de toute phraséologie, qu'elle supporte les variations formelles, parce qu'elle est le meilleur du sens, le bon sens.

c) La plénitude d'un texte deux fois civil

Or non seulement le Droit n'est pas confiné dans le volume restreint des mots grâce auxquels il est véhiculé sous forme de lois, mais il profite de cette liberté pour cousiner avec un type d'expression écrite en apparence fort étranger à sa zone d'activité ordinaire. Avec les Codes en vers, le Droit civil s'ouvre à la littérature, ce qui constitue un phénomène beaucoup plus rare et, partant, plus remarquable, que la réception du Droit par cette même littérature. Car la transposition du Code que proposent les versificateurs - quand bien même elle ne serait qu'infra-poésie et sous-littérature - se présente sous la forme la plus voyante de la littéarité, à savoir la réorganisation optique de l'écriture par la

rime et le mètre. Dès le premier regard, les Codes réécrits s'imposent ainsi comme le point de contact entre un monde de signes efficaces, dont le maniement est sanctionné par la perte, le gain ou la conservation d'une chose, d'une situation ou d'un droit, et le monde des signes d'agrément, dont la mise en oeuvre n'a pas de correspondant matériel obligé. Quel sera donc le produit de la conjonction d'une langue juridique, dont le vocabulaire et la visée normative sont intégralement conservés, et d'une langue poétique, à laquelle on emprunte l'arrangement prosodique, certaines formulations en style "noble", quelques images-clichés, et des particularités syntaxiques ? Il semble que cette superposition réponde à un effort consciencieux vers l'hyperlisibilité. En tout cas, dans les versifications, le Code Napoléon se fait doublement civil : au sens classique de "Droit privé commun" vient s'ajouter toute la séduction de la civilité formelle, de la politesse d'expression conventionnellement attachée au discours en vers. Même vis-à-vis d'un lecteur étranger aux fastes littéraires ou aux théories linguistiques sur une origine poétique du langage, le vers bénéficie du prestige que confère la rareté. La versification ne procurerait-elle, au plus bas de ses possibilités, qu'un apprêt secondaire, elle conserverait cependant sur la prose l'avantage d'une élégance affichée. C'est la langue des grandes occasions, des compliments délicats, le code d'une certaine sociabilité ludique, qui permet aussi bien de rendre grave un message léger, que d'alléger un message grave. Elle dénote, sinon toujours un talent véritable, du moins une authentique prise de distance par rapport à la quotidienneté prosaïque (65). Bref, voilà un mode d'expression endimanché qui, dans le cas des Codes en vers, proclame son respect du texte d'origine ainsi que de son ou ses auteurs, et prend simultanément en considération le destinataire et la chose destinée. Code et lecteur sont fondus en une même estime, la révérence que l'on doit au premier accompagne la déférence dont on honore le second. Voilà qui donne à un ensemble de règles supposées contraignantes la saveur, sans doute un peu gratuite, mais assez agréable, d'une expression diplomatique personnalisée. La versification compense en quelque sorte le caractère un peu péremptoire des mini-moralia. Tel est le charme discret des Codes versifiés : les prescriptions de la loi y gagnent en hauteur et en affabilité à la fois.

(65) Marcel Pagnol a relevé le côté un peu naïf de cet effet particulier à la poésie : "J'avais appris des poésies à l'école, et j'avais toujours été surpris par la rime, qui arrive à l'improviste au bout d'une ligne ; je pensais que les poètes, capables d'un pareil tour de force, étaient extraordinairement rares" (Le Temps des Secrets, Paris, 1960, éd. du Livre de Poche, p. 97).

d) Une ruse sémiologique

Un autre facteur contribue à cet épanouissement légal, c'est son accointance avec la nature fallacieuse de la poésie, celle-là même que dénonce Platon. Il semblerait en effet que tout oppose le référent de l'énoncé légal et celui de l'énoncé fictionnel : la loi renvoie à une situation de fait qui, quoique hautement probable, demeure indéterminée en temps et lieu, tandis que la fiction se rapporte à une situation dont les temps et lieux sont clairement précisés, mais dont la réalisation concrète est hautement improbable. Or, avec les Codes en vers, la langue du Droit colonise une forme de poésie dont toute fiction a été bannie, qui a été pour ainsi dire expurgée de tous les référents imaginaires. Et, malgré cela, le cadre "poétique" sécrète encore une saveur spécifique, lorsque sont mis en scène des personnages qui ne compromettent en rien le sérieux du contenu juridique, parce que leur présence fictionnelle reste très fade : ce sont le lecteur complice, le "je" du locuteur qui se met en avant, la Loi personnifiée. L'alliance de la prosodie, précieuse en tant que manteau vide, mais chaud encore de virtualités fictionnelles, et du peuple docile des allégories, sollicité à grand renfort d'interpellations, confère aux situations envisagées par la loi exactement ce qui leur manque pour s'imposer comme bien présentes : l'arrière-goût d'une incarnation mondaine, d'une détermination reconnaissable, à laquelle il est possible de raccrocher bien autre chose que du Droit, enfin une petite impression de vécu, sans que jamais soit réintroduit l'univers du merveilleux, de l'impossible ou de l'inventé. Le choix que les versificateurs opèrent dans la panoplie poétique, et qui tend à conserver la rime et le nombre au détriment de la hardiesse imaginative, ne doit donc pas être imputé trop vite à un rétrécissement arbitraire, à une sécheresse de coeur, à un défaut d'inspiration prétendument constitutifs de la pathologie métromaniaque (66). Il répond à une volonté de trier dans les

(66) Voir les conclusions, peut-être un peu rapides, de Georges Mounin ("Sur une poésie philosophique" in Cahiers du Sud, n° 294, 1949 ; texte repris dans La Communication poétique, Paris, Gallimard, 1969), qui balaie de son champ d'investigation les "versificateurs idiots", les "affabulateurs", les "gros pédagogues", bref tous ceux qui lui paraissent incapables de nous faire éprouver "des émotions vraies, des émotions justes, en accord avec notre conception moderne du monde". On peut prendre la question autrement : faut-il que des domaines aussi peu émouvants a priori que la physique de Newton ou la science naturelle de Buffon aient été porteurs de passions, pour avoir mobilisé un Voltaire ou un Chénier ! Il en va de même pour les autres sciences, et la kyrielle d'écrivains plus ou moins obscurs qui leur donnèrent figure poétique. En réalité, la conception du monde dont parle G. Mounin, et dont il apprécie dans Char l'expression inspirée, enthousiaste et lucide, n'exclut pas de son champ ce que l'on nomme les "matières", quitte à leur insuffler parfois une dose infime d'irrationalité. Singulièrement, le Droit représente, bien avant et bien après la Révolution, un point chaud des "Weltanschauungen".

ressources de la poésie celles qui pouvaient favoriser une expression élargie de la loi, et d'offrir au texte légal un supplément de lisibilité séduisante, sans pour autant le laisser menacer par des signes qui en eussent contrarié la visée. Les versificateurs ont estimé que seul ce type de poésie était en mesure de prêter au Droit le concours d'une fiction désaffectée, mais prestigieuse. Avec les Codes en vers, la loi persiste à désigner du probable, mais un probable plus proche, dont la compatibilité est accrue avec un contexte mouvant et inépuisable. Par conséquent, elle sera susceptible de provoquer un engagement plus profond de la part de ceux à qui elle s'adresse : c'est qu'elle ne parle plus "coram populo" seulement, mais aussi "ad hominem".

CONCLUSION

Il n'empêche que tant d'ingéniosité didactique n'a suffi ni à faire survivre les Codes en vers, ni à susciter, depuis plus d'un siècle, la moindre émulation. Certes, la connivence d'écriture entre la poésie et le Droit avait occupé, il faut le reconnaître, plus de théoriciens que d'hommes de l'art ; plutôt qu'une pratique florissante, elle fut matière à dissertations nostalgiques et à pétitions de principes. C'est d'ailleurs pourquoi le Code civil, livre fabuleux qui provoqua trois récidives poétiques, fit atteindre son apogée à ce genre confidentiel. On sait maintenant que c'en fut aussi le dernier sursaut. Pour des raisons qui tiennent tout autant à l'évolution de la poésie qu'à celle du Droit, il n'est plus concevable de traduire en vers des textes juridiques. C'est qu'il ne reste plus grand-chose de la conjonction, favorable à ces entreprises, d'une poésie des formes fixes et d'un Droit impérieusement fixé. Depuis la fin du XIXe siècle, les chemins de la création poétique s'écartent volontiers de la rime et du vers. En revanche, dans les chansons, qui abritent la poésie populaire, le rythme tend à supplanter les paroles ; le verbe, lui, s'est réfugié dans le slogan. Ecartelée entre l'"effort au style", qui vise à étonner, et un martèlement qui rassure sans phrases, la poésie didactique ne pouvait que périr. Mais, didactique ou non, la poésie aspire à la pérennité. Voilà par où, sans doute, elle est le moins à même de rencontrer encore le Droit. Car ce n'est pas tant l'inflation des textes, souvent dénoncée, ni les modifications qui ont affecté de nombreux articles du Code civil, qu'il convient avant tout de mettre en cause ; c'est bien plutôt la prééminence d'une conception du Droit sensiblement différente de celle qui fut au principe de tant d'acharnement métrique. Outil d'adaptation sociale au service d'un gouvernement démocratique, susceptible de réajustements périodiques, la loi, sur laquelle l'opinion publique se sent de plus en plus un droit de regard, ne peut plus

représenter le miroir du Juste, ni être hissée sur un piédestal. Elle est trop sentie comme un domaine de haute technicité, soumis à fluctuation. Quand il n'est plus possible d'apprendre exhaustivement la loi, quand il serait même impératif de la désapprendre à plus ou moins brève échéance, le mécanisme mnémotechnique aurait un effet désastreux. Il est préférable de "se repérer" dans les textes, au gré de ses besoins, avec le concours de ces publications spécialisées qui sont régulièrement mises à jour. Voilà une industrie encore florissante : Picot en eut bien l'intuition. A l'inverse, les Codes hyperlisibles des versificateurs sont de tous, aujourd'hui, les plus illisibles. Car depuis que l'on a touché et au vers, et au Code, où serait le moyen d'offrir à la fois l'en-vers et l'en-Droit ?

DROIT PUBLIC



**LES LACUNES DU CONTROLE
JURIDICTIONNEL SUR L'ADMINISTRATION
EN FRANCE :
TOUR DE BABEL OU PEAU DE CHAGRIN ?**

Par
Kingué NGANDO
*Docteur d'Etat en droit - Maître ès Lettres
Université d'Orléans*

PLAN

1 - Le contrôle juridictionnel sur l'administration : question de conception.

2 - Les lacunes de ce contrôle : question de terminologie

I - LES LACUNES LIEES A LA NATURE DE L'ACTE

A - Les actes ayant un rapport avec l'ordre international

B - Les actes ayant un rapport avec l'ordre interne

II - LES LACUNES LIEES AU POUVOIR DU JUGE

A - Les pouvoirs du juge dans la conduite de l'instruction

B - Les pouvoirs du juge dans le contrôle du respect de la chose jugée.

INTRODUCTION

1 - Le "contrôle juridictionnel sur l'administration" : question de conception

S'il est une institution que les autres pays du monde devaient envier à la France, ce serait, semble-t-il, son contrôle juridictionnel sur l'administration. En effet, selon certains auteurs (1), "c'est sans doute en France, dans l'ensemble des pays au monde que le contrôle juridictionnel sur l'administration est le plus large, le plus étendu. Il va du modeste arrêté municipal jusqu'aux ordonnances du président de la République. Il s'étend par conséquent, à tous les actes et à toutes les autorités du pouvoir exécutif". Ce contrôle est assuré par plusieurs moyens. Parmi ceux-ci, le recours pour excès de pouvoir (2) constitue sans conteste le moyen le plus général. "Le recours pour excès de pouvoir est l'action par laquelle toute personne y ayant intérêt peut provoquer l'annulation d'une décision exécutoire par le juge administratif en raison de l'illégalité de cette décision" (3). Ce recours est non seulement le plus largement et le plus facilement ouvert, mais c'est également celui qui permet véritablement un "contrôle" juridictionnel au sens étymologique du terme. En effet, lorsque l'on analyse le recours qui s'en rapproche le plus, à savoir le recours en indemnité (4), la fonction de ce dernier apparaît moins de "contrôler" que de réparer.

Ces précisions étant apportées, le contrôle juridictionnel dont il sera question dans cette étude est celui qui est assuré au moyen du recours pour excès de pouvoir. Dès lors, si lacunes il y a, il s'agira de celles qui se rattachent à ce recours.

2 - Les lacunes de ce contrôle : question de terminologie

Il est surprenant de constater que ce terme est absent des principaux dictionnaires juridiques usuels. Pourtant comme tout système juridique, celui de la France n'en est pas exempt. Dès

(1) Notamment G. Braibant, Le droit administratif français, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques et Dalloz, 1984, p. 433 et 440. Sauf indication contraire, tout renvoi à M. Braibant doit être réputé se rapporter à cet ouvrage.

(2) Il convient de relever que ce recours serait lui-même l'un des trois (avec les recours en appréciation de la légalité et en déclaration d'inexistence) qui constituent le contentieux de l'excès de pouvoir. Pour une distinction des branches du contentieux administratif opérée par Laferrière, voir notamment R. Chapus, Droit administratif général, T. 1, éd. Montchrestien, 1986, pp. 555 s. Désormais tout renvoi au nom de M. Chapus devra être réputé se rapporter à cet ouvrage, sauf indication contraire.

(3) G. Vedel et Delvolve, Droit administratif, Thémis, P.U.F., 1984, 9ème éd., p. 737.

(4) Il relève de ce que Laferrière appelle branche du contentieux de pleine juridiction. Les autres branches sont le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression. V. R. Chapus, op. cit., pp. 564 s.

lors, le droit administratif en tant que branche du droit ne saurait faire exception. Sans tenter de définir la notion de lacune, nous dirons à la suite d'un auteur (5) qu'"il est conforme à l'étymologie et à l'usage du mot lacune, qui doit évoquer (...) dans le domaine du Droit l'idée d'un vide, d'une discontinuité, d'en observer l'emploi uniquement pour désigner ces situations où aucune règle en vigueur ne prévoit la solution de la question litigieuse". Ainsi le terme de lacune ne doit pas être confondu avec les termes avoisinants comme celui d'obscurité notamment (6).

Appliqué au contrôle juridictionnel sur l'administration (selon la conception exposée), la notion apparaît lorsque tout recours d'un administré contre un acte administratif est irrecevable ou, lorsque, bien qu'il soit recevable, le juge administratif ne peut censurer l'illégalité de l'acte incriminé, malgré l'absence de toute autre voie parallèle ou de substitution. Il convient donc d'éliminer d'emblée tous les cas où, pour des raisons diverses, le contrôle juridictionnel ne peut être actionné par le recours pour excès de pouvoir, mais où il existe cependant d'autres voies de droit (7) permettant de censurer l'illégalité éventuelle dont serait entaché un acte administratif. Tel est le cas notamment des actes préparatoires ou des circulaires non réglementaires. L'irrévocabilité de tout recours pour excès de pouvoir contre ces actes ne correspond à aucune lacune. En effet, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir en amont, ils ne le sont pas moins en aval. En d'autres termes, l'illégalité éventuelle de tous les actes consécutifs à l'application des premiers cités pourra être censurée à un stade ultérieur (8). Dans le même ordre d'idées, doit être exclue l'irrecevabilité de tout recours contre les lois et les traités. L'irrecevabilité de tout recours pour excès de pouvoir contre ces actes n'a aucun lien avec le contrôle juridictionnel sur l'administration, pour des raisons évidentes. Il ne s'agit en aucun cas d'actes administratifs. De même, ne sont pas concernés par la présente étude les actes du Président de la République relatifs soit à l'organisation, soit au fonctionnement des pouvoirs publics, notamment ceux qui se rattachent à ses pouvoirs propres.

Sous réserve de ces observations préliminaires, il apparaît que les lacunes liées au contrôle juridictionnel sur l'administration peuvent se rattacher à deux axes principaux : elles sont liées soit à la nature de l'acte incriminé (I), soit aux pouvoirs dont dispose le juge (II).

(5) L. Siorat, Le problème des lacunes en droit international - Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire, L.G.D.J., 1958, p. 82.

(6) *Ibid.*, pp. 63 s.

(7) C'est le cas notamment des contentieux électoral, fiscal, de la légalité des contrats.

(8) G. Braibant, *op. cit.*, p. 262.

I - LES LACUNES LIEES A LA NATURE DE L'ACTE

Les lacunes que l'on peut déceler ici concernent tous les actes qui, à aucun moment et en aucun cas, ne peuvent être attaqués avec succès devant le juge. Ce dernier déclarera à chaque fois le recours irrecevable. Les actes ainsi concernés constituent des "zones de non recours" (9) qui sont autant d'exceptions au contrôle du juge. Ces actes peuvent être classés en deux grandes catégories : ceux qui sont en rapport avec l'ordre international d'une part (A) et tous les autres qui sont en rapport avec l'ordre interne d'autre part (B).

A - LES ACTES AYANT UN RAPPORT AVEC L'ORDRE INTERNATIONAL

Rentrent dans cette catégorie essentiellement des actes dits de gouvernement (10). L'acte de gouvernement a été justifié de diverses manières. Tour à tour on a fondé cette exclusion du contrôle juridictionnel, tantôt sur l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 (11), tantôt sur le mobile politique (12). Quoi qu'il en soit, au-delà de cette controverse doctrinale, l'acte de gouvernement a pour caractéristique principale "d'être intégralement soustrait au contrôle juridictionnel non seulement quant à l'opportunité, mais encore quant à sa régularité juridique" (13). Cette analyse fut vraie en son temps. Toutefois, elle ne semble plus correspondre à la réalité d'aujourd'hui. Elle doit en effet être fortement nuancée de nos jours.

Il est en effet admis aujourd'hui que la notion d'acte de gouvernement recouvre essentiellement deux catégories d'actes : ceux qui ont trait aux rapports des pouvoirs publics constitutionnels d'une part, et ceux qui ont trait aux rapports de la France avec les Etats étrangers et les organisations internationales d'autre part.

Les actes rentrant dans la première catégorie seront étudiés ultérieurement. Seuls nous intéressent donc à ce stade de

(9) G. Braibant, *op. cit.*, p. 266.

(10) Pour M. Rivero, il semble que les actes de gouvernement n'existent pas. Les actes groupés sous cette rubrique sont exclus de tout contentieux juridictionnel administratif tout simplement pour des raisons tirées du jeu normal des règles de ce contentieux. Voir également M. Virally, L'introuvable acte de gouvernement, R.D.P., 1952, p. 317. En sens contraire, voir R. Chapus, L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?, D., 1958, chr. 5.

(11) Cet article dispose que "les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui appartiendraient au contentieux administratif".

(12) Voir notamment l'arrêt Laffitte, C.E., 1er mai 1822, Recueil, 1821-1825, 202.

(13) P. Duez, Les actes de gouvernement, Paris, Sirey, 1935, p. 18.

l'analyse, les actes de la deuxième catégorie. Ils constituent une variété hétérogène et hétéroclite. Ils peuvent être regroupés sous deux grandes rubriques : les actes qui concernent les traités et ceux qui concernent les matières autres que les traités (14).

Quoi qu'il en soit, qu'ils concernent l'ordre interne ou l'ordre international, les actes de gouvernement constituent une "anomalie" (15) dans le système juridique français. Toutefois, l'état de l'évolution du droit montre qu'ils n'ont cessé de subir de recul. Les lacunes qu'ils constituent se combleront progressivement. Le juge a en effet désormais tendance à recourir beaucoup plus souvent à la technique de l'acte détachable. Grâce à cette dernière, le juge n'a cessé de faire subir une érosion aux actes de gouvernement.

Les exemples sont nombreux. L'un des exemples révélateurs de ces dernières années est sans doute l'arrêt du Conseil d'Etat (section) du 22 décembre 1978, sieur Vo Than Nghia (16).

A la suite de l'établissement des relations diplomatiques avec la France, la République démocratique du Vietnam Nord avait décidé tout naturellement d'avoir un hôtel d'ambassade. Dans cette perspective, cet Etat fit acquisition d'un terrain situé au lieu-dit "hameau Boileau" à Paris 16ème ; la demande de permis de construire qu'il déposa fut d'abord rejetée une première fois par le Préfet de Paris le 28 décembre 1973, comme contraire au cahier des charges du lotissement. Toutefois, un arrêté préfectoral en date du 15 juillet 1975 approuva le plan d'occupation des sols du hameau considéré et un autre arrêté en date du 18 juillet 1975 vint modifier le cahier des charges concerné. Sur le fondement de ces nouveaux textes, le permis put enfin être accordé à la République du Vietnam par un arrêté en date du 31 juillet 1975.

Dans le délai du recours contentieux, des voisins saisirent le tribunal administratif des demandes en annulation des arrêtés précités, demandes accompagnées de conclusions à fin de sursis. C'est alors que M. Vo Thanh Nghia, architecte et auteur du projet bénéficiant du permis, est intervenu dans les instances. Selon lui, le tribunal était incompétent pour connaître du litige, thèse que partageait le ministre des Affaires étrangères.

Le problème qui se posait était celui de savoir si, en l'espèce, les actes en cause étaient des actes de gouvernement ou non. Il est évident que si le litige se rattachait aux rapports internationaux de la République démocratique du Vietnam avec la

(14) R. Chapus, *op. cit.*, p. 660 ; G. Vedel et P. Delvolve, *op. cit.*, p. 423.

(15) Le terme est emprunté à G. Vedel et P. Delvolve, *op. cit.*, p. 423.

(16) C.E., section, 22 décembre 1978, A.J.D.A., 1979, avril, p. 38, concl. Genevois, A.J.D.A., pp. 36-38 ; D., 1979, I.R., p. 90, obs. P. Delvolve.

France, le juge administratif ne pouvait en connaître. Car les actes en cause seraient alors des actes de gouvernement, et à ce titre bénéficieraient d'une immunité juridictionnelle. Pour soutenir sa thèse, le sieur Vo Than Nghia invoquait trois arguments : l'exterritorialité, les incidences éventuelles d'un tel refus sur les relations des deux Etats et enfin la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (17). Si les deux premiers arguments furent facilement rejetés parce que difficilement soutenable juridiquement, le troisième apparaissait en revanche plus intéressant et plus complexe. Deux articles de la convention invoqués par l'intéressé pouvaient laisser perplexes.

L'article 21-1 dispose : "L'Etat accréditaire doit, soit faciliter l'acquisition sur son territoire, dans le cadre de sa législation (18), par l'Etat accréditant, des locaux nécessaires à sa mission, soit aider l'Etat accréditant à se procurer des locaux d'une autre manière".

Et l'article 41-2 énonce : "Toutes les affaires officielles traitées avec l'Etat accréditaire doivent être traitées avec le ministre des Affaires étrangères de l'Etat accréditaire ou par son intermédiaire ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu".

Selon l'architecte, en application de ces textes, la délivrance du permis de construire constituait une mesure d'exécution qui ne pouvait être détachée de la convention invoquée. A première vue, cette argumentation pouvait paraître séduisante. Toutefois, elle ne résiste pas à un examen attentif du dossier. Il y avait en effet lieu de douter de l'éventuel lien entre les actes incriminés et la convention citée, ou entre lesdits actes et les relations bilatérales entre la France et la République démocratique du Vietnam. Le commissaire du gouvernement eut beau jeu de relever que l'article 21 édictait que les facilités que devait accorder l'Etat accréditaire à l'Etat accréditant devaient l'être "dans le cadre de sa législation" (19). En d'autres termes, la procédure de l'obtention du permis en question devait se faire dans le respect du droit interne. En conséquence, les actes en cause ne pouvaient bénéficier d'une immunité juridictionnelle. Le Conseil d'Etat devait suivre les conclusions de son commissaire de gouvernement en décidant que la requête du sieur Vo Than Nghia doit être rejetée car les actes attaqués "ne se rattachent directement, ni à l'application de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, ni aux relations

(17) Convention dont la ratification a été autorisée par une loi du 20 novembre 1969 et publiée par un décret du 29 mars 1971.

(18) C'est nous qui soulignons.

(19) C'est nous qui soulignons.

bilatérales établies entre la République française et la République démocratique du Vietnam" (20).

En statuant ainsi, la Haute juridiction confirmait, non seulement le jugement du tribunal administratif de Paris (21), mais aussi la longue et lente érosion de la notion d'acte de gouvernement (22). Ainsi, ont été considérés comme détachables, tous les décrets en matière d'expulsion et d'extradition (23), les actes se rattachant à la répartition d'indemnités octroyés à des Français par des Etats étrangers à la suite des nationalisations. Ce fut le cas notamment pour la Hongrie et la Roumanie (24). Ainsi que le notent certains auteurs (25), dans de tels cas on voit bien "le partage qui se fait entre ce qui concerne la négociation (du gouvernement français) avec le gouvernement étranger, et notamment de l'indemnité globale obtenue qui relève de l'acte de gouvernement et ce qui concerne la répartition entre les Français, qui relève du droit interne français et se trouve soumis au contrôle juridictionnel". Il faut en effet noter que dans l'exemple de la Hongrie et de la Roumanie, c'est le gouvernement français qui s'était chargé lui-même, après l'obtention de l'indemnité globale correspondante, de la répartir entre tous les Français victimes des nationalisations. Dans le même sens, la notion d'acte détachable a été appliquée à des décisions relatives aux conséquences dommageables des manoeuvres en France des troupes étrangères s'y déplaçant ou y stationnant (26), ou à la demande d'autorisation relative à l'implantation sur le territoire français de l'émetteur d'une société de radiodiffusion étrangère (27).

Il en a été de même dans un domaine d'une grande importance pratique : le service public de la coopération culturelle et technique avec les Etats étrangers (28). Bien que s'exerçant à

(20) A.J.D.A., 1979, avril, p. 38.

(21) En date du 16 février 1976.

(22) G. Braibant, op. cit., pp. 264 s. ; J. Rivero, Droit administratif, Dalloz, 11ème éd., p. 166.

(23) Voir notamment C.E. Ass. 28 mai 1937, Decerf, P. 534 ; S. 1937.3.73, note P. Laroque ; cf. C.E. 24 juin 1977, Astudillo Calleja, A.J.D.A., 1977, p. 490 ; 7 juillet 1978, Croissant, A.J.D.A., 1978, p. 579.

(24) Voir notamment C.E., sect., 16 décembre 1955, Epoux Deltel, Recueil 592, p. 45, Dalloz, 1956, J., Concl. P. Laurent ; R.D.P., 1956, p. 150, note Waline, C.E., 13 mars 1964, Vassile, Recueil 179 ; A.J.D.A., 1964, p. 483, note A. de Laubadère ; C.E., section, 29 novembre 1974, Canino, Recueil, p. 597 ; D., 1975, p. 333, note Durupty.

(25) Notamment G. Braibant, op. cit., p. 264.

(26) C.E., 28 janvier 1974, Lecanu, Recueil, p. 41, R.D.P., 1948, p. 472, note M. Waline ; C.E., 13 juillet 1967, commune d'Auboué, Recueil, p. 3[°]8, A.J.D.A., 1968, p. 252, note G. Peiser.

(27) C.E., section, 17 décembre 1982, Soc. Radio-Monte-Carlo, Recueil, p. 418, A.J.D.A., 1983, p. 172, chron. J.-M. Delarue et B. Lasserre.

(28) C.E., 13 juillet 1966, Min. des Finances c. Leblanc, A.J.D.A., 1967, p. 106, note V.S. ; C.E., section, 1er octobre 1966, Aubert, Recueil, p. 512, A.J.D.A., 1966, p. 607, chron. J.-P. Lecat et Massot, p. 611, concl. J. Rigaud.

l'étranger, ce service n'en est pas moins un service français. A ce titre, son contentieux relève du juge administratif. Dans le même sens, les litiges concernant la carrière des agents ou fonctionnaires de ce service (29) relèvent du même juge.

La volonté du juge de combler les lacunes relevées ci-dessus est si grande que, lorsque la technique de l'acte détachable ne peut lui permettre de sanctionner une situation qui lui paraît incontestablement inéquitable, il a tendance à recourir à d'autres moyens, notamment à des principes généraux de droit. L'une des premières décisions à avoir statué dans ce sens est l'arrêt du C.E., Ass. 30 mars 1966, Compagnie générale d'Energie Radio-Electrique (30).

Propriétaire des locaux et des installations de radiodiffusion du "Poste Parisien", la compagnie précitée fut privée de la jouissance de ceux-ci pendant la guerre, les allemands les ayant réquisitionnés. Une fois la guerre terminée, la compagnie demanda à l'Etat français réparation du préjudice qu'il avait subi. L'article 53 de l'annexe jointe à la convention de La Haye du 18 octobre 1907 reconnaissait en effet à la compagnie un droit de créance sur l'Allemagne. Toutefois, les accords signés à Paris le 14 janvier 1946 et surtout à Londres le 27 janvier 1953 entre l'Allemagne et les Alliés (donc la France) avaient différé "jusqu'au règlement définitif du problème des réparations l'examen des créances, issues de la deuxième guerre mondiale, des pays qui ont été en guerre avec l'Allemagne ou ont été occupés par elle... et des ressortissants de ces pays à l'encontre du Reich...". Voyant ainsi le paiement de sa créance retardée, la compagnie demanda réparation du préjudice ainsi subi du fait des accords précités. A l'appui de sa requête, elle invoquait la rupture d'égalité devant les charges publiques. Le problème que devait résoudre le Conseil d'Etat était alors celui de savoir si la responsabilité de l'Etat pouvait être retenue pour le préjudice que des accords internationaux auxquels il est partie peuvent occasionner à des particuliers.

L'application de la jurisprudence traditionnelle conduisait à un rejet de la requête, car elle se fondait sur la théorie des actes de gouvernement (31). Cependant, suivant les conclusions de

(29) Il convient toutefois de noter que, lorsque ces mesures sont inspirées par des considérations qui touchent aux rapports internationaux, elles échappent à la compétence du juge administratif (C.E., 1er mars 1967, Maugein, A.J.D.A., 1967, p. 556.

(30) Recueil 1966, p. 257 ; D., 1966, p. 582, note J.-F. Lachaume ; R.D.P., 1966, p. 774, concl. M. Bernard, note Dechaussy ; A.J.D.A., 1966, p. 350, ch. Puissochet et Lecat ; G.A.J.A., p. 534. Voir également notamment C.E., 19 octobre 1962, Perruchen A.J.D.A., 1962, p. 682. Cf. C.E., 6 novembre 1968, Benejan et Morichère, A.J.D.A. ; 1969, p. 54, chr., p. 26.

(31) C.E., 19 février 1875, Prince Napoléon, Recueil, p. 155, concl. David ; D., 1875, 3, 18, concl., David ; C.E., 1er juin 1951, Société des Etains et Wolfram du Tonkin,

son commissaire du Gouvernement, le Conseil d'Etat répudia sa jurisprudence antérieure et posa le principe entièrement nouveau, d'une mise en cause possible de la responsabilité de l'Etat "sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques" sous certaines conditions (32). Consacrant ainsi un nouveau recul de la théorie des actes de gouvernement, l'arrêt du 30 mars 1966 allait servir de base dix ans plus tard au Conseil d'Etat pour engager à nouveau la responsabilité de la puissance publique (33) motif pris de ce que les privilèges et immunités qu'un représentant d'une organisation internationale (en l'espèce l'U.N.E.S.C.O) à Paris tient des accords de siège conclus entre l'O.N.U. et la France le 2 juillet 1954, rompent, sous certaines conditions, le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Certes, dans certaines affaires relativement récentes, le Conseil d'Etat a statué en sens contraire (34). On se consolera toutefois en se disant que "la responsabilité du fait des lois et conventions internationales est un produit de luxe. On ne s'en sert pas tous les jours" (35) .

B - LES ACTES AYANT UN RAPPORT AVEC L'ORDRE INTERNE

Les actes qui sont concernés par cette rubrique sont tous les actes administratifs (ou qui en ont toute l'apparence) qui sont susceptibles de faire "grief" mais contre lesquels tout recours est irrecevable, pour diverses raisons. Rentrant ainsi essentiellement dans cette catégorie, une partie des actes dits de gouvernement, les mesures dites d'ordre intérieur et les actes d'exécution du service public de la justice.

Recueil, p. 312.

(32) Il s'agit de deux séries de conditions. La première tenait au traité. Il fallait en premier lieu que "ni la convention elle-même, ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation". En deuxième lieu, il fallait que "le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial".

(33) C.E., section, 29 octobre 1976, Dame Burgat, Sieurs Letourneur et Loiseau, r, 452 ; J.D.I., 1977, 630, note G. Burdeau ; J.C.P., 1977, II, 18606, note Fr. Julien Lafférière ; A.F.D.A., 1977, 29, chr. M. Nauvalaers et L. Fabius ; D., 1978, p. 76, note C.-L. Vier et F. Lamoureux.

(34) C.E., 24 novembre 1982, Cie d'ass. La France, G.P. 13 avril 1983 ; C.E., 1er juin 1984, Tizon et Millet, p. 194, D. 1986, I.R., p. 34, obs. F. Moderne et P. Bon, R.F.D.A., 1985, p. 117, note P. Bon.

(35) R. Chapus, op. cit., p. 939.

1 - Les actes dits de gouvernement

Les actes qui sont concernés par cette rubrique peuvent être groupés en deux catégories principales (36) :

- Ceux qui ont trait aux rapports d'ordre constitutionnel entre le chef de l'Etat et le gouvernement.

- Ceux qui ont trait aux rapports de l'exécutif avec le parlement.

Rentrent dans la première catégorie notamment la démission présentée par le chef du gouvernement, l'acceptation ou le refus de cette démission, la constitution du gouvernement.

Sont concernés par la deuxième catégorie plusieurs actes. On peut en donner les exemples les plus marquants. Ainsi en est-il de ceux des pouvoirs propres du Président de la République qui ont un rapport direct avec le fonctionnement du régime parlementaire. Doivent donc être mentionnés les décrets du Chef de l'Etat décidant de présenter les projets de loi au référendum (37), de ceux prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale, de ceux décidant la mise en oeuvre de l'article 16 de la constitution (38), ou de ceux décidant ou non la saisine du Conseil constitutionnel d'une loi votée par le parlement (39). On doit également rattacher à cette catégorie tous les actes de l'exécutif qui ont trait à la gestation et à la naissance d'une loi. Ainsi, sont concernés, les décrets portant convocation ou clôture des sessions parlementaires, les mesures du gouvernement relatives à son droit d'initiative des lois (dépôt du projet, abstention, refus d'en déposer ou retrait), le comportement des membres du gouvernement dans les débats parlementaires et les décrets de promulgation émanant du Président de la République (40).

Toute l'analyse de l'évolution du droit, surtout jurisprudentiel, montre que, à l'instar des actes de gouvernement ayant trait à l'ordre international, ceux qui sont étudiés dans cette rubrique n'ont cessé de voir leur champ d'application se restreindre.

(36) Certains auteurs les groupent en trois catégories. Voir notamment R. Chapus, op. cit., pp. 659 s. Selon cet auteur, aux deux catégories dont nous allons parler, il faut ajouter toutes les déclarations publiques du chef de l'Etat, du chef de gouvernement et des membres de celui-ci.

(37) Voir notamment C.E., 19 octobre 1962, Brocas, Recueil, p. 553, D., 1962, 702, concl. M. Bernard ; S., 1962, 307, concl. Bernard, A.J.D.A., 1962, 612 note de Laubadère, C.E., 29 avril 1970, Comité des Chômeurs de la Marne, Recueil, p. 279.

(38) Voir notamment l'exemple bien connu du C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens.

(39) La décision du premier ministre relative à la saisine du Conseil constitutionnel jouit de la même immunité juridictionnelle.

(40) Notamment l'exemple bien connu de C.E., 3 novembre 1933, Desreumaux, Recueil, p. 933, 1934, 3, p. 36, note A. Gros ; R.D.P., 1934, p. 649, note G. Jèze ; S., 1934, 3, p. 39, note R. Alibert.

L'un des exemples les plus marquants est certainement la recevabilité des recours dirigés contre les mesures administratives prises en vertu de l'article 16. A été ainsi déclaré illégal un décret pris en exécution d'une décision présidentielle intervenue sur la base de cet article et plaçant un officier en congé spécial sans que celui-ci ait été en mesure de demander communication de son dossier ainsi que le prescrivait la loi (41).

2 - Les mesures dites d'ordre intérieur

Le deuxième domaine, où l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir constitue une lacune réelle, se rattache à ce que l'on range traditionnellement sous l'appellation de "mesures d'ordre intérieur". Par ce terme, "le juge et la doctrine entendent l'ensemble des mesures édictées au sein de l'institution administrative au sens le plus large du terme (service, établissement...) -quels que soient les caractères spécifiques de ces mesures" (42). Cette définition simple et à première vue satisfaisante masque une réalité fort complexe. C'est que le contenu de cette catégorie varie considérablement selon les auteurs (43). En fait, les différentes acceptions peuvent être ramenées à deux principales. Au sens strict, l'expression recouvrirait des actes qui se rattachent à la vie intérieure d'un service administratif (44). Dans cette première acception, la finalité de la plupart de ces actes serait, pour l'essentiel, la préparation des décisions administratives. Ils indiqueraient ce que ces décisions pourraient ou devraient être d'une part, ou interviendraient dans leur processus d'élaboration (45). Relèveraient ainsi de cette première acception, notamment les circulaires non réglementaires (dites parfois d'ordre intérieur), certains actes préparatoires ne faisant pas grief (46). La caractéristique de ces actes réside dans le fait qu'ils sont insusceptibles de recours (47).

(41) Article 65 de la loi du 22 avril 1905, Voir C.E., Ass. 24 octobre 1964, d'Oriano, p. 486, A.J.D.A., 1964, p. 684, Chron. M. Puybasset et J.-P. Puissocher ; D., 1965, p. 9, note D. Ruzie ; R.D.P., 1965, p. 282, concl. M. Bernard ; également C.E., 25 juillet 1985, Dame Agostini, p. 225, A.J.D.A., 1985, p. 558, concl. B. Lasserre, R.A., 1985, p. 581, note B. Pacteau.

(42) M. Hecquard-Théron, De la mesure d'ordre intérieur, A.J.D.A., 1981, p. 235.

(43) Ibidem, loc. cit.

(44) Ces mesures correspondraient à la part irréductible d'auto-organisation qui est nécessaire à toute entreprise pour poursuivre la réalisation de sa fin propre en dépit des nécessaires insuffisances d'une réglementation rigide. Voir J. Rivero, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, Sirey, 1934, p. 258.

(45) R. Chapus, op. cit., tome 1, p. 377.

(46) Notamment C.E. 14 mai 1982, Sté du Grand Hôtel d'Ajaccio, Recueil, p. 178.

(47) Il convient de noter que l'impossibilité d'un recours contre eux n'interdit pas la possibilité pour un particulier d'invoquer l'illégalité éventuelle les entachant à

La deuxième acception désigne des actes de détail se rattachant à la vie intérieure d'un service de l'administration et qui sont considérés comme trop peu importants pour pouvoir être source de contentieux. Le fondement de l'exclusion du recours contre de tels actes n'est pas satisfaisant. La réalité montre en effet que certaines mesures qui rentraient dans cette catégorie, non seulement présentent tous les caractères d'une décision exécutoire, mais se révèlent également parfois très importantes quant à leur incidence. Le danger de l'existence de tels actes est apparu immédiatement, leur généralisation pouvait être un danger pour les droits de l'administré. En effet, sous le couvert des mesures d'ordre intérieur, l'administration pouvait être conduite à prendre de plus en plus de mesures faisant grief sans que les administrés puissent exercer un quelconque recours. Ce risque s'est en effet vérifié (48). Une telle situation était pour le moins inacceptable pour un Etat de droit. La doctrine n'a d'ailleurs jamais cessé de s'élever contre leur immunité juridictionnelle (49). Un auteur (50) a pu écrire justement que "les mesures d'ordre intérieur sont des actes privilégiés par le système administratif ; elles se glissent dans les interstices de la réglementation, leur résistance au contrôle juridictionnel apparaît alors d'autant plus choquante que la sensibilité des citoyens et plus largement des administrés est aujourd'hui plus vive au regard de la protection des droits et libertés, conduisant le législateur ou le pouvoir réglementaire à atténuer l'opacité de l'action administrative et à la contraindre à livrer ses secrets" (51).

Ces actes insusceptibles de recours sont d'autant plus choquants que leur liste n'est pas définie. Ou plutôt elle l'est, mais par le juge lui-même. Cette situation a conduit certains à dire que les mesures qualifiées d'ordre intérieur constituent sans conteste un véritable "îlot de déni de justice" (52). Ainsi, a été déclaré irrecevable, un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision d'interdiction faite par la directrice d'un lycée de jeunes filles de venir en classe en pantalon de ski, sauf par temps de neige (53), ou contre la décision d'une direction de lycée interdisant aux élèves le port de tout insigne (54), ou contre de sévères observations adressées à un agent public sans autre

l'appui d'un recours formé contre la décision consécutive à un tel acte.

(48) Voir M. Hecquard-Théron, loc. cit.

(49) Notamment G. Vedel et P. Delvolve, op. cit., p. 246.

(50) M. Hecquard-Théron, loc. cit.

(51) Voir infra, notamment la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, II, A.

(52) M. Hecquard-Théron, op. cit.

(53) C.E., 20 octobre 1954, Chapou, Recueil, p. 541 ; D. 1954, p. 789.

(54) C.E., 21 octobre 1938, Pote, p. 786, D.H.T. 1939, p. 25. Cette interdiction avait été faite pour réduire le risque d'affrontements politiques dans l'établissement.

mesure disciplinaire (55), ou contre la décision par laquelle un étudiant se trouve affecté dans un groupe de travaux dirigés (56).

Si les quelques cas qui viennent d'être cités peuvent se justifier par le souci de débarrasser le juge administratif de connaître de contentieux de peu d'importance, il est des cas où cette justification devient très discutable, voire inopérante et choquante. La décision refusant le régime politique à un prisonnier paraît assez grave pour être soustrait au recours pour excès de pouvoir. L'arrêt Caillol (57) qui qualifiait ainsi de mesure d'ordre intérieur la décision plaçant le sieur Caillol dans un "quartier de plus grande sécurité" illustre parfaitement le cas limite où le fondement relevé précédemment ne paraît plus pouvoir donner satisfaction. L'inexistence d'une liste définie de ces mesures a parfois conduit le juge à traiter différemment des situations qui, pour l'essentiel, étaient similaires. Ainsi, contrairement à sa décision dans l'affaire Dupré précitée, le Conseil d'Etat a déclaré recevable un recours contre un avertissement donné à un magistrat sans autre mesure disciplinaire (58).

En conclusion d'une étude sur les mesures d'ordre intérieur, déplorant leur caractère hétéroclite et hétérogène, un auteur (59) écrivait que "...la protection des droits des agents et des usagers (60) ne peut être assurée que dans le cadre de la légalité générale. Le juge administratif contraint d'opérer la délicate conciliation entre cette protection et l'autonomie nécessaire au fonctionnement de toute institution est alors conduit à fixer au cas par cas les limites instables de l'ordre interne sans autre critère que la normativité de l'acte incriminé ou la lésion d'un droit statutaire". Bien que sévère, l'analyse semble juste.

Toutefois, du point de vue qui est le nôtre, l'exclusion des mesures d'ordre intérieur, même imparfaite, par le juge de tous les actes se rattachant au statut des intéressés atténue fortement le caractère lacunaire que pouvait constituer l'immunité juridictionnelle de ces actes. Ainsi a-t-il été jugé que la décision portant atteinte aux droits découlant du statut d'un agent public est une décision exécutoire faisant grief, et comme telle, était susceptible de recours (61). Le Conseil d'Etat a également pris la

(55) C.E., 10 février 1967, Dupré, A.J.D.A., 1967, p. 300.

(56) C.E., 11 février 1967, Bricq, Recueil, pp. 822-881, Requête n° 69.909.

(57) C.E., Ass., 27 janvier 1984, Recueil, p. 28 ; A.J.D.A., 1984, p. 72, chron. B. Lasserre et J.M. Delarue ; G. Pal., 1984, p. 483, concl. B. Genevois ; R.F.D.A., p. 187, note F. Moderne.

(58) C.E. 1er décembre 1972, Dlle Obrégo, A.J.D.A., 1973, 37, concl. Grevisse, Chr. 30 ; D., 1973, 690, note J. Robert.

(59) M. Hecquard-Théron, op. cit., p. 244.

(60) Il s'agit là de deux catégories de personnes concernées par ces mesures.

(61) C.E., 4 janvier 1964, Pailou et Syndicat national autonome des Secrétaires Généraux de France, D., 1964 J. 364, note Auby ; A.J.D.A., 1964, 227 ; dans le

même décision lorsqu'il estimait que l'acte incriminé portait atteinte au statut d'un élève (62) ou d'un militaire (63). Cette jurisprudence qui tend à se généraliser ne peut qu'être approuvée. "La tendance générale, en France comme ailleurs, est de reconnaître des droits aux militaires comme aux autres citoyens" (64).. Etant entendu que ceux de ces derniers ne cessent de s'accroître.

3 - Les actes dits d'exécution du service public de la justice.

Un autre domaine où se trouve exclue la compétence du juge administratif est celui qui concerne les décrets présidentiels relatifs au droit de grâce.

Pendant longtemps, la doctrine a rangé ces actes dans la catégorie des actes de gouvernement (65). L'incompétence du juge administratif avait dès lors le même fondement que celui des actes de gouvernement. L'affaire Gugel (66) est, semble-t-il, la première où le décret accordant une grâce était l'objet d'un recours contentieux de la part du condamné. Par conséquent, c'est donc la première fois que la question de savoir si un tel recours était recevable, était également posée.

Le soldat Gugel avait été condamné à la peine de mort. Par une décision du 7 janvier 1882, le Président de la République avait commué la peine de mort prononcée contre l'intéressé en celle de vingt ans de travaux forcés et vingt ans d'interdiction de séjour. L'intéressé forma un recours pour excès de pouvoir contre le décret précité. "Considérant que les actes accomplis par le chef de l'Etat, dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse" (67), la Haute assemblée rejeta la requête.

Dans sa note sous cet arrêt, Hauriou écrivait :

Notre arrêt est d'une netteté remarquable... Pour qui connaît la terminologie du Conseil, cela signifie que le décret de grâce est un acte qui par sa nature (68) échappe au recours contentieux. C'est un renseignement précieux ; pourtant, comme il y a plusieurs catégories d'actes qui, par leur

même sens C.E., 26 avril 1978, Crumeyrolle, A.J.D.A., 1979, p. 41, D., 1978, I.1, 360, obs. P. Dolve.

(62) Exemple le refus de passage dans la classe supérieure. C.E., 116 juillet 1949, Andrade, Recueil, p. 331 ; C.E., 26 janvier 1966, Davin, A.J.D.A., 1966, p. 368.

(63) Exemple rétrogradation ou révocation.

(64) G. Braibant, Droit administratif, p. 265.

(65) Voir notamment A. Hauriou, note sous C.E., 30 juin 1893, Gugel, S., 1895, 3, p. 41.

(66) Ibidem.

(67) S., 1895, 3, p. 41.

(68) Souligné dans le texte.

nature, sont insusceptibles de recours contentieux, il reste à faire un choix et un triage... A notre avis, (le droit de grâce) est un acte de gouvernement, et c'est uniquement sur cette qualité qu'est fondée la fin de recevoir" (69).

Toutefois, depuis 1947, le Conseil d'Etat semble avoir substitué une autre interprétation à celle de Hauriou. La Haute juridiction tend désormais à considérer que les décisions prises par le Chef de l'Etat dans l'exercice de son droit de grâce, se rattachent plutôt à l'exercice du pouvoir judiciaire. C'est ce qui ressort de l'arrêt Gombert (70), le premier de cette nouvelle vision. Dès lors l'exclusion de la compétence du juge administratif a un fondement nouveau. Ce dernier ne peut être compétent que là où se saisit l'action de l'Administration au sens large. En l'espèce, l'exercice du droit de grâce du Président de la République se rattache au fonctionnement du pouvoir judiciaire. Or, tout le service judiciaire échappe, par définition, pour tout son fonctionnement à l'action de l'exécutif et donc à la compétence du juge administratif. La conception révolutionnaire du principe de la séparation des pouvoirs déploie encore tous ses effets en la matière. La séparation des autorités administrative et judiciaire exige, non seulement que soient distinguées les compétences respectives de chacune d'elles, mais également qu'il y ait indépendance de l'une par rapport à l'autre. C'est ce deuxième aspect qui prévaut en matière de décrets de grâce. L'administration au sens large ne doit pas "s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire". Toutefois, si ce principe paraît clair, son application a soulevé des problèmes assez complexes. Une distinction a été établie entre l'organisation et le fonctionnement du service judiciaire. Le juge administratif s'est ainsi reconnu compétent pour connaître de toute décision qui se rattache à l'organisation du service public de la justice alors qu'il ne l'est pas pour tout acte qui se rattache à l'exercice même de la fonction juridictionnelle. En réalité, il ne s'agit plus d'une tendance, car les solutions ne sont pas aussi tranchées. Ce que l'on peut dire, c'est que la juridiction administrative est compétente pour certains actes, elle ne l'est en revanche, ni pour les actes préparatoires aux décisions judiciaires proprement dites, ni pour les actes relatifs à la désignation et à la discipline des auxiliaires de la justice, ni pour des actes se rapportant à l'aménagement interne des juridictions, ni pour des actes d'exécution des jugements. C'est précisément dans cette dernière catégorie que rentrent les décisions du chef de l'Etat en matière de grâce. C'est ce qui ressort de l'arrêt Gombert précité. C'est parce que cet acte du Président de la République

(69) S., 1895, 3, p. 41.

(70) C.E., 28 mars 1947, R.D.P., 1947, 95, note Waline.

relève du domaine judiciaire de l'exécution des peines qu'il échappe au contrôle du juge administratif (71).

Dans l'affaire Gombert, condamné à la peine de mort par la Cour de justice de Bordeaux le 16 octobre 1946, l'intéressé avait présenté un recours en grâce qui fût rejeté par la Président du Gouvernement provisoire de la République. L'intéressé introduisit alors une requête au Conseil d'Etat tendant à l'annulation de cette décision de rejet. La Haute assemblée ne fit pas droit à cette requête au motif que "les décisions que le chef de l'Etat est appelé à prendre dans l'exercice du droit de grâce dont dépend l'exécution de peines infligées par des juridictions de l'ordre judiciaire, ne peuvent pas être regardées comme des actes émanant d'une autorité administrative" (72).

La doctrine s'est élevée contre l'immunité juridictionnelle des actes concernés. Leur caractère judiciaire a été et demeure contesté (73). Si l'on s'en tient à ce fondement, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur une certaine jurisprudence du Conseil d'Etat. Il s'agit de celle qui concerne les décrets individuels d'amnistie. Y-a-t-il véritablement une différence de nature ou de régime entre ces actes et ceux se rattachant au droit de grâce ? La réponse est malaisée. Certes, la grâce est la remise de l'exécution d'une peine. A la différence de l'amnistie, elle n'a pas pour effet de faire disparaître, ni l'infraction ou le délit, ni la peine. Elle ne se rattache qu'à l'exécution de la peine, se contentant de la supprimer, de la réduire ou de la commuer. Ces différences suffisent-elles à justifier les traitements différents qui sont faits aux actes se rapportant à la grâce et ceux se rapportant à l'amnistie ? Nous ne le pensons pas. Toujours est-il que le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour connaître notamment de la légalité des décrets individuels d'amnistie. On a tenté d'expliquer cette dérogation par le fait que, si les décrets individuels d'amnistie interviennent à la suite de condamnations prononcées par l'autorité judiciaire, ils n'en constituent pas moins des "actes émanant d'une autorité administrative" (74). Cette explication ne semble pas satisfaisante. A l'instar des décisions de grâce, celles relatives à l'amnistie ne sont-elles pas également celles qui interviennent à la suite de condamnations prononcées par l'autorité judiciaire ? N'émanent-elles pas également du Président de la République, autorité administrative suprême ? Il

(71) En réalité cette opinion n'est pas nouvelle. M. le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Precourt l'avait déjà émise, au moins partiellement, dès 1893. Voir *Revue Générale d'Administration* 1893, t. 3, p. 55.

(72) R.D.P., 1947, p. 99.

(73) Voir notamment Waline, R.D.P., 1947, p. 95.

(74) C.E., 24 novembre 1961, *Electricité de Strasbourg c/Schaub*, Recueil, p. 660 ; R.D.P., 1962, p. 339, concl. Heumann ; A.J.D.A., 1962, p. 18, chr. Galabert et Gentot.

semble qu'il y ait deux poids, deux mesures. Le Conseil d'Etat n'a cessé en tout cas d'affirmer cette jurisprudence. Ainsi, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret individuel d'amnistie, il a annulé ce dernier (75) contrairement à la décision de la Chambre criminelle rendue une semaine plus tôt (76). On a aussi avancé l'idée que les actes ainsi exclus de la compétence du juge administratif pourraient relever du juge judiciaire. En fait, il est permis de douter de cette possibilité. Car, quoi que l'on en dise, l'équivalent du recours pour excès de pouvoir n'existant pas devant les tribunaux judiciaires, l'hypothétique satisfaction que l'administré pourrait en retirer resterait en deçà du résultat qu'aurait donné le recours pour excès de pouvoir.

II - LES LACUNES LIEES AU POUVOIR DU JUGE

Afin que la fonction de contrôle du juge ne soit pas un vœu pieux, le juge doit avoir les pouvoirs de préparer le prononcé de sa décision en étant éclairé sur l'ensemble des données de fait et de droit relatives au litige.

Ensuite, une fois la décision prononcée, encore faut-il que celle-ci soit exécutée. Or, des lacunes apparaissent à ces différents niveaux. Elles concernent donc, les pouvoirs du juge dans la conduite de l'instruction du litige d'une part (A), et ses pouvoirs dans le contrôle du respect de la chose jugée d'autre part (B).

A - LES POUVOIRS DU JUGE DANS LA CONDUITE DE L'INSTRUCTION

Pendant longtemps le juge administratif ne pouvait obliger l'administration à faire connaître les motifs de ses décisions (77). Celle-ci pouvait s'appuyer en effet sur son pouvoir discrétionnaire pour refuser de s'exécuter. Il y avait là incontestablement une anomalie qui constituait une lacune certaine dans le contrôle que le juge pouvait espérer exercer sur l'administration. Cette situation était d'autant plus fâcheuse que, dans le combat que pouvait mener un particulier contre l'administration, celui-ci était fort démuné. Souvent demandeur, le particulier pouvait diffi-

(75) C.E., 14 novembre 1963, Pommery et Dalmas de Polignac, Recueil, p. 555 ; D., 1964, p. 692.

(76) C.E., 14 novembre 1963, Pommery et Dalmas de Polignac, D., 1964, p. 265, note Ch. D.

(77) Il convient de noter que cette impossibilité ne résultait d'aucun texte. Il s'agissait en fait d'une autolimitation, au demeurant fort critiquable. Le juge administratif (et même la doctrine) rattachait en effet cette possibilité à son pouvoir "d'injonction". Or une tradition a toujours poussé à considérer que le juge administratif ne peut adresser d'injonction à l'Administration. Voir notamment Y. Gaudemet, Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif, Mélanges Burdeau, p. 805.

lement fournir la preuve des griefs qu'il invoquait à l'encontre de l'administration. Celle-ci pouvait, d'une part lui refuser l'accès de ses dossiers, et d'autre part refuser de faire connaître les tenants et les aboutissants de son acte. L'infériorité du requérant était plus accentuée lorsque ses griefs se rattachaient au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Dans ce cas, l'administration pouvait s'abriter derrière ce pouvoir pour refuser toute explication sur les éléments des motifs de sa décision. Cette anomalie ternissait considérablement l'onction de l'Etat de droit à laquelle peut prétendre un pays comme la France. Des palliatifs s'imposaient pour atténuer, voir supprimer, cet état de choses.

La première banderille portée à cette sorte "d'immunité d'explication" fut l'oeuvre du Conseil d'Etat lui-même. Son action a consisté à la fois à réduire le pouvoir discrétionnaire et à établir des règles permettant un contrôle plus efficace du juge. Cette oeuvre prétorienne s'est réalisée par petites touches, faisant tomber les uns après les autres les différents pans de ce "mur de silence" que pouvait devenir l'administration. Parmi les nombreux arrêts qui ont contribué à cet effort, deux méritent particulièrement d'être cités. Ils illustrent mieux que tous les autres les deux points forts de cette croisade.

Le premier est l'arrêt Barel (78). Dans cette espèce, certains candidats dont le sieur Barel s'étaient vu refuser l'inscription sur la liste des candidats admis à concourir pour l'entrée à l'Ecole Nationale d'Administration. Les intéressés saisirent le Conseil d'Etat. Ils soutenaient qu'ils n'ont été éliminés de cette liste qu'à raison des opinions qui leur étaient attribuées. A l'appui de ces allégations, ils se prévalaient des situations et des faits précis qui, aux yeux du Conseil d'Etat constituaient des présomptions sérieuses propres à établir l'illégalité de la décision. Contestant ces allégations, le Secrétaire d'Etat à la présidence du conseil s'était en revanche abstenu de faire connaître les motifs de sa décision au juge, se bornant à indiquer qu'il appartenait au juge de dégager ces motifs parmi les pièces versées au dossier. Devant cette attitude, le Conseil d'Etat exigea de l'administration la production des documents susceptibles de l'éclairer. Faute pour celle-ci d'avoir fourni les pièces demandées, la Haute assemblée considéra les allégations des requérants comme fondées. En statuant ainsi, le Conseil d'Etat limitait le pouvoir discrétionnaire et adoptait une méthode d'instruction propre à lui permettre d'exercer véritablement son contrôle (79). La règle relative à la

(78) C.E., Assemblée, 28 mai 1954, Barel, Recueil p. 308, concl. Letourneur ; S., 1954, III, p. 97, note Mathiot ; D. 1954, p. 594, note Morange ; R.D.P., 1954, p. 509, concl. Letourneur, note Waline ; R.P.D.A., 1954, p. 149, concl. Letourneur, note Eisenmann ; Rev. Adm., 1954, p. 393, concl. Letourneur, note Liet-Veaux ; A.J.D.A., 1954, ii, p. 396, note Long.

(79) Méthode à laquelle il avait recouru jusque là.

charge de la preuve, sans être renversée, était fortement entamée. Tout ce qui était exigé du requérant, c'était qu'il produise des circonstances et des faits précis de nature à constituer de sérieuses présomptions. Depuis cette décision, le Conseil d'Etat n'a cessé de porter des banderilles à ce pouvoir discrétionnaire, perfectionnant de plus en plus les modalités de son contrôle (80). Parmi les arrêts qui illustrent cette réalité, le plus important fût sans doute l'arrêt du 26 janvier 1968, Société Maison Genestal (81). Cette décision illustre en effet la percée du juge administratif dans le domaine économique.

En l'espèce, à l'origine du conflit, il y avait le refus opposé conjointement par le Ministre des finances et celui de la construction à une demande d'agrément faite par la Société "Maison Genestal". Répondant au pourvoi de l'intéressé, le Ministre de l'économie et des finances s'était borné à indiquer que l'opération projetée par la Société "Maison Genestal" ne lui avait pas paru de nature à mériter de bénéficier de l'octroi de l'agrément sollicité. Une telle observation n'était pas de nature à satisfaire la Haute juridiction. Aussi a-t-il été jugé que "ce motif (était) formulé en termes trop généraux pour permettre à la Haute juridiction administrative d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée de refus d'agrément et de vérifier si, compte tenu de l'argumentation développée par la société requérante, cette décision n'est pas entachée d'inexactitude matérielle, d'erreur de droit, d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir...". Plus qu'une simple transposition dans le domaine économique de la jurisprudence Barel, la décision Sté "Maison Genestal" manifestait la volonté du juge de renforcer de plus en plus son contrôle à l'égard du pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'apport de cette décision était double. Elle consacrait le principe du contrôle minimum (82) et portait un coup sérieux aux règles gouvernant la preuve. Désormais, le Conseil d'Etat demandait à l'administration les raisons de fait et

(80) Voir notamment C.E., 21 décembre 1960, Vicat-Blanc, D., 1961.421, note Chapus ; A.J.D.A., 1961.167, note V.S.

(81) G.A. n° 109 ; A.J.D.A., 1968, 122 Chr. Massot et Dewost, p. 102 ; Rec., p. 62, Dr. soc. 1968, 1, 2203 ; J.-P. Colson, L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, Paris, 1970 ; D. 1969, 456, note Fromont ; J.C.P., 1968, II, 15581, note Blancher, G.A.J.A., 547.

(82) S'agissant du degré de contrôle que le juge peut exercer, on peut distinguer le contrôle minimum, le contrôle normal et le contrôle maximum. Le premier (contrôle minimum) désigne le pouvoir dont dispose le juge pour exercer son contrôle en toute hypothèse. Il recouvre l'inexactitude matérielle, l'erreur de droit, l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de pouvoir. Le contrôle normal comprend les quatre hypothèses du contrôle minimum, mais également le contrôle de la qualification des faits. Enfin le contrôle maximum comprend toutes les hypothèses ci-dessus mais également le contrôle de l'adéquation entre la décision administrative et les faits qui l'ont justifiée.

de droit ayant motivé l'acte attaqué (83), exigeait que les motifs soient formulés de manière suffisamment précise (84), et surtout n'exigeait plus (85) que le requérant produise de présomptions sérieuses susceptibles de fonder l'allégation d'illégalité, mais une simple argumentation à l'appui de l'illégalité supposée de l'acte incriminé. Dès lors, l'administration était mise en demeure de s'expliquer sur la décision incriminée.

Le Conseil d'Etat ayant montré la voie (86), le législateur a pris le relais et a adopté un texte devant assurer la "transparence" (87) de l'administration. Tel a été l'objet de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (88). Ainsi, outre les hypothèses dans lesquelles elle était déjà obligatoire (89), la motivation est prescrite pour deux catégories de décisions. La première concerne les décisions individuelles défavorables (90). La seconde concerne les décisions individuelles dérogeant aux règles générales fixées par la loi ou le règlement. Malgré ses faiblesses (91), cette loi est venue agrandir la brèche déjà ouverte par la jurisprudence. En tout état de cause, l'adoption de ce texte constituait une étape importante dans l'assaut de la citadelle que constituait ce domaine où le pouvoir

(83) Alors que dans l'arrêt Barel, il s'était limité à demander à l'administration la production de ses dossiers en se fondant sur les pouvoirs qui lui sont reconnus dans le cadre de l'instruction d'une affaire.

(84) Ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt Barel.

(85) Comme dans l'arrêt Barel.

(86) Voir également notamment C.E., 11 mai 1973, sieur Sanglier, R.D.P., 1973, p. 1752, note M. Waline, p. 1747, Quand l'administration perd ses dossiers, elle perd aussi ses procès.

(87) G. Vedel et P. Dolve, op. cit., p. 263.

(88) Pour les commentaires de cette loi, voir J.-Y. Faberon, La réforme de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes d'aide sociale par la loi du 11 juillet 1979, J.C.P. 1980, I, n° 2980 ; D. Linotte, La motivation obligatoire de certaines décisions administratives, R.D.P., 1980, p. 1699 ; J. Singer, La motivation des actes administratifs, R.A., 1980, p. 70 ; G. Sur, Motivation ou non motivation des actes administratifs ? A.J.D.A., 1979, n° 9, p. 3.

(89) Sur ce point, voir notamment G. Dupuis, Les motifs des actes administratifs, E.D.C.E., 1974-1975, n° 27, p. 13 ; J. Manesse, Le problème de la motivation des décisions administratives, Thèse, Paris II, 1976 ; S. Sur, Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs, A.J.D.A., 1974, p. 349 ; C. Wiener, La motivation obligatoire des décisions administratives en droit comparé, R.I.D.C., 1979, p. 719.

(90) Voir également la loi du 7 janvier 1986, surtout son article 26, J.O., Lois et décrets.

(91) Il subsiste de nombreux actes non soumis à l'obligation de motivation (exemple : actes réglementaires, actes individuels qui ne sont ni défavorables, ni dérogeant à la loi ou au règlement, actes qui ne sont ni réglementaires ni individuels). La loi prévoit en outre deux dispenses : l'urgence absolue peut justifier qu'une décision ne soit pas motivée. Toutefois, si dans le délai du recours contentieux, le requérant en fait la demande, l'auteur de la décision doit lui communiquer les motifs dans un délai d'un mois. Ce deuxième cas de dispense concerne les décisions implicites de rejet. Cependant, comme dans le cas précédent, si l'intéressé en fait la demande dans le délai du recours contentieux, les motifs doivent lui être communiqués dans le délai d'un mois.

discrétionnaire était le plus étendu. En définitive, il apparaît que le caractère obligatoire de la motivation s'étend aux actes administratifs les plus nécessaires (92). Au reste, elle a donné lieu à une abondante jurisprudence qui a précisé au fil des décisions, non seulement le contenu de la loi tel que l'entendait le Conseil d'Etat, mais également ses limites (93). Toutefois, malgré les limites qu'on peut lui trouver, cette loi aura fait considérablement progresser la "démocratisation" du secteur public. On mesure mieux l'apport de ce texte lorsque l'on sait qu'il s'inscrit dans le droit fil d'un ensemble de dispositions (94) ayant pour finalité la transparence de l'administration, c'est-à-dire le droit pour les administrés de connaître les tenants et les aboutissants de l'action administrative.

B - LES POUVOIRS DU JUGE DANS LE CONTROLE DU RESPECT DE LA CHOSE JUGEE

Jusqu'à une date récente, l'exécution des décisions juridictionnelles était l'un des domaines où les lacunes du contrôle étaient le plus éclatantes, mais aussi le plus choquantes. L'inégalité originelle entre l'administration et les administrés y apparaissait dans toute son ampleur. Une fois la décision rendue, à l'instar des particuliers, l'administration a une obligation de faire, quand bien même la décision n'aurait pas un caractère définitif (95). Toutefois, tel n'était pas le cas dans la pratique. Les difficultés de la mise en oeuvre par l'administration de la chose jugée ont maintes fois été dénoncées, tant par les membres mêmes du Conseil d'Etat (96) que par la doctrine (97). Le parti-

(92) G. Vedel et P. Delvolve, op. cit., p. 264 ; voir également la circulaire du 10 janvier 1980 qui fait une longue énumération des types de mesures qui sont soumises à l'obligation de motiver (J.O., Lois et décrets 14-15 janvier 1980) ; également le rectificatif du 9 février 1980.

(93) Pour une bibliographie, voir R. Chapus, op. cit., pp. 784 ss. On consultera notamment avec profit l'étude de la section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat intitulée Etude sur la motivation des actes administratifs, E.D.C.E., 1987, n° 37, pp. 13-27. Cette étude est particulièrement intéressante, car non seulement elle dresse un bilan provisoire de l'application de la loi, mais elle fait également un certain nombre de propositions pour son amélioration.

(94) Citons notamment la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés. Elle pose le principe du droit d'accès de chaque citoyen aux fichiers publics et privés, informatisés ou non, comportant des informations le concernant. Elle institue également une commission nationale "Informatique et libertés" comme autorité garante de ce droit, la loi du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs ouvrant aux administrés le droit de prendre connaissance de documents administratifs, la loi du 3 janvier 1979 et les décrets du 3 décembre 1979 qui prolongent les règles du 17 juillet 1978 relatives aux documents d'archives, le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, enfin la loi du 17 janvier 1986 qui complète la loi du 11 juillet 1979.

(95) P. Delvolve, L'exécution des décisions de justice contre l'Administration, E.D.C.E., 1983-1984, pp. 115 ss.

(96) R. Odent, Contentieux administratif, pp. 1238, 1768, 2035 et s. ; G. Braibant,

culier était quasi impuissant devant l'inexécution par l'administration d'une décision de justice rendue en défaveur de celle-ci. Certes, il disposait de certains recours (98). Ceux-ci avaient pour dénominateur commun le fait de mettre la patience du particulier à dure épreuve. Ce dernier devait s'armer de la patience de Pénélope pour espérer être satisfait. Ces différents recours conduisaient en effet à une "spirale inflationniste de contentieux en chaîne, à l'origine de nouveaux délais et qui (n'était) nullement adaptée au droit de l'exécution rapide de la chose jugée (99). Le caractère inadapté de ces recours a conduit à la mise sur pied de nombreuses procédures parallèles non contentieuses pour pallier cette situation pour le moins inacceptable. Ces procédures se résument à deux séries de textes essentiels : le décret du 30 juillet 1963 complété par le décret du 28 janvier 1969 et modifié par les décrets du 24 mars 1976 et 12 mai 1981 d'une part, et la loi du 24 novembre 1976 modifiant l'article 11 de la loi du 3 janvier 1973 d'autre part. La première série de textes faisait intervenir le Conseil d'Etat dans l'exécution de ses propres décisions. Ces textes établissaient trois procédures. En premier lieu, les ministres avaient le droit de demander au Conseil d'Etat d'éclairer l'administration sur les modalités d'exécution d'une décision de justice. En deuxième lieu, le vice-président du Conseil d'Etat ou le président de la section du contentieux avaient désormais le droit d'appeler l'attention de l'administration sur les suites à donner à une décision. En troisième lieu enfin, les particuliers intéressés pouvaient dorénavant, dans les trois mois suivant la notification (100) de la décision, saisir la commission du Rapport et des Etudes (101) des difficultés rencontrées pour obtenir l'exécution par l'administration d'une décision de justice (102).

Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, E.D.C.E., 1961, p. 53 ; F. Baecque, La commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice, E.D.E., 1982-1983, p. 175 ; Y. Cannac, Exécution des décisions de la juridiction administrative, D. rép., Contentieux administratif, 1984 ;

(97) Notamment J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal, D. 1962, Chr., p. 37 ; J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, 3ème éd., t. 2, 1984, n° 1314 et s. ; R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 1984, pp. 348 et s.

(98) Le particulier pouvait notamment former un recours gracieux hiérarchique. Il pouvait intenter un recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus de l'administration d'exécuter la décision d'annulation. Il pouvait mettre en jeu la responsabilité de l'administration si celle-ci refusait d'exécuter une décision, ou si elle le faisait, soit de manière incomplète, soit de manière tardive.

(99) J. Morand-Deville, J.C.P., 3 juillet 1985, n° 27, note sous C.E., section 17 mai 1985, Mme Menneret, 20448.

(100) A l'origine, le délai était de six mois. Voir décret du 24 mars 1976.

(101) Devenue aujourd'hui une section. Sur ce point voir J. Chapuisat, Une nouvelle section au Conseil d'Etat : la section du Rapport et des Etudes, E.D.C.E., 1984-1985, p. 149.

(102) Dans le but de populariser ce recours, la Documentation française a publié un "guide" d'information destiné aux particuliers. Ce "guide" venait lui-même s'ajouter à l'information donnée à la formule de notification qui en faisait mention.

La deuxième série de textes quant à elle faisait intervenir le Médiateur. Outre ses pouvoirs traditionnels de suggestion et de recommandation (103), le Médiateur se voyait reconnaître un véritable pouvoir d'injonction contre l'Administration en cas d'inexécution par cette dernière d'une décision de justice passée en force de chose jugée. Ce nouveau pouvoir lui permettait en effet "d'enjoindre à l'organisme mis en cause de (se) conformer (à la décision ainsi passée en force de chose jugée) dans un délai (fixé par lui)". Qui plus est, si l'organisme mis en cause ne s'exécutait toujours pas, cette inexécution était signalée dans un rapport spécial éventuellement publié au Journal Officiel. Force est de constater que, dépourvues de tout caractère obligatoire, toutes ces mesures étaient au plus incitatives à l'égard de l'administration. Malgré quelques succès (104), ces procédures se sont révélées nettement insuffisantes, à tout le moins d'une efficacité très limitée. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi n° 80.539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (105). Saluée par toute la doctrine comme un progrès certain (106), voire comme une véritable révolution à venir (107), ce texte introduisait enfin des procédures propres à contraindre l'administration à exécuter les décisions de justice rendues en sa défaveur. Au terme des

(103) La bibliographie relative au Médiateur est particulièrement abondante. On pourra se reporter notamment à G. Vedel et P. Delvolve, op. cit., p. 615 ; R. Chapus, op. cit., p. 350.

(104) Sur le bilan des actions menées par le Conseil d'Etat, voir notamment les rapports de la commission, E.D.C.E., 1982-1983, p. 175-195 ; E.D.C.E., 1983-1984, pp. 196 s. ; C. Meme, L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions, E.D.C.E., 1968, pp. 41-49 ; Sur l'incidence du travail du médiateur, voir notamment R. Pierrot, Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? Mélanges Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, II, p. 683 ; P. Sabourin, Recherches sur la notion de maladministration dans le système français, A.J.D.A., 1974, p. 396 ; G. Braibant, Les rapports du médiateur et du juge administratif, A.J.D.A., 1977, p. 283.

(105) A.J.D.A., 1980, p. 504.

(106) J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, 3ème éd., t. 2, 1984, n° 1314 s. ; E. Barraduc-Benabant, L'astreinte en matière administrative, D. 1981, Chr., p. 95 ; P. Bon, Un progrès de matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique, R.D.P., 1981, pp. 5-51 ; C. Boulez, Les astreintes prononcées en matière administrative, législ. immob. ; Y.-G. Cannac, Exécution des décisions de la juridiction administrative, D. rép. contentieux administratif, 1984 ; P. Delvolve, L'exécution des décisions de justice contre l'administration, E.D.C.E., 1983-1984, p. 111 ; A. Holleau, L'exécution des décisions de justice administrative et la loi du 16 juillet 1980 relative notamment aux astreintes, Petites Affiches, 19 janvier 1981 ; D. Linotte, Exécution des décisions de justice et astreintes en matière administrative, J.C.P., 1981, I, 3011 s. ; F. Llorens, Astreintes administratives et exécution des jugements contre les personnes morales de droit public, Annales Université des Sciences de Toulouse ; P. Martin, L'exécution des jugements administratifs et les astreintes, Dr. et prat. judiciaires, 1981, 272 ; J. Tercinet, Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration, A.J.D.A., 1981, p. 2.

(107) B. Pacteau, note sous C.E., section, 17 mai 1985, Mme Adrienne Meneret, Rev. Adm., 1985, p. 467.

dispositions de l'article 2 de cette loi, "en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision". Cette loi a été, on l'a déjà rappelé, abondamment et magistralement commentée pour que nous nous livrions à une seconde analyse (108). Il convient toutefois de souligner le caractère véritablement révolutionnaire de ce texte. Il tient à deux traits essentiels. Dorénavant, la décision de justice équivaut à un véritable ordonnancement. En effet, à la suite d'une décision de justice condamnant l'administration à une somme d'argent, à défaut d'ordonnancement dans un délai de quatre mois (109), dès que le créancier en fait la demande, le comptable doit procéder au paiement. C'est le premier trait de cette "révolution". On pouvait se demander ce qui se passerait si le comptable ne s'exécutait pas. Il est permis de supposer que quand bien même cette inexécution serait sanctionnée, ce serait la responsabilité de l'administration qui serait engagée, celle du comptable y étant diluée (110). C'est ici qu'intervient le deuxième trait révolutionnaire de la loi. Le risque exposé précédemment est pratiquement écarté par l'article 7 du texte. Cette disposition fait en effet peser sur la personne même du comptable l'éventualité d'une amende pouvant atteindre le montant de son salaire brut. Cette disposition constitue incontestablement la clef de voûte de l'arsenal juridique ainsi mis en place. Il est en effet évident que cette épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête du comptable a un caractère dissuasif certain. Elle est propre à rendre diligent le comptable qui ne l'est pas, scrupuleux celui qui faisait du zèle. Cette disposition est donc venue parachever l'édifice juridique textuel mis sur pied. Cette loi devait, théoriquement au moins, combler les lacunes du contrôle juridictionnel de l'exécution des décisions de justice par l'administration (111).

Toutefois, il ne suffit pas d'un texte, si parfait soit-il, pour changer une situation. On pouvait craindre que, comme beaucoup d'autres avant lui, cet arsenal ne connaisse les oubliettes. Son effectivité pouvait en effet être remise aux calendes grecques si la jurisprudence ne suivait pas. Cette crainte

(108) Voir la bibliographie précitée.

(109) A compter de la notification du jugement.

(110) Une telle situation, est-il besoin de le rappeler, est susceptible d'allonger et d'alourdir considérablement le contentieux. Qui plus est, une telle situation aurait eu pour conséquence de faire payer en définitive le contribuable, fait inadmissible. Voir G. Vedel, *La République mande et ordonne*, Le Monde, 6 mai 1977.

(111) Il faut toutefois relever que certains auteurs ont émis des doutes quant à l'efficacité certaine de cette loi. Voir F. Llorens, op. cit., pp. 204 s. ; P. Delvolve, op. cit., passim ; B. Pacteau, Note sous C.E., section, 17 mai 1985, Mme Adrienne Menneret, R.A., 1985, p. 468.

allait se révéler fondée. Au cours des cinq ans qui ont suivi la promulgation de la loi, le Conseil d'Etat a semblé manifester une volonté certaine de faire une interprétation stricte, un peu trop stricte même du texte. Si le rejet de certaines requêtes pouvait s'expliquer du point de vue de la technique et de la logique juridiques (112), d'autres en revanche révélaient une certaine mansuétude du juge à l'égard de l'administration (113).

Cette abondante jurisprudence, dans sa totalité en faveur de l'administration, a conduit la doctrine à douter de la volonté du juge administratif de s'attaquer à l'un des derniers bastions où les lacunes de son contrôle étaient les plus choquantes. Ce doute s'est particulièrement accentué en 1983 avec la jurisprudence Mlle Leroux (114). A la suite d'un jugement du tribunal administratif de Rennes qui annulait un arrêté municipal de licenciement de ses fonctions de Secrétaire de Mairie, Mlle Leroux avait demandé sa réintégration aux autorités municipales. L'administration ayant gardé le silence pendant quatre mois, il en était résulté une décision implicite de refus. Constatant que l'intéressée n'avait pas attaqué cette décision implicite dans les deux mois suivants, le Conseil d'Etat a estimé que ce défaut de recours conférerait un caractère définitif au refus de l'administration. Aussi a-t-il été déclaré que "le caractère définitif de ce refus s'oppose, en tout état de cause, à ce que soit prononcée contre la commune une astreinte pour assurer l'exécution du jugement" du tribunal de Rennes. Les dangers de l'éventuelle généralisation d'une telle jurisprudence ont été abondamment exposés (115).

C'est dans ce contexte d'inquiétude que survint l'arrêt Menneret (116). Après cinq ans d'atéroissements, d'hésitation et de prudence, le Conseil d'Etat prononçait enfin une première astreinte. Le problème posé dans cette espèce était celui de savoir si le nom de M. Saumon, ex-maire de la commune de Maisonnais-sur-Tardoire, devait être inscrit sur le monument aux morts de ladite commune. Accusé de collaboration avec l'ennemi et exécuté en juillet 1944 par des éléments de la résistance, M. Saumon fut par la suite réhabilité (117). L'enquête de la

(112) Ainsi une exécution antérieure ou postérieure à la demande d'astreinte, notamment C.E., 22 janvier 1982, Narboni et Rouzeaud, Recueil, p. 264 ; C.E. 25 avril 1984, Rowit, C.E., 31 octobre 1984, Gaitelli, C.E., 6 mai 1983 Couderc et Ass., S.O.S. défense, A.J.D.A., 1983, p. 434 ; C.E. 18 décembre 1983, Nielsen, Recueil, p. 74.

(113) Ainsi, il suffisait qu'il y ait un commencement d'exécution pour que la demande d'astreinte soit considérée comme dépourvue d'objet. Notamment C.E., 10 février 1984, Melle Singer, Recueil, Tables, p. 712.

(114) C.E., 2 décembre 1983, Recueil, p. 482.

(115) Notamment Morand-Deviller, op. cit. ; P. Delvolve, E.D.C.E., 1983-1984, pp. 111-137 ; B. Pacteau, note sous C.E., 17 mai 1985, Menneret, R.A., 1985, p. 468.

(116) Voir A.J.D.A., 1985, p. 454, note J.E. Hubac et Schoettl, pp. 399-402 ; J.C.P. 85, II, 2048, note J. Morand-Deviller ; R.A., 1985, p. 467, note B. Pacteau.

(117) La veuve Menneret obtint une pension militaire et sa fille obtint l'inscription

gendarmerie avait en effet révélé que l'intéressé avait été l'objet, soit de vengeance, soit d'erreur. A la suite de cette réhabilitation, Mme Menneret avait demandé et obtenu (118) du conseil municipal l'inscription du nom de M. Saumon sur le monument aux morts. Toutefois, des suites de certaines hésitations consignées sur le procès-verbal et portant sur l'opportunité d'une telle décision, le conseil municipal revint sur sa décision et autorisa (119) le maire à ne pas procéder à l'inscription. Cette deuxième délibération du conseil municipal fut jugée comme un retrait illégal par le tribunal administratif de Limoges, le 1er février 1977. La commune n'ayant pas interjeté appel, ledit jugement devint définitif. C'est vainement que Mme Menneret réclama l'exécution du jugement. Elle se heurta d'abord à une mauvaise volonté manifeste de la commune, ensuite à un refus du Conseil d'Etat. Elle eut également recours à d'autres procédures, mais en vain (120). Constatant que cette situation perdurait, de guerre lasse, elle saisit le Conseil d'Etat d'une demande tendant à voir condamner la commune à une astreinte. La Haute assemblée fit droit à cette requête. Elle décida "qu'il y a lieu, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, de prononcer contre la commune, à défaut pour elle de justifier de cette exécution dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, une astreinte de 200 F (121) par jour jusqu'à la date à laquelle le jugement précité aura reçu exécution". Le droit et la justice triomphaient enfin ! (122).

Le souhait que le juriste pouvait émettre, c'est que l'arrêt Menneret ne constitue pas une exception, c'est-à-dire une "de ces grandes décisions dont la célébrité tient surtout à leur existence solitaire" (123). Dans sa note sous l'arrêt précité, M. Pacteau concluait en ces termes : "Nul doute que la technique de l'astreinte appelle une sorte de rodage contentieux et doive s'adapter aux principes et traditions qui devront cependant savoir fléchir devant elle. Ainsi la loi de 1980 sera-t-elle vraiment une "révolution" (124). Si le prononcé de l'astreinte devait devenir exceptionnel, ce serait plutôt seulement parce que, dans ces nouveaux rapports entre l'administration et son juge, la non

sur son acte de décès de la mention "Mort pour la France".

(118) Par un vote à une large majorité le 10 juillet 1971.

(119) Le 17 septembre 1971.

(120) Ainsi saisit-elle notamment la Commission d'Etudes et du Rapport du Conseil d'Etat. Elle demanda également une nouvelle délibération du conseil municipal. Mais ce dernier confirma en 1978 sa précédente délibération.

(121) Dérisoire à première vue, ce montant est au fond véritablement dissuasif pour une petite commune comme en l'espèce.

(122) Morand-Deville, op. cit.

(123) J.-F. Lachaume, Note sous C.E., 30 mars 1986, Compagnie Générale Radio-électrique, G.A.J.A., p. 39.

(124) B. Pacteau, Note sous C.E., 17 mai 1985, Mme Menneret, p. 468.

exécution de la chose jugée deviendrait, elle-même, exceptionnelle (125). Depuis cet arrêt, le Conseil d'Etat a été saisi de nombreuses requêtes d'astreintes. Il a statué sur la plupart. Il les a presque toutes rejetées confirmant les éléments dégagés dans certaines décisions (126) ou innovant (127). Toutefois, il n'a pas hésité à prononcer l'astreinte dans une décision Mme Leroux (128). A l'origine du litige se trouvait un remembrement foncier opéré par la commission départementale, annulé par le tribunal administratif de Caen (129) et confirmé par le Conseil d'Etat (130). Malgré ces décisions juridictionnelles, tout en attribuant une indemnité à l'intéressé, la commission départementale a refusé de revenir sur les échanges de parcelles qu'elle avait décidés. Cette nouvelle décision a été annulée par le tribunal administratif de Caen le 21 juillet 1981 pour méconnaissance de la chose jugée. Par une décision du 7 juillet 1983, la commission départementale ne s'est exécutée que partiellement. Elle a restitué une parcelle à Mme Leroux et a maintenu l'autre, préférant attribuer une indemnité à Mme Leroux. C'est à la suite de cette mauvaise volonté caractérisée que Mme Leroux présenta au Conseil d'Etat une demande d'astreinte à laquelle il fut fait droit. C'était la deuxième fois qu'un tel arrêt était rendu (131). Ce deuxième prononcé d'astreinte prouve au moins que, contrairement aux craintes exprimées par de nombreux commentateurs, le Conseil d'Etat entend bien user de l'arsenal que constitue la loi du 16 juillet 1980. Toutefois, il n'entend le faire qu'à bon escient.

(125) J. Morand-Deville, *op. cit.*, 20448-20449.

(126) Ainsi l'arrêt Jacques David (C.E., 5 mai 1986, A.J.D.A., 1986, p. 461) est-il venu confirmer l'arrêt Mlle Leroux (C.E., 2 décembre 1983, Recueil p. 482, voir J. Moreau, *Chronique générale de jurisprudence*, A.J.D.A., 1986, p. 461.

(127) C.E., 28 mai 1986, Sté Notre-Dame des Fleurs, A.J.D.A., 1986, p. 461.

(128) C.E., 15 octobre 1986, A.J.D.A., 1986, pp. 716 s. chr. M. Azibert et M. Boisdeffre, pp. 686 s.

(129) Le 11 avril 1978.

(130) Le 14 mars 1979.

(131) Avec la même modération que dans l'arrêt Menneret. Il est accordé un délai de deux mois à l'Etat avant la prise d'effet effective d'astreinte, et son taux est de 200 F.

CONCLUSION

Cette étude se voulait une réflexion sur l'évolution de l'un des aspects caractéristiques de l'Etat de droit. Au terme de cet inventaire, qui n'est certainement pas exhaustif (132), loin s'en faut, le travail accompli par le juge apparaît immense. Il est apparu que le nombre d'actes soustraits au contrôle du juge n'a cessé de se réduire. Les zones de non recours se sont considérablement amenuisées. La notion d'acte détachable a une origine purement jurisprudentielle. C'est en effet la jurisprudence qui en a posé aussi bien le principe que les contours. Aucune décision ni aucun texte n'ont pourtant expressément attribué compétence au juge administratif pour apprécier si un acte juridique ou un comportement est ou non détachable de tel bloc d'actes bénéficiant d'une immunité juridictionnelle. Lentement, mais sûrement et progressivement, le juge n'a cessé de réduire le champ d'application de toutes ces "zones de non recours". Le chemin parcouru dans ce domaine comme dans d'autres, depuis l'arrêt Prince Napoléon est appréciable (133). Va-t-on vers la disparition de ces actes, notamment de ceux dits de gouvernement ? Il serait illusoire de le croire. Il paraît inévitable, semble-t-il, d'admettre notamment des pouvoirs de crise dans le droit de l'Etat. Ne devrait-il pas également être incontestable que ces pouvoirs soient soumis à l'Etat de droit ? La question est loin d'être ridicule. Le juge dispose de pouvoirs de plus en plus larges dans la conduite de l'instruction et dans l'application du respect de la chose jugée. Ce constat est en lui-même déjà un sujet de

(132) Parmi les actes insusceptibles de recours, on pouvait en effet citer notamment ceux ayant un lien avec l'administration du Parlement. Il s'agit notamment des résolutions des assemblées, des actes de leurs commissions, de leurs questeurs, des fonctionnaires de leurs services. Il peut paraître normal que les litiges nés de la plupart de ces actes soient exclus de la compétence du juge administratif. Toutefois, l'immunité juridictionnelle de certains d'entre eux nous paraît éminemment contestable. Tel est le cas des actes des personnels non parlementaires des assemblées. On ne voit pas la raison pour laquelle les dommages causés par de tels actes bénéficieraient de l'immunité juridictionnelle rattachée aux actes parlementaires. De même, il est difficile de justifier l'exclusion du contentieux administratif des litiges concernant les agents titulaires des services des assemblées. Ces derniers sont en effet des fonctionnaires de l'Etat et comme tels, sont soumis à un statut de droit public. Toutefois, dans ce domaine également, la situation a considérablement évolué. Ainsi une ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires est le premier texte qui a ouvert une brèche dans ce bloc. Ce texte semble indiquer de manière implicite que désormais la juridiction administrative est compétente pour connaître des actions en réparation des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires. En revanche, de manière explicite la juridiction administrative est compétente pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant les fonctionnaires des assemblées. Un texte récent (loi du 13 juillet 1983 relative au statut de la fonction publique) modifiant l'ordonnance précitée est venu confirmer cette dérogation.

(133) Voir notamment les conclusions de M. Genevois sous C.E., section, 22 décembre 1978, A.J.D.A., avril, 1979, pp. 37 s.

satisfaction. Ces progrès sont autant de terrain gagné par l'Etat de droit, donc par la démocratie. L'impression d'ensemble est largement positive. Elle ne doit pas toutefois faire oublier que des lacunes subsistent encore. Le système n'est pas parfait, loin s'en faut. Des améliorations sont nécessaires. Ainsi, malgré les efforts du juge, les mesures d'ordre intérieur sont porteuses de situations parfois véritablement choquantes, voire révoltantes. Par exemple, certaines situations des militaires conduisent à se demander si les punitions militaires ne devraient pas en définitive être considérées un jour comme susceptibles de recours. L'Etat de droit y gagnerait certainement. La même remarque vaut pour certaines situations concernant les étudiants. La transparence de l'administration franchirait également une importante étape si le principe de la publicité des débats des organismes publics était reconnu (134). Ce serait une étape capitale vers la fin du secret. Quant à l'astreinte, il est encore trop tôt pour dire si son aspect dissuasif est tel que le risque d'inexécution de la chose jugée n'est plus qu'un souvenir.

En définitive et en tout état de cause, sous réserve de ces critiques et suggestions, il apparaît que le Conseil d'Etat n'a pas failli à sa tradition. Il a toujours été à la pointe du progrès. Par conséquent, il est permis de dire sans peur d'être contredit que, loin de constituer une tour de Babel, les lacunes du contrôle juridictionnel sur l'administration apparaissent plutôt comme une peau de chagrin.

(134) Comme c'est le cas aux Etats-Unis depuis 1976 : voir également les propositions émises par la section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat in E.D.C.E., 1986, n° 7, p. 13, Etude sur la motivation des actes administratifs.

**POUR UNE COUR D'ARBITRAGE
MOINS ADULEE ET PLUS ADULTE
OU VERS UNE REDEFINITION
DE SES PREROGATIVES**

Par

Marie-José CHIDIAC

Docteur en Droit Constitutionnel

Assistante à la Faculté de Droit et

au Centre de Droit Régional de Namur

"L'homme de droit, créateur ou interprète, n'a pas de repos tant qu'il n'a pas réussi à définir, ou tout au moins à rétrécir à l'extrême, le cercle de l'indéterminé".

J. DABIN,

Technique de l'élaboration du droit positif

INTRODUCTION

"Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir". Succédant à Locke et à Rousseau, Montesquieu, nous livre, à travers cette affirmation, sa conception de la séparation des pouvoirs. Ce principe a été et demeure aujourd'hui encore un des piliers essentiels de la pensée constitutionnelle libérale et du droit constitutionnel contemporain dans son ensemble. Formulé pour la première fois avec une netteté remarquable par son promoteur,

auteur de "l'Esprit des lois", il est perçu et appliqué de manière sensiblement différente de ce qu'il était dans le cadre de l'Etat libéral du XVIème siècle. En effet, si les démocraties actuelles ne cessent de prêcher leur fervent attachement à cette théorie-maîtresse du droit constitutionnel et pierre angulaire de tout système à essence libérale, elles ne lui confèrent guère la signification qu'il revêtait dans le passé proche (1).

C'est sur cette doctrine libérale de la séparation des pouvoirs qu'est fondé le régime constitutionnel belge. Jalonnée d'un premier amendement peu avant la fin du siècle précédent, la Constitution de 1831 semble vivre depuis deux décennies une cure accélérée de rajeunissement. Notre loi fondamentale, l'une des plus anciennes des Constitutions européennes occidentales, puisque plus d'une fois et demie centenaire, retrouve sa jeunesse et s'accommode aisément des trois révisions que les Chambres constituantes successives lui ont greffées. Ainsi, l'instauration des nouvelles réformes des pouvoirs publics a été doublée, depuis 1980, de l'implantation d'une justice constitutionnelle, en l'occurrence, la création d'une Cour d'Arbitrage (mise effectivement sur pied en 1984).

Dans un pays où les gouvernants de tous bords sont vite enclins à crier haro sur un prétendu "gouvernement des juges", le pouvoir constitutionnel a sagement maintenu l'indispensable équilibre entre les compétences de l'Etat et celles des Communautés et des Régions. L'innovation institutionnelle ne surprend évidemment guère car la plupart des démocraties modernes s'étaient dotées de Cours constitutionnelles ou de Conseils constitutionnels -l'appellation diffère selon chaque pays- peu ou bien avant ce dernier quart de siècle. Toutefois, il ne faut pas oublier que la Belgique a -et depuis fort longtemps- entretenu la mystique de la souveraineté parlementaire. Un sentiment profond de méfiance voire même de défiance, à l'égard du juge hantait les esprits. Il n'en faut pour preuve de ces stigmates que l'hésitation des tribunaux du XIXème siècle à se prononcer sur les demandes de dommages et intérêts par des particuliers en invoquant une faute d'une administration publique quelconque, de peur d'empiéter sur les attributions d'un autre pouvoir (l'interdiction étant édictée par l'article 237 du Code pénal et soulignée par un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 14 août 1845) (2).

(1) Ce paragraphe est extrait de A. Chidiac, Recherches sur l'article 58 de la Constitution libanaise du 23 mai 1926, Mémoire D.E.A., Droit public, Rec. Chidiac, 1979, pp. 6-7.

(2) Cour d'Appel de Bruxelles du 14 août 1845, Pass. 1845, II, 285.

I - LA GESTATION DIFFICILE D'UNE COUR SPECIALE DE DROIT PUBLIC

Le malaise judiciaire de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle n'a pas manqué d'avoir des conséquences sur la théorie de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, dès le lendemain du premier conflit militaire mondial, le Parlement (3) fut saisi d'une proposition de révision constitutionnelle permettant l'installation d'un Conseil d'Etat. L'initiative a provoqué un tollé spectaculaire dont les effets immédiats furent absorbés par la jurisprudence de la Cour de cassation. La Haute Juridiction, avortant le débat sur l'utilité, pour ne pas dire la nécessité, de la création d'un Conseil d'Etat, rendait plusieurs arrêts déclarant les autorités publiques, personnes de droit public, responsables de la lésion d'un droit et donnant ouverture à des dommages et intérêts (sur base des articles 1382 et suivants du Code civil). Le noeud gordien fut tranché et la mise en place d'une Cour du contentieux administratif, suppléant à la carence des cours et tribunaux du pouvoir judiciaire, fut renvoyée aux calendes grecques.

Restait à examiner l'opportunité de créer un Conseil d'Etat consultatif en matière législative. La Commission de révision de la Constitution, de la Chambre émit l'opinion que "la confection des lois si souvent critiquées, et à bon droit, pouvait être améliorée par les moyens dont dispose le législateur ordinaire et le gouvernement sans révision de la Constitution (4)".

Evoquer ce point et opérer ce rapide retour dans l'histoire institutionnelle ne paraît guère superfétatoire et n'est point dépourvu d'intérêt. N'a-t-on pas remarqué que le Parlement, jaloux de ses prérogatives, a toujours refusé d'abdiquer lorsqu'il s'agissait, aux dires des tenants de cette thèse, d'alourdir les institutions ? Toujours est-il qu'une période d'accalmie caractérisa les quinze années qui suivirent ces premières gestations de réforme. Cependant, au lendemain de la crise institutionnelle des années 1936 et à la faveur de l'ère post-meurtrière de 1939-1945, la loi du 23 décembre 1946 porte création d'un Conseil d'Etat. Ce dernier est installé en novembre 1948, après une genèse fertile en péripéties.

(3) Voir Chambre des Représentants, Doc. n° 329, Session 1918-1919, (Projet de déclaration...), p. 1.165.

(4) Rapport fait au nom de la Commission de Révision de la Constitution par M. Mechelynck, Chambre des Représentants, Doc. parl., Session 1920-1921, n° 288, 20 mai 1921.

II - ENFIN, UNE SECTION DE LEGISLATION AU SEIN DU CONSEIL D'ETAT

Sans pour autant minimiser l'appréciation du "travail" que le juge administratif, jadis décrié puis agréé dès la seconde moitié de notre siècle, a réalisé dans le cadre de notre environnement pluricommunautaire et plurilingue, l'objet de cette étude se détache de cet aspect du problème. Il est, certes, vrai que le Conseil d'Etat a finalement pu soumettre l'administration, naguère récalcitrante, agacée ou contrainte, à la règle de droit, mais sa tâche n'en était pas moins ardue du fait que la garantie constitutionnelle traditionnelle, en vertu de laquelle cours et tribunaux refusent d'appliquer les actes administratifs irréguliers, ne satisfait plus. Ce pourquoi, nous nous pencherons plus particulièrement sur l'activité de la section de législation dans le cadre de la pratique du Conseil d'Etat depuis sa mise en place jusqu'à nos jours. Envahie d'un nombre considérable de projets de lois (et récemment de projets de décrets), la section de législation a même été appelée à émettre des avis sur la "constitutionnalité" des avant-projets de loi.

C'est spécifiquement cet aspect qui retient l'attention. Des opinions en sens divers furent exprimées au cours des travaux préparatoires au Parlement mais la section de législation n'hésite pas, dès le début, à donner son avis sur la conformité des avant-projets de loi à la Constitution. Bien que considérable, l'influence de la section demeure technique : aussi le Gouvernement et le Parlement (lors du vote), peuvent passer outre aux avis négatifs émis. Offerts par la pratique institutionnelle et glanés au fil des temps, les exemples sont foisonnants. Le traité instituant la Communauté Européenne de défense ne fut-il pas approuvé le 12 mars 1956 au Sénat, en dépit de l'avis défavorable du Conseil d'Etat du 13 janvier 1953 ? Au surplus, lors de la crise politique d'août-octobre 1978, la section de législation n'avait-elle pas émis des réserves sur la constitutionnalité de certains articles de l'important projet de loi de réformes institutionnelles n° 461 (et les accords "Egmont-Stuyvenberg") sur les Communautés et Régions au gouvernement Tindemans ? (5).

Un troisième exemple significatif est le rôle joué par le Conseil d'Etat lorsque le gouvernement Martens-Gol a été investi de pouvoirs spéciaux par la loi du 6 juillet 1983 (6). La section de

(5) Chambre des Représentants, Doc. parl., Session 1977-1978, n° 461, avis des 1er et 4 août 1978.

(6) Le principe des pouvoirs spéciaux est entré dans les moeurs depuis 1926. Un arrêt retentissant de la Cour de cassation du 3 mai 1974 le conforte définitivement et le fonde sur l'article 78 de la Constitution bien que ce dernier article date de 1831 ; J.T. 1974, p. 564.

législation a rappelé qu'il fallait une habilitation expresse et précise du législateur pour les lois touchant à l'ordre judiciaire, ou au Conseil d'Etat lui-même, aux institutions communales et provinciales et à la loi ordinaire relative aux moyens financiers des Communautés et Régions. Quant aux lois devant être votées à la majorité qualifiée, elles ne peuvent jamais faire l'objet de modification par pouvoirs spéciaux.

De plus, l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ne renferme-t-il pas une disposition exigeant l'avis de la section de législation même en cas d'urgence : "Lorsque l'urgence est invoquée à propos d'un avant-projet de loi ou de décret, l'avis de la section de législation est néanmoins requis et porte sur le point de savoir si l'avant-projet a pour objet des matières qui relèvent, selon le cas, de la compétence de l'Etat, de la Communauté ou de la Région".

En outre, à plusieurs endroits, n'a-t-on pas vu le gouvernement faire appel à cette fameuse urgence quand bon lui semblait ? N'était-elle pas invoquée démesurément dans de nombreux cas de près de 20.000 avis soumis au Conseil d'Etat, rien que pour avancer les affaires et appliquer les programmes ? Cela dit, il est regrettable de constater que le Conseil d'Etat, pourtant doté d'une envergure aussi éminente que celle de son illustre et digne prédécesseur napoléonien, s'est limité à l'examen des textes des gouvernements successifs sans pour autant être associé à une oeuvre de grand ensemble, essuyant même parfois les revers de ses avis de législation négativement perçus par le Gouvernement (et par le Parlement lors du vote des lois).

III - VERS UNE TRANSLATION DEVENUE IMPERIEUSE D'ATTRIBUTIONS A LA COUR D'ARBITRAGE

Nous venons, plus haut, de rendre un hommage au Conseil d'Etat. En effet, notre haute juridiction administrative a montré, avec timidité au départ mais avec éclat par la suite, au bout de près de quarante ans d'existence, sa volonté manifeste d'apporter des correctifs à l'exercice des divers pouvoirs politiques. Son rôle, dans le secteur de la législation, s'il n'a pas lamentablement été court-circuité, est plus préventif que rectificatif. Dans le cadre du système de droit belge, il ploie sous le fardeau des considérations sans cesse réactualisées de particularismes et de spécificités. C'est justement pour cela qu'il est impératif de le soulager en conférant à la Cour d'Arbitrage plusieurs de ses attributions. Cette dernière qui est venue enrichir nos institutions depuis presque bientôt une décade, pourrait aisément s'accommoder de nouvelles compétences. Dans le passé, et pour

beaucoup de pays, la notion même de contrôle de la constitutionnalité des lois et de leur conformité à la loi fondamentale faisait fureur. A l'ère contemporaine, l'organe juridictionnel a cessé d'être un épouvantail symbolisant l'autorité du Prince -auquel l'on substitue des juges- pour devenir une justice constitutionnelle protectrice des citoyens et des pouvoirs publics. Le progrès, diversement entamé et différemment introduit dans les systèmes constitutionnels par ailleurs, a été enregistré dans notre pays depuis 1980. Il ne nous reste plus qu'à réclamer, dans la foulée de la révision actuelle, l'élargissement des compétences de notre jeune et active Cour d'Arbitrage, même au risque de provoquer l'amenuisement du Conseil d'Etat.

Tout au long de son évolution, le Conseil d'Etat belge -ne masquons point la vérité- s'est souvent, à travers le contrôle opéré, comporté en quasi-juge constitutionnel, se fondant sur l'optique du principe de la séparation des pouvoirs. Aussi pourquoi ne rendrait-on pas à César ce qui appartient à César et à Dieu ce qui est à Dieu ? La justice constitutionnelle de notre pays ne respecterait-elle pas plus scrupuleusement la Constitution ? Sa vigilance, maintes fois prouvée, n'a plus besoin d'être soulignée. La logique juridique est favorable à cette translation de compétences et la Cour d'Arbitrage s'avèrera encore plus soucieuse de protéger les *libertés individuelles et publiques* des administrés. L'on a vu l'administration, sur base d'une loi anticonstitutionnelle, se permettre -et peut-être impunément et parfois exagérément- d'assortir ses actes de mesures privatives de liberté. Derrière les lois, servant de base légale à des arrêtés royaux et ministériels, ne campe pas cette raison d'Etat parfois démesurément laxiste et offrant à l'action administrative rebelle l'occasion de se retrancher à l'abri d'un texte dont la constitutionnalité serait entachée de quelque vice.

L'on pourrait évidemment rétorquer par le thème le plus souvent évoqué, celui de la *souveraineté du législateur*, ou plus exactement de la volonté populaire exprimée à chaque consultation électorale. Justement, quel mal y aurait-il à voir la justice constitutionnelle se charger, dans le cadre du respect de la loi fondamentale, de veiller à la réelle adéquation entre la volonté souveraine du pouvoir législatif et celle non moins souveraine - puisque source de la fonction et du pouvoir- du peuple ? Le professeur J. Rivero ne rappelle-t-il pas : "*La loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure. C'est à elle que la tradition républicaine confiait, en définitive, la sauvegarde des libertés ; à la loi, c'est-à-dire aux passions et aux hasards des majorités successives. Le Conseil constitutionnel (français) a mis fin à cet*

absolutisme" (7). Par conséquent, il s'avère périlleux, voire même inutile, de mettre en cause le principe même d'un contrôle de la loi par une juridiction constitutionnelle et de sa soumission à la norme constitutionnelle. L'Etat de droit, au contraire, suppose que toute autorité, fût-ce le législateur, soit soumise à une règle de droit. En accroissant l'étendue des attributions dévolues à la Cour d'Arbitrage, on l'investirait de la mission sublime, de veiller à ce qu'aucun organe, aucun pouvoir institué n'échappe au respect de la norme constitutionnelle.

IV - "GOUVERNEMENT DES JUGES" OU "CONTRE-POUVOIR"

"Gouvernement des juges !" crieront d'aucuns. Aucune manière de voir dans le juge constitutionnel un juge politique à la légitimité incontestable, renchériront d'autres. Il suffit, pour rassurer les plus craintifs, de ne pas rayer de la mémoire juridique que les grandes idées de réforme de Roosevelt et de sa politique de New Deal ont balayé la Cour Suprême des Etats-Unis et ses prises de positions para-politiques.

"Contre-pouvoir" ou contrepoids dirions-nous plutôt. L'idée d'extension des attributions de la Cour d'Arbitrage demeure nécessaire au bon fonctionnement du système belge, dont nul ne peut ébranler les assises démocratiques. Au lieu de soutenir la thèse "politique" à l'encontre de l'idée, il vaut certainement mieux penser au mouvement d'*horlogerie* auquel peut se livrer la Cour d'Arbitrage. Et la menace..., rien que la simple menace de saisine suspendue comme une épée de Damoclès, conduit à écarter toute disposition anticonstitutionnelle velléitaire et à faire sortir le Parlement de sa paralysie léthargique.

D'autre part, à ceux qui brocarderaient, ou tenteraient de le faire, la Cour d'Arbitrage, sous le couvert de l'"âge des sages" (8), nous pourrions faire valoir comme le Professeur J. Rivero lors du colloque international tenu en février 1981 à Aix-en-Provence sur le thème de la justice constitutionnelle en Europe : "*... la maturité convient mieux aux membres des Cours constitutionnelles qu'un excès de jeunesse*" (9).

Au demeurant, en investissant notre jeune Cour d'Arbitrage de fonctions nouvelles dans le sillage de l'évolution contemporaine comparée, nous la placerions à un carrefour crucial. Tout porte à croire qu'elle s'acquittera à merveille de sa

(7) J. Rivero, *Fin d'un absolutisme*, Revue "Pouvoirs", 1980, n° 13, p. 15.

(8) Certains ont vulgairement parlé de "Cour pour prépensionnés".

(9) Revue internationale de Droit comparé, avril-juin 1981, p. 257.

tâche salubre et salvatrice. Aiguilleur des pouvoirs publics, législatif surtout, mais aussi exécutif - puisque l'inertie propre au parlementarisme contemporain charge l'organe gouvernemental de confectionner des textes à trame de fond législative, la Cour d'Arbitrage peut assumer une régulation parfaite. En effet, il est indispensable qu'elle trace au vu de la Constitution - texte de loi suprême que Kelsen place au sommet de la pyramide des actes juridiques - quelle voie, (législative ou "réglementaire") doit suivre une confection ou une réforme avant d'être adoptée. L'action de la Cour d'Arbitrage ne doit pas seulement consister à annuler ou suspendre une loi (ou un décret) mais à passer très finement au peigne constitutionnel les normes susceptibles d'être prises. Elle a à assigner le droit chemin du droit constitutionnel en indiquant à n'importe quel pouvoir institué la voie qu'il aura à emprunter. Derechef, il n'est pas surprenant de constater que les révisions constitutionnelles, par exemple, en Autriche, interviennent consécutivement aux arrêts de la Cour constitutionnelle.

V - UNE GARANTIE DE DEMOCRATIE ET UN ALLEGEMENT CONTENTIEUX

L'argumentation prônée plus haut, en vue de la redéfinition du champ d'action de la Cour d'Arbitrage, séduit encore plus lorsque le juriste entrevoit, à l'avance, l'indiscutable garantie démocratique qu'elle engendre. Ainsi, à l'avènement hypothétique de moments-clés, de changement de majorité (ou de coalition majoritaire) le rôle régulateur, peu enviable, mais certainement louable de la justice constitutionnelle consiste à doser l'insertion des lois conformément à la Constitution. Au nom de la suprématie de la loi fondamentale et des principes généraux de droit à valeur constitutionnelle, la Cour d'Arbitrage permet à l'alternance de majorité parlementaire (ou de coalition majoritaire parlementaire), de connaître les freins constitutionnels à toute réforme hâtive, pressée, revancharde ou improvisée. Ce faisant, tout changement issu d'un éventuel renversement de majorité gouvernementale voit ses effets, dans les limites de la Constitution, absorbés par une justice constitutionnelle pointilleuse et éclairée. En parallèle, les intérêts de l'ensemble de la société, avec toutes ses stratifications propres et ses particularismes divers, demeureront sauvegardés par le processus des saisines destinées à enrichir le bloc de constitutionnalité. Peu s'en faut pour être convaincu de cette affirmation ; à regarder de près la controverse juridique soulevée en France et le forum de droit constitutionnel auquel a donné naissance le thème polémique des nationalisations en 1981 et 1982, l'on décèle l'empreinte indélébile du Conseil

constitutionnel français. Dans leur infatigable combat quotidien contre l'anachronisme des valeurs, les "neuf sages" ont renforcé les droits de l'homme et du citoyen aujourd'hui irréversiblement voués à un déclin endémique. Tout en respectant la lettre de la Constitution, les décisions de la juridiction constitutionnelle ont rétabli, dans leur plénitude, les droits de la propriété, de la liberté, de la sûreté, de la sécurité des personnes et des biens, de l'association, de la résistance à l'oppression... sans pour autant omettre de souligner le caractère complémentaire (à la Constitution) des principes politiques, économiques et sociaux, nécessaires à notre temps (notamment la liberté d'entreprise, l'indemnisation actualisée...).

En outre, le contrôle strict de la constitutionnalité permet au Conseil d'Etat -loisible lui sera de conserver sa fonction consultative au sein de la section de législation- de se débarrasser d'encombrants dossiers de requêtes dans le cadre du contentieux de pleine juridiction...

Ce même contrôle a pour mérite de soustraire aux administrés le moyen -reçu et admis en Italie ; étudié en France- (10) de soulever l'exception d'inconstitutionnalité carrément irrecevable et considéré comme dilatoire devant les divers tribunaux (répressifs surtout). Il est naturellement évident que le principe même de ces exceptions, chicanes inextricables de procédure, soit réglé en même temps que l'extension (souhaitable mais précise) procédurale de la saisine.

CONCLUSION

Si beaucoup d'encre a déjà coulé sur ce thème du contrôle de la constitutionnalité des lois (et décrets) donnant lieu à une abondante littérature juridique, le seul handicap à sa juste et convenable compréhension réside en ce *danger "politique"* (11) redouté. De toute manière, à lire Charles de Gaulle parlant du Conseil d'Etat et lui préférant le Conseil constitutionnel en matière de constitution "*Ce corps est qualifié pour donner au pouvoir... les appréciations juridiques qui lui sont demandées... mais nullement pour intervenir en matière politique, ni à plus forte raison dans le domaine constitutionnel*" (12) et René Cassin : "*Le*

(10) "L'avant-projet de révision du Code pénal" Daloz, 1977, Chronique de M. Pradel, p. 115 et l'énoncé de l'article 6 de l'avant-projet de révisions : "les juridictions répressives sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour apprécier la légalité de la constitutionnalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal".

(11) Lire MM. H. Robert ("Le conseil constitutionnel en question", in "*Le Monde*", du 8 décembre 1981) et M. Duverger ("Pouvoir de majorité et pouvoir d'opposition", in "*Le Monde*" du 29 janvier 1982).

(12) Ch. de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, Paris, Fayard, 1971, Tome III.

Conseil d'Etat a la plus grande réserve sur les aspects politiques des projets, sauf si certaines dispositions ne paraissent pas conformes à la Constitution" (13), l'on se rend à l'évidence que la ligne de démarcation entre la justice administrative et la justice constitutionnelle est, de nouveau, à tracer, afin que tous les organes de l'Etat puissent aller de concert. L'Assemblée constituante française ne déclarait-elle pas, dans son instruction commentant les dispositions du décret du 14 décembre 1789 : "L'objet essentiel de la Constitution étant de définir et de séparer les différents pouvoirs, l'atteinte la plus funeste qui puisse être apportée à l'ordre constitutionnel serait celle de la confusion des fonctions, qui détruirait l'harmonie des pouvoirs" (14).

Du juge et du juge constitutionnel, n'ayons aucune crainte, surtout à lire un magistrat, soucieux comme beaucoup d'Européens, de hâter la construction de l'Europe, en l'occurrence M. Robert Lecourt, ancien Garde des Sceaux français et ancien Président de la Cour de Justice des Communautés Européennes : *"En instituant la Communauté, on créait un monde nouveau fait d'Etats et de peuples qui ne seraient plus séparés par des frontières. Qu'on persévère dans cette voie et, le temps aidant, c'est peut-être le juge qui, en fin de compte, se révélera le plus efficace artisan d'unité" (15).*

Or, un artisan d'unité est incapable d'être taxé d'un artisan "politique".

Fidèles à "l'Esprit des lois" et à la volonté générale et face au recul des droits des citoyens devant la loi, cette norme supérieure qui peut souvent négliger le droit à la différence et aux particularismes, nous insistons sur la nécessité impérieuse de l'extension des attributions de la Cour d'Arbitrage. Afin d'éviter l'impasse, succédané de la note à payer, le contrepoids est inévitable pour la primauté du droit, au nom de la suprématie confirmée de la Constitution. L'assignation d'une exacte fonction à une équitable justice constitutionnelle suffit pour défier l'arbitraire.

Tant qu'il y aura un Parlement, il y aura des lois. Tant qu'il existera des élus, il existera des auteurs de loi.

Tant qu'il existera des magistrats, il existera une justice constitutionnelle.

(13) R. Cassin, "Le Conseil d'Etat depuis la seconde guerre", in Le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg - Livre jubilaire.

(14) Lois et Actes du Gouvernement, Tome I, pp. 44 et 45.

(15) R. Lecourt, L'Europe des Juges, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 7.

"Ce mémoire, je sais que je vais l'écrire avec une bonne foi absolue. Mais je n'essaierai pas, par des artifices de style, de lui donner un caractère impersonnel. Tout doit être ramené aux hommes avec lesquels il faut réaliser les idées".

H. Chardon, "L'organisation de la République pour la Paix", 1927, cité par R. Pierot, "Un réformateur de l'administration au service de la liberté : Henri Chardon", in R.D.P., 1970, p. 926 et par A. Chidiac, op. cit., p. 201.

R. R. J. 1989-1
Pages 221 à 240

- II -

ACTUALITES DOCTRINALES

La pénitence et la peine
Théologie. Droit Canonique. Droit Pénal
Par Roger MERLE. CERF/Cujas 1985

Présentation par J.-P. GRIDEL
Professeur à l'Université de Paris V - René Descartes

Nourri de spiritualité chrétienne, de science pénale et d'histoire de l'une et l'autre, ce petit livre est une grande oeuvre de réflexion. Renvoyant, pour une critique plus technique, à l'analyse qu'a donnée de l'ouvrage notre collègue le Professeur Laingui (*Revue de Science criminelle* 1987, p. 525), il est possible de synthétiser les rappels ou enseignements utiles au juriste généraliste.

L'idée fondamentale du professeur Merle se présente ainsi : la dogmatique pénitentielle de l'Eglise, lentement formée au cours de l'Histoire, puis rejetée de la pensée commune au nom d'une laïcisation du droit mal comprise, contient nombre de concepts dont la réflexion pénale moderne pourrait parfois faire son profit : culpabilité, rétribution, repentir, conversion, réintégration des brebis égarées...

Depuis un demi siècle, observe l'auteur, l'on pressent en effet, au coeur des doctrines modernes, par delà le flou des traitements pratiques auxquels elles sont censées conduire, la modestie de leurs résultats, leur vocabulaire alambiqué -et leur contestation irréaliste de la peine rétributive et culpabilisante- le souci de permettre un jour au délinquant la reprise d'une existence conforme aux normes sociales. N'est-ce pas rechercher confusément l'esprit de ce que les Pères de l'Eglise appelaient METANOIA (changement de conduite par conversion intérieure), et ce que la tradition ultérieure appelle peine pénitentielle ? Certes, la sanction pénale, pense M. Merle, doit comporter un aspect punitif, exigé par la justice objective (que le mal de la transgression soit compensé par un autre mal en sens inverse) et par l'ordre social (que ce qui outrage les valeurs communes affirmées et trouble légitimement les populations reçoive un châtement visible) : un délinquant n'est pas un pénitent. Mais

l'Eglise, qui n'a jamais contesté ces éléments propres à la justice des hommes, prône parallèlement un traitement approprié : de dénuement, d'abord, pour faire prendre conscience du caractère répréhensible de l'acte commis, ce régime doit être, ensuite, d'assistance, afin de susciter, et le désir de demeurer désormais dans le droit chemin, et l'aptitude à tenir la résolution une fois revenu à la vie sociale. Certes, ouvrant lucidement les yeux sur notre temps, l'auteur ne se dissimule pas le coût matériel et humain du soutien carcéral nécessaire à la reprise en main pérenne et sérieuse du sujet par lui-même. Mais, développe-t-il, les obstacles majeurs ne sont pas là. Au nombre de trois, ils sont constitués, dans l'ordre de leur apparition, par l'impérialisme de la prison éliminatrice au sein de notre système répressif, par le rôle excessif donné par notre société au droit pénal, et par les implications de la permissivité dans la vie contemporaine.

L'emprisonnement conçu, en lui-même, comme une peine spécifique est déjà étranger à la véritable tradition du droit pénal étatique. Vieille création du droit canonique, à l'usage de ceux qui relevaient de sa juridiction, l'emprisonnement a d'abord consisté en une "detrusio in carcerem perpetuum et obscursum", à laquelle s'est ajoutée, progressivement, ci et là, une assistance morale et religieuse ad hominem, destinée à favoriser contrition et repentir. Judiciairement parlant, Rome, et le droit laïc ante révolutionnaire, ne connaissent que l'incarcération en attente de procès ou d'exécution d'une peine corporelle ; les châtiments autres -bannissement, galères, destruction ou confiscation de biens- ne contredisent pas cette donnée, pas plus que la pratique administrative de l'enfermement des fous ou des personnes désignées par lettres de cachet.

L'incarcération dans l'isolement et l'inactivité, à titre de sanction, apparaît dans le code pénal de 1791 (gêne). Vite assortie de l'astreinte au travail, la peine d'emprisonnement a ultérieurement "colonisé" la répression, emplissant le vide laissé par la disparition progressive, sous la Monarchie de Juillet, des peines par atteinte à l'intégrité physique (marque, amputation, carcan, exposition publique). Les considérations d'un Howard (Etat des prisons, des hôpitaux et des maisons de force, traduit en langue française en 1788) ou d'un Bentham (Traité des peines et des récompenses, traduit en 1802), sur un aménagement de la sanction destinée à favoriser la prise de conscience individuelle et la reformation de la personne sont demeurées sans influence immédiate. Un effort, à connotation religieuse marquée, entrepris sous la Restauration, sera abandonné au milieu du XIXe siècle. En effet, une tendance contraire, amorcée sous la Monarchie de Juillet (1842 : création des "prétoires de justice" dans les prisons), s'amplifie sous le Second Empire (1854 : transportation pénale des

forçats) et la Troisième République (1885 : relégation des multi-récidivistes). Comme le note M. Merle, l'aphorisme en vigueur dans la seconde partie du XIXe siècle "Punir ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile", est étranger à toute préoccupation de réforme morale. La prison est désormais le lieu où l'on mâte et par lequel on élimine de la cité, cependant que, sur un autre plan, l'évolution antérieure et postérieure a bien fait d'elle, jusque dans la législation la plus actuelle, la sanction par excellence des comportements illicites. Tout est carcéral, parce que, aussi tout est pénal. C'est là une conséquence d'un autre phénomène néfaste : l'hypertrophie du droit pénal.

Le droit pénal est dévoyé par sa mise en service de tous les autres droits. Cette discipline a-t-elle vraiment pour objectif d'apporter sa sanction aux multiples dispositions techniques affectant aujourd'hui l'utilisation de la voie publique, l'urbanisme, l'exercice du commerce, la consommation, l'impôt, etc... devenant ainsi le valet de tous ? Assurément non, et, là aussi, un glissement pervers s'est produit. L'objet pur du droit pénal est, en effet, moins ample et plus élevé : il est de sanctionner les valeurs sociales et morales essentielles à la vie d'un peuple civilisé. Et, à cet égard, l'auteur ne manque pas de rappeler que l'enseignement chrétien, qui passe pour si exigeant, ne connaît jamais que dix commandements et sept péchés capitaux...

Aussi, bien des comportements pourraient être dépénalisés et n'être assortis que de sanctions administratives, commerciales, fiscales, lesquelles n'excluent aucunement la possibilité de l'intervention juridictionnelle. Toutefois, si une restauration de la peine pénale dans ses deux aspects d'affirmation de la gravité sociale de l'acte et de finalité salvatrice de la personne dépend du législateur, la réduction du phénomène criminel n'est pas assurée pour autant. Encore ne faut-il pas, en effet, qu'un contexte d'indifférence aux objectifs du droit pénal vienne ruiner ses efforts.

La vertu dissuasive de la règle pénale, et la résipiscence attendue de la sanction, sont compromises si les organes de communication sociale, extérieurs au droit mais dotés d'un fort impact psychologique présentent l'acte infractionnel avec complaisance, ou érigent a priori son auteur en victime menant un combat sympathique, ou, encore, croient faire preuve de tolérance en banalisant ce qui mériterait d'être stigmatisé. Dès lors que le droit pénal serait réduit à la défense des seules valeurs de base, il ne pourrait, en effet, être insidieusement contredit par ceux qui aménagent les vitrines de la morale sociale. Le libéralisme n'est pas le laxisme ; contrairement à celui-ci, celui-là admet la barrière de l'ordre public, et l'activité qui en méconnaît

les bornes est illicite. Aussi, le législateur peut-il faire rentrer dans la notion d'ordre public les hypothèses dans lesquelles "les libertés de création et d'expression" ne sont brandies que pour dissimuler une exploitation mercantile ou publicitaire, laquelle, pas plus que la diffamation, le racisme ou l'apologie du crime, n'a grand chose à voir avec la défense de ces grands principes. La liberté de pensée, la liberté du commerce et de l'industrie n'impliquent pas la licéité d'ériger en succès de librairie ou de cinéma le récit autobiographique d'un malfaiteur fier de ses crimes ; ni la diffusion d'images et messages délibérément axés sur l'appel à des pulsions de violence ou de vice, qui, si elles ne cherchent qu'à forcer l'attention, sont aussi de nature, disent les psychologues, à troubler certains psychismes et à favoriser le passage à l'acte sur les victimes les plus accessibles.

Que l'on utilise la règle pénale pour affirmer et défendre les droits de l'homme et du citoyen dans leur exacte acception ; que l'on punisse rétributivement sa violation pour montrer que la société comme le délinquant doivent en prendre le contenu au sérieux ; mais que l'on permette effectivement à l'individu de changer de voie et de s'y tenir ; alors, espère le grand juriste humaniste à qui nous devons l'ouvrage ainsi présenté, la vieille maxime pleine de sagesse "punitur quia peccatum est sed ne peccetur" ne sera plus seulement l'ornement obligé des bons manuels de droit criminel.

Atlas Géostratégique - Crises, tensions et convergences
Par Jean TOUSCOZ
Larousse, 1988

Présentation par M. FLORY

Se réclamant de Grotius et de Raymond Aron, l'ouvrage de Jean Touscoz entend offrir "une vision globale des tensions et des conflits qui déchirent la société internationale contemporaine et des forces qui tendent à l'unifier et à la pacifier". La méthode utilisée est originale. L'ouvrage signé par un juriste se range dans la catégorie des Atlas ; le texte toujours court est secondaire par rapport aux cartes ou aux graphiques ; il n'en constitue qu'un commentaire.

Ici l'internationaliste ne se contente plus de raisonner sur des mots, il est prié de regarder d'abord la géographie, d'apprécier les chiffres, de comparer les courbes. Les instruments qui sont mis à sa disposition ne sont pas seulement les indispensables textes qui ont fait l'objet de nombreux recueils ; il s'y ajoute d'autres données qui constituent en quelque sorte des préalables et qu'il n'est pas toujours facile de retrouver.

Les relations internationales sont faites de "crises, tensions et convergences" qui sont d'abord inscrites dans la géographie. Le diplomate, l'homme politique, l'internationaliste en charge des problèmes ne l'ignorent pas. L'étudiant qui n'a pas accès aux dossiers n'a pas les moyens de reconstituer les éléments du problème. Le Professeur n'est pas toujours outillé pour illustrer concrètement l'affaire étudiée. L'interdisciplinarité tant vantée risque de trouver très vite ses limites.

Il faut savoir gré à un juriste d'avoir su déborder sa spécialité pour nous permettre une meilleure compréhension des questions abordées dans nos enseignements. Il a su rassembler sous le volume raisonnable d'un ouvrage pédagogique, les cartes et données qui permettent souvent mieux que de longues pages, d'entrer au coeur des problèmes.

Si l'on prend les grands conflits qui tiennent le devant de l'actualité, on trouve pour chacun d'entre eux, en quelques pages, une ou deux cartes et quelques tableaux, un parfait état de la situation. Le conflit israélo-palestinien en est une illustration

exemplaire ; en 3 pages et 2 cartes toutes les données factuelles et chronologiques sont fournies. On peut seulement regretter qu'à propos de chacun de ces conflits ne figurent pas les 3 ou 4 indications bibliographiques qui permettraient immédiatement d'aller plus loin, la bibliographie finale étant beaucoup trop générale pour jouer ce rôle.

La représentation cartographique et les schémas ne peuvent tout exprimer avec un égal bonheur. L'ouvrage qui nous est présenté est convaincant pour les conflits territoriaux, il l'est moins lorsqu'il tente de nous montrer la fragilité des régimes politiques (132-137), l'aide au développement (236), la protection internationale des droits de l'homme (240) ou l'arme alimentaire (264). Mais de toute façon, même discutable, un autre regard est toujours profitable et peut permettre d'entrevoir des aspects de la réalité jusque là ignorés ou occultés.

L'Atlas géostratégique constitue un instrument pédagogique de grande qualité qui manquait aux internationalistes. A jour au 30 septembre 1987, dans un monde où les conflits sont nombreux, il faut espérer des éditions remises à jour à cadence rapide, ce qui suppose que l'équipe qui a travaillé avec Jean Touscoz reste mobilisée.

**Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la
République**

Par Roland DEBBASCH

Coll. Droit public positif, Economica et Presses Universitaires
d'Aix-Marseille, 1988, 481 p.

Présentation par Jean-Louis MESTRE

Cet ouvrage de qualité est issu de la thèse de doctorat qu'a soutenue Roland Debbasch en 1987. Il traite du principe d'unité et d'indivisibilité de la République, principe dont les implications apparaissent tout à fait d'actualité : le problème du statut de la Nouvelle-Calédonie en fait foi.

Mais, l'auteur ne s'est pas arrêté à l'étude du droit positif et de son application. Il s'est rendu compte de la nécessité d'une recherche d'ordre historique pour mieux dégager "la signification et la maturation" dudit principe (pp. 16-18).

Cette recherche a été consacrée essentiellement à la période révolutionnaire, pour deux raisons fondamentales avancées à juste titre. La première, c'est le fait que le principe soit précisément apparu entre 1789 et l'an VIII. La seconde, c'est "la dissymétrie entre la richesse des enseignements de la période révolutionnaire et la relative pauvreté (à quelques exceptions près) des éléments d'explication fournies par les périodes suivantes" (pp. 18-20). De fait, les débats des différentes Assemblées révolutionnaires constituent une source de premier ordre, dont on ne saurait trop recommander la consultation. Roland Debbasch n'en a pas négligé pour autant l'Ancien Régime. Il consacre un chapitre bref, mais dense, à "l'héritage de la Monarchie absolue" : "le principe d'unité monarchique" (pp. 30-38). Il traite également, à la fin de l'ouvrage, du maintien, puis de l'intégration définitive du principe dans "le patrimoine républicain" (pp. 392-399), ainsi que de ses applications contemporaines (pp. 405-430).

Deux apports essentiels se dégagent de ce livre. Le premier, c'est la mise en lumière des différentes étapes de la genèse du principe d'unité et d'indivisibilité de la République. Mise en lumière qui ressort du plan chronologique adopté, qui distingue trois périodes : le temps de "l'édification" du principe jusqu'en septembre 1792 ; le temps de son "exaltation", de septembre 1792 à thermidor an II ; le temps de "l'hésitation"

enfin, après la défaite de la Montagne, de thermidor an II jusqu'au Consulat. Cette division s'appuie sur des dates charnières de la Révolution dont l'importance est indubitable. Elle permet de dégager les trois phases essentielles d'une évolution dont il est clairement démontré qu'elle a été intimement liée aux phénomènes politiques.

Le second apport fondamental de cet ouvrage, c'est qu'il révèle toute l'importance du principe étudié, importance qui s'avère beaucoup plus grande qu'on ne serait tenté de le penser a priori. En effet, les auteurs des textes constitutionnels et législatifs qui se succèdent à un rythme rapide de 1789 à l'an VIII ne déduisent pas seulement de ce principe l'affirmation de l'intégrité territoriale de la France vis-à-vis des puissances étrangères. Ils placent ce principe au coeur de leurs constructions constitutionnelles, car ils en font la manifestation concrète de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté. Ils en font le fondement de l'unité du pouvoir politique, de l'unité de la législation, de celle de la justice (Des développements révélateurs sont consacrés à l'invocation du principe lors du procès de Louis XVI -pp. 142-148- et à propos du tribunal révolutionnaire -pp. 231-241-). Le problème de la "division administrative" d'un Etat indivisible soulève des controverses et trouve des solutions variées, dont les justifications théoriques et les arrière-pensées sont exposées de façon nuancée (pp. 71-78, 204-224, 350-363). Le statut de l'armée révolutionnaire elle-même se ressent de "l'exaltation" du principe. N'est-elle pas appelée "l'Indivisible" ? Le célèbre amalgame entre les soldats de métier de l'ancienne armée royale, les volontaires et les conscrits de 1792 et 1793, n'apparaît plus comme une simple mesure technique, destinée à faire profiter les nouveaux soldats de l'expérience des vétérans, mais encore comme une manifestation de l'esprit unitaire : "L'unité de la République exige l'unité dans l'armée", proclamait Saint-Just (pp. 228-229).

Sur toutes ces questions d'ordre interne, les analyses sont conduites de façon vigoureuse et s'appuient toujours sur les sources elles-mêmes, dont les citations fréquentes servent de justifications. Ces analyses montrent aussi bien la rigueur de certaines déductions du principe qu'ont opérées les Assemblées révolutionnaires que l'ampleur de diverses controverses qui ont éclatées en leur sein. La plus célèbre de celles-ci reste évidemment celle relative au prétendu "fédéralisme" des Girondins. Le développement consacré à ce débat dramatique fait ressortir le caractère excessif des critiques dont furent accablés les victimes de la Montagne (pp. 242-254).

Les problèmes d'ordre international sont pareillement exposés. Ils vont de "l'affaire des droits seigneuriaux des princes

allemands en Alsace" (pp. 89-93) jusqu'au projet d'une "République universelle et indivisible" d'Anarcharsis Cloots (pp. 276-282), en passant par les "réunions de territoires" -dont le Comtat Venaissin- (pp. 99-103), par la "sécession" momentanée de la Corse (pp. 273-275), par les annexions (pp. 367-370) et par la constitution de "Républiques soeurs unes et indivisibles" (pp. 370-379).

Historiens et juristes trouveront donc, dans cet ouvrage d'un jeune professeur de Droit public, à la fois une réflexion d'ensemble, incontestablement novatrice, et des informations précises.

Il convient de surcroît de relever que l'ouvrage a été préfacé par M. Michel Debré, qui voit dans le principe d'unité et d'indivisibilité de la République "le principe conservateur de tout l'acquis de notre Histoire". Pour sa part, M. Louis Favoreu souligne, dans son avant-propos, que "la continuité du droit constitutionnel depuis 1789 s'affirme de plus en plus avec le développement de la jurisprudence constitutionnelle et de l'interprétation des divers textes et principes composant le bloc de constitutionnalité. C'est dans cette perspective que le présent travail vient apporter une précieuse contribution à la compréhension des principes de base de notre système constitutionnel".

L'homme, la nature et le droit
Ouvrage collectif sous la Direction de Bernard EDELMAN
et Marie-Angèle HERMITTE,
Ed. Christian BOURGEOIS, 1988, 392 pp.

Présentation par Alain SERIAUX

Fort bien fait, cet ouvrage recense des textes déjà parus ou inédits de B. Edelman, M.A. Hermitte, C. Labrusse-Riou et M. Rémond-Gouilloud. Il s'achève sur une post face d'E. de Fontenay. Son thème central est le suivant : l'emprise matérielle et intellectuelle, juridique de l'homme d'abord sur la nature extérieure (Première partie), ensuite sur son propre corps (Deuxième partie) se fait aujourd'hui de plus en plus pressante et oppressante. Face à ce phénomène nouveau, dû au développement des techno-sciences, la réaction du juriste doit être d'"instituer" la nature pour la protéger (Troisième partie). Se trouvent ainsi savamment mêlées idées philosophiques (surtout dues à B. Edelman), remarques profondes sur la coexistence nécessaire (et pacifique) de l'éthique et du droit (c'est tout le travail constant et abondant de C. Labrusse-Riou), informations plus ou moins riches sur l'état de notre droit positif, jurisprudentiel principalement, qui réagit ou tente de réagir devant le "fait accompli" où le placent les progrès des sciences et des techniques. Les juristes et les scientifiques, les philosophes mêmes, y trouveront abondante matière à réflexion. Nous mettrions quant à nous volontiers en exergue de cet ouvrage deux heureuses remarques qui s'y trouvent insérées. Celle, d'abord, de C. Labrusse-Riou : "il y a entre la légitimité éthique et la licéité juridique trop de points de convergence pour que l'éthique et le droit soient dissociés quant au contenu des règles (p. 154). Celle, ensuite, de B. Edelman, qui formule "en sourdine" une critique bien orchestrée de la notion de droits subjectifs : "le droit est ainsi en conflit perpétuel avec les droits subjectifs. Alors qu'il y a dans le droit subjectif le ferment d'un narcissisme absolu, la dénégation de toute limite et le désir de se soumettre la loi elle-même, le droit, à chaque instant, trace les frontières du possible du sujet. Que celui-ci les transgresse, et il doit alors assumer l'illicite" (p. 305). Sur ces deux points, et sur beaucoup d'autres, nous les rejoignons volontiers.

Est-il permis, cependant, de formuler quelques réserves, qui ouvrent légitimement le champ à la discussion ? En premier lieu, nous regrettons pour notre part que nos juristes se cantonnent trop souvent, pour ne pas dire toujours, à la seule question de la licéité de telle ou telle conduite. Plus crucial nous apparaît le thème *premier* de la légitimité. Il n'est pas bon de ranger celui-ci, comme semble l'indiquer la formule précitée de C. Labrusse-Riou, dans le domaine propre à la morale ou à l'éthique. Le rôle du juriste consiste, selon nous, d'abord et avant tout, à trancher les débats en termes de légitimité, c'est-à-dire de justice ou d'équité. La licéité ne vient qu'après et c'est principalement au législateur qu'il incombe alors d'en décider. En d'autres termes, il conviendrait sérieusement de repenser le trop fameux clivage entre le droit et la morale. La foule de problèmes que soulève aujourd'hui l'avènement du pouvoir scientifique sur la vie, la mort, le sexe ou la procréation constitue sans doute une occasion inappréciable pour se livrer à ce travail de fond. Nous en venons ainsi à une seconde observation. L'appréciation de la légitimité des comportements humains nous renvoie à l'essence de ce qui est juste, c'est-à-dire au droit naturel. Or, l'on ne trouve à aucun moment, dans cet ouvrage pourtant consacré à la nature et au droit, une seule référence au droit naturel, à l'ordre naturel des choses. C'est dommage : nous persistons à penser que seul un retour de la philosophie contemporaine à ce domaine essentiel de la pensée antique et médiévale serait de nature à clarifier l'inéluctable débat sur la légitimité de toute une série de pratiques plus ou moins entérinées par les milieux scientifiques. On dirait, en définitive, (ce n'est peut-être qu'une impression) que la peur d'apparaître rétrograde aux yeux de leurs lecteurs a conduit les différents auteurs de l'ouvrage à faire l'impasse sur cette question qui est pourtant, répétons-le, au coeur du débat. Il faudrait qu'une fois pour toutes l'on se rende compte qu'en matière de philosophie les vérités auxquelles parvient l'esprit humain ont quelque chose d'immuable et que ce qui a pu paraître vrai hier, à la suite de réflexions multiséculaires, l'est encore aujourd'hui et le sera demain. Enfin, nous ne sommes pas prêts à suivre l'un des fils conducteurs de cet ouvrage, qui veut que "l'appropriation privative de la nature entraîne inéluctablement l'exploitation scientifique de l'homme par l'homme" et que "le concept de vie (végétale, animale, hominale) soit indivisible (B. Edelman, p. 129). Il nous semble, en effet, qu'il existe une différence radicale entre la nature extérieure à l'homme qui doit être traitée (sauf à trouver des limites) comme un objet de droit, un bien appropriable par essence, et l'être humain qui est et ne peut être qu'un sujet de droit. Ce clivage objet/sujet n'a pas, à notre avis, été suffisamment bien souligné et exploité par les différents auteurs

de cet ouvrage. Une réflexion de cet ordre les aurait peut-être conduit à nuancer leurs jugements sur "la fabrication de la nature" par l'homme et sur la création d'un "statut de la nature" qu'évoque avec finesse M. A. Hermitte (p. 238 et s.).

Encore un mot : la toute récente *loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales* n'a pas encore donné lieu à des commentaires. Mais à qui voudrait réfléchir sur certaines de ses dispositions, C. Labrusse-Riou offre d'ores et déjà, par anticipation, d'intéressantes ébauches dans deux des articles consignés dans ce recueil : "Expérimentation humaine et éthique" (p. 144 et s.) ; "Servitude, servitudes" (p. 308 et s.).

**Droit naturel, loi civile et souveraineté
à l'époque classique**
par Franck TINLAND
P.U.F., Questions, 1988, 253 pp.

Présentation par Alain SERIAUX

Qu'on ne s'y trompe pas : "l'époque classique" dont il est ici question ne correspond pas à ce que d'autres, à la suite de Michel Villey, appellent l'école classique du droit naturel, dont les meilleurs représentants sont Aristote et St Thomas d'Aquin. L'ouvrage de M. Tinland est au contraire consacré à trois représentants de la philosophie moderne à l'époque où elle met définitivement en place ses concepts et sa démarche propres : Hobbes, Spinoza et Rousseau. Cela étant, pour ceux qu'intéressent les fondements philosophiques des idées modernes sur l'individu, la liberté, la souveraineté ou les droits subjectifs, cet ouvrage mérite assurément d'être lu et médité. Il se compose de deux parties : *I - Nature, nature humaine, liberté*, où sont, entre autres étudiées la "rationalité technicienne" de Th. Hobbes, la notion d'individu chez Spinoza, la liberté comme principe et fin de l'éducation et de la cité selon Rousseau ; *II - Fondements et limites de la souveraineté*, où sont mis en parallèle les conceptions de la représentation, de la souveraineté et du droit à la vie chez Hobbes et chez Rousseau ; un chapitre consacré à "la formation de l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique" selon Hobbes, Spinoza et Rousseau, clôt cette seconde partie.

M. Tinland nous fait pénétrer avec habileté et clarté -ce qui est loin d'être négligeable- dans le monde complexe de ces trois philosophies qui ont tant contribué à la formation des idées modernes. Connaissant mal cet auteur, nous n'avons pas la prétention de juger ce qui nous y est dit de Spinoza : sa problématique évolue dans des sphères beaucoup plus abstraites que celles de Hobbes et Rousseau. On ne voit d'ailleurs pas toujours très bien -c'est là un petit reproche que nous adresserions à M. Tinland- en quoi le système spinoziste a-t-il pu jouer un rôle déterminant dans l'histoire de la pensée politique. Tel que présenté par M. Tinland, Spinoza nous paraît décidément trop abscons pour que sa pensée ait eu quelques chances de servir

de guide à d'autres personnes qu'une petite élite d'initiés. Quant à Hobbes et Rousseau, ce sont eux qui occupent dans l'ouvrage de M. Tinland, le devant de la scène, et cela n'est que justice. L'auteur montre, avec une grande acuité de vue, comment ces deux philosophes ont abordé et résolu, parmi les premiers, la question de la conciliation -entre "la liberté et le devoir d'obéissance, entre le droit que chacun tient de sa naissance et la souveraineté de la Loi". Au coeur de cette discussion gît, bien sûr, l'avènement du "droit naturel moderne", c'est-à-dire la consécration progressive de tout un réseau de droits subjectifs, de libertés individuelles, dont le droit à la vie de Hobbes apparaît comme l'un des premiers jalons.

On peut, comme c'est notre cas, ne pas être convaincu que les idées de Hobbes et de Rousseau aient apporté la solution vraiment juste à toutes ces questions ; on peut également ne pas croire en la réalité ontologique de ces prétendus droits subjectifs ; mais il semble difficile de faire l'impasse sur ce mouvement de pensée qui éclaire si bien la problématique moderne de l'équilibre entre l'individu et l'Etat. A cet égard, l'ouvrage de M. Tinbaud ne peut qu'apporter de très utiles éclaircissements.

Anthropologie juridique
par Norbert ROULAND
P.U.F., coll. "Droit fondamental", 1988, 496 pp.

Présentation par Alain SERIAUX

Les juristes ont, désormais, une seconde dette à l'égard de la collection "droit fondamental" que dirige S. Rials. Après leur avoir fait connaître le tout premier manuel d'épistémologie juridique, sous la plume alerte et ingénieuse de C. Atias, voici cette fois, le tout premier manuel d'anthropologie juridique dont la rédaction a été confiée à un anthropologue du droit dont il n'est guère besoin de souligner la notoriété : notre collègue Norbert Rouland. De prime abord, le lecteur non averti pouvait s'attendre à être transporté d'emblée "sur le terrain", au sein des sociétés traditionnelle avec leurs coutumes, leurs modes de règlement des conflits, leurs systèmes de règles de conduite, etc. Un dépaysement complet, en quelque sorte, qui nous aurait surtout livré de passionnants enseignements de droit comparé. Soyons reconnaissant à M. Rouland de n'avoir pas cédé à la facilité et d'avoir su au contraire développer au préalable les difficultés d'ordre épistémologique auxquelles se trouve encore de nos jours confrontée l'anthropologie juridique. Nous devons apprendre d'abord à "penser l'altérité" (première partie), c'est-à-dire à nous défaire de notre vision occidentale du droit qui se caractérise principalement par "l'identification du droit et de l'Etat" (n° 2) et qui a conduit à "un double idéalisme. Celui de la norme, tout d'abord : toute société qui ne possède pas un corpus bien établi de normes n'aurait pas de droit (...) Autre idéalisme, celui de l'isolement splendide du droit, qui l'a réduit à une technique..." (n° 2). Voilà un avertissement salubre et d'un grand intérêt : pour un peu, nous serions prêts à parier que l'anthropologie juridique constituera tôt ou tard (et plutôt tôt que tard, espérons-le) l'une des voies par lesquelles passera notre délivrance des positivismes plus ou moins étriqués qui entravent la nécessaire "redécouverte" du vrai sens du droit et du sens du vrai droit. Même si nous ne partageons pas le scepticisme également affiché par M. Rouland (n° 85 et s.) à l'égard de l'idée de justice qui nous semble au contraire être la quête commune de toutes sociétés, traditionnelles ou non, au sein de laquelle apparaît le "phénomène droit", nous souscrivons volontiers à des formules

telles que "à notre sens, le droit peut exister sans l'Etat et l'écriture, et peut être sanctionné de façon flexible" (n° 101) ou encore "prétendre définir le droit par la sanction, c'est donc commettre un abus de langage. Au mieux, celle-ci ne constitue qu'un des signes possibles du droit" (n° 86), et beaucoup d'autres encore dont il serait bien difficile de donner ici une énumération exhaustive.

La deuxième partie de l'ouvrage de M. Rouland devrait séduire tous les juristes, même ceux qui ne goûtent pas particulièrement les altitudes philosophiques des quelques 180 premières pages. Elle aborde en effet, de manière concrète et vivante, "l'anthropologie juridique des sociétés traditionnelles", africaines principalement. On y glanera un peu partout d'utiles informations sur les sources du droit, les relations parentales, le droit des biens ou celui des contrats, sur les modes de règlement de conflits, sur l'influence des droits européens, enfin. Il y a là, indubitablement, de quoi nourrir la réflexion sur la formation et le développement d'institutions ou de relations qui sont familières à tous ceux qui enseignent ou étudient le droit positif contemporain (ces deux qualificatifs n'étant pas synonymes). Nous leur laissons volontiers les joies de la découverte.

Dans une troisième partie, enfin, l'auteur n'hésite pas à aborder audacieusement une anthropologie juridique du droit moderne, celui de la France en particulier. Car, pour lui, "l'objectif final de la démarche anthropologique (est) tenter de comprendre le fonctionnement de toutes les sociétés, aussi bien modernes que traditionnelles, en rapportant les discours et pratiques juridiques aux logiques et modes de pensée qui les sous-tendent et déterminent" (p. 393). Programme fantastique, que l'auteur n'a pas bien sûr la prétention de réaliser à lui tout seul et tout d'un coup. Mais cela ne l'empêche point de nous fournir des vues personnelles et suggestives sur d'importantes questions qui agitent le droit contemporain, telles, par exemple, celles des nouveaux modes de procréation, celle du "destin du modèle de la complémentarité des sexes", ou celle de la distinction de plus en plus nettement soulignée entre "ordre imposé" et "ordre négocié". Il est permis, sans doute, de se montrer parfois sceptique sur telle ou telle affirmation ou sur telle ou telle comparaison, mais nous n'enlèverons pas à M. Rouland le mérite d'avoir au moins essayé, ne serait-ce que brièvement de "penser la modernité".

Concluons d'un mot : voilà un manuel que tout juriste digne de ce nom devrait posséder dans sa bibliothèque !

Le système juridique entre ordre et désordre
par Michel VAN de KERCHOVE et François OST
"Les voies du droit", P.U.F., 1988, pp. 254

Présentation par Alain SERIAUX

Le concept de système est très souvent employé par les juristes ou les philosophes du droit en des sens divers, pas nécessairement contradictoires, mais qui laissent en tout cas un arrière-goût d'imprécision. Ce n'est pas le moindre des mérites de cet ouvrage bref et synthétique que de tenter une analyse rigoureuse de cette notion et des différentes conceptions (systèmes ?) auxquelles elle a donné lieu, en particulier celles de Kelsen et de Hart. Les auteurs étudient d'abord les différents éléments du système juridique et les relations qu'ils entretiennent entre eux. Ils s'efforcent ensuite de réinsérer le système juridique dans son environnement social, moral, quasi-juridique ("l'infra-droit") ainsi que de montrer l'inter-action qui peut exister entre différents systèmes juridiques. Un ultime chapitre tente d'intégrer la notion de temporalité à celle de système, dans la ligne de ce qu'avait déjà inauguré avec bonheur F. Ost, lors d'un colloque de l'Association française de philosophie du droit sur "le droit et le futur" (V. "Les multiples temps du droit", in *Actes du IIIe Colloque de l'Association française de philosophie du droit*, P.U.F., 1985, p. 115 et s.).

L'ouvrage se lit aisément, sans trop de recours à ces formules ésotériques dont sont friands certains philosophes du droit et qui dissimulent mal, derrière l'écran des mots, la vacuité de sens. Tout juriste devrait pouvoir y découvrir, ça et là, quelques idées originales, une meilleure compréhension de sa propre discipline surtout dans le sens où elle est exposée à l'heure actuelle. On conseillera en particulier les presque cinquante pages que les auteurs consacrent aux "différentes formes de systématisation", (p. 111 et s.) en étudiant successivement la codification (système légal), la doctrine (système doctrinal) et la jurisprudence (système judiciaire). La critique de la théorie autopoïétique (p. 150 et s.) ainsi que l'étude des relations entre "système juridique et morale(s)" (p. 177 et s.) apportent également d'intéressants éléments de réflexion.

Nous avons cependant été souvent resté sur notre faim.

Les auteurs auraient pu, par exemple, aborder le champ des éventuelles interactions entre système juridique et système économique : il y avait là matière à d'utiles rapprochements voire recoupements. En second lieu, l'intitulé de l'ouvrage nous est apparu comme finalement trop ambitieux : le thème attractif de l'ordre et du désordre au sein d'un système ne fait au fond véritablement l'objet d'observations substantielles que dans les quelques pages qui concluent l'ouvrage. Ce dernier apparaît en définitive davantage comme une introduction à la théorie systémique que comme une réflexion longuement mûrie sur la fiabilité réelle d'une telle théorie. Nous aurions aussi aimé être véritablement convaincu, en dépit de l'affirmation liminaire de l'ouvrage, du fait que "le droit -du moins le droit occidental moderne- se produise sous la forme du système (soit) une évidence difficilement réfutable". De quel "système" parle-t-on ici : d'un simple effort de rationalisation et de cohésion (ce qui est le but de la plupart de nos codes) ou de quelque chose de plus élaboré dans lequel des principes seraient posés, à la manière d'axiomes, d'où seraient déduits logiquement des conséquences plus ou moins "systématiques" qui fourniraient des solutions pour chaque type de relations juridiques ? En d'autres termes, il y a système et système. Pour notre part, nous révoquerions volontiers en doute l'idée que le droit soit un système au second sens évoqué ci-dessus, sauf peut-être lorsque la doctrine s'en mêle et cherche à faire entrer, au besoin par la violence, les différentes règles juridiques dans un corset d'idées préconçues. Tout cela aurait mérité quelques éclaircissements, auxquels les auteurs ne se sont guère attachés.

Profitons-en enfin pour dire -mais ce n'est point là un reproche fait aux auteurs, bien entendu- que nous attendons toujours une étude véritablement *réaliste* de la notion d'ordre juridique. Nous l'avons nous-mêmes défini ailleurs comme une "juste répartition des biens et des choses entre les membres d'une société déterminée". La connexion de cette définition avec le concept de justice distributive au sens aristotélico-thomiste semble ici s'imposer. Elle nous apporterait sans doute bien des lueurs sur certains aspects de la vie juridique réelle et même sur ces grands moments de rupture que constituent les révolutions. Peut-être en outre que les notions d'ordre et de désordre s'en trouveraient rajeunies. Mais ce ne sont là que des intuitions à peine ébauchées qui attendent, elles aussi, le temps de leur maturation. Un jour, peut-être....

N° I S S N 0249-8731

DROIT PROSPECTIF

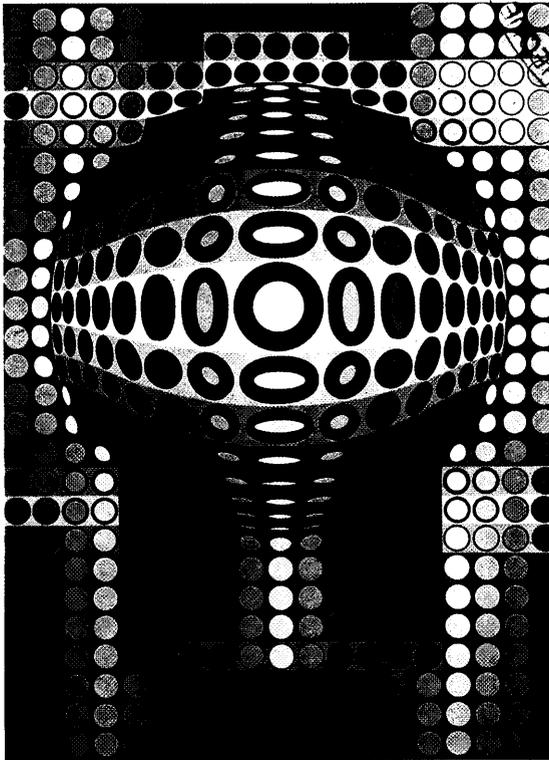


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I - Études

— Théorie juridique

— Alain HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle »

— David ANNOUSSAMY, « Le droit musulman dans les anciens établissements français de l'Inde »

Suite page 4 de Couverture.

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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1989-2

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIV - 37 (14ème année - 37e 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. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

EQUIPE DE REDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1989

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 280 F

Abonnement étranger : 340 F
Numéro (France) : 85 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE

12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

<i>EDITORIAL</i>	251
------------------------	-----

I - ETUDES

THEORIE JURIDIQUE

- Alain HERVIEU, Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle	257
--	-----

DROIT COMPARE

- David ANNOUSSAMY, Le droit musulman dans les anciens établissements français de l'Inde	323
--	-----

DROIT CIVIL ET DROIT PROFESSIONNEL

- Olivier LALIGANT, La révolution française et le droit d'auteur	343
--	-----

- Gérard BARBEROUX, Les pièges de l'ouverture : l'accès du notariat au "grand marché juridique"	395
---	-----

PHILOSOPHIE DU DROIT

- Manuel RIO, Grotius et l'égalité dans les contrats à titre onéreux	433
--	-----

II - DOSSIER

- Election à la présidence de la République (1988) - La campagne présidentielle de M. François Mitterrand et M. Jean-Marie Le Pen	479
---	-----

III - ACTUALITE DOCTRINALE

- Norbert ROULAND, Anthropologie juridique (Présentation par Paul OURLIAC)	499
--	-----

EDITORIAL

La présente livraison de cette Revue de la Recherche Juridique est placée sous le signe de la *diversité foisonnante* de la recherche juridique. *Diversité dans le temps*, avec une importante étude de M. O. Lalignant consacrée à un aspect méconnu de la Révolution française : la réglementation du droit d'auteur, étonnante permanence d'une notion qui paraît, alors, faire désormais partie de notre culture juridique.

Diversité dans l'espace, attestée par l'examen du droit musulman dans les anciens établissements français de l'Inde auquel se livre M. Annoussamy.

Diversité dans les idées, à laquelle contribuent l'important article de M. G. Barberoux consacré à l'accès du notariat au grand marché juridique et l'imposante analyse, par M. Hervieu, de l'insécurité de la règle jurisprudentielle, thème classique mais toujours d'actualité avec l'emprise croissante du phénomène jurisprudentiel sur le droit des Etats : jurisprudence constitutionnelle certes, mais aussi jurisprudences européennes telles Cour Européenne des Droits de l'homme et de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Diversité, enfin, des champs d'études, avec la publication par N. Rouland, d'un ouvrage essentiel pour la compréhension et l'étude de l'anthropologie juridique. P. Ourliac dit, dans le présent numéro, tout le bien qu'il faut penser de cette "somme". Dans ses écrits, savants ou plus littéraires, antérieurs, N. Rouland nous avait habitué à l'excellence. Voici que, désormais, il se surpasse.

Il revenait à cette Revue, placée au carrefour de la pluridisciplinarité juridique, de marquer cet événement qui, à lui seul, atteste et l'interdépendance des "sciences du juridique" (la fréquence des pages de philosophie du droit dues à A. Sériaux et des études épistémologiques dans cette Revue le montre), et l'indispensable enracinement de toute étude du droit, fût-il positif, dans l'au-delà et l'en-deçà juridiques, tant il est vrai que, science vivante, le droit ne saurait être détaché qu'artificiellement du reste du corps social et de la réflexion humaine.

Visant d'abord le juste, le droit est justiciable de l'ensemble des voies par lesquelles l'homme se forge cette idée de juste et met en oeuvre les moyens qui lui paraissent les plus adéquats -ou les moins importants- pour parvenir à la réalisation plénière de cette fin grandiose qui fait ainsi de la science du droit, une des formes les plus achevées d'un certain humanisme, l'humanisme de l'homme "bel et bon".

J.-C. RICCI

R.R.J. 1989-2
Pages 253 à 476

I - ETUDES

THEORIE JURIDIQUE

OBSERVATIONS SUR L'INSECURITE DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

Par

Alain HERVIEU

Docteur en Droit - Avocat à la Cour

SOMMAIRE

INTRODUCTION	(1)
De l'incertitude à l'insécurité juridique.....	(2 à 4)
I. - INSECURITE ET VARIABILITE DE	
LA REGLE JURISPRUDENTIELLE	(5 à 27)
A - Constatation de la rétroactivité de la jurisprudence ...	(7 à 21)
1 - <i>Mesure de la rétroactivité de la jurisprudence</i> ..	(8 à 12)
2 - <i>La rétroactivité de la jurisprudence est la rétro-</i> <i>activité d'une règle</i>	(13 à 21)
B - Justification de la rétroactivité de la jurisprudence .	(22 à 27)
1 - <i>Essai de justification de la rétroactivité par</i> <i>le caractère interprétatif de la règle jurisprudentielle</i> ..	(23)
2 - <i>Explication de la rétroactivité de la règle</i> <i>jurisprudentielle par sa mise en oeuvre</i>	(24 à 26)
II. - INSECURITE ET DETERMINABILITE DE	
LA REGLE JURISPRUDENTIELLE	(28 à 43)
A - La déterminabilité formelle de la règle jurisprudentielle	(29 à 32)
1 - <i>L'accès à la règle jurisprudentielle</i>	(30)
2 - <i>L'identification formelle de la règle</i>	(31 à 32)
B - La déterminabilité matérielle de la règle jurisprudentielle	(33 à 43)
1 - <i>Les difficultés intrinsèques de connaissance de</i> <i>la règle jurisprudentielle</i>	(35 à 40)
2 - <i>Les difficultés extrinsèques de détermination</i> <i>de la règle jurisprudentielle</i>	(41 à 43)
CONCLUSION	(44)

1 - Le DROIT est-il sécurisant ? Oui dit l'opinion commune pour qui le droit qui régleme les rapports humains, précise ce qui est autorisé ou interdit, licite ou illicite (1), et permet en conséquence à chacun de régler son comportement de façon à ne pas encourir les foudres de la justice. D'ailleurs, n'est-il pas pour cette raison, de l'essence même du droit d'être sûr, clair, certain, prévisible ? Et le juriste n'est-il pas un intermédiaire souvent nécessaire uniquement parce que chacun n'a pas la possibilité ou le temps de connaître la multitude des lois, n'est-il pas simplement un "diseur de vérités", car le juriste qui sait le droit détiendrait cette vérité ?

Non ! dit le juriste avec conviction car il sait lui, à quoi s'en tenir (2). Est-ce à dire donc que le droit ne serait pas sûr ?

Tous les juristes ressentent plus ou moins profondément, ce sentiment d'insécurité qui plane sur le droit. Pourtant, si tous en sont conscients, ils n'en parlent guère. Tout au plus, rencontre-t-on au détour d'un article ou d'un ouvrage, à l'occasion de l'examen de telle ou telle question, la marque d'une hésitation (3) voire d'une interrogation, mais il ne semble guère que l'on soit allé plus loin dans ce domaine. Peut-être parce que le sentiment de l'insécurité procure un malaise que l'on préfère oublier rapidement en passant à une question dont la solution certaine rassure.

On dit que l'on exorcise mieux ce que l'on connaît ; c'est pourquoi il peut être intéressant et peut-être utile d'approfondir cette idée.

Si la sécurité est de l'essence même du droit, elle n'est pas non plus étrangère à ses préoccupations. Des principes bien connus tels la légalité des délits et des peines, la non rétroactivité de la loi ou la force obligatoire des conventions reposent sur l'idée de sécurité nécessaire. Cependant, il ne suffit pas de souhaiter pour obtenir, et la fréquentation du droit montre très souvent que la sécurité n'est sans doute pas sa caractéristique dominante.

(1) On trouve très certainement l'illustration de cette opinion dans l'existence d'ouvrages de vulgarisation tels "l'avocat chez vous".

(2) M. C. Atias (Droit civil, P.U.F., 2e édit. 85) considère que la formation au raisonnement juridique, est "la seule formation juridique digne de ce nom". On pourrait même sans doute ajouter que la qualité première du juriste, est de savoir qu'il ne sait pas.

(3) Paradoxalement d'ailleurs, on rencontre semble-t-il beaucoup plus d'hésitations dans l'interprétation d'une règle douteuse du Droit positif que dans l'énoncé d'un principe ou dans la formulation d'une théorie d'ensemble (cf. les grands thèmes sur la nature du droit subjectif ou la distinction des droits réels et personnels). Peut-être parce que dans le premier cas, la sanction de l'interprétation erronée peut être immédiate, alors que dans l'autre, si la certitude est impossible, la démonstration de l'erreur l'est également.

S'il y a insécurité dans le droit, elle ne se montre pas ostensiblement. Il faudra donc d'abord préciser ce que l'on entend par insécurité juridique.

2 - *De l'incertitude à l'insécurité juridique.* Tenter de cerner les notions d'incertitude ou d'insécurité juridique, c'est essayer de définir avec quel degré de certitude ou simplement de probabilité, le juriste qui se trouve confronté à la question posée par un justiciable : "Comment ma situation ou mon comportement seront-ils jugés ?" pourra lui répondre.

L'approche de ce problème passe d'abord par un rappel : le droit n'est pas seulement un corps de règles, c'est-à-dire de dispositions abstraites, générales et impersonnelles qui se suffirait à lui-même, auquel cas il n'aurait un intérêt que purement scientifique ; c'est avant tout un ensemble de règles destiné à organiser les rapports sociaux des hommes. A ce titre, le droit ne vaut que par les faits auxquels il est destiné à s'appliquer ; c'est pourquoi on a pu écrire, "dès que le juriste pense le droit, il le pense comme forme destinée au fait" (4). C'est du rapprochement entre la règle de droit et le fait auquel elle est destinée à s'appliquer que naîtra la difficulté ; quel que soit en effet le degré de précision, de portée de la règle, ou sa clarté, il y a une marge irréductible entre la règle abstraite et son application à une situation concrète ; car le juge qui va appliquer la règle, aussi claire soit-elle, à une situation de fait (5), ne va pas le faire de façon purement objective, mais à travers une perception subjective qu'il a de ces faits. Par exemple, le juge qui va appliquer des règles aussi simples et d'application banale que l'art. 381 Code pén. qui sanctionne le vol simple, ou l'art. L. 1er al. 1 Code circ. qui punit la conduite d'un véhicule en état alcoolique, prononcera, dans les limites de la loi, une peine qui sera avant tout fonction de la gravité de principe qu'il attache à telle ou telle infraction. C'est ce qui permet aux avocats de dire que telle juridiction ou tel juge a, à l'égard de telle infraction, une "jurisprudence" (6) plus ou moins sévère.

Ensuite, le juge ne statue pas sur une situation abstraite, mais sur un cas concret, avec toutes ses composantes, toutes ses

(4) Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1927, p. 114.

(5) Sur la distinction du fait et du droit dans le procès cf. notamment :

- R. Martin, *Le fait et le droit ou les parties et le juge*, J.C.P. 74, doct. 2625.

- G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, *Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929.

- Normand, *Le juge et le litige*, L.G.D.J., Paris, spéc. p. 177 et suiv.

- "Le fait et le droit. Etudes de logique juridique", in *travaux du Centre National de recherches de logique*, Bruxelles, 1961, spéc. Halleman, "Le juge devant la distinction du fait et du droit", p. 78.

(6) Ou plutôt, la "pratique judiciaire" ; Cornu, *Droit civil*, Introduction, Montchrétien 1988, p. 146, note 15.

variables ; il va donc se livrer à ce que l'on appelle l'appréciation ou l'interprétation des faits (7). Cette appréciation se fait là encore subjectivement. Le juge interprétera selon sa psychologie propre chacun des éléments composant la situation concrète, il se la représentera globalement pour la comparer avec la situation abstraite envisagée par la règle en accordant à chacun des éléments constitutifs de la situation un poids décisif plus ou moins important, et c'est à la situation concrète ainsi perçue qu'il appliquera la règle (8). Or, si cette perception ne se fait pas de façon irrationnelle, elle ne résulte pas non plus de la pure logique, mais beaucoup plus de jugements de valeur que le juge portera sur les différents éléments composant la situation, jugements qui peuvent quelquefois être liés à des facteurs aussi divers qu'imprévisibles tels la situation personnelle du juge, son état d'esprit ou quelquefois de santé du moment ou encore l'expérience personnelle qu'il a pu avoir d'une situation identique.

Il faut d'ailleurs noter que le plaideur ou son conseil, qui cherche à emporter la conviction du juge pour obtenir une décision qui lui soit favorable à travers l'application d'une règle de droit, ne portera pas son effort le plus souvent sur l'interprétation ou sur la portée de la règle, mais simplement sur les faits qu'il cherchera à présenter au juge de la façon la plus favorable. Seulement, il le fera en fonction de la représentation personnelle et subjective qu'il se fait de la situation, laquelle ne coïncide pas toujours avec celle que s'en fera le juge et qui ne peut faire l'objet d'une prévision absolue (9).

Ce caractère éminemment subjectif de l'interprétation des faits se trouve parfaitement illustré par le mécanisme de la réformation : lorsque les juges du second degré infirment un jugement, et rendent une décision différente ou même contraire, cela ne signifie pas toujours qu'ils ont interprété différemment la règle à appliquer, mais le plus souvent qu'ils ont simplement eu une interprétation différente des faits qu'ils avaient à juger.

Cette difficulté liée à l'interprétation subjective des faits se rencontre notamment lorsque le juge doit apprécier si telle situation est fautive ou non, ou encore conforme à l'intérêt de l'enfant, ou de l'entreprise ...

(7) Ivainer, *L'interprétation des faits*, J.C.P. 86.I.3235.

(8) J. Ghestin - Goubeaux, *traité de Droit civil*, introd. gén., L.G.D.J. 1983, p. 38.

(9) L'une des tâches notamment, et non des moins délicates de l'avocat, consistera à essayer de prévoir le poids favorable ou non de tel élément de fait, non seulement par rapport à la règle abstraite, mais avant tout, dans l'opinion du juge.

- J. Boulanger, (*Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, R.T. D. Civ. 1961, p. 427) a noté ce caractère subjectif de l'appréciation des faits de la cause, à propos de son incidence sur la création de la règle jurisprudentielle. Il note d'ailleurs, ce qui est révélateur, que pour échapper à l'application à l'espèce, le juge sera quelquefois amené à "tricher sur les faits" ; le procédé bien connu de la correctionnalisation judiciaire en est un exemple typique.

Elle se trouve encore accrue lorsque la loi impose au juge d'apprécier un comportement subjectif impliquant par exemple, l'intention libérale, ou au contraire l'intention de nuire.

Le Code du travail fournit un exemple d'une telle recherche nécessaire de l'intention dans l'art. L. 122.40 qui définit la sanction comme "toute mesure ... prise par l'employeur, à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif"... En l'occurrence, le juge devra donc rechercher, non seulement si la mesure prise entre objectivement dans la catégorie sanction, ce qui est une démarche de qualification, non seulement si le salarié a objectivement commis une faute, ce qui est également une opération de qualification mais teintée de subjectivisme, mais aussi et surtout, si l'employeur a considéré que ce comportement du salarié était fautif, et si en prononçant la mesure, il a voulu sanctionner cette faute (10). De la même façon, les juges du fond sont souvent amenés à rechercher en fait si des arrêts de travail répétés résultent d'une volonté de désorganiser l'entreprise (11) pour dans l'affirmative, les qualifier d'abus du droit de grève. Cependant, si toutes ces situations font ressortir l'absence de déterminabilité (12) absolue de la solution judiciaire qui sera donnée à une situation de fait, elles ne font que traduire l'incertitude du droit dans son application au fait. Cette incertitude doit être regardée comme naturelle, ou en tout cas inéluctable, car elle est inhérente au droit : parce qu'une situation de fait quelconque, ne peut, en application de la règle de droit, recevoir sa sanction juridique, approbative ou non que par l'intermédiaire du juge : avant que le juge ait statué par une décision définitive, il n'y a que prévisions dont le bien ou le mal fondé sera avant tout le résultat de son appréciation personnelle et subjective. Il ne pourrait en aller autrement que dans un système qui confierait, ou peut-être qui abandonnerait à l'ordinateur, la charge de dire le droit et de rendre la justice, et cela n'est sans doute pas pour demain (13).

(10) Cette recherche s'impose principalement en présence de mesures qui, à la différence de l'avertissement ou la mise à pied, ne sont pas par nature des sanctions, mais sont équivoques, comme le licenciement, le déclassement professionnel ou la mutation, qui peuvent avoir des causes autres, comme l'insuffisance professionnelle, l'inaptitude physique du salarié ou les besoins de l'entreprise.

(11) Cf. par ex. Soc. 25 fév. 1988, BAC. V. N. 133, p. 88.

(12) Les termes "déterminabilité" ou "indéterminabilité" seront utilisés ici comme signifiant la possibilité ou l'impossibilité, non pour l'auteur de la règle de la définir, mais pour son destinataire de la connaître de façon précise.

(13) Il suffira de rappeler ici, l'art. 2 de la loi informatique, Fichiers et libertés du 6 janvier 1978, qui dispose qu'aucune décision de justice ou 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".

3 - Toute autre est la question de "l'insécurité", entendue comme l'état de quelque chose qui est instable, précaire. On peut considérer qu'il y a insécurité juridique, lorsque le justiciable ne sait pas, parce qu'il n'est pas à même de le déterminer, quelle règle sera appliquée à son cas, quelle signification lui sera donnée ou quelle sera sa portée ; la question ne touche plus ici au fait, mais au droit, et on peut d'ores et déjà deviner qu'elle se rencontre fréquemment. L'insécurité dans ce domaine n'est pas l'apanage de la jurisprudence ; la loi, ou plus largement le droit textuel n'y échappe pas. Le droit pris au sens d'ordonnancement juridique, est un "ensemble coordonné" de façon logique et rationnelle, de règles c'est-à-dire de dispositions abstraites, soit générales et permanentes dans le temps, qui supposent une virtualité d'applications à un nombre indéfini d'hypothèses futures (14). Ces deux caractères, permanence et généralité, constituent le gage de la sécurité juridique. Au sens où nous l'entendons, serait sûr, un droit qui établirait des règles invariables, suffisamment claires et précises pour être appliquées, non pas sans arbitraire, ce qui est évident, mais aussi sans interprétation (15). Tel n'est pas le cas du droit textuel qui, s'il n'est pas invariable, nécessite par ailleurs fréquemment une interprétation. Il ne s'agit pas ici d'évoquer l'interprétation nécessaire pour adopter la loi vieillissante aux besoins actuels de la société. La nécessité de cette interprétation ne retire rien à la règle écrite, sauf peut-être à observer que le législateur tarde parfois à venir remplacer la loi désuète et substituer une nouvelle règle écrite, à l'interprétation jurisprudentielle novatrice (16). mais il y a une autre interprétation ; c'est celle qu'appelle un texte nouveau dès son entrée en vigueur. Cette interprétation peut être nécessitée par une incohérence du texte (17), par l'emploi de concepts non définis ou de notions floues qu'il faut préciser, ou encore par l'absence de sanctions attachées à une règle. Toutes ces hypothèses justifient l'intervention des tribunaux, qui pour rendre la justice sont amenés à dire le droit, c'est-à-dire à l'interpréter. Seulement, si le droit textuel ne peut pour ces raisons être considéré comme parfaitement sûr, cette constatation est encore plus marquée pour l'interprétation judiciaire. La jurisprudence

(14) J. Carbonnier, Introduction au Droit et au Droit civil, P.U.F., 1964, p. 7.

(15) Pour une opinion sensiblement identique, C. Perelmann, Les notions à contenu variable en Droit, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, 1984.

(16) Ghestin-Goubeaux, op. cit., p. 347 ; P. Lescot, Les tribunaux en face de la carence du législateur, J.C.P. 1966, doct. 2007 ; boulangier, op. cit., p. 483.

(17) Cf. par ex. les alinéas 1 et 2 de l'art. 169 de la loi du 25 janvier 1985, concernant le droit de poursuite individuelle des créanciers, après jugement de clôture pour insuffisance d'actif, ou les dispositions de l'art. L. 122.14.2 C. trav. modifiées par la loi du 30 déc. 1986, relatif à l'obligation d'énoncer les motifs de licenciement.

paraissant constituer aujourd'hui un facteur essentiel de l'élaboration du droit que personne ne méconnaît, c'est donc à travers elle qu'il paraît particulièrement opportun d'envisager l'insécurité du droit. Celle-ci n'est pas uniforme, et il n'est évidemment pas possible d'en recenser toutes les manifestations ; on essaiera donc seulement d'en déterminer les formes principales et de les analyser.

4 - Quelles que soient l'origine ou la nature de la règle juridique, celle-ci présente deux traits qui sont générateurs d'insécurité : d'abord, le droit n'est pas figé ; il n'est pas seulement une image schématisée d'une réalité qui serait immuable : il est avant tout une image idéalisée de celle-ci, et les règles de droit, tendent non seulement à fixer les règles d'un comportement normal, mais aussi idéal ou souhaitable. Néanmoins, cet "idéal" n'est pas absolu, mais relatif ; il ne constitue qu'un objectif de référence, celui du moment où la règle est posée, et qui est susceptible d'évoluer. La règle n'est donc pas invariable. A cet égard, l'insécurité pourra être liée aux modalités d'application dans le temps de cette règle et à sa variabilité (I).

Ensuite, la généralité de la règle suppose qu'elle soit appliquée de la même façon à toute personne se trouvant dans la situation qu'elle envisage. Encore faut-il pour cela que les contours de la règle soient suffisamment définis, que sa signification ou sa portée soient précisées ; tel n'est pas toujours le cas et l'insécurité peut également résulter de l'indéterminabilité de la règle (II).

I - INSECURITE ET VARIABILITE DE LA REGLE : LE PROBLEME DE L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS (18)

5 - La règle juridique par nature n'est pas invariable et elle est susceptible d'être modifiée. Les rédacteurs du Code civil en 1804, quoique prenant la relève d'un droit souvent plusieurs fois séculaire, en étaient parfaitement conscients. Cependant, si l'éventualité d'une modification nécessaire a toujours été admise

(18) Il est préférable de parler d'application de la jurisprudence dans le temps "plutôt que de conflits de jurisprudences, dans la mesure où l'on a montré que la notion de conflit de normes dans le temps suppose la détermination d'une "date frontière" (C. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955, n° 154) alors que la date de naissance de la jurisprudence est a priori source d'incertitude. D'où l'on déduit l'impropriété du terme "conflit" pour la jurisprudence (P. Roubier, *Droit transitoire*, Paris 1960, n° 7 ; J. Héron, *Etude structurale de l'application de la loi dans le temps*, R.T. D. Civ. 1985, p. 278), cf. cependant sur la "date de naissance" de la règle jurisprudentielle, *infra* n° 20 et suiv.

et envisagée, on doit observer que le droit du XIXe siècle a été beaucoup plus stable que le droit contemporain (19). Les lois nées avec le Code civil ou à sa suite immédiate sont souvent devenues centenaires, alors que la durée moyenne de nos lois actuelles ne dépasse guère vingt années de vie, avant de disparaître, ou d'être à tout le moins profondément remaniées (20). Cette instabilité qui tend à devenir chronique, peut-être parce que liée à l'accélération de l'évolution de la vie sociale, elle est inéluctable, se manifeste en particulier dans certains secteurs du droit, tels le droit du travail (21) et elle n'épargne pas la jurisprudence. Néanmoins, elle n'est pas en soi synonyme d'insécurité : tout dépend en la matière, de la façon dont est organisée l'application dans le temps de la règle nouvelle. La règle légale montre ici une supériorité écrasante par rapport à la norme jurisprudentielle.

6 - L'examen de ce problème nécessite une comparaison avec les principes applicables pour l'application dans le temps des règles textuelles, et un bref rappel de ceux-ci.

Dans un souci de sécurité des relations juridiques, le législateur n'a pas voulu ignorer cette question, et il l'a partiellement aménagée d'une part dans l'article 2 du Code civil, et d'autre part dans les art. 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 4 du Code pénal en ce qui concerne l'application dans le temps des lois pénales (22).

Le législateur a ainsi posé le principe selon lequel la loi n'est pas rétroactive et ne dispose que pour l'avenir.

Ce principe s'applique également aux actes réglementaires et administratifs, même si l'on considère habituellement qu'il ne

(19) M. Cornu indique que la modification sur le plan formel du Code civil peut être décomposée en 3 phases successives : 80 ans de stabilité, 50 ans de révision, 25 ans de bouleversements fondamentaux. La lettre du Code civil à l'épreuve du temps, in *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157.

(20) Cf. par ex., la loi du 25 janvier 1985 qui a remplacé celle du 13 juillet 1967 sur la faillite, le règlement judiciaire et la liquidation des biens, ou encore celle du 30 décembre 1986 qui a modifié la loi du 13 juillet 1973 et a remplacé celle du 3 janvier 1975 sur le licenciement. Il faudrait également mentionner la tendance actuelle du législateur à mettre en place des dispositions à caractère expérimental. Ainsi, la loi du 4 août 1982 ayant institué le droit d'expression des salariés dans les entreprises, prévoyait qu'une nouvelle loi devrait intervenir avant le 31 décembre 1985 pour en fixer les modalités définitives. C'est la loi du 3 janvier 1986 qui a pérennisé l'institution et lui a donné sa forme définitive.

(21) Cf. par. ex., la succession de textes sur le contrat de travail à durée déterminée : loi du 3 janvier 1979, ordonnance du 5 fév. 1982, loi du 25 juillet 1985, ordonnance du 11 août 1986, sans compter les textes d'application.

(22) Ce principe de non rétroactivité s'est vu reconnaître en l'occurrence valeur constitutionnelle. Curieusement, la même valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil Constitutionnel au principe contraire de la rétroactivité de la loi pénale plus douce (C. Const. 19-20 janvier 1981 D. 1982, p. 441 note Dekeuwer). Cette solution n'est pas sans risque lorsque l'on se réfère aux principes appliqués pour déterminer si une loi nouvelle est plus douce ou plus sévère.

résulte pas de l'art. 2 du Code civil, mais d'un principe général du droit (23).

Toujours dans le même souci et afin de respecter les prévisions faites par les parties, doctrine et jurisprudence ont nuancé l'application de la loi dans l'avenir en distinguant l'application immédiate et la survie de la loi ancienne (24) qui s'applique normalement dans le domaine contractuel.

Sans doute, ces principes ne sont-ils pas absolus puisque l'on admet d'abord que la survie de la loi ancienne s'efface devant l'ordre public, et surtout que l'art. 2 du Code civil n'ayant qu'une valeur législative, le législateur peut édicter des règles rétroactives soit formellement, soit par le biais des lois interprétatives (25). Néanmoins, ils constituent un gage sérieux de la sécurité juridique et l'on ne peut que constater que le législateur n'abuse pas des dispositions rétroactives.

Qu'en est-il en ce qui concerne la jurisprudence ? Celle-ci est rétroactive. Il faudra donc examiner cette rétroactivité (A) et en rechercher l'explication (B).

A - Constatation de la rétroactivité de la jurisprudence

7 - L'art. 2 du Code civil ne s'imposant pas au législateur, mais obligeant le juge en tant que principe d'interprétation de la loi (26), on ne peut qu'être a priori surpris par l'affirmation que la jurisprudence est rétroactive : elle serait rétroactive alors que la loi ne l'est pas ! Pourtant, la doctrine ne manque pas de souligner ce phénomène comme l'un des caractères de la jurisprudence (27) et il peut donc être tenu pour incontesté. Un seul auteur cependant paraît s'être penché sur la question de façon

(23) J. Carbajo, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, L.G.D.J. 1980 ; Contra : M. Letourneur, Le principe de non rétroactivité des actes administratifs, Etudes et doc. 1955, p. 37 ; il conviendrait d'ailleurs de préciser la portée de ce principe, car les principes généraux du droit n'ont pas tous la même place dans la hiérarchie des normes (cf. Dondoux D. 79, p. 663 ; J.L. Bergel, Théorie générale du Droit, Dalloz, 1985, n° 70 et suiv), certains ayant valeur constitutionnelle, d'autres ne s'imposant pas au législateur au sens formel. La possibilité admise pour celui-ci d'édicter des lois rétroactives et même de donner effet rétroactif aux règlements (J.L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin 1984, p. 102) conduit à retenir la seconde solution.

(24) On parle quelquefois de "post activité". B. Starck, Introduction au droit, Litec, 1988, p. 230.

(25) Cf. infra n° 23.

(26) Aubert, op. cit., p. 97.

(27) Aubert, op. cit., p. 158 ; E. Bach. Repert Dalloz Dt civ. "Jurisprudence", 1973, n° 252, et s. ; Hebraud, Le juge et la jurisprudence, Mélanges Cousinet, 1974, p. 366 ; Ghestin et Goubeaux, op. cit., p. 370 ; J. Roche, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, A.J.D.A. 1962, p. 532 ; P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences, J.C.P. 1959, I.1467.

approfondie (28) de sorte que celle-ci, qui est de nature à constituer un facteur important d'insécurité juridique, mérite que l'on s'y arrête à nouveau pour mesurer cette rétroactivité.

1 - Mesure de la rétroactivité de la jurisprudence

8 - De nombreux auteurs évoquant la rétroactivité de la jurisprudence y voient une conséquence des revirements jurisprudentiels dont elle constituerait l'inconvénient, justifiant selon eux, la rareté de ceux-ci (29). Cette hypothèse constitue en effet un cas flagrant de rétroactivité. Lorsque par exemple, après avoir posé comme principe constant depuis 1934 que l'existence d'un lien de droit entre les deux entrepreneurs successifs n'était pas une condition nécessaire à l'application de l'art. L. 122.12 al. 2 du Code du travail, la Cour de cassation a, dans deux arrêts successifs, posé le principe directement contraire, il y a bien eu un revirement de jurisprudence caractérisé (30) et il est également vrai que le principe nouvellement posé s'est appliqué de façon rétroactive puisqu'il a concerné des transferts d'entreprise antérieurs, auxquels l'art. L. 122.12 al. 2 attachait un effet instantané et immédiat.

Pourtant, si cette conception de la rétroactivité n'est pas inexacte, elle est excessivement restrictive ; en effet, la notion de revirement de jurisprudence suppose qu'à une norme jurisprudentielle établie succède une autre norme qui la remplace et s'y substitue ; mais la notion de rétroactivité n'implique pas le remplacement d'une règle par une autre ; elle constitue simplement une mise en vigueur anticipée de la norme nouvelle (31). Ceci entraîne comme conséquence que lorsqu'une règle nouvelle est mise en vigueur anticipée là où auparavant, il n'y avait pas de règle, il y a encore rétroactivité. Cela est vrai lorsque la norme nouvelle réside dans une loi, mais également lorsqu'elle se trouve dans la jurisprudence.

C'est ainsi que lorsque la loi du 4 août a institué le droit d'expression des salariés dans les entreprises, elle est venue combler un vide juridique en posant la règle nouvelle. Et l'on sait que dans la célèbre affaire Clavaud qu'a évoquée l'ensemble de la presse, la Cour de cassation dans son arrêt du 28 avril 1988 (32), a décidé que ce droit d'expression était protégé aussi bien

(28) J. Rivéro, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, A.J.D.A. 1968, p. 15.

(29) Boulanger, Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RT. D. Civ. 1961, p. 427, Voirin, op. cit.

(30) Cass. Ass. Plén. 15 nov. 1985, dt. soc. 1986, p. 1 concl. Picca ; Soc. 12 juin 1986, Dt. soc. 1986, p. 605 concl. Picca.

(31) J. Héron, op. cit., p. 293 ; P. Roubier, c'est le "report de l'application de la loi à une date antérieure à sa promulgation", op. cit., p. 10.

(32) Soc. 28 avril 1988, Dt. soc. 1988, p. 428, concl. Ecoutin, obs. G. Couturier.

lorsqu'il exerçait à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'entreprise. Cette norme ne succédait pas à une autre, et pourtant elle a bien eu un effet rétroactif.

Ceci conduit à considérer que la jurisprudence est rétroactive, à chaque fois qu'elle apporte quelque chose de nouveau à la règle par rapport à l'état antérieur du droit, soit en la modifiant, soit en la créant, soit même simplement en l'interprétant ou la précisant dans un sens nouveau.

Il ne faut pas bien sûr, à l'inverse avoir une conception trop large de la rétroactivité qui deviendrait alors inexacte : ainsi M. Bach a évidemment raison lorsqu'il écrit que l'on ne peut parler de rétroactivité, "Lorsque le juge est appelé à trancher un litige par l'appréciation subjective d'intérêts en présence" (33) comme lorsqu'il décide de l'attribution de certains biens à des héritiers après avoir apprécié les intérêts en présence en application de l'art. 832 al. 2 du code civil ou lorsque pour le plus grand avantage des enfants, il confie en application de l'art. 287 leur garde, à l'un des parents ou à un tiers. En effet, en pareil cas, le juge ne fait que dire le droit sur le plan concret en tranchant le litige en fonction d'une appréciation de fait, et sans rien apporter à la règle. On ne saurait dès lors parler en ce cas de rétroactivité de la norme.

Ayant ainsi cerné la notion de rétroactivité de la jurisprudence, il convient maintenant d'en mesurer l'ampleur :

9 - Lorsque la jurisprudence établit une norme juridique nouvelle, la rétroactivité qui va s'attacher à celle-ci revêt deux aspects qu'il faut distinguer, puisqu'il y a d'une part une rétroactivité individuelle ou concrète, et une rétroactivité générale ou abstraite.

La première forme de rétroactivité est la plus évidente et la moins contestable ; c'est d'ailleurs celle que les auteurs envisagent le plus fréquemment lorsqu'ils évoquent la rétroactivité de la jurisprudence (34).

Cette rétroactivité individuelle est liée en effet au mécanisme de formulation de la norme jurisprudentielle nouvelle ; dans notre système juridictionnel actuel, le juge ne peut énoncer une norme nouvelle, sous le couvert de l'interprétation de la loi, qu'à l'occasion de l'application de celle-ci et d'un litige qui lui est soumis. C'est d'ailleurs l'art. 4 du Code civil qui interdit au juge de refuser de juger sous prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi qui est généralement invoqué pour justifier son pouvoir d'interprétation. Dès lors, il est évident que le juge n'interprétant la loi que pour l'appliquer, va en premier lieu le

(33) E. Bach, op. cit., n° 253.

(34) Rivéro, op. cit., A.J.D.A., 1968, p. 15.

faire à l'occasion du litige qui lui est soumis ; et la norme ainsi nouvellement énoncée (35) va s'appliquer à des situations ou des faits qui sont par hypothèse antérieurs à sa formulation : la question peut se poser de savoir à partir de quel moment naît la jurisprudence ; en tout état de cause, elle ne peut naître avant la première formulation de la norme nouvelle. Il y a donc indiscutablement rétroactivité.

Mais celle-ci ne se limite pas là, puisque l'on ne peut que constater que la rétroactivité de la norme jurisprudentielle nouvelle a une portée générale. Cela signifie que dans toutes les affaires qui viendront à être jugées postérieurement à l'établissement de la norme, et quelles que soient les conditions posées pour que celle-ci soit reconnue établie en tant que norme jurisprudentielle, le juge -qui l'a formulée initialement ou un autre- l'appliquera à toutes les affaires dont il aura à connaître et ceci sans distinguer selon que la situation ou les faits qui lui sont soumis sont antérieurs ou postérieurs à l'établissement de la norme. Il y a bien là encore rétroactivité.

On pourrait a priori objecter que cette situation ne se distingue pas de la précédente, en faisant valoir que cette rétroactivité ne résulte que de la décision du juge qui applique la norme considérée à un nouveau litige qui lui est soumis, de telle sorte qu'il n'y aurait là encore qu'une rétroactivité individuelle. Cette conception ne paraît pas pouvoir être retenue car la jugement considéré n'est que l'occasion d'appliquer effectivement la nouvelle norme à ces situations, alors qu'elles étaient tombées sous son emprise et qu'elle leur est devenue potentiellement applicable dès son établissement. Ainsi, la nouvelle interprétation donnée par la Chambre Sociale des conséquences de la modification par l'employeur des éléments substantiels du contrat de travail, formulée dans un arrêt du 8 octobre 1987, a-t-elle été appliquée par les arrêts postérieurs à des modifications de contrats qui étaient survenues avant le 8 octobre 1987 (36).

On doit donc considérer que l'ensemble des situations visées par l'hypothèse réglée par la norme nouvelle tombe sous le coup de celle-ci dès son établissement. C'est ce qu'exprime le doyen Carbonnier lorsqu'il écrit "La jurisprudence nouvelle s'appliquera de plein droit à tout ce que les particuliers avaient pu faire sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne" (37). Cet aspect de l'insécurité liée à la rétroactivité de la norme jurisprudentielle, est à la fois le plus important et le plus grave,

(35) Ce que Marty-Raynaud (*Droit civil*, T. I, Introduction, Sirey, 1972, p. 245) appellent "la règle jurisprudentielle individuelle".

(36) Cf. la jurisprudence citée par H. Blaise, *Les incidences d'une modification du contrat de travail*, *Bul. soc. Lefèvre*, 1988, p. 225. Cf. également, *Soc.* 25 fév. 1988, *BAC V N* 140, p. 93 ; *Soc.* 21 avril 1988, *BAC V N* 247, p. 161.

(37) Carbonnier, *DT Civ.*, t. 1, p. 116.

car il amène chez le justiciable une insécurité constante, et indépendante de l'existence effective d'un procès.

10 - Cette gravité de la rétroactivité de la jurisprudence est d'ailleurs variable ; il est certain qu'elle est toujours regrettable par le seul fait qu'elle interdit au justiciable de savoir à l'avance quelles conséquences juridiques seront attachées à son comportement, mais le regret n'est pas uniforme.

Prend-on par exemple le principe posé par l'arrêt Desmares le 21 juillet 1982 (38) ou le revirement opéré par l'arrêt du 6 avril 1987 (39). Ils ont l'un est l'autre apporté des modifications importantes et successives au droit de la responsabilité civile et démontré par là même l'instabilité du Droit. Mais il est néanmoins certain que l'une ou l'autre solution n'a eu aucune influence sur le comportement de la victime ou de l'auteur de l'accident. Il est certain que la jeune Carole Mettetal n'est pas allée s'exposer aux brûlures résultant de l'explosion parce qu'elle savait que la faute de la victime était normalement sans incidence sur son droit à indemnisation ! ... En pareil cas, si la modification de la norme entraîne une modification des effets juridiques qui lui sont attachés, la prévision de l'application de telle ou telle norme n'influe en rien sur le comportement des intéressés. Au-delà de cet exemple, l'observation peut être généralisée à toutes les hypothèses où la modification de la norme n'affecte qu'une situation, un fait ou un comportement qui ne dépend pas de la volonté des individus. Elle est encore valable, quoiqu'à un degré moindre à chaque fois qu'elle touche un comportement initialement volontaire des intéressés, mais auquel le Droit attache des conséquences impératives : il est vraisemblable qu'aucune modification jurisprudentielle des effets attachés au mariage ou à la filiation, n'a jamais détourné personne des liens conjugaux ou du désir d'avoir des enfants. Il en va tout autrement en matière contractuelle, ou plus généralement à chaque fois que la modification de la norme applicable, atteint un comportement ou une situation que les intéressés avaient le choix d'accomplir ou non. On peut en effet penser avec vraisemblance que le comportement qu'ils ont adopté était fonction des effets juridiques qu'ils pensaient légitimement attachés à celui-ci ; en matière contractuelle en particulier où la prévision est un élément déterminant du choix, il est évident que l'intéressé a le plus souvent -du moins s'il est prévoyant et prudent-, déterminé son comportement en fonction de l'effet juridique que la norme en vigueur attachait à celui-ci. Or, par l'effet d'une jurisprudence

(38) Civ. 2. 21 juillet 1982, J.C.P. 82.II.19861, note Chabas.

(39) Civ. 26 avril 1987, J.C.P. 87.II.20828, note Chabas ; D. 88, p. 32, note Mouly, obs. J. Huet, RT D. Civ. 1987, p. 767.

nouvelle, il va découvrir avec stupéfaction et contre toutes ses prévisions que la norme applicable à sa situation, qu'il a voulue, n'est pas celle qu'il avait envisagée et en fonction de laquelle il avait fait son choix.

On touche ici à la question des prévisions qui ont pu être faites en fonction de la règle juridique applicable. Le Droit transitoire prend en considération ces prévisions puisque, s'agissant de déterminer l'application dans l'avenir de la loi nouvelle, il écarte en matière contractuelle le principe de l'application immédiate, et sauvegarde, sous réserve de l'ordre public les prévisions faites en maintenant l'application de la loi ancienne ; la rétroactivité de la jurisprudence ignore ces subtilités et la norme nouvelle s'applique dans l'avenir et dans le passé, sans distinction aucune, sans aucunement s'attacher au fait que s'ils avaient connu la règle jurisprudentielle nouvelle, les intéressés auraient agi sans doute autrement. Il y a là un comble de l'insécurité liée à la rétroactivité de la norme jurisprudentielle.

11 - Plus grave encore, ce phénomène n'épargne pas le Droit pénal. On ne parle pas habituellement de rétroactivité en Droit pénal puisque le principe de légalité des délits et des peines et son corollaire, la non rétroactivité des lois pénales plus sévères paraissent constituer des garanties efficaces de l'individu, et écarter ce genre de risque. Cependant, on doit observer que le principe de non rétroactivité ne concerne que la règle textuelle, et que la jurisprudence est, comme ailleurs rétroactive. Sans doute objectera-t-on que cela importe peu, puisque le juge en la matière est tenu par un principe d'interprétation stricte des règles légales d'incrimination, de telle sorte qu'il ne peut jamais appréhender des situations qu'à la condition de ne pas excéder les limites permises par la règle textuelle et qu'il ne peut sanctionner un comportement n'entrant pas dans son champ d'application. Ainsi, les principes sont saufs ! Il est vrai que le juge habituellement n'excède pas ces limites, et que la doctrine parvient, quelquefois non sans mal, à approuver les solutions posées. Et pourtant, la lecture de certaines décisions de la chambre criminelle laisse rêveur quant à la prévisibilité de la solution qu'elle énonce : ainsi en est-il lorsque la chambre criminelle décide que le fait de reproduire sans autorisation des plans à des fins personnelles constitue un vol, et que le commentateur indique que : "le délit résulte non pas tant d'une privation matérielle de la chose (la feuille de papier) infligée au propriétaire, que d'une privation essentiellement juridique résultant de l'usurpation d'une prérogative attachée au droit de propriété du document déclaré volé : la prérogative de

reproduction" (40) ; il en est de même lorsqu'elle décide qu'en dehors de tout diagnostic et traitement des maladies, la prise d'empreintes et la pose d'appareils prothétiques caractérisent l'exercice illégal de l'art dentaire tel que défini par l'art. 373 C. santé publique (41) et que le commentateur justifie juridiquement la solution en passant par les conséquences de l'annulation d'un arrêté du 24 avril 1959 pour conclure, "la chambre criminelle a en effet toujours interprété les éléments définis par la loi dans leur acception la plus large". On peut également s'interroger lorsqu'elle décide que constitue le délit de tromperie prévu par l'art. 1er de la loi du 1er août 1905, le fait pour un particulier de ne pas révéler à l'acheteur d'un véhicule d'occasion qu'il avait été gravement accidenté, puis normalement réparé, de telle sorte qu'il n'en était résulté aucun préjudice pour l'acheteur, au motif que "si l'obligation d'information ne résulte d'aucun texte légal, elle est commandée par la bonne foi" (42).

Entendons-nous, il ne s'agit nullement de critiquer ici la valeur juridique de ces décisions, mais simplement d'observer que sur le terrain qui nous occupe, de la sécurité, la prévisibilité du caractère répréhensible de tels comportements n'est pas toujours évidente au regard de la règle textuelle ; on peut donc se demander si le principe de légalité ne constitue pas bien souvent une garantie illusoire et un leurre. Il semble en être ainsi eu égard à la tendance actuelle à surpénaliser (43) notamment à chaque fois que le législateur incrimine un fait ou une situation sans décrire suffisamment les éléments constitutifs de l'infraction (44). Ceci permet par exemple à la jurisprudence de découvrir des délits contraventionnels, tels le délit de pollution (45) ou plus récemment le délit de mise en oeuvre d'un traitement automatisé d'enregistrement ou conservation d'informations nominatives sans déclaration préalable, prévu par l'art. 41 de la loi IFL du 6 janvier 1978 (46) alors même que ce délit est punissable d'un emprisonnement de 3 ans et d'une amende de 200 000 F ...

Il en est encore ainsi lorsque le législateur incrimine des faits comme la tromperie de l'art. 1er de la loi de 1905, ou l'abus des biens ou du crédit d'une société, sans définir précisément

(40) Crim. 29 avril 1986, D 87, p. 131, note M.P. Lucas de Leyssac.

(41) Crim. 4 nov. 1987, D 88, p. 456, note Penneau.

(42) Crim. 27 janv. 1987, D 88, p. 156, note C. Carreau.

(43) M.L. Rassat, *Droit pénal*, P.U.F. 1987, p. 122.

(44) Sur la détermination de l'incrimination cf. M.L. Rassat, *op. cit.*, p. 127 ; H.L. Robert, *droit pénal général*, Thémis P.U.F. 1988, p. 129 et suiv..

(45) Crim. 28 avril 1977, D 78, p. 149, note M.L. Rassat, J.C.P. 1978.II.18931, note M. Delmas-Marty.

(46) Crim. 3 nov. 1987, D 88, p. 17, note H. Maisl. En l'espèce, cette décision n'a pas eu d'effet rétroactif individuel, car il s'agissait d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Néanmoins, on doit observer qu'eu égard à la qualification de délit contraventionnel, les délits prévus par les art. 41-42 sont riches d'incriminations potentielles.

l'élément matériel de l'infraction, ce qui a permis par exemple de considérer que le fait, pour un dirigeant de S.A., dans un intérêt personnel, de négliger de recouvrer les créances de la société, constituait le délit de l'art. 437 de la loi du 24 juillet 1966 (47).

De façon plus caractéristique encore les art. L. 483.1, 483.11, 482.1, 481.2 et 263.2.2 C. trav. incriminent et punissent l'entrave apportée à la mise en place ou à l'exercice des fonctions des institutions représentatives du personnel, ainsi qu'à l'exercice du droit syndical, sans qu'aucun texte précise quels sont les éléments constitutifs de l'entrave. Notamment, la jurisprudence, en l'absence de référence dans les textes actuels à l'élément moral, si elle exige la constatation d'un dol général, a toujours eu une conception large du délit en considérant que le caractère intentionnel résulte suffisamment du caractère volontaire de la situation ayant porté entrave (48). Quant à l'indétermination de l'élément matériel du délit, elle a permis de sanctionner les entraves directes, c'est-à-dire toute méconnaissance des règles relatives à la mise en place ou à l'exercice des fonctions des institutions représentatives du personnel, mais aussi les entraves indirectes, notion permettant d'incriminer toutes les décisions de l'employeur susceptibles de porter atteinte à l'exercice des fonctions de représentant du personnel, ou ayant pour effet de le rendre plus difficile. Ainsi, la Chambre sociale ayant récemment décidé qu'une clause de mobilité incluse dans le contrat de travail d'un salarié protégé, ne pouvait priver celui-ci des garanties prévues par la loi en cas de rupture du contrat résultant d'une décision de l'employeur (49), ce qui rendait nulle une mutation imposée au salarié, il est vraisemblable que la chambre criminelle, si la situation lui avait été soumise, aurait pu y voir un délit d'entrave. Il est évident qu'en pareil cas, la règle textuelle ne constitue qu'une norme de référence totalement indéterminée (50) et que c'est à la jurisprudence qu'il revient peu à peu de définir les contours de l'infraction, de distinguer ce qui est punissable, et ce qui ne l'est pas ; il n'est pas sans intérêt à cet égard de relever que la majorité des décisions interprétant les règles légales relatives à la mise en place et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, émane de la chambre criminelle, ce

(47) Crim. 15 mars 1972 B. Crim. n. 107 ; M. Robert (op. cit. p. 237) indique que cette incrimination est possible car les termes de l'art. 437 sont "assez compréhensifs".

(48) Crim. 21 nov. 1978 B. Crim n° 324 ; Crim 23 janv. 1979 B. Crim. N. 39 ; Crim. 20 mars 1984, B. Crim. N. 118.

(49) Soc. 28 janv. 1988 D. 88, p. 457, note Verdier.

(50) On peut noter à titre de comparaison que l'art. 207 de la loi du 25 janv. 1985, qui incriminait les "malversations" des administrateurs ou représentants des créanciers a été annulé par le Conseil Constitutionnel (C. constit. 18 janvier 1985, D. 86, p. 425, note Renoux).

qui montre que ces règles ont été interprétées à l'occasion de poursuites pour délit d'entrave.

Ces observations conduisent à conclure que le principe de légalité est un rempart bien fragile, et qu'au-delà de la simple interprétation, la jurisprudence joue également en matière pénale, un rôle important dans la création des normes (51). Et cette jurisprudence, comme en tout autre domaine est rétroactive (52).

12 - Ayant ainsi examiné les différents aspects de la rétroactivité de la norme jurisprudentielle, il faut maintenant en définir les limites, et l'on peut là encore se référer à la rétroactivité de la loi. Lorsque le législateur déclare une loi nouvelle rétroactive, il peut parfaitement définir une date pour la mise en vigueur anticipée de la règle, qui constituera la limite de la rétroactivité (53) ; le juge lorsqu'il établit une norme nouvelle n'a pas cette possibilité. Il ne peut que l'appliquer à toutes les situations concernées quelle que soit la date à laquelle ces situations se sont produites. Supposons, en faisant abstraction des règles de la prescription, une personne renversée par un fiacre en 1820, ses héritiers engageant aujourd'hui une action en responsabilité, bénéficieraient des dispositions de l'art. 1384 al. 1 du Code civil dans l'interprétation que lui donne la jurisprudence aujourd'hui. Ainsi, la rétroactivité de la norme jurisprudentielle donne vocation à celle-ci, à s'appliquer de façon illimitée et indéfinie en remontant dans le temps. La seule limite absolue qu'elle peut rencontrer, est celle résultant de la date d'entrée en vigueur de la loi qu'elle est censée interpréter. Encore doit-on observer que cette dernière limite n'est pas applicable, lorsque la jurisprudence interprète une coutume ou un principe général du Droit. Ceux-ci étant censés avoir toujours existé, ou en tout cas depuis des temps immémoriaux, la rétroactivité de l'interprétation jurisprudentielle qui en est donnée ne connaît pas de limite (54) ; cette solution s'impose si l'on considère que lorsqu'aucune date d'entrée en vigueur n'est indiquée, "c'est que la norme nouvelle

(51) M.L. Rassat, *op. cit.*, p. 174 ; E.H. Robert, *op. cit.*, p. 217 qui considèrent qu'elle devient même quelquefois une source de droit.

(52) Il semble au contraire qu'en Allemagne, le revirement jurisprudentiel en matière pénale, ne soit pas appliqué rétroactivement (décl. du professeur Hünerfeld in "Le précédent judiciaire", séance de travail R I DC 1984, p. 848). M. Zambeaux rappelait à la même occasion qu'en droit pénal français, la règle de non rétroactivité est inapplicable au revirement.

(53) Ainsi l'art. 47 de la loi du 5 juillet 1985 déclare les dispositions des art. 1 à 6 applicables aux accidents survenus dans les trois années précédent sa publication.

(54) Par ex., alors que la protection de la femme enceinte contre le licenciement, prévue par l'art. L. 122.25.2 C. trav. ne s'est appliquée qu'à dater de l'entrée en vigueur du texte l'instituant, la même protection, reconnue applicable par le Conseil d'Etat aux salariés du secteur public, comme résultant d'un principe général du droit (CE 8 juin 1973, J.C.P. 74.II.17957, note Y. Saint-Jours) est susceptible d'une application rétroactive a priori illimitée.

entre en vigueur de façon indéfiniment anticipée : autrement dit, elle est censée avoir toujours été en vigueur" (55).

La rétroactivité de la jurisprudence ne connaît en fait qu'une limite qui est d'ordre individuel : le législateur qui décide de la rétroactivité d'une loi nouvelle a toute latitude pour déterminer la portée de celle-ci : il peut fixer une date d'entrée en vigueur anticipée en excluant du champ d'application de la loi nouvelle les instances définitivement terminées -c'est la rétroactivité ordinaire- mais il peut aussi, car cela ne lui est par interdit même s'il le fait rarement, déclarer la loi rétroactive applicable aux instances terminées même par une décision définitive : c'est la rétroactivité restitutive (56) ou encore, la super rétroactivité (57). La rétroactivité de la jurisprudence ne peut aller aussi loin et elle trouve là sa limite naturelle et inéluctable : elle ne s'applique pas aux situations qui ont fait l'objet d'une instance terminée par une décision définitive : la raison en est simple : l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions définitives, ne s'impose pas au législateur. Elle s'impose au contraire au juge de façon absolue : celui-ci ne pourrait donc que déclarer irrecevable une action qui tendrait à invoquer devant lui l'application de la jurisprudence nouvelle (58), et ce, en application des art. 1351 du Code civil ou 6 al. 1er C. proc. pén..

De même, dans l'hypothèse où un litige se serait trouvé clos par une transaction, les parties intéressées à celle-ci ne pourraient la remettre en cause du fait de la rétroactivité d'une nouvelle norme jurisprudentielle. Il en est de même également de la prescription.

Encore faut-il préciser l'incidence de ces circonstances sur la rétroactivité de la jurisprudence : elles ne signifient nullement que la nouvelle norme n'est pas applicable à ces situations ; elle est au contraire réputée l'avoir été dès l'origine, du fait même du mécanisme de la rétroactivité. Simplement, elle ne leur sera pas

(55) Héron, *op. cit.*, p. 297.

(56) Roubier, *op. cit.*, p. 286.

(57) Mazeaud, *L'enfant adultérin et la super rétroactivité des lois*, D. 1977, I, p. 71.

(58) On peut se demander si le paiement ne constituerait pas une limite à la rétroactivité de la jurisprudence : une personne ayant payé des cotisations réclamées par l'URSSAF, sur le fondement de textes dont l'interprétation était discutée, et la Cour de cassation ayant dans une autre affaire donné une interprétation des textes en cause dont il résultait que le paiement n'était pas dû, l'intéressé engagea alors une action en restitution sur le fondement du paiement de l'indû ; la chambre sociale (soc. 24 mai 1973, D 74, p. 365, note Ghestin) cassa l'arrêt de Cour d'appel qui avait admis la demande, au motif que l'erreur est une condition de la répétition de l'indû. MM. Mazeaud (Mazeaud par Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, Montchrétien 1986, p. 143) en déduisent que l'erreur sur la jurisprudence n'est pas une erreur de droit. mais on peut également penser que la décision était motivée, non par une erreur inopérante, mais par l'absence d'erreur, puisque la Cour relève que "les versements avaient été faits volontairement, et en pleine connaissance des divergences d'interprétation dont le texte était l'objet".

concrètement applicable parce que les intéressés sont en l'occurrence privés du droit d'agir et de l'invoquer en application de l'autorité de la chose jugée, de la transaction ou de la prescription (59). Cela revient à dire que la rétroactivité de la jurisprudence n'a pas de limite intrinsèque : il y a seulement des personnes qui se trouvent dans des situations qui ne leur permettent pas de l'invoquer. Ainsi, se trouve vérifiée en tant que de besoin la rétroactivité de la jurisprudence, dont on voit peut-être mieux maintenant la portée : la norme jurisprudentielle nouvelle, lorsqu'elle est établie, est réputée avoir toujours existé, ce qui conduit évidemment à reconnaître l'insécurité juridique qui s'y attache.

2 - La rétroactivité de la jurisprudence est la rétroactivité d'une règle

13 - On peut être tenté, puisque le phénomène de rétroactivité de la jurisprudence ne peut être nié ni contesté, tout au moins d'en minimiser la signification et la portée apparente, en considérant qu'il ne s'agirait pas d'une rétroactivité atteignant la règle de droit. On retrouve là la controverse classique et bien connue sur le point de savoir si la jurisprudence est une source de Droit et si elle a ou non un véritable pouvoir normatif. On sait que la doctrine moderne, tend en majorité, avec plus ou moins de réserves, avec plus ou moins de réticences à admettre ce pouvoir créateur (60). Certains auteurs cependant s'y refusent en n'admettant de reconnaître dans la jurisprudence qu'une autorité privilégiée (61). Il est d'ailleurs curieux de constater que l'on rencontre en la matière toutes sortes de nuances, puisque ceux qui admettent ce pouvoir créateur n'arrivent pas à tomber d'accord sur sa justification, alors que ceux qui le contestent rejoignent quelquefois les précédents sur les conditions de formation de la

(59) Il importe peu d'être amené en conséquence à considérer que la situation envisagée a été réglée en application d'une norme juridique considérée rétroactivement comme erronée, puisque l'erreur de droit n'est de nature à remettre en cause ni l'autorité de la chose jugée, ni la transaction. Roubier (op. cit., p. 247 et 263) considère que ces circonstances qu'il appelle "causae finitae" constituent une véritable limite à la rétroactivité.

(60) Cf. en ce sens notamment : J. Boulanger, op. cit. ; O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive de droit, Mélanges Maury, 1961, t. II, p. 349. P. Esmein, La jurisprudence et la loi, RT D Civ. 1952, p. 19 ; Ghestin, Goubeaux, op. cit., p. 354, n° 438 et suiv. ; P. Jestaz, La jurisprudence, réflexion sur un malentendu, D 1987, p. 11 ; De Juglart, Cours de droit civil, t. I, Introduction, Monchrestien 1985, p. 54 ; Marty, Raynaud, Droit civil, t. I, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 1972, N. 119, p. 125 ; Mazeaud et Chabas, op. cit., N. 105, p. 143 ; M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Etudes G. Scelle, 1950, t. II, p. 612.

(61) En ce sens, Aubert, loc. cit. ; E. Bach, op. cit. ; Carbonnier, op. cit. ; Roche, op. cit..

jurisprudence. Il ne s'agit pas ici pour nous d'apporter une solution à une querelle qui ne sera sans doute pas close demain mais simplement d'indiquer dans le cadre des développements nécessairement limités d'un article pourquoi l'on peut penser que la rétroactivité de la jurisprudence traduit bien la rétroactivité d'une règle.

14 - Les auteurs qui nient le pouvoir normatif de la jurisprudence se placent sur le terrain d'une conception formelle, ou peut-être formaliste des sources du droit, en considérant qu'une règle de droit véritable ne peut émaner que d'une "autorité expressément habilitée à édicter directement des règles générales de droit opposables à tous" (62). Il est certain que dans cette optique ils ont raison, car il est vrai qu'aucune autorité n'habilite la jurisprudence à édicter de telles règles générales. Bien au contraire, l'art. 5 du Code civil le lui interdit qui défend au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. mais ces deux observations amènent deux questions :

- La prohibition des arrêts de règlement qui ont pour effet de donner à la norme édictée un caractère général interdisant au juge lui-même de revenir sur ce qu'il a décidé, et dont la justification a évolué n'a-t-elle pas aujourd'hui une portée essentiellement formaliste (63). On peut le penser (64). Et l'on peut également penser que cette interdiction, si elle interdit au juge de donner formellement une valeur générale et obligatoire à la norme qu'il énonce, est totalement impuissante à empêcher que celle-ci puisse devenir une norme de droit, dès lors qu'elle en présente les caractères (65). Si l'on fait abstraction d'autres arguments parfois avancés par les auteurs pour contester la valeur normative de la jurisprudence, tenant aux imperfections de celle-ci, comme sa précarité naturelle, sa rétroactivité ou les problèmes posés par sa publicité qui peuvent également atteindre d'autres sources non contestées du Droit et paraissent donc impropres à justifier cette position, il reste cependant que l'argument formaliste paraît péremptoire, et conduit à admettre que la jurisprudence n'est habilitée par aucune autorité supérieure à édicter des règles.

(62) Cf. Roche, *op. cit.*, dans le même sens E. Bach, N. 216.

(63) Cf. en ce sens, H. Sinay, *La résurgence des arrêts de règlement*, D 58, *chron.*, p. 85, qui montre que le juge censure les décisions présentant formellement un caractère réglementaire ; l'auteur ajoute : "que permet de censurer l'art. 5, sinon un certain libellé de la sentence, une certaine forme d'expression juridictionnelle ?".

(64) Ceci a pu conduire d'ailleurs à proposer de rétablir, à certaines conditions les arrêts de règlement. A. Audinet, "Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?", *Mélanges Brethe de la Cressaye*, 1967, p. 99.

(65) Cf. *infra*, N. 15 et suiv.

Mais la question est de savoir si c'est bien cette optique formaliste qu'il faut retenir. Cette conception a en effet un caractère relatif que M. Bach admet lorsqu'il écrit : "force est de dire que l'on ne saurait aboutir à une autre conclusion, *du moins*, si l'on veut faire une théorie du rôle du juge à partir de l'étude des sources du droit telles que le législateur les a organisées (66). Or, une telle optique ne rend pas compte de l'existence de normes dont la valeur en tant que règles juridiques est habituellement incontestée, telles la coutume (67) ou les principes généraux du droit qui existent indépendamment de toute édicition par une autorité habilitée ; et même, quel que soit le rôle exact que l'on reconnaît au juge à cet égard, il faut reconnaître que les principes généraux n'intègrent le droit positif qu'à partir du moment où il les a reconnus comme tels (68).

Ceci conduit à penser que ce n'est pas sur un plan formaliste qui conduit à exclure certaines sources non contestées du Droit, qu'il faut se placer pour envisager le rôle de la jurisprudence. De même que tout acte du parlement quoique constituant une loi au sens formel, émanant d'une autorité habilitée pour l'édicter, n'est pas nécessairement une règle, on peut penser que toute règle n'émane pas nécessairement d'une autorité autorisée pour l'établir (69). Il paraît donc préférable de rechercher si les normes posées par la jurisprudence présentent ou non les caractères d'une règle de droit. Cet examen conduit à conclure par l'affirmative.

15 - La règle de droit est d'abord une règle, c'est-à-dire une disposition abstraite, soit générale dans l'espace et permanente dans le temps, supposant une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures (70). la norme jurisprudentielle présente bien ces caractères de la règle ; bien

(66) Bach, op. cit., N. 221.

(67) Ceci conduit M. Roche très logiquement à considérer que la coutume n'est pas une source de droit au sens formel (op. cit., p. 539).

(68) La démarche de M. Roche (op. cit., p. 535) est éloquente à cet égard, lorsqu'il envisage les origines des principes généraux : il écarte l'idée que les principes existeraient même sans texte et que le juge y ferait appel s'il estime qu'il doit statuer en s'y référant, au motif que "si on l'entend de cette manière, il est bien difficile de ne pas reconnaître le juge comme créateur des principes généraux". Il conclut : "les principes généraux du droit, même s'ils ne sont pas tous inscrits "noir sur blanc" dans des textes déterminés se déduisent des textes au prix de raisonnements plus ou moins laborieux".

(69) La conception formaliste conduirait dans le même ordre d'idée, à nier la réalité du pouvoir juridique d'un dictateur au motif qu'il n'aurait pas été installé de façon légitime. On peut se demander, avec M. Jestaz (La jurisprudence, réflexion sur un malentendu, D. 87, p. 11) parlant de la "tyrannie de la thèse légaliste", si le refus de consacrer l'autorité jurisprudentielle ne résiderait pas tout simplement dans l'impuissance à découvrir la source de cette autorité.

(70) Ces caractères sont empruntés à la définition donnée par le doyen Carbonnier (op. cit., N. 2, p. 7) mais ils sont admis de façon constante.

plus, on est conduit à observer que la norme jurisprudentielle n'a pas sur ce plan d'effets différents de ceux produits par la norme légale. Comme celle-ci, elle a en effet vocation à s'appliquer dans l'avenir à toutes les personnes qui viendront à se trouver dans la situation qu'elle envisage et régleme. Mais il est vrai que le juge énonce et applique la norme jurisprudentielle à des faits ou des situations par hypothèses antérieurs, et souvent même antérieurs à la formulation de cette norme, de telle sorte que le caractère abstrait disparaît. Cet argument paraît sans portée puisqu'il a été justement montré que lorsque la loi agissait rétroactivement, et qu'elle était mise en vigueur dans le passé, elle perdait elle-même ce caractère abstrait de règle, pour devenir dans cette mesure une décision, s'appliquant à un nombre limité de personnes prédéterminées (71). Cette constatation est donc impropre à générer une distinction entre normes jurisprudentielles et normes légales ; il serait préférable à cet égard de l'opérer selon que l'une ou l'autre s'applique dans l'avenir ou dans le passé.

Il ne paraît pas possible non plus de considérer que la norme jurisprudentielle ne serait pas permanente au motif que le juge peut la modifier en opérant de véritables revirements ayant un effet rétroactif ; le législateur a le même pouvoir non seulement de modifier la règle légale, mais encore de la modifier rétroactivement ; il ne semble pas que l'on ait jamais soutenu pour autant que la norme rétroactivement modifiée par le législateur n'aurait pas eu le caractère de règle légale pendant le temps où elle s'est appliquée, ni même que la norme légale pour cette raison ne serait pas permanente.

La norme jurisprudentielle paraît donc bien constitutive d'une règle, mais a-t-elle le caractère d'une règle juridique, c'est-à-dire un caractère obligatoire et contraignant, sanctionné par l'autorité publique. Il faut sur ce point envisager le caractère contraignant successivement à l'égard du justiciable et du juge. En ce qui concerne le premier aspect, les défenseurs de la thèse du pouvoir normatif de la jurisprudence, font le plus souvent observer qu'il n'y a pas de différence entre la règle légale et la règle jurisprudentielle (72). "Pour le justiciable, la loi et la jurisprudence, c'est tout un" écrit M. Dupeyroux. Le justiciable respecte, ou à l'inverse ne respecte pas le Droit, qu'il résulte de la loi ou de la jurisprudence, sans faire de distinction ; en ferait-il d'ailleurs qu'il ne ferait pas la différence. Notamment pour les praticiens, qui distinguent les deux, il ne semble pas qu'un seul prendra le risque d'engager une procédure qui se heurte à une

(71) P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, N. 55 et suiv. ; J. Héron, *op. cit.*, p. 294, N. 25.

(72) Notamment Dupeyroux, *op. cit.*, p. 359 ; Jestaz, *op. cit.*

règle, sous prétexte que celle-ci résulterait de la jurisprudence et non de la loi (73). Peut-être essayera-t-il de démontrer qu'elle n'a pas lieu de s'appliquer en fait, de distinguer ou de l'interpréter, il l'attaquera très rarement de front, ce qui démontre bien l'autorité et le caractère obligatoire qu'il lui attache. Cet aspect traduit ce que l'on a appelé la signification subjective des règles jurisprudentielles (74) qui constituerait une démonstration insuffisante du caractère contraignant de la règle. Il est vrai que cette contrainte subjective attachée à celle-ci est secondaire, et que l'essentiel pour une règle juridique, c'est la contrainte objective qui s'y attache. Là encore cependant, il n'y a pas de différence entre règle jurisprudentielle et règle légale. Au-delà de la contrainte potentielle imposée par toute règle juridique, il y a la contrainte objective qui en résulte. Or, celle-ci se traduit par l'application elle-même de la règle, qui implique l'intervention du juge ; et le juge qui applique la norme juridique le fait de la même façon et avec un caractère également contraignant, qu'elle résulte de la loi ou de la jurisprudence. Il ne fait lui non plus aucune distinction. Même s'il voulait en faire une d'ailleurs, il serait souvent bien en peine de l'opérer, nombre de normes légales ne prenant leur valeur, leur signification ou leur portée que par les compléments nécessaires que leur apporte la jurisprudence (75). Cette situation s'explique par le fait que, hormis les rares cas où la loi ne le permet pas (76), -et il ne peut alors par hypothèse, pas y avoir de jurisprudence- le juge est en dernier ressort l'intermédiaire obligé entre le droit et les individus ; la règle ne leur sera appliquée que par la décision du juge qui dira s'ils ont ou non agi conformément au droit. Ceci permettrait même de dire que la règle légale n'a qu'un effet normatif indirect, car si c'est le législateur qui l'édicte, ce n'est

(73) Il n'en va différemment que pour ces plaideurs institutionnels, banques, compagnies d'assurances ou autres qui continuent à plaider contre une règle jurisprudentielle établie qui ne les satisfait pas ; encore faut-il observer que leur objectif en pareil cas est moins de gagner concrètement une affaire que d'amener le juge à modifier la règle. Cette situation n'est-elle pas analogue à celle créée par les groupes de pression qui peuvent intervenir auprès du législateur pour obtenir de lui une modification de la règle légale.

(74) E. Bach, *op. cit.*, M. Bach l'oppose à la signification objective de l'injonction jurisprudentielle, qui ne pourrait résulter selon lui que d'une habilitation d'une autorité supérieure ; mais c'est l'expression, de la thèse formaliste que l'on a écartée. On prendra donc le terme contrainte objective dans un sens différent.

(75) On peut penser ici à toutes les hypothèses où la règle légale envisage la référence à un standard, ou à une notion à contenu variable (sur ces questions : les standards, notions critiques du droit. S. Rials, p. 39 ... Les notions à contenu variable en droit : essai de synthèse. C. Perelman, p. 363. Travaux du Centre National de recherche de logique, 1984) ou encore lorsque la jurisprudence crée une sanction attachée à la violation de la règle que la loi n'avait pas prévue (cf. par ex., soc. 26 oct. 1976, D 77, p. 544, note Jeammaud).

(76) Lorsque la loi accorde l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une appréciation en opportunité.

pas lui qui l'applique et la fait respecter. Alors que la règle jurisprudentielle a un effet normatif direct, dans la mesure où c'est la même autorité qui l'édicte et la fait respecter. Ce qu'il faut conclure néanmoins, c'est que la règle jurisprudentielle a à l'égard du justiciable, le même caractère contraignant et obligatoire que la règle légale.

17 - L'autre aspect du problème fréquemment évoqué également par les auteurs, concerne le caractère contraignant de la règle jurisprudentielle, à l'égard du juge lui-même (77). Cet aspect, quoique non négligeable peut cependant paraître secondaire dans la mesure où il faut rappeler que, à l'exception des règles de procédure, le destinataire de la règle, celui auquel elle donne une injonction est le justiciable et lui seul, le juge n'en étant que l'interprète, ou l'intermédiaire nécessaire chargé de l'appliquer. La question est alors de savoir quelle est la marge de liberté ou de dépendance de cet intermédiaire à l'égard de la règle qu'il est chargé d'appliquer. Cette question se pose semble-t-il dans des termes différents à l'égard du juge du fond, et de la Cour Suprême. Comme tout juge, le juge du fond tire de l'art. 4 du Code civil lui imposant de juger, le pouvoir d'interpréter la loi, voire de combler les "interstices du modèle légal" (78). Et il peut parfaitement à cette occasion prendre certaines libertés avec la règle légale ou jurisprudentielle en adoptant une position dissidente. Mais il faut observer d'abord que l'existence d'une règle ne peut être niée du seul fait que certaines personnes ou même certaines autorités refusent de s'y plier ; ensuite que la solution dissidente prise par le juge du fond n'est le plus souvent que provisoire, puisqu'elle est susceptible de recours devant la Cour Suprême. Sans doute, le recours n'interviendra-t-il pas toujours et la norme dissidente deviendra définitive et pourra paraître revêtue d'une certaine autorité juridique. Il ne faut pas oublier cependant que le recours en cassation n'est pas systématique et qu'intervenant dans la grande majorité des cas à l'initiative des justiciables intéressés, il est lié à un intérêt financier ou autre de l'affaire. Ceci conduit à considérer que l'existence de décisions contraires à la norme jurisprudentielle supérieure, ne permet pas de conclure à l'absence de caractère obligatoire de celle-ci. Ce n'est pas parce que tous les excès de vitesse ne sont pas sanctionnés qu'il n'y a pas de règle limitant celle-ci. La sanction effective n'apparaîtra que s'il y a intervention de l'autorité chargée de veiller au respect de celle-ci ; on ne peut en tirer d'autre conclusion. Au contraire dans le

(77) Cf. Cornu, *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, 1988, p. 147 ; Dupeyroux, *op. cit.*, p. 360.

(78) Jestaz, *op. cit.*, p. 13.

cas où la décision dissidente est critiquée devant la Cour de cassation, celle-ci pourra adopter deux positions : soit et c'est heureusement la situation la plus fréquente, elle censurera la décision contraire à la règle qu'elle entend voir s'appliquer, pour violation de la loi, et ceci que cette violation touche la règle légale ou la règle jurisprudentielle ; cela semble confirmer le caractère contraignant de cette dernière à l'égard des juges de fond. Soit elle ne censurera pas, mais cela ne démontre nullement que la norme posée par le juge du fond ait une valeur supérieure ou égale à celle précédente de la Cour de cassation sur laquelle elle prévaut ainsi, mais simplement que la Cour Suprême convaincue, a décidé d'adopter la même position que le juge du fond, et ainsi de modifier la règle qu'elle avait elle-même précédemment posée.

Cette constatation peut cependant amener une autre objection quelquefois avancée au caractère obligatoire de la jurisprudence : n'y a-t-il pas contradiction entre celui-ci et la possibilité pour le juge de la modifier ? Il ne le semble pas, en application du principe selon lequel toute autorité a toujours le pouvoir de modifier les règles qu'elle édicte, et la Cour de cassation qui édicte en "dernier ressort" les normes jurisprudentielles a le pouvoir de les modifier comme le législateur a le pouvoir de modifier la loi.

A l'inverse, on a quelquefois soutenu que la jurisprudence se lierait elle-même par certaines de ses créations (79), et qu'il était inconcevable qu'elle revienne sur celles-ci et les remette en cause. Que cela soit inconcevable, sans doute, mais impossible nullement ; s'il est également inconcevable que la Cour de cassation abandonne la jurisprudence Jand'heur ou que le législateur abolisse le divorce, cela n'est techniquement impossible ni à l'une ni à l'autre. La modification est a priori plus admissible pour certaines règles qui ont un caractère exclusivement normatif que pour d'autres davantage ancrées dans les moeurs et qui tendent à devenir de véritables principes de société, mais leur valeur normative est juridiquement la même. Il faudra davantage de bonnes raisons pour modifier celles-ci que des règles ordinaires, mais si ces raisons existent, l'une comme l'autre autorité auront la possibilité de le faire et n'hésiteront pas.

On a également souvent dit que si la jurisprudence avait un pouvoir normatif, celui-ci serait subordonné à la loi (80) -ce qui a permis d'avancer l'idée que ce pouvoir s'expliquerait par

(79) Boulanger, op. cit., p. 439 ; Jestaz, op. cit., p. 15.

(80) L'affirmation est indiscutablement exacte si l'on envisage le terme "subordonné" non au sens hiérarchique, mais au sens "cantonné" qui signifie seulement qu'il y a des normes qu'elle ne peut pas poser, Boulanger, op. cit., p. 429.

une approbation tacite du législateur (81) ; on a montré que tant l'affirmation que l'explication constituaient une fiction, et que le législateur le plus souvent ignorait la jurisprudence (82). On a surtout fait observer que si le législateur avait en théorie le pouvoir de briser la jurisprudence, le juge avait de son côté le pouvoir de ne pas s'incliner et de continuer à appliquer la règle selon son point de vue (83). De tels phénomènes de résistance du juge au législateur qui traduisent une jurisprudence *contra legem* persistante, sont rares, parce que les deux autorités cohabitent en bons termes. Ils ne sont cependant pas impossibles.

18 - Cette situation peut s'expliquer croyons-nous par le fait que le législateur est à cet égard sans autorité sur le pouvoir du juge (84). Il est chargé d'édicter la règle, et le juge a, et lui seul, la charge de l'appliquer ; le juge est donc l'intermédiaire nécessaire et l'interprète de la règle légale, mais il n'est pas subordonné au législateur. Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire sont égaux et également souverains. D'ailleurs n'est-ce pas au juge lui-même et notamment à la Cour de cassation qu'est confié le soin de veiller au respect de l'art. 5 du Code civil, mais dans le même temps de l'interpréter. Ainsi le législateur édicte la règle qu'il veut, et le juge l'applique comme il veut bien. Une telle affirmation peut évidemment paraître excessive ; elle signifie simplement, que si dans la pyramide judiciaire, la Cour Suprême exerce un pouvoir de contrôle, à l'égard des juges inférieurs, nul pouvoir supérieur de censure, n'est à même de s'exercer *effectivement* à son égard. Ceci conduit tout d'abord à partager l'opinion qui considère que la règle jurisprudentielle a une valeur et une autorité égales à celles de la règle légale (85) et que l'on doit donc admettre son existence.

Ceci permet également et surtout de penser que si loi et jurisprudence constituent deux sources du Droit, elles procèdent

(81) Waline, *op. cit.*, p. 627.

(82) Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, Etudes Ripert, t. 1, p. 50 ; Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 355 ; Jestaz, *op. cit.*, p. 12.

(83) Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mélanges Savatier, 1965, p. 620 ; Jestaz, *op. cit.*, p. 14 ; cf. par ex., la jurisprudence sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise après la loi du 6 décembre 1976, modifiant l'art. L. 263.2 al. 2 C. trav.

(84) M. Jestaz (*op. cit.*, p. 13) note qu'aucun organe d'aucune sorte ne règle les rapports de la jurisprudence avec la loi et MM. Ghestin et Goubeaux (*op. cit.*, p. 358) de leur côté écrivent : "En faisant de la Cour de cassation, l'institution juridique chargée d'assurer cette unité (de l'interprétation de la loi) notre droit positif lui donne le pouvoir juridique d'imposer son interprétation de la loi, et d'en faire le complément obligatoire de celle-ci".

(85) Dupeyroux, *loc. cit.* ; Jestaz, *loc. cit.* ; Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 356 ; il est d'ailleurs curieux de relever que les auteurs qui nient le pouvoir créateur de la jurisprudence, admettent néanmoins l'existence de celle-ci et son caractère contraignant (cf. Roche, *op. cit.*, p. 532.).

de fondements totalement différents : le pouvoir normatif du législateur résulte d'une habilitation, alors que celui de la jurisprudence est seulement le fruit d'un phénomène d'autorité.

Cela confirme d'ailleurs qu'une conception formaliste des sources du droit conduit nécessairement à exclure la jurisprudence, mais qu'une vue réaliste et pluraliste doit au contraire aboutir à la reconnaissance de son pouvoir normatif.

Celui-ci s'explique croyons-nous exclusivement et suffisamment par le pouvoir de l'autorité qui l'édicte, d'en sanctionner la violation et la norme jurisprudentielle devient une règle juridique par son seul caractère contraignant. On a souvent dit que l'assentiment populaire ou l'opinio juris étaient des conditions de l'existence de la règle jurisprudentielle ou en constituaient le fondement (86). Cette opinion nous paraît discutable, aussi bien lorsque l'on envisage un véritable assentiment que simplement une reconnaissance en tant que règle. Il est vraisemblable que la jurisprudence hésite avant de poser une règle qu'elle devine impopulaire, mais lorsque celle-ci est établie, la norme devient une règle par le seul fait de son édicte et parce qu'elle est sanctionnable. La popularité est sans doute un facteur de pérennité, elle ne paraît pas être une condition d'existence. Quant à la reconnaissance en tant que règle par la communauté des juristes, elle supposerait que la norme devienne règle juridique, après avoir été formulée, puisqu'il faudrait que la communauté la connaisse ... Or, le juge qui édicte une norme et lui applique aussitôt une sanction, l'applique dès l'origine en tant que règle (87) ; comment l'existence de la règle peut-elle précéder sa connaissance si celle-ci est une condition de celle-là ? Là encore, la reconnaissance des juristes qui tient souvent à des signes tels la forme dans laquelle la règle est énoncée, montre seulement qu'ils ont reconnu immédiatement et spontanément celle-ci. C'est certainement un signe révélateur de son importance, ce n'est sans doute pas une condition de son existence ou de sa valeur normative.

19 - Il reste pour clore ce bref examen du problème du pouvoir normatif de la jurisprudence à envisager la position de celle-ci à l'égard de cette question. On a pu faire valoir sur ce point, que la référence à la jurisprudence n'est pas de nature à donner une base légale à une décision (88) ou que le moyen tiré de la violation de la jurisprudence ne peut à lui seul donner

(86) Jestaz, op. cit., p. 14 ; Maury, op. cit., p. 39.

(87) En ce sens, S. Rials, op. cit., p. 48 : "toute décision juridictionnelle se fonde sur une norme, et bien loin que la règle sorte de la répétition jurisprudentielle, la jurisprudence se déduit d'une règle initiale".

(88) Crim. 30 oct. 1968, Gaz. Pal. 69.I.23.

ouverture à cassation (89). Mais qu'est-ce à dire si ce n'est que ces exemples rares traduisent une maladresse du juge qui n'a pas motivé sa décision sous couvert de la loi, ou de l'avocat aux conseils qui n'a pas su présenter son moyen sous l'apparence d'une violation de la loi ? D'abord, en tirer une conséquence reviendrait à considérer que la Cour de cassation refuse de censurer les violations d'une jurisprudence prétorienne ensuite, les avocats aux conseils n'étaient-ils pas le plus souvent leurs moyens de décisions jurisprudentielles, et la Cour de Cassation elle-même ne censure-t-elle pas bien souvent dans le cadre de la violation de la loi, la méconnaissance de normes jurisprudentielles (90) ? Or, le fait de nier un pouvoir ne signifie nullement que l'on ne l'a pas, et la seule conclusion que l'on peut tirer de cette prise de position (91), est que le juge crée des règles de droit, non sans le savoir, mais en tout cas, sans vouloir le reconnaître explicitement.

Il ne sert à rien de conclure au pouvoir normatif de la jurisprudence, si l'on n'essaye pas dans le même temps de préciser à quoi s'attache ce caractère normatif. Est-ce à la jurisprudence ? Ce qui permet d'affirmer que l'on reconnaît une règle jurisprudentielle lorsque "la jurisprudence est fixée". Mais on se heurte alors nécessairement au flou de la notion dont l'imprécision est attestée par la variété des définitions proposées par la doctrine. A quoi reconnaît-on cette jurisprudence à laquelle s'attacherait une valeur normative ? La grande majorité des auteurs considère qu'il y a jurisprudence lorsque celle-ci est constante, ou à tout le moins qu'il y a une répétition de décisions (92).

Mais tout d'abord, on ne peut que relever que la notion de "jurisprudence constante" entendue comme celle contre laquelle on ne plaide plus (93) porte en elle-même sa contradiction. Elle supposerait en effet que l'on bannisse de son esprit l'idée de revirement de jurisprudence qui, impliquant l'idée d'une modification de la règle jurisprudentielle établie, montre que celle-ci n'est pas unanimement acceptée et que l'on plaide

(89) Cass. Req. 21 déc. 1891, D 1892.I., p. 543.

(90) Le président A. Perdriau, (Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile, J.C.P., 1986.I.3257) relève que la Cour de cassation censure quelquefois les violations de la loi pour fausse application ou fausse interprétation.

(91) On pourrait sans doute également l'expliquer par la constatation que la Cour de cassation contrôle l'interprétation et l'application non du droit, mais de la loi ... On devrait alors faire abstraction du fait qu'elle exerce ce contrôle à l'égard des principes généraux, mais on pourrait aussi relever qu'elle ne l'exerce pas à propos de la coutume (civ. 24 juillet 1860, S. 1806.9. p. 97 ; civ. 12 janvier 1938, DH. 28, p. 197 ; Req. 15 mars 1944, S. 45.I, p. 40).

(92) Aubert, op. cit., p. 156 ; Cornu, op. cit., p. 146 ; Starck, op. cit., p. 321.

(93) Ghestin, Goubeaux, op. cit., p. 356 ; Marty, Raynaud, op. cit., p. 219.

toujours contre elle. Or d'une part, nous avons déjà considéré que cette acceptation des destinataires de la règle n'était pas une condition de l'existence de celle-ci, d'autre part, ainsi entendue dans un sens absolu, la notion est inacceptable.

On peut également lui donner un sens relatif en considérant qu'elle existe dès lors qu'il y a une répétition de décisions statuant dans le même sens. Mais alors une question vient immédiatement à l'esprit : combien faut-il de décisions pour que la solution acquière valeur normative ? La réponse ne se trouve nulle part et dès lors on est condamné à ne pas savoir où finit la solution, et où commence la règle. Cette constatation démontre suffisamment que la question des conditions nécessaires à la création d'une norme jurisprudentielle ne peut se satisfaire d'une réponse aussi approximative et que la règle ne peut se former par la répétition. L'accumulation des arrêts n'ajoute rien à sa valeur et l'on doit au contraire considérer que le premier a autant de valeur que le dernier.

D'ailleurs les mêmes auteurs indiquent que la jurisprudence peut résulter d'un seul arrêt, mais ils sont ici plus nuancés disant qu'il faudrait un arrêt de l'Assemblée plénière ou de la chambre mixte (94) ou un arrêt de principe ou enfin simplement un arrêt de la Cour de cassation (95).

Il faut ici admettre semble-t-il l'idée que la jurisprudence n'est fixée, et qu'une règle jurisprudentielle n'est posée que lorsque la Cour de cassation a tranché. La raison en est que, tant que la Cour Suprême n'a pas été saisie de la question, rien ne permet de savoir si la solution proposée ne sera pas censurée. Ceci conduit à considérer que les décisions des juges de fond ne peuvent permettre que de supposer l'émergence d'une règle, mais pas de conclure à son existence. Mais faut-il aller au-delà et exiger pour reconnaître la règle qu'elle ait été énoncée par la Cour de cassation avec une certaine solennité ? L'exigence d'un arrêt unique pour donner naissance à la règle jurisprudentielle conduit à évoquer la notion de précédent (96). Mais celui-ci constitue-t-il une notion protéiforme dont certaines manifestations auraient une valeur normative et d'autres non ?

21 - On admet que les arrêts de principe ont cette valeur, mais ils ne sont sans doute pas les seuls. Il faut d'abord s'entendre sur la notion. Pour certains, l'arrêt de principe se caractériserait essentiellement par une formulation particulièrement solennelle de

(94) Aubert, *op. cit.*, N. 160.

(95) Cornu, *op. cit.*, p. 146, note 16 ; Esmein, *op. cit.*, p. 31 ; Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 353.

(96) Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 352, 375 et suiv. ; Marty, Raynaud, *op. cit.*, p. 212 ; T. Sauvel, *Essai sur la notion de précédent*, DS. 55 chron. p. 93 ; Starck, *op. cit.*, p. 324 ; le précédent judiciaire, RTDC 84, p. 840.

la règle (97) alors que d'autres s'attachent davantage à la portée de celui-ci (98). Sous ce second aspect on ne peut limiter l'effet normatif aux seuls arrêts de principe. Le principe en effet n'est pas seulement une règle même clairement énoncée, même tranchant une controverse (99). C'est une proposition fondamentale, l'hypothèse qui sert de base à un raisonnement d'où découlent des conséquences, ce que l'on a pu résumer en disant qu'il était "l'arrêt le plus riche de virtualités" (100). Sans doute, faut-il écarter les décisions dites "d'espèce" qui se bornent à trancher un litige en considération des données de l'affaire et sans énoncer aucune règle. Mais entre les deux n'y a-t-il pas place pour des arrêts simplement normatifs, c'est-à-dire pour le simple précédent ? Nombre de décisions qui ne constituent pas des arrêts de principe, paraissent néanmoins énoncer une règle qui s'en dégage suffisamment clairement et l'on a défini le précédent comme "l'ensemble formé par une décision et ses motifs, lorsque celle-ci ne se réfère pas à une décision antérieurement rendue dans une affaire semblable" (101). Personne ne méconnaît aujourd'hui son existence ni son rôle dans la vie judiciaire (102). On connaît la tendance des juges à suivre le précédent, et l'on a pu dire qu'en Droit allemand le précédent bénéficie d'une "présomption de force obligatoire" (103). On peut semble-t-il avancer la même observation en Droit français, en considérant que lorsqu'il énonce une solution à valeur de précédent, le juge l'envisage a priori en tant que règle à caractère obligatoire, c'est-à-dire susceptible de s'appliquer à toute hypothèse future identique et d'être sanctionnée. Simplement, pour les juges qui auront ensuite à se référer à ce précédent, il n'aura qu'une présomption de valeur obligatoire, dans la mesure où si le litige vient devant lui, le juge supérieur est toujours susceptible de modifier le précédent (104). Seulement, il s'agit là du problème de la variabilité de la règle jurisprudentielle, non de son caractère obligatoire. On peut ainsi penser que le seul précédent est apte à générer une règle jurisprudentielle, car il en présente les caractères.

(97) Aubert, *op. cit.*, p. 156 ; Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 375.

(98) C. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, J.C.P. 84.I.3145.

(99) On doit d'ailleurs observer qu'a priori il y en a toujours au moins une latente, dès lors que l'interprétation de la loi ou de la règle est en jeu.

(100) Atias, *op. cit.*, N. 9.

(101) Président J. Bel, RIDC 1984, p. 841.

(102) Cf. notamment E. Franck, *L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg*. D. 1983, spéc. p. 121 "généralement il existe un élément ou un précédent qui fera prévaloir la solution qui sera adoptée".

(103) RIDC 84, p. 848.

(104) Il n'est pas évident d'ailleurs que la signification ou la sécurité des arrêts de principe soit plus grande. Cf. Atias, *op. cit.*, N. 4.

La difficulté pratique se déplace mais ne disparaît pas car elle va constituer alors, parmi les décisions de la jurisprudence à distinguer celles qui ont valeur de précédent normatif et celles que ne l'ont pas, à déceler dans l'arrêt, la règle éventuelle (105). Il est vrai que les arrêts de principe présentent à cet égard un grand avantage, et qu'il en est de même chaque fois qu'une décision énonce une règle clairement, car la tâche de l'interprète en est facilitée et cela lui permet de la reconnaître plus facilement. M. Jestaz considère qu'au contraire, lorsque la décision passe inaperçue, il n'y a pas jurisprudence (106). La formulation solennelle par le juge qui pose le précédent, comme sa reconnaissance par la doctrine ne font que traduire le souhait de l'un de voir que la règle soit immédiatement reconnue, et la perception par l'autre, de celle-ci. Elles ne conditionnent ni son existence, ni sa valeur normative, car même si le précédent n'a pas été "déclaré", ou s'il a été ignoré, si la même question se présente à nouveau au juge, celui-ci a priori, l'appliquera ; le problème de la déterminabilité de la règle ne doit pas se confondre avec celui de son existence.

D'ailleurs, il semble que lorsque l'on évoque la problème du précédent et de sa publication, la question soit envisagée non comme une condition de son caractère normatif, mais beaucoup plus comme un facteur de son application par le juge inférieur, et éventuellement de son respect par le justiciable (107).

Il apparaît ainsi que la rétroactivité de la jurisprudence constitue la rétroactivité d'une règle. Il reste à tenter d'en trouver la justification.

B - Justification de la rétroactivité de la jurisprudence

22 - La constatation de la rétroactivité étant faite, on ne peut qu'en chercher l'explication pour tenter peut-être d'y retrouver un remède. Deux hypothèses peuvent à cette fin être envisagées, l'une liée au caractère interprétatif de la jurisprudence, l'autre aux modalités de sa mise en vigueur.

(105) Cf. infra, N. 29 et suivants.

(106) Jestaz, *op. cit.*, p. 15.

(107) RIDC 84, p. 842 : "le filtrage des recours en cassation restaurerait une plus grande clarté dans la connaissance des précédents véritablement pertinents, connaissance indispensable, dans la mesure où le précédent judiciaire est finalement normatif".

1 - Essai de justification de la rétroactivité par le caractère interprétatif de la règle jurisprudentielle

23 - La jurisprudence dit-on ordinairement, a un caractère et un rôle interprétatif : elle n'intervient que pour préciser le sens ou la portée des règles textuelles, et cette référence à l'interprétation apparaît quasi systématique, même si l'on a écrit très justement que "la jurisprudence se dissimule derrière l'interprétation et l'application de la loi, au besoin sollicitée et dilatée à l'extrême (108). Dès lors, on est amené à se demander si la rétroactivité de la jurisprudence n'est pas la conséquence de son caractère interprétatif. La question doit d'autant plus être envisagée que les lois interprétatives rétroagissent également, et que l'analogie à cet égard entre les deux paraît frappante. Roubier écrit ainsi : "la loi d'interprétation ne fait pas partie de la législation, mais de la jurisprudence ; le législateur qui veut fixer quel est le sens du Droit existant se place sur le même terrain que le juge et prétend jouer un rôle analogue au sien" (109) et il en déduit que l'explication de la rétroactivité de la loi interprétative tient au fait qu'elle rétroagit tout comme rétroagirait un changement de jurisprudence. On doit relever par ailleurs que l'effet rétroactif a la même portée dans les deux cas, puisque tout comme la jurisprudence nouvelle s'applique devant la Cour de cassation, la loi interprétative atteint aussi rétroactivement les affaires pendantes devant celle-ci (110).

En vertu du principe bien connu selon lequel les mêmes causes ont les mêmes effets, on est donc conduit à envisager l'hypothèse que la rétroactivité de l'une comme de l'autre résulterait de leur caractère interprétatif, et il paraît possible de rechercher l'explication de la rétroactivité de la jurisprudence dans celle de la loi interprétative.

Cette explication éventuelle appelle cependant d'emblée une réserve : on sait que le caractère purement interprétatif de la jurisprudence est souvent une fiction, spécialement si l'on prend le terme "interprétatif" au sens que lui donne la jurisprudence elle-même, lorsqu'elle l'applique à la loi "qui ne peut être considérée comme interprétative, qu'autant qu'elle se borne à reconnaître sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse". (111). mais admettons-le pour les besoins de l'examen, quitte à ne considérer l'explication que comme partielle.

(108) Marty, Raynaud, op. cit., p. 218.

(109) Roubier, op. cit., p. 248.

(110) Soc. 7 fév. 1957, J.C.P. 57.II.1007.

(111) C. cass. civ. 19 juin 1963; Gaz. Pal. 63.I.278.

Le principe de l'application rétroactive des lois interprétatives est unanimement admis. On rappelle même que l'art. 2 du projet de Code civil le prévoyait expressément et que quoique cette disposition ait finalement été retirée du texte, il y a là "une vérité admise depuis longtemps par tous" que l'on ne peut mettre en doute (112). Si le principe est certain, sa justification n'en est pas moins nécessaire, et les auteurs se bornent à dire sur ce point que la loi interprétative fait corps avec la loi interprétée. On peut néanmoins tenir cette explication pour insuffisante, et rechercher si celle-ci tient effectivement au caractère interprétatif. La loi, souvent présentée comme telle par le législateur peut d'abord être interprétative par nature, lorsqu'elle répond à la définition donnée par la Cour de cassation. La loi interprétative par nature est toujours appliquée rétroactivement. Mais il arrive également qu'une loi soit faussement qualifiée d'interprétative par le législateur alors qu'elle ne l'est pas véritablement. Néanmoins, on admet là encore qu'elle rétroagit, au motif qu'en qualifiant une loi d'interprétative le législateur comme il en a formellement le droit, exprime de façon dissimulée mais certaine sa volonté de lui donner un effet rétroactif (113). Il apparaît ainsi que la rétroactivité de la loi interprétative peut avoir deux explications, l'une tenant à la volonté du législateur, l'autre à sa nature propre.

La première explication paraît incontestable puisqu'il est vrai que le législateur a le pouvoir de rendre toute loi rétroactive. La seule question éventuelle est de savoir s'il faut présumer cette volonté à partir d'une fausse qualification de loi interprétative (114) ; la solution nous importe peu ici ; ce qu'il convient seulement de retenir de la question elle-même, c'est que l'on peut a priori retenir le rapport entre rétroactivité et interprétation déclarée ou réelle. Dans cette dernière hypothèse on a d'ailleurs parlé d'une rétroactivité existant "d'une manière innée" (115), ce qui est de nature à renforcer la conviction d'un lien évident et irréductible entre rétroactivité et interprétation, la première découlant nécessairement de la seconde. Cette évidence (116) cependant n'est pas convaincante car elle se heurte à deux objections : Ce lien évident entre les deux notions ne peut reposer que sur l'idée d'unité de l'interprétation ce qui suppose d'une part qu'elle soit nécessairement unique, et d'autre part, qu'elle soit permanente ; or les deux propositions paraissent également inexacts.

(112) Roubier, *op. cit.*, p. 243.

(113) Roubier, *op. cit.*, p. 102 ; Carbonnier, *op. cit.*, p. 101 ; Mazeaud, *op. cit.*, p. 203 ; Starck, *op. cit.*, p. 228.

(114) Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 277 ; Marty, Raynaud, *op. cit.*, p. 192 ; Roubier, *op. cit.*, p. 251 ; contra Mazeaud, *op. cit.*, p. 204 ; Starck, *op. cit.*, p. 229.

(115) Roubier, *op. cit.*, p. 249.

(116) Sur la notion cf. B. Petit, "L'évidence" RTDC 1986, p. 485.

On sait d'abord que l'interprétation n'est jamais unique et inéluctable. En particulier, appliquée à la jurisprudence, l'affirmation contraire conduirait à admettre qu'un revirement apportant une nouvelle interprétation de la règle, la jurisprudence s'était trompée. Il ne semble pas que l'on ait jamais défendu cette opinion, et l'on considère au contraire, qu'en interprétant, la jurisprudence ne fait qu'exprimer un choix entre plusieurs solutions possibles. De façon plus générale, il faut admettre que l'interprétation juridique ne traduit que rarement une conséquence logique et inéluctable, mais qu'elle est beaucoup plus souvent le résultat d'un choix. Or, cette observation retire une bonne part de sa justification à l'idée d'unité nécessaire de l'interprétation.

Ensuite, cette idée et la rétroactivité de l'interprétation reposeraient-elles sur le désir d'effacer dans le passé toute trace de l'interprétation "erronée" que l'on ne pourrait que constater que ce désir est vain. En effet, l'interprétation nouvelle laisse subsister dans le passé l'interprétation ancienne lorsqu'elle a été appliquée à des instances terminées. Il ne peut en aller autrement que par décision du législateur; On peut donc penser que la rétroactivité n'est pas liée au caractère interprétatif de la loi ; on a d'ailleurs fait observer que le législateur peut parfaitement décider qu'une loi interprétative n'aura pas d'effet rétroactif (117), ce qui confirme bien l'absence de lien essentiel entre les deux. La loi interprétative ne rétroagit que par la volonté formelle ou présumée du législateur tirée de la déclaration d'interprétativité, encore que l'on puisse donc, sauf à l'admettre par habitude, mettre en doute le bien fondé de cette présomption.

On peut donc en conclure que si la loi interprétative et la jurisprudence ont effectivement le même effet rétroactif, celui-ci n'a pas dans les deux cas le même fondement et que la jurisprudence n'est pas rétroactive, parce qu'elle serait interprétative. S'il n'y a pas de cause commune à leur rétroactivité, on est alors amené à rechercher une explication qui soit spécifique à celle de la jurisprudence.

II. - EXPLICATION DE LA RETROACTIVITE DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE PAR SA MISE EN OEUVRE

24 - Faute d'avoir trouvé dans son caractère interprétatif la justification de la rétroactivité de la jurisprudence, on est contraint d'en chercher ailleurs l'explication, et il faut ici considérer les modalités de sa mise en oeuvre, de sa naissance.

(117) Barthélémy, Rev. Dt. publ., 1908, p. 480.

On a souvent rappelé sur ce plan qu'un partage des compétences pour l'application dans le temps entre règle ancienne et règle nouvelle, supposait l'existence d'une date frontière, d'une ligne de démarcation qui permettrait de connaître le moment auquel se produit le changement de la règle de droit (118). Une telle date existe dans la loi ce qui a permis d'aménager des règles de droit transitoire et de déterminer ce qui relève de la loi ancienne et ce qui appartient à la loi nouvelle. Et on a au contraire indiqué que la jurisprudence est, sur ce point, totalement différente, puisqu'il y aurait incertitude sur sa date de naissance, sur le moment où la jurisprudence est fixée (119). Cette observation n'est pas de nature à expliquer pourquoi la jurisprudence est rétroactive, mais elle permettrait du moins de comprendre pourquoi l'on n'a jamais tenté de remédier à cette rétroactivité. Cette opinion résulte de l'idée que la jurisprudence ne serait formée qu'à la suite d'une répétition de décisions, ce qui entraînerait, il est vrai, une impossibilité de fixer avec précision une date frontière. Mais nous avons vu précédemment que cette répétition n'était pas une condition nécessaire de l'existence de la règle jurisprudentielle et qu'il faut au contraire considérer que celle-ci existe dès sa formulation, c'est-à-dire qu'elle naît à une date précise et déterminable. Cette explication ne peut donc être retenue.

25 - Cependant, même en admettant que la règle jurisprudentielle se forme à une date précise, son mode de formation est différent de la loi, puisque celle-ci se forme de façon abstraite, alors que la norme jurisprudentielle est établie à l'occasion d'un procès auquel le juge qui formule la règle va immédiatement l'appliquer ; la rétroactivité de la jurisprudence serait inhérente à son mode de formation (120). Cette constatation explique effectivement la rétroactivité de la jurisprudence, car on voit mal a priori comment il pourrait en être autrement. M. Rivéro note à cet égard que "la technique d'édition de la règle jurisprudentielle qui lie formulation de la règle et application en l'espèce, la condamne à la rétroactivité ; l'auteur évoque cependant divers procédés qui permettraient d'éviter cet inconvénient. Deux d'entre eux sont inopérants car ils ne permettent que de masquer une rétroactivité qui existe néanmoins ; le troisième au contraire est intéressant, et utilisé selon l'auteur par le Conseil d'Etat en certaines occasions (121) : il consiste, pour le juge, à énoncer la règle nouvelle à l'occasion d'un litige dont la solution sera

(118) Roubier, *op. cit.*, p. 24 ; Heron, *op. cit.*, p. 278, note 2.

(119) Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 273 ; Roubier, *op. cit.*, p. 26.

(120) Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 370 ; Rivéro, *op. cit.*, p. 16.

(121) Rivéro, *op. cit.*, p. 17.

identique, à ce qu'elle eût été par application de la règle ancienne. Un tel procédé de formulation gratuite et anticipée d'une règle nouvelle dont ne dépend pas directement la solution du litige ne correspond pas à la pratique habituelle de la jurisprudence judiciaire ; il ne lui est pas interdit cependant (122).

Mais ce procédé serait inefficace à faire disparaître la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. En effet, le fait que celle-ci soit énoncée à l'occasion d'un litige auquel on l'applique explique peut-être la rétroactivité individuelle de la règle, mais on a vu que la portée de la rétroactivité ne se limitait pas là, et qu'elle avait également et surtout un effet rétroactif, en ce sens qu'immédiatement après sa formulation, la règle nouvelle va également s'appliquer à toutes les autres situations qui se trouvent postérieurement soumises au juge, même si les faits se sont situés avant la formulation de la règle nouvelle. Il s'agit ici de ce que nous avons appelé la rétroactivité générale ou abstraite ; or, cette forme de rétroactivité ne s'explique pas par le mode de formulation de la règle jurisprudentielle, et le procédé ci-dessus évoqué est totalement inopérant pour y remédier. La question reste alors entière : Comment s'explique cette rétroactivité et comment peut-on y remédier ?

On a vu précédemment que la rétroactivité pouvait se définir comme la mise en vigueur anticipée, cette mise en vigueur étant celle à laquelle la règle devient applicable (123). Or, c'est le législateur qui fixe cette date de mise en vigueur pour la loi ; il fixe ordinairement une date d'entrée en vigueur postérieure à la publication ; s'il décide de rendre la loi rétroactive, il fixera une date anticipée d'application. S'il ne dit rien sur la date d'entrée en vigueur de la loi, il résulte de l'art. 2 du décret du 5 novembre 1870 qu'elle entrera en vigueur à Paris un jour franc après sa publication au Journal Officiel, et partout ailleurs, un jour franc après l'arrivée du Journal Officiel au chef-lieu d'arrondissement ; mais cette dernière règle qui a d'ailleurs un caractère supplétif puisque le législateur peut l'écarter, ne vise que les lois et décrets (124) et ne s'applique pas à l'évidence à la règle jurisprudentielle. On a montré que si aucune date n'est indiquée, "c'est que la norme nouvelle entre en vigueur de façon indéfiniment anticipée ; autrement dit, elle est censée avoir toujours été en vigueur" (125). Or, le juge, qui officiellement, ne crée aucune règle ne peut par principe fixer de date d'entrée en vigueur de celle-ci. Alors que la rétroactivité de la loi est écartée en principe

(122) Tel est l'effet par exemple du pourvoi dans l'intérêt de la loi.

(123) Héron, op. cit., p. 293.

(124) Héron, op. cit., p. 292.

(125) Héron, op. cit., p. 297.

par la détermination d'une date d'entrée en vigueur, que le texte précité fixe normalement à une époque postérieure à sa création, le juge est en l'occurrence incapable de fixer une telle date. Il en résulte que l'apparition d'une nouvelle règle jurisprudentielle qui traduit la substitution d'une nouvelle norme à une autre, ou à l'absence de norme, est nécessairement rétroactive et le juge ne peut écarter cette rétroactivité ; tout au plus peut-il tenter d'en limiter les effets. Un exemple récent en est fourni par deux arrêts de la Cour de cassation des 9 février et 12 avril 1988 (126) qui ont fait sans doute un certain bruit dans les milieux bancaires : L'art. 1907, al. 3, du Code civil dont le texte remonte à 1804 prévoit que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Néanmoins, et notamment en matière de solde débiteur de comptes courants, la pratique bancaire se dispensait souvent d'une telle fixation par écrit du taux d'intérêt conventionnel sans qu'il en résultât pour elle aucune conséquence fâcheuse. Or, dans un arrêt du 9 février 1988, la première chambre civile de la Cour de cassation, rappelant que la règle de l'art. 1907, est prévue pour la validité même de la stipulation d'intérêts, précisa qu'elle était de portée générale et qu'il ne pouvait y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant. Une telle solution, contraire à une fréquente pratique bancaire mais ayant un effet rétroactif était de nature à engendrer une multitude d'actions en remboursement de la part de nombreux emprunteurs qui, ayant versé un intérêt conventionnel non prévu par écrit, pourraient en demander remboursement sur la base de la nouvelle interprétation de l'art. 1907, al. 3.

Or, dans un arrêt postérieur du 12 avril, la chambre commerciale reprenait littéralement la même règle, mais ajoutait que ses effets ne remontent pas au-delà de la date d'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985 qui a déterminé le mode de calcul du taux effectif global, lorsqu'il s'agit d'un découvert en compte. Selon les commentateurs autorisés de ces arrêts, la dernière décision n'emporte pas la conviction, car l'obligation de fixer par écrit le TEG ne pouvait dépendre de son mode de calcul déterminé par le décret du 4 septembre 1985, mais résultait de l'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 1966 ; et ils considéraient que cette décision a été dictée par le désir de la chambre commerciale de limiter les conséquences financières de sa décision pour le système bancaire français ; ainsi peut-on considérer que la Cour de cassation a limité en l'occurrence la portée rétroactive de la règle qu'elle posait, en lui fixant au besoin artificiellement une date d'entrée en vigueur relativement proche. Mais en l'absence de détermination d'une telle date par la

(126) Civ. 1, 9 fév. 1988 ; Com. 12 avril 1988, J.C.P. 1988.II.2106, note Gavalda Stoufflet.

jurisprudence elle-même, ce qui n'est pas toujours possible, on est conduit à considérer que la date d'entrée en vigueur de la règle jurisprudentielle se confond avec celle de la règle textuelle à laquelle éventuellement elle se rattache, ce qui lui confère une rétroactivité non négligeable.

Ces observations sur la variabilité de la règle jurisprudentielle et ses conséquences montrent bien l'insécurité inévitable qui s'y attache. Nul ne peut a priori être sûr d'agir conformément au Droit dans la mesure où il ne peut avoir aucune certitude lorsqu'il accomplit un acte sur la règle jurisprudentielle qui sera éventuellement appliquée plus tard à celui-ci : la détermination de cette règle est indépendante de la date à laquelle ces faits se sont produits : elle dépend uniquement de la date à laquelle ils sont jugés : un exemple en fournit la confirmation.

A l'époque où les licenciements économiques nécessitaient une autorisation administrative, certaines entreprises pour procéder à des compressions d'effectifs souples ont eu recours au procédé dit des "départs négociés" consistant à obtenir d'un certain nombre de salariés, leur départ volontaire et en dehors de toute procédure de licenciement, moyennant le versement de primes et autres avantages financiers incitatifs. La chambre criminelle ayant eu à connaître de cette pratique dans une affaire Cricket posa en principe qu'elle constituait un licenciement économique déguisé contraire à l'art. L.321.7 du Code du Travail.

Dans un arrêt du 4 novembre 1982 (127), elle appliqua la même solution à deux employeurs qui, après avoir tenu informée l'administration, avaient en *décembre 1980* obtenu ainsi le départ de 40 salariés, au motif que l'initiative des dirigeants de la société était fondée sur des motifs économiques et visait à la compression des effectifs, et que le délit de l'art. 321.11 du Code du Travail était constitué. En *1980* également, la société Peugeot Talbot obtenait dans les mêmes conditions le départ de 2009 salariés afin de réduire ses effectifs pour des raisons économiques. Dans un arrêt du 28 novembre 1984 (128), la chambre criminelle revenant sur sa position antérieure décida qu'en l'absence de fraude et de préjudice pour les salariés, le procédé ne constituait pas un licenciement économique déguisé contraire aux dispositions du Code du Travail.

Aussi peu importe la date à laquelle une situation se réalise, un acte s'accomplit car cela ne permet pas de savoir quelle règle jurisprudentielle lui sera applicable ; celle-ci ne dépend que du moment où le juge aura à en connaître, et c'est

(127) Crim. 4 nov. 1982. DO avril 1984, p. 154.

(128) Crim. 28 nov. 1984, Dt Soc. 85, p. 703, obs. Savatier.

pourquoi on a pu très justement dire qu'elle était la "loi du moment" (129). Mais est-ce bien rassurant ?

II - INSECURITE ET DETERMINABILITE DE LA REGLE JURISPRUDENTIELLE

28 - Nul ne conteste plus qu'aujourd'hui l'importance de l'apport de la jurisprudence à l'élaboration du droit. Cependant, si cette constatation fait ainsi l'unanimité, il n'en va pas nécessairement de même en ce qui concerne, les modalités de l'action du juge, les principes qu'il suit, ou qu'il doit suivre pour contribuer à cette élaboration. Une controverse s'est élevée sur ce point il y a quelques années, qui opposait deux conceptions radicalement opposées du Droit jurisprudentiel : pour l'une, le juge ordonnerait son action exclusivement selon les réalités concrètes, pour suivre l'évolution des faits économiques et sociaux (130). Pour ce faire, il déciderait de façon pragmatique et casuistique, sans s'embarrasser de catégories ni de principes. Dès lors, toute tentative pour expliquer et ordonner ses décisions serait inutile et vouée à l'échec ; l'autre conception plus connue parce que plus classique, mais dont la réaction a été suscitée par la précédente défend ardemment la systématisation nécessaire du droit (131). Elle oppose à l'"impressionnisme juridique" le respect des catégories juridiques, garantie contre l'arbitraire et condition de la sécurité du droit. Par souci de cette sécurité, nous nous rangeons résolument à cette dernière conception ; une systématisation au moins relative du droit est en effet nécessaire si l'on ne veut pas imposer à l'homme l'univers du procès de Kafka, en le soumettant à des lois ignorées de lui (132) ; il y a donc un lien certain entre systématisation et sécurité, qui conduit à opposer un droit jurisprudentiel dont les solutions seraient énoncées de façon totalement casuistique et empirique, à celui qui au contraire établirait des règles répondant à certains principes, claires, précises et fiables, et seraient ainsi suffisamment déterminables ; la déterminabilité, caractéristique de ce qui peut être établi avec suffisamment de précision, au terme d'une recherche, d'une réflexion ou d'une analyse, ne vise pas ici la faculté pour l'auteur de la règle de la définir avec précision, mais

(129) RIDC 84, p. 849.

(130) Cels Chenot. CE. 10 fév. 1950. Rec. Cons. Etat, p. 100 ; Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat. Etudes et documents, 1950, p. 77.

(131) Cf. notamment J. Rivéro, Apologie pour les faiseurs de systèmes. D. 1951, p. 99 ; Waline, Empirisme et conceptualisme : Faut-il tuer les catégories juridiques ? Mélanges Dabin, Sirey, 1963, p. 359.

(132) J.-L. Bergel, Différence de nature = différence de régime. R.T.D. Civ. 1984, p. 255.

beaucoup plus la possibilité pour son destinataire de la connaître. La détermination de la règle par son auteur dépend sinon exclusivement, du moins largement de sa volonté. Si le législateur peut éprouver des doutes au moment d'édicter la loi, il n'en a plus lorsqu'elle est établie et qu'elle soit parfaite ou non, il s'en remet au juge pour son interprétation et son application ; le juge peut également douter et hésiter au moment d'interpréter la règle textuelle -et ses hésitations seront a priori inversement proportionnelles au degré de détermination de celle-ci, mais c'est lui qui décide de la solution à donner ; le justiciable lui n'a aucun moyen d'action sur la règle qu'il ne pourra que subir. Il est donc évident que pour lui la sécurité juridique passe par la connaissabilité a priori de la règle, et qu'elle sera directement proportionnelle à celle-ci. La déterminabilité de la règle par le justiciable n'est pas uniquement fonction de sa détermination par son auteur ; elle implique en effet, une connaissabilité à la fois formelle (A) et matérielle (B).

A - La déterminabilité formelle de la règle jurisprudentielle

29 - La déterminabilité formelle de la règle suppose que l'on puisse y avoir accès et l'identifier. Cette question ne se pose guère pour les règles textuelles, notamment la loi, qui d'une part sont édictées dans une forme caractéristique et d'autre part font l'objet d'une publicité légale destinée à en permettre la connaissance par chacun. Ces deux traits sont liés à la présomption de connaissance de la loi qui si elle ne signifie pas que chacun la connaisse effectivement, implique du moins qu'il ait la possibilité de la connaître ; or, si la règle jurisprudentielle bénéficie de la même présomption, ne serait-ce que parce que le plus souvent elle est intimement liée à la loi, elle fait preuve sur ce plan d'une infériorité caractérisée. En effet, la règle jurisprudentielle étant formulée à l'occasion de décisions qui en constituent le support, il faut d'abord avoir accès à ces décisions (1) et ensuite isoler dans ce "magma" (133) celles qui sont porteuses de règles (2).

1 - L'accès à la règle jurisprudentielle

30 - La connaissabilité de la règle jurisprudentielle est conditionnée en premier lieu par la possibilité de connaître les décisions de la jurisprudence, et spécialement celles de la Cour de cassation ; or sur ce point, il faut considérer que cette connaissance est assez malaisée du fait d'une publicité insuffisante

(133) Jestaz, op. cit., p. 11.

et que l'on peut même estimer déficiente. En effet, en attendant la mise au point d'une informatisation (134) qui ne sera peut-être pas non plus la panacée, la publicité de la jurisprudence (135) est, on le sait, organisée de deux façons :

- Pour les arrêts de la Cour de cassation existent le bulletin des arrêts de la cour, et le rapport annuel au Garde des Sceaux qui rappelle les décisions les plus importantes et précise les tendances de sa jurisprudence.

- Pour les autres décisions, y compris les arrêts de la Cour de cassation existe une publication privée à travers environ 300 revues juridiques, dont l'ensemble donne, paraît-il, une vue assez complète de la jurisprudence. Cependant, malgré ou peut-être à cause de la multiplicité des sources, cette publicité paraît déficiente pour diverses raisons.

Si l'on met de côté le rapport annuel destiné à éclairer les décisions les plus marquantes, la publicité officielle au Bulletin apparaît la plus fiable (136) mais elle appelle aussitôt une observation.

Les chambres civiles de la Cour de cassation qui rendaient en 1961 environ 5000 arrêts en ont rendu en 1984, 10482, dont 1627 seulement ont été publiées au Bulletin, ce qui ne représente que 15 % de l'ensemble. Cette constatation implique une sélection faite par les auteurs des décisions selon le critère de leur intérêt scientifique (137). Mais cela ne signifie sans doute pas que la totalité des autres décisions soit dénuée de cet intérêt. Pour celles qui présentent un tel intérêt, il ne reste que la publicité des revues privées ; or chacune de celles-ci ne publie intégralement qu'un très petit nombre de ces décisions, la plupart n'étant rapportées que dans des panoramas, sommaires ou autres résumés, qui ne présentent que des abstraits ou des références assorties de commentaires, mais auxquels faute de mieux on se réfère. Cette situation paraît être source d'insécurité pour deux raisons.

En premier lieu, on peut bien sûr avancer l'idée que ces décisions qui n'ont pas été retenues au bulletin pour publication officielle ont une valeur moindre. Est-ce à dire pour autant qu'elles n'en ont aucune ? Rien n'est moins certain car sinon quel intérêt y

(134) Ghestin, Goubeaux, *op. cit.*, p. 47 ; A. Dunes, La non publication des décisions de justice. RIDC 86, p. 757 ; A. Perdriau, *op. cit.*, J.C.P. 1986, 3257.

(135) Cf. E. Bach, *op. cit.*, n 228 et s.

(136) Cette fiabilité n'est pas absolue ; cf. pour un exemple, un arrêt Soc. 19 nov. 1981, BAC. V. n. 895 présenté par un commentateur pourtant particulièrement autorisé comme annonçant un changement de cap de la jurisprudence en matière de critère du contrat de travail, et qui n'a pas été mentionné au rapport annuel, et surtout dont la solution n'a jamais été reprise ultérieurement.

(137) Sur les causes et critères de cette sélection, cf. Dunes, *op. cit.*, p. 760.

aurait-il à les publier ? et l'on constate le plus souvent que nombre d'entre elles apportent des précisions ou des solutions intéressantes et l'on peut a priori penser que si le même cas se trouve soumis à la Cour de cassation, celle-ci tranchera la question dans le même sens, de telle sorte qu'il peut être opportun de s'y référer éventuellement. Mais cette référence se heurte à une difficulté car on ne dispose pour cela que d'un abstrat supposé reproduire la règle énoncée par la Cour de cassation mais sans aucun moyen de contrôle ni d'appréciation, ou de brefs commentaires. Quelque soit l'autorité des auteurs de ceux-ci, le premier risque est que, faute d'en avoir une connaissance directe et exacte, l'on se retrouve dans la situation des glossateurs qui, ayant perdu de vue la règle, discutaient et dissertaient sur des commentaires...

Ensuite, il résulte de cet éparpillement des sources de connaissances de la jurisprudence, un risque d'inégalité dans la mesure, où sauf à être un spécialiste de la question, il relève davantage du hasard que de la recherche, que l'une des parties au litige trouve ainsi la décision qui étayera son raisonnement et qui confortera sa prétention. Si l'abondance est une bonne chose, encore faut-il qu'elle soit ordonnée et méthodique, et l'on peut se demander si une situation comme celle-ci est bénéfique ; en effet, nul n'est tenu de savoir ce que tout le monde ignore, mais ce n'est pas le cas, même si pratiquement cette connaissance est particulièrement aléatoire (138). Et si l'intéressé trouve la décision, il lui sera d'autant plus difficile de convaincre le juge que celui-ci n'aura non plus aucun moyen supplémentaire de contrôle de la règle invoquée.

Cette situation à tous égards n'est donc pas satisfaisante, surtout lorsque l'on fait cette constatation paradoxale, qu'à une époque où la jurisprudence a pris une importance grandissante, elle est d'autant plus difficile à connaître formellement. Mais la difficulté ne s'arrête pas là, car lorsque l'on a trouvé la décision in extenso, encore faut-il dans celle-ci, isoler la règle éventuelle, l'identifier formellement.

(138) Cf. pour un exemple de responsabilité de l'avocat qui a méconnu une jurisprudence récente de la Cour de cassation : civ. 1, 15 octobre 1985. BAC I. n. 257, p. 230 ; obs. J. Huet, R.T.D. civ. 1986, p. 759 qui soulève le problème de la connaissabilité de la jurisprudence. La faute d'ignorance avait été commise en l'espèce en déc. 1972, alors que la jurisprudence ignorée remontait à deux décisions des 18 janvier et 14 juin 1972... or, les décisions sont publiées au Bulletin avec 6 à 8 mois de retard !...

2 - L'identification formelle de la règle

31 - Tous les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas, on le sait, le même intérêt ni la même valeur. Tout dépend ici de la nature du moyen invoqué et du motif de la cassation ou du rejet. Il est classique de rappeler que sont seules significatives, les décisions de cassation pour violation de la loi (139), ou à un degré moindre, pour manque de base légale (140), ainsi que les arrêts de rejet d'un moyen tiré du fond du Droit, alors qu'au contraire les arrêts de rejet statuant sur un défaut de motifs, ou s'abritant derrière une appréciation souveraine des juges du fond ou encore rejetant un prétendu défaut de réponse à conclusions n'ont aucune signification normative. Et l'on peut être surpris en constatant que ces dernières décisions peuvent parfois intervenir à l'occasion de décisions des juges du fond, manifestement erronées en Droit. Il y a là des distinctions formelles mais tellement subtiles quelquefois que d'éminents magistrats initiés ont jugé utile de prendre la plume pour nous expliquer ou nous rappeler les méthodes d'élaboration ou la signification formelle des décisions de la Cour de cassation (141). Leurs travaux sont particulièrement opportuns et instructifs, mais ce que l'on en retiendra ici c'est que l'on n'a jamais vu, un juge du fond, éprouver le besoin, sauf pour écrire ses mémoires, d'expliquer son activité ou ses méthodes de travail. Si néanmoins les travaux précédemment évoqués présentent une réelle utilité, c'est parce que la compréhension des arrêts de la Cour Suprême confine quelquefois davantage à l'herméneutique qu'à une simple connaissance du droit, et qu'il n'est pas toujours évident d'en dégager la règle, voire même simplement de comprendre exactement la décision. Il est particulièrement éloquent à cet égard de lire sous la plume de magistrats autorisés qu'il arrive que la Cour de renvoi elle-même, à laquelle est destiné au premier chef l'arrêt de la Cour de cassation, ne comprenne pas toujours ce qu'a voulu cette dernière (142). Comment pourrait-il en être

(139) Cf. par ex. dans la jurisprudence récente : Civ. 1, 13 janvier 1987, J.C.P. 1987.II.20860 ; Civ. 1, 9 déc. 1986, J.C.P. 1988.II.20921 ; Civ. 1, 8 mars 1988, J.C.P. 1988.II.21070.

(140) Idem. Cass. com. 10 mars 1987, J.C.P. 1987.II.20908.

(141) E. Franck, L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg, précité ; Perdriau, op. cit. ; J. Voulet, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, J.C.P. 1970.I.2305.

(142) Touffait. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation. R.T.D. Civ. 1974, p. 493 ; Picca, La Cour de cassation, P.U.F., 1986, p. 115. Il est vrai qu'en ce qui concerne la règle éventuelle, celle-ci est souvent énoncée dans un chapeau, en termes abstraits, ce qui facilite largement son identification formelle, mais la pratique du chapeau n'est pas générale et systématique. Cf. Perdriau, op. cit., n. 175 et s. ; Voulet, op. cit., n. 15 et s.

autrement de ceux qui ne sont ni auteurs ni destinataires de la décision ?

32 - Au-delà de cet hermétisme formel, la signification inégale des arrêts de la Cour est due, nous dit-on, à sa technique propre car elle n'exerce de contrôle sur l'arrêt qui lui est déféré qu'à travers et dans les limites du moyen dont elle est saisie (143), ce qui emporte deux séries de conséquences : il arrive ainsi qu'elle laisse passer des décisions erronées, parce que la critique est mal dirigée ; il arrive aussi que la Cour saisie de plusieurs moyens casse pour une raison de forme, et ne fournisse aucune réponse à des moyens éventuellement pertinents tirés du fond du droit, laissant ainsi planer l'incertitude. Tout d'abord, on peut regretter une telle situation qui constitue bien souvent une prime à l'habileté de l'auteur du pourvoi et conduit à faire prévaloir le rôle disciplinaire de la Cour de cassation, sur son rôle régulateur, faisant passer au second plan l'unité du droit. C'est pourquoi on a pu proposer la généralisation de la cassation sur tous les moyens (144). On a également rappelé que la technique qui s'impose à la Cour de cassation n'est pas aussi rigide, que la façon dont elle l'applique le plus souvent, et qu'elle a la possibilité dont elle n'use guère de relever d'office des moyens du pur droit, ou de rejeter un pourvoi par le procédé de la substitution de motifs (145) ; ceci conduit à considérer qu'il y a là une attitude délibérée des hauts magistrats qui se justifie par leur prudence, mais qui n'est sans doute pas pleinement satisfaisante au plan de la sécurité juridique, d'autant qu'elle entraîne une autre conséquence évoquée par M. l'avocat général Lindon (146).

Il arrive que la Cour ne puisse modifier une jurisprudence qu'elle considère comme périmée, parce que celle-ci étant bien établie, aucun pourvoi n'est plus formé qui lui permettrait de se saisir du problème et de faire connaître une nouvelle règle. Il y a là un paradoxe puisque une jurisprudence va se maintenir peut-être contre le gré des juges du fond qui croient simplement respecter la doctrine de la Cour Suprême, et sûrement contre le désir de celle-ci.

Pourtant, la Cour de cassation a la possibilité quand elle le veut, dans le cadre de son rôle régulateur de sortir du moyen ; la règle jurisprudentielle figure en effet habituellement dans un chapeau, qui constitue la "réponse de la Cour à la question de droit", et constitue le précédent ; or, celui-ci, à la différence de

(143) R. Lindon, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, J.C.P. 1975.I.1682, IIIe ; Voulet, *op. cit.*, n. 3 ; Ghestin-Goubeaux, p. 368.

(144) Lindon, *op. cit.*, n. IV g ; Touffait. Tunc, *op. cit.*, n. 16, p. 493, note 31.

(145) Perdriau, *op. cit.*, n. 69 ; Voulet, *op. cit.*, n. 16 ; E. Prieur, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, *Economica*, 1986.

(146) Lindon, *op. cit.*, IIIe.

la décision elle-même n'est pas enfermée dans les limites du moyen (147) et la Cour de cassation peut y trouver l'occasion de formuler la règle qu'il serait opportun qu'elle énonce. Mais il semble qu'elle ne souhaite guère user de cette faculté. Ces observations qui n'ont porté que sur des points que chacun connaît déjà, tendaient seulement à faire ressortir la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer formellement la règle jurisprudentielle ; elles ne peuvent déboucher que sur des questions.

De *lege ferenda*, ne pourrait-on envisager de dissocier les deux fonctions de la Cour Suprême pour ne lui réserver que les pourvois portant sur un point de droit nouveau ou controversé, ce qui lui permettrait d'assurer pleinement son rôle régulateur ? Ceci aurait le double avantage d'abord de la désencombrer de nombre de pourvois qui n'appellent qu'un rôle de "gendarme", ensuite de faire mieux et plus clairement ressortir la valeur de ses décisions. Ensuite, de *lege lata*, ne serait-il pas possible, d'une part que les hauts magistrats fassent clairement et peut-être plus systématiquement connaître leur doctrine, en précisant celles de leurs décisions auxquelles ils souhaitent voir s'attacher une valeur normative, notamment par la systématisation du chapeau, qui permet de cette manière de faire ressortir la règle et montrer son autorité ?, ne serait-il pas possible non plus que sur une question qui prête à controverse ou qui divise les juges de fond, ils saisissent l'occasion de faire connaître même par voie incidente leur position, sans attendre d'être expressément saisis de la question.

Enfin, ne pourrait-on apporter quelques modifications mineures à la publication notamment en publiant les arrêts plus rapidement au bulletin, et en revoyant les critères de sélection : l'intérêt doctrinal de la publication *in extenso* d'un arrêt appliquant purement et simplement une jurisprudence cinquantenaire ou répétitive bien assise n'est pas évident, et elle pourrait peut-être, être remplacée avantageusement par une simple mention, alors que d'autres décisions vraisemblablement non dénuées d'intérêt et qui ne la trouvent pas y auraient pourtant leur place. Sur tous ces plans, une reconnaissance officielle et formelle de la valeur du précédent aurait le grand avantage de clarifier la situation et certainement de la simplifier car, il n'impliquerait pas une référence à la dernière jurisprudence, mais au contraire à la plus ancienne dès lors qu'elle n'a pas été modifiée. En tout état de cause, il n'y aurait qu'avantage à ce que les choses soient précisées clairement, car à

(147) Perdriau, *op. cit.*, n. 46 et 53.

cette difficulté s'ajoute souvent celle de la détermination matérielle de la règle.

B - La déterminabilité matérielle de la règle jurisprudentielle

33 - Connaître la règle matériellement, c'est pouvoir définir avec précision, ses contours, sa signification, sa portée ; le déterminisme absolu de la règle de Droit n'est pas possible, et il faut donc se contenter d'une détermination relative plus ou moins grande et dont le degré est quelquefois voulu par l'auteur de la règle (148) ou indépendant de sa volonté.

On peut à cet égard semble-t-il poser en principe que la règle est suffisamment déterminée et trouve ses limites, lorsqu'est précisé ce qui était définissable sans tomber dans le domaine ni de la casuistique, ni de ce qui ne relève plus du droit. La comparaison récente (149) de l'évolution de deux jurisprudences, montre que la position de la Cour Suprême n'est pas toujours également satisfaisante sur ce plan.

Dans l'arrêt Mercier en date du 20 mai 1936 (150), la Cour de cassation posait en principe l'obligation pour le médecin de donner au malade, des soins consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la Science. Si la jurisprudence a eu ultérieurement à préciser différents aspects de cette obligation, elle a toujours été particulièrement prudente pour apprécier la conformité aux données de la science médicale, s'estimant à juste titre sans qualité pour s'ingérer dans l'examen de questions de la pure science médicale. Ainsi, la règle trouvait en elle-même sa limite, mais sa fixation est néanmoins satisfaisante car une détermination abstraite et a priori plus poussée d'une part était sans doute impossible, mais surtout ne relevait plus du domaine du droit, mais de celui de la médecine. Un autre problème qui a également un rapport avec le domaine médical, mais a trouvé une solution moins complète au niveau de la règle, est celui du transexualisme (151).

La Cour de cassation ayant eu pour la première fois à connaître de cette question, dans deux arrêts du 16 décembre

(148) Cf. récemment Timsit. Pour une nouvelle définition de la norme. D. 88, chron. p. 267 qui distingue dans les degrés moyens de détermination ou d'intégration, les techniques de prédétermination correspondant aux standards, et celles de surdétermination qui correspondent aux directives, définissant seulement des orientations générales.

(149) La majorité des exemples de cette partie de l'étude sera tirée de la jurisprudence récente, d'abord pour des raisons évidentes de commodité, mais aussi et surtout parce que la concentration sur une courte période fait mieux ressortir la généralité et l'actualité du problème.

(150) Sur le bilan de cette jurisprudence, cf. M. Haricheaux, L'obligation du médecin de respecter les données de la science. J.C.P. 1987.I.3306.

(151) M. Gobert, Le transexualisme, fin ou commencement ? J.C.P. 1988.I.3361.

1975 (152), statuant l'un à l'occasion d'une demande de rectification d'état civil, l'autre de changement de prénom, avait rejeté une demande et admis l'autre, prenant comme critère le caractère délibéré ou subi de la transformation. Il semble que la doctrine de la Cour Suprême n'ait pas été entendue de certains juges du fond qui ont admis des demandes en dehors des critères qu'elle avait établis, peut-être parce qu'ils avaient mal compris la règle qu'elle entendait poser. Pourtant, il a fallu attendre deux autres décisions des 3 et 31 mars 1987 (153) pour que la Cour de cassation confirme sa position initiale, après avoir selon l'expression d'un auteur, pris dans un arrêt du 30 novembre 1983, "le premier mauvais prétexte pour faire du sur place" (154). Ce qu'il faut ici noter de cette jurisprudence, c'est la réticence indéniable de la Cour à prendre catégoriquement position sur le problème, laissant ainsi la place à un flottement inévitable parmi les juges du fond (155). On remarque également qu'aucune des décisions précédentes ne contient de chapeau qui constitue habituellement l'expression formelle de la règle, et que si la solution donnée est assez claire, on n'en connaît pas les raisons, dès lors que la Cour a abandonné la référence au principe de l'indisponibilité de l'état ; il y a là deux circonstances de nature à minimiser éventuellement la portée de la solution donnée.

34 - On a souvent évoqué comme facteur d'incertitude sur la signification ou la portée des arrêts de la Cour de cassation, la concision voire la brièveté de ceux-ci (156) et l'on a proposé pour en faciliter la compréhension, comme cela peut se faire dans certaines Cours suprêmes étrangères l'émission d'opinions séparées par les magistrats (157) ou de substituer au principe de l'affirmation pure et simple de la règle, une véritable argumentation de celle-ci (158).

Cependant, outre les obstacles pratiques auxquels ces solutions se heurteraient, elles ne sont peut-être pas nécessaires à

(152) Civ. 1, 16 déc. 1975. D. 76.397, note Lindon ; J.C.P. 1976.II.18503, note Penneau.

(153) Civ. 1, 3 mars 1987. BAC. I. n. 79, p. 59 ; Civ. 1, 31 mars 1987, D. 87, p. 445, note Jourdain ; J.C.P. 1988.II.21000, note Agostini.

(154) Gobert, op. cit., n. 8.

(155) On peut même se demander en l'occurrence si la 1ère chambre civile ne se complait pas à entretenir ce flottement, si l'on considère son arrêt du 7 juin 1988 (BAC. I. n. 176) dans lequel elle indique que les "juges du fond après avoir constaté que J.M. présentait les caractères génétiques, anatomiques et physiologiques du sexe féminin, ont pu estimer que les considérations psychologiques et sociales invoquées étaient insuffisantes pour justifier un changement de sexe".

(156) Atias, op. cit., n. 5 ; Lindon, op. cit., n. II ; Voulet, op. cit. ; Ghestin-Goubeaux, n. 474.

(157) L. Welamson, La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes, R IDC 1979, p. 509.

(158) Lindon, op. cit., n. IV B ; Touffait. Tunc, p. 489.

la clarté de la règle. D'abord, la brièveté si elle n'est que la concision s'accommode parfaitement de la précision ; ensuite il n'est pas toujours nécessaire de connaître les raisons d'une règle et l'on peut rappeler que l'exploration par exemple des travaux préparatoires d'une loi (159) ou la lecture de circulaires administratives d'application se révèlent bien souvent décevantes. Surtout, il faut considérer sur le plan pratique que les motifs ne constituent qu'un substitut de la règle elle-même, permettant par exemple d'en tirer des conséquences, des applications qui n'en résulteraient pas à l'évidence, ce qui conduit à penser qu'une bonne règle n'a pas besoin de motifs (160). On a justement dit également que l'autorité de la Cour Suprême peut se suffire à elle-même (161) et que l'expression de motifs aurait peut-être essentiellement pour conséquence d'alimenter la controverse.

Cette opinion appelle cependant une réserve qui permet de penser que la solution de la jurisprudence sur le transexualisme par exemple, aurait pu opportunément s'accompagner de quelques motifs.

L'élaboration de toute décision ou de toute règle juridique fait intervenir un raisonnement d'ordre logique, mais également des choix relevant de la politique juridique, de jugements de valeur (162) ; or, si un raisonnement logique peut se suffire à lui-même, il n'en est pas de même du choix politique et la compréhension de la règle et les conséquences que l'on peut en tirer peuvent être difficiles si l'on ne connaît pas les choix qui ont présidé à son édicition ; sur une même question, l'existence de jugements de valeurs différents peut conduire à des solutions totalement différentes, voire même opposées (163). Il en résulte évidemment que moins la règle peut se rattacher à la logique, et plus le choix politique y est prépondérant, plus elle doit être expliquée, ou en tout cas explicite et claire, de façon que l'on ne puisse se méprendre sur sa signification et sa portée. Il en va de même lorsque la jurisprudence pose une règle *contra legem*, en allant à l'encontre d'une règle textuelle claire, car en pareil cas, il

(159) Sur ce point, cf. H. Capitant, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires* DH. 35. Chron., p. 77 ; M. Couderc, *Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers*. D. 75, Chron. p. 249.

(160) Au contraire par exemple, la compréhension des deux alinéas de l'art. 122.14.2. C. Trav. résultant de la loi du 30 décembre 1986, s'appuie sur les explications données lors des travaux préparatoires de la loi, mais parce que le texte était particulièrement mal rédigé.

(161) Hebraud, *Le juge et la jurisprudence*, Mélanges Couzinet, p. 347, n. 14.

(162) A. Tunc, *Logique et politique dans l'élaboration du droit*, spécialement en matière de responsabilité civile. Mélanges Dabin, p. 317 ; E.W. Patterson, *L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique*, eo. loc., p. 197.

(163) Cf. notam. P. Voirin (*Interprétation judiciaire et interprétation administrative en Droit social*. Mélanges Savatier, Dalloz 1965, p. 941) qui a ainsi mis en lumière certaines oppositions entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ou l'administration.

ne s'agit plus d'une interprétation de la loi qui puisse se justifier par le raisonnement logique, mais là encore d'un choix résultant d'une appréciation différente de celle faite par le législateur. Il est donc évidemment préférable de connaître les raisons de ce choix (164). En dehors même de ces hypothèses extrêmes, la connaissance de la règle jurisprudentielle peut se heurter à des difficultés qui lui sont intrinsèques (1) ou tenant à des éléments extrinsèques (2).

1 - Les difficultés intrinsèques de connaissance de la règle jurisprudentielle

35 - Le juge a pour remplir sa mission trois opérations successives à effectuer : constater les faits, les qualifier au regard des notions légales et déduire les conséquences juridiques de la qualification retenue (165). Seules les deux dernières phases intéressent la règle de droit, textuelle ou jurisprudentielle et le rôle normatif de la jurisprudence. Ce que l'on peut attendre de la jurisprudence varie selon les hypothèses et les circonstances.

36 - La qualification consiste à rattacher les faits à une catégorie ou à un concept juridique pour en tirer les effets que la règle lui attache ; lorsque la règle textuelle détermine précisément la catégorie ou le concept, il n'y a en principe qu'à qualifier et le juge n'a pas besoin de faire oeuvre normative (166).

Mais la qualification, pour être rationnelle, "suppose des références pré-constituées, la définition précise et exacte des notions et des catégories en fonction de traits caractéristiques de leur nature, les distinguant de ceux des notions et des catégories

(164) Cf. par ex. la jurisprudence qui interprétant la disposition de l'art. L.122.14.4 al. 1, C. Trav. qui impose au tribunal d'ordonner à l'employeur de refaire la procédure, considère que le juge peut estimer inutile d'ordonner l'accomplissement de la procédure, si cette formalité lui apparaît sans intérêt (Soc. 16 mai 1978, JS. 78, F. 45).

(165) Ccls. G. Picca sur Soc. 21 janvier 1987, D. 87, p. 111.

(166) Sauf à observer que la jurisprudence déforme quelquefois les catégories et les concepts, même précisément déterminés par la loi ; par ex., lorsque pour classer l'avertissement de l'art. L.122.41 C. trav. dans les sanctions majeures ou mineures, la Cour de cassation après une jurisprudence particulièrement fluctuante des juges du fond, décide, conformément à la lettre du texte, que l'avertissement est une sanction mineure, (Soc. 20 juillet 1987. DT. Soc. 88, p. 251) pour ajouter ensuite (Soc. 7 janvier 1988, DT. Soc. 88, p. 257) qu'il devient une sanction majeure lorsque l'employeur s'y réfère dans une lettre de licenciement. Il en est de même lorsqu'elle qualifie une rupture de contrat de travail de "transaction" tout en constatant que l'employeur n'a pas fait de concession (Soc. 14 janvier 1988, Obs. H. Blaise, Une transaction sans concession, DT. Soc. 1988, p. 432) alors surtout que cette qualification paraît gratuite, puisque la jurisprudence admet la rupture amiable sans se référer à l'idée de transaction (cf. notam. Soc. 5 mars 1986. BAC. V. n. 60, p. 48 et H. Blaise, Accords et règlements financiers liés à la rupture du contrat de travail. Bul. Soc. Lefevre, 1987, p. 203).

différentes" (167). Si l'on a pu dire que nos lois contenaient un "trésor de définitions" (168), on constate également fréquemment que la règle textuelle reste incertaine ou insuffisante et ne fournit pas toujours la définition nécessaire ; on peut alors penser que le rôle normatif de la jurisprudence, et la fonction régulatrice de la Cour de cassation doivent la conduire à suppléer la défaillance de la loi et à fournir l'instrument utile à une bonne qualification. Or, si elle fournit fréquemment de telles définitions soit pour compléter les définitions légales -telles les notions d'oeuvres (169) ou de représentation (170) au sens de la loi du 11 mars 1957- ou en l'absence de toute disposition textuelle, comme la garantie à première demande (171), il faut observer néanmoins que sa position est loin d'être toujours aussi satisfaisante, même dans des domaines particulièrement "sensibles".

L'application de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents en fournit un excellent exemple. On sait que ce texte organise dans ses articles 1 à 6, le droit à indemnisation des victimes d'un accident dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur en distinguant parmi les victimes celles dont le droit n'est atteint que par leur faute inexcusable et les conducteurs des véhicules terrestres à moteur. Or, la loi ne donne aucune définition de l'implication, des victimes et conducteurs, ni de la faute inexcusable.

La jurisprudence a donné une définition formelle et précise de celle-ci (172) mais si une telle définition est évidemment utile, elle n'était peut-être pas indispensable. Elle est, en effet, nouvelle en la matière, mais le droit la connaissait déjà notamment en matière d'accidents du travail à l'occasion desquels la Cour de cassation donnait une définition identique (173) ; on peut en déduire qu'elle n'utilise pas une définition terminologique mais réelle (174) de la faute inexcusable susceptible d'être utilisée dans d'autres domaines.

La notion d'implication, elle, est totalement nouvelle, dans le droit des accidents de la circulation comme ailleurs. Une

(167) Bergel, *op. cit.*, n. 6, p. 260.

(168) G. Cornu, *Les définitions dans la loi*. Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 77.

(169) Civ. 1, 18 mars 1986, J.C.P. 1987.20723, Ccls. Gulphe.

(170) Civ. 1er mars 1988. J.C.P. 1988.21120, note A. Francon.

(171) Com. 2 fév. 1988, BAC. IV, n. 55, p. 39 ; D. 88 som. p. 239, Obs. Levasseur.

(172) La 2ème Ch. civ. a défini la faute inexcusable comme "la faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience" à l'occasion de 11 décisions du 20 juillet 1987 (BAC. II, n. 160-161). Cette définition est d'ailleurs rappelée régulièrement (cf. par ex. Civ. 2, 11 juillet 1988. BAC. II, n. 163, p. 87).

(173) "Faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative" (Ch. Réunion, 15 juillet 1941, D.A. 41, p. 117 ; cf. également Cass. AP. 18 juillet 1980, BAC. 80, AP. 9).

(174) Cornu, *op. cit.*, n. 8 et s.

définition est donc plus impérieuse, d'autant que la doctrine s'interroge légitimement sur les liens que cette notion peut entretenir avec la causalité (175) ; et pourtant on rechercherait vainement une telle définition, voire même une directive claire d'interprétation, la Cour se bornant à faire une application de la notion qui relève de la casuistique ; elle relève par exemple qu'est impliqué le véhicule qui s'est immobilisé à contresens sur la chaussée interférant ainsi sur la circulation des véhicules qui le suivaient (176) ou simplement celui qui, en mouvement, est entré en collision avec un autre, quelles que soient les circonstances de la collision (177) ou encore, celui qui a heurté un corps se trouvant sur la voie de circulation à la suite d'un précédent accident, sans qu'il y ait à rechercher si la victime était encore vivante ou non au moment du choc (178). Pour expliquer ces solutions, la doctrine doit se résoudre à n'émettre que des hypothèses, considérant en 1987 que l'implication ne serait que la causalité avec une terminologie nouvelle (179), en 1988, qu'elle aurait deux aspects, selon les circonstances de l'accident (180), ou encore que notion unitaire, elle serait quelquefois présumée (181).

Une difficulté analogue se présente avec la distinction des victimes et des conducteurs d'engins terrestres à moteur ; la première catégorie étant selon la loi résiduelle (182), il suffirait de définir celle de conducteur. Mais la Cour Suprême ne le fait pas et la question peut aujourd'hui être : quand cesse-t-on d'être conducteur pour devenir victime au sens de l'art. 3 ? La Cour ne donne aucune directive, se contentant là encore d'affirmer que celui qui se trouve hors ou à proximité de son véhicule (183), qui est occupé à y reprendre place (184), ou qui ayant coupé le moteur est en train de descendre du véhicule (185) ou encore, celui-ci, qui marche tenant son cyclomoteur à la main (186) ne

(175) Cf. notam. H. Groutel, L'implication du véhicule dans la loi du 5 juillet 1985. D. 87, Chron. p. 1 ; F. Chabas, Notion et rôle de l'implication du véhicule au sens de la loi du 5 juillet 1985. Gaz. Pal. 86.I. Doct. p. 64 ; note M. Saluden, Sous Civ. 2, 26 nov. 1986, J.C.P. 1987.II.20833.

(176) Civ. 2, 27 avril 1988. BAC. II, n. 101, p. 52.

(177) Civ. 2, 20 avril 1988. BAC. II, n. 89, p. 46 ; Civ. 2, 16 mai 1988, BAC II, n. 115, p. 61.

(178) Civ. 2, 26 nov. 1986, précité.

(179) H. Groutel, précité.

(180) H. Saluden, précité.

(181) A. Lacabarats, La loi 85.677 du 5 juillet 1985 : une année d'application par la Cour de cassation. Gaz. Pal. 1-3 fév. 1987, doct. p. 2.

(182) Art. 3 de la loi ; cf. Bergel, op. cit., p. 268 ; la 2ème Ch. civ. en déduit logiquement que l'application de la loi de 1985 n'est pas subordonnée à la qualité de piéton, de la victime. (Civ. 2, 13 janv. 1988, BAC. II, n. 12, p. 6).

(183) Civ. 2, 15 juillet 1988, 2 espèces. BAC. II, n. 139-140.

(184) Civ. 2, 20 avril 1988. BAC. II, n. 90, p. 47.

(185) Civ. 2, 10 mars 1988. BAC II, n. 60, p. 32.

(186) Civ. 2, 14 janv. 1987, J.C.P. 1987.20910, note Chabas ; cf. aussi obs. J. Huet, R.T.D. civ. 87, p. 772.

sont pas conducteurs alors que celui-ci qui pédale pour faire démarrer son vélomoteur, a cette qualité (187). Une telle conception peut paraître choquante puisque, celui qui après avoir stoppé son véhicule dans des conditions irrégulières ou anormales, est heurté et blessé par un autre, circulant normalement, pendant qu'il descend du sien pourra invoquer l'art. 3 de la loi alors que le conducteur du second véhicule s'il est également blessé aura beaucoup de difficultés à obtenir une indemnisation (188).

Ce que l'on retiendra de cette jurisprudence décevante qui hésite à s'engager sur des conceptions claires, ce qui lui permet de qualifier avec souplesse les situations qui lui sont soumises, peut être parce que la qualification est le terrain d'élection des correctifs au raisonnement logique (189) c'est que l'on risque sans doute de voir à nouveau se concrétiser rapidement la situation que dénonçait Savatier en 1963 à propos de la responsabilité : "la jurisprudence a fini par entrer dans des impasses où le justiciable ne peut plus souvent deviner d'avance de quelle manière il sera jugé, tant s'enchevêtrent chez les juges de la Cour Suprême, des formules qui deviennent pratiquement contradictoires par leur complexité" (190).

La situation n'apparaît guère meilleure lorsque l'on envisage le problème de la détermination des effets d'une règle.

Là encore, la jurisprudence pose parfois des règles parfaitement claires, par exemple en décidant que lorsque la caution s'est seulement obligée pour une somme déterminée en principal, son engagement ne s'étend pas aux intérêts et accessoires (191), ou que la portée de la résolution pour inexécution partielle des contrats à exécution échelonnée, atteint tout ou partie de ceux-ci, suivant que les parties ont voulu faire

(187) Civ. 2, 28 avril 1986, BAC. II, n. 63, p. 42.

(188) Il semblerait qu'il puisse cependant invoquer l'art. 1384, al. 1 C. civ. ce que l'art. 2 de la loi permet d'envisager. Par ailleurs, la jurisprudence considère que, si les art. 1 à 3 de la loi sont sans application pour l'exercice des actions récursoires (cf. M. Behar-Touchais, Le fondement des recours contributoires entre conducteurs ou propriétaires de véhicules coïmpliqués dans un accident de la circulation après la loi du 5 juillet 1985. J.C.P. 1988.I.3339 ; obs. J. Huet ; R.T.D. civ. 1987, p. 773) l'action récursoire peut être fondée sur l'art. 1384, al. 1er (Civ. 2, 20 avril 1988. BAC. II, n. 164, p. 188). Cela peut d'ailleurs conduire à une conséquence curieuse dans notre exemple : le chauffeur du premier véhicule, victime n'est pas qualifié conducteur parce qu'il n'aurait plus une certaine maîtrise de son véhicule (Civ. 2, 14 janv. 1987, J.C.P. 1987.II.20768, note Chabas). Mais supposons qu'il y ait eu un passager blessé et indemnisé par le conducteur du second véhicule, celui-ci pourra exercer son action récursoires contre le premier, qui se verra alors reconnaître maîtrise et contrôle pour être qualifié gardien...

(189) Bergel, op. cit., p. 271-272.

(190) R. Savatier, Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif, Mélanges Dabin, 1963, p. 293.

(191) Civ. 1, 9 déc. 1986. J.C.P. 1988.II.20921, note critique M. Starck.

une convention indivisible ou fractionnée en une série de contrats (192). Mais elle n'apporte pas toujours des réponses aussi précises.

Ainsi, l'art. L.122.32.2 C. Trav. résultant de la loi du 7 janvier 1981 sanctionne par la nullité, le licenciement intervenu en dehors des cas prévus par la loi, pendant la période de suspension du contrat correspondant à la période d'arrêt de travail. Mais le texte ne précise pas les conséquences de cette notion, et les effets de celle-ci sont variables selon les hypothèses de licenciement sanctionnées par une nullité. La question se posait alors de l'application à cette hypothèse de l'indemnité minimale de 12 mois de salaire prévue par l'art. L.122.32.7 pour le cas où l'employeur ne remplit pas ses obligations de reclassement à l'issue de la période de suspension ; la chambre sociale, déclare inapplicable l'art. L.122.32.7 (193) et indique que le juge évalue souverainement le montant des dommages et intérêts, tout en précisant qu'il a la possibilité pour ce faire, de se référer aux indemnités fixées par l'art. L.122.32.7 (194). Quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir au fond sur la solution adoptée, il faut simplement en noter ici l'ambiguïté, car de deux choses : soit l'art. L.122.32.2 est sanctionné par une indemnité que le juge évalue souverainement en fonction du préjudice subi, soit elle est sanctionnée par un forfait, fixe ou minimum qui s'impose au juge, mais il paraît a priori contradictoire en posant le principe d'une évaluation souveraine, de préciser que le juge peut se référer à un forfait (195).

Quelquefois, la solution judiciaire sans être aussi ambiguë, n'est pas pour autant pleinement satisfaisante. Ainsi en est-il lorsque la jurisprudence pose une règle implicite.

Dans l'affaire Thorens, la victime de l'effet nocif de médicaments avait recherché la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques en invoquant notamment la garantie de l'art. 1641 C. civ. ; la 1ère chambre civile écarte l'application de cette garantie en posant en principe que le vice caché étant naturellement inhérent à la chose elle-même, ne peut résulter de l'association de deux médicaments (196). Seulement, l'applicabilité de l'art. 1641 posait le problème autrement important de la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité du Laboratoire

(192) Civ. 1, 13 janv. 1987. J.C.P. II.20860, note G. Goubeaux, cf. pourtant pour la portée de cette jurisprudence, J. Mestre, Obs. R.T.D. Civ. 1987, p. 540.

(193) Soc. 12 mars 1987, J.C.P. E. 88.II.15215, note Mouly.

(194) Soc. 16 fév. 1987, eo. loc.

(195) A moins que cette apparente contradiction ne signifie tout simplement que si l'indemnité de 12 mois de salaire n'est pas un minimum obligatoire, le juge peut souverainement se référer à ce forfait, sans référence au préjudice réellement subi par le salarié. Mais si la critique alors se déplaçait, elle ne devrait dans ce cas, pas en demeurer moins vive.

(196) Civ. 1, 8 avril 1986. J.C.P. 1987.20721, note Viala, Viandier ; obs. J. Huet, R.T.D. civ. 1986, p. 777.

envers les utilisateurs de médicaments. Ainsi que le relèvent les commentateurs, en statuant comme elle l'a fait "la Cour de cassation paraît renforcer la thèse de la responsabilité contractuelle". On peut cependant regretter qu'elle n'ait pris position qu'implicitement.

De même, dans une décision du 10 mars 1987, la chambre commerciale ayant à statuer sur un problème de compensation entre le paiement d'une créance de prix de fournitures cédée à un tiers et la créance consécutive à des malfaçons, reprochait à la Cour d'appel d'avoir écarté la compensation, sans rechercher si la créance de dommages et intérêts était ou non postérieure à la notification de la cession (197). Cet arrêt semble implicitement revenir sur une règle posée antérieurement ; la créance de dommages et intérêts prend normalement naissance en matière de garantie au jour du contrat (198) ; or, ainsi que le relève le commentateur de l'arrêt, si la Cour d'appel devait rechercher si la créance de dommages et intérêts était postérieure ou non à la cession, ce ne peut être que parce qu'elle a pris naissance au jour du dommage, et il faut peut-être voir dans cette décision une modification de la règle antérieure.

On ne peut aborder le problème de la déterminabilité de la règle jurisprudentielle sans évoquer enfin une hypothèse que l'on pourrait peut-être qualifier d'"abandon de la normativité".

Il résulte de la combinaison de diverses dispositions de la loi du 13 juillet 1973 que le licenciement doit avoir un motif réel et sérieux, que l'art. L.122.14.3 C. Trav. donne au juge, pouvoir de contrôler. En l'absence de définition légale de la notion, la Cour Suprême s'est abstenue de définir le motif réel et sérieux, se contentant là encore de procéder pendant treize ans à un contrôle de la qualification opérée par les juges du fond.

Mais après être passée par la réduction de ce contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation (199), la chambre sociale a, à partir d'un arrêt du 21 janvier 1987 (200) abandonné le contrôle de la qualification pour se limiter à celui de la motivation des décisions des juges du fond qu'elle laisse libres d'apprécier souverainement l'existence ou non du motif réel et sérieux (201). On a expliqué ce changement par la volonté de

(197) Com. 10 mars 1987. J.C.P. 87.20908, note B. Petit qui montre que l'arrêt pose beaucoup plus de questions qu'il n'en résoud.

(198) Com. 12 janvier 1982, D. 82, p. 533, note Derrida. Cf. sur la date de naissance des obligations contractuelles : obs. J. Mestre. R.T.D. civ. 1987, p. 748.

(199) Soc. 10, 11, 12 déc. 1985, DT. Soc. 86, p. 109.

(200) Soc. 21 janvier 1987, D. 87, p. 111. Ccls. contraires Picca ; on peut voir un signe annonciateur de cette décision dans Soc. 9 oct. 1986. (D. 87.63, note G. Lyon, Caen) qui selon le commentateur annonçait une "tempête".

(201) Cf. pour interprétation différente de la portée de cette nouvelle jurisprudence. J. Savatier, L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs du licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation. DT Soc. 87, p. 357 - qui considère

diminuer le nombre des pourvois et de "remédier à une situation d'enlisement de la chambre sociale dans un contrôle dont les principes directeurs n'apparaissent pas clairement aux interprètes" (202). Peu importent les raisons du changement et éventuellement son interprétation. Il faut simplement retenir ici les deux conséquences en résultant.

Tout d'abord, le justiciable ne paraît plus à même dans une situation donnée de prévoir si le licenciement aura un motif réel et sérieux, ce qui est le résultat de l'absence de détermination de la notion.

Mais ensuite et surtout, chaque juge du fond sera susceptible d'avoir sa propre conception du motif réel et sérieux.

Pour apprécier ici le rôle normatif de la jurisprudence, il convient de considérer que le concept de motif réel et sérieux appartient depuis 1973 à la catégorie de ces notions souples (203), floues ou à contenu variable (204) non définies parce que devant s'adapter à l'évolution et à la variété des situations, l'auteur de la règle n'a pas voulu ou pu les définir. Seulement, l'application de ces notions se fait habituellement à l'aide d'un standard, instrument de mesure en terme de normalité (205) qui constituera pour chaque cas concret, le facteur déterminant d'application de la règle. Et l'on peut penser que la Cour de cassation avait en matière de motif réel et sérieux un standard qu'elle faisait respecter à travers le contrôle de la qualification. En abandonnant celui-ci, elle a renoncé à ce standard puisque dorénavant chaque juridiction du fond pourra avoir le sien. Or, si l'on peut considérer que l'application d'un standard constitue l'exercice d'un pouvoir normatif (206) qui peut faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation, on doit au contraire admettre qu'ici la normalité du concept se dilue, puisqu'il n'y aura plus en l'occurrence, une règle, mais des règles. Et l'observation paraît pouvoir être généralisée, à chaque fois qu'à l'occasion d'une notion non définie la Cour Suprême refuse d'exercer son contrôle.

M. Jestaz a écrit que "les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique" (207). Cela est vrai de façon générale, mais le malaise s'accroît lorsque la notion devient trop protéiforme ; s'il est encore acceptable lorsqu'il s'agit de notions dont chacun a au moins le sentiment intuitif, cela devient

qu'elle ne modifierait pas fondamentalement le contrôle réel opéré par la Cour de cassation.

(202) J. Savatier, loc. cit. ; mais selon l'orientation prise actuellement, un risque identique ne risque-t-il pas de se produire à propos du contrôle de la qualification de l'"implication" par exemple ?

(203) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, précité, n. 185.

(204) C. Perelman, précité.

(205) S. Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, précité, p. 43.

(206) S. Rials, op. cit. ; contra Eisenmann, cité par Rials.

(207) Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du Droit civil*. Paris, 1968, p. 9.

au contraire dangereux lorsqu'elles reposent sur des conceptions politiques et sociales que tout le monde ne partage pas forcément.

40 - On a ainsi tenté de cerner les différents degrés de détermination de la règle jurisprudentielle qui peuvent être résumés en quatre hypothèses :

- la jurisprudence détermine de façon claire et précise un concept ou les effets juridiques qui s'y attachent ;
- elle applique un concept sans en donner la définition, ou elle pose une conséquence sans poser le principe : dans ce cas, le contenu du concept ou l'existence de la règle ne peuvent être déterminés avec certitude, ni précision ;
- elle pose une règle dont la signification ou la portée sont ambiguës ;
- elle refuse de poser ou d'appliquer une règle jurisprudentielle en l'absence de norme textuelle.

Si l'on met à part la dernière hypothèse quelles que soient ses conséquences regrettables, comme traduisant une absence de règle, alors que l'on a considéré que l'insécurité s'attachait à l'impossibilité de déterminer précisément une règle existante, quelle soit révélée ou latente, les trois autres hypothèses font d'abord apparaître une constante : la jurisprudence procède, au moins en apparence, formellement, par voie d'affirmation, se contentant de disposer, sans chercher à convaincre, ni à justifier (208). Mais surtout, elles font apparaître des difficultés de détermination de la règle, foncièrement différentes.

On a montré en d'autres lieux que tant dans l'application que dans la formulation de la règle, la logique, et le choix résultant de conceptions de politiques juridiques, de jugements de valeur étaient également présents (209). Mais leur rôle est variable, et il n'est pas le même dans les trois hypothèses.

Dans la première, la règle en fonction de son degré de précision soit donnera lieu à application pure et simple, soit nécessitera une interprétation mais dans laquelle le facteur logique jouera le rôle essentiel. Il sera donc possible de la déterminer par raisonnement, sous cette réserve que la Cour de cassation peut toujours faire échapper à la règle générale qu'elle a définie un cas particulier, qu'elle mentionne expressément, mais la probabilité reste a priori favorable à une solution que l'on peut découvrir.

(208) Ce qui permet d'observer que ce faisant, elle procède davantage en législateur qu'en autorité juridictionnelle (Cornu, *Droit civil*, précité n. 189, p. 173). Ce qui est une caractéristique propre à la Cour Suprême.

(209) Cf. notam. EW. Petterson, *L'influence des faits sur les jugements de valeurs juridiques*. Mélanges Dabin, 1963, p. 107 ; R. Savatier, *op. cit.*, p. 103 ; Tunc, *Logique et politique dans l'élaboration du droit*, *eo. loc.*, p. 317.

Dans les autres hypothèses au contraire, le problème est radicalement différent. La Cour Suprême "nie" juridiquement le phénomène du transexualisme (210). Elle dit que tel véhicule est ou n'est pas impliqué dans l'accident, elle déclare que le juge peut se référer à l'indemnité de l'art. L.122.32.7 C. Trav. Si ces hypothèses traduisent l'existence d'une règle énoncée ou appliquée dans des conditions variables, cette règle dans les trois cas présente un trait commun, elle ne repose de près ou de loin sur aucune règle textuelle, les seuls termes d'"implication" par exemple ou l'art. L.122.32.7 n'étant d'aucun secours pour permettre de dégager logiquement une règle. La Cour Suprême détermine donc celle-ci librement, et l'on peut penser que rien ne lui aurait interdit de décider qu'un véhicule ne serait impliqué que s'il était cause de l'accident, ou que le salarié licencié pendant un arrêt de travail pour maladie professionnelle aurait droit à l'indemnité de l'art. L.122.32.7. Et rien n'interdit non plus de penser qu'elle le fera peut-être un jour, car en posant ces règles, la jurisprudence ne fait que procéder à un choix, en fonction d'une conception qu'elle détermine librement et qui lui paraît préférable à une autre. D'ailleurs lorsque, spécialement dans de telles hypothèses, il y a un revirement de jurisprudence, on ne considère pas qu'elle s'était trompée, ce qui devrait être le cas si la solution était purement logique, mais plutôt qu'elle a fait un choix différent.

Seulement, si un tel mode de choix de la règle ne soulève pas de problème majeur, lorsqu'elle est clairement déterminée, il n'en va pas de même lorsqu'elle ne l'est pas. On a vu à l'occasion des exemples précédents que dans une telle situation, l'interprète éprouve les plus grandes difficultés à tenter de remonter à la règle ou à essayer d'en percer le sens et la signification, ce qui s'explique évidemment par le fait qu'il ne connaît et ne peut facilement connaître, ni le choix de la jurisprudence, ni les raisons de son choix. En présence d'une telle constatation, on est fondé à penser que la règle existe indiscutablement, mais qu'elle est indéterminable.

Mais il arrive également qu'en présence de règles pourtant claires et précises, on soit par le fait de la jurisprudence, dans l'impossibilité de déterminer la solution juridique qui sera retenue, parce que la déterminabilité de la règle se heurte à des obstacles extrinsèques.

(210) M. Gobert, *op. cit.*, n. 11.

2 - Les difficultés extrinsèques de détermination de la règle jurisprudentielle.

41 - Il peut en effet être difficile même en présence de règles claires et précises de déterminer quelle sera celle appliquée à une situation concrète, ce qui constitue une forme d'insécurité, lorsque cette situation se heurte à l'interprétation jurisprudentielle de deux normes contradictoires ou encore lorsqu'elle relève d'une règle qui est l'enjeu d'un conflit de jurisprudence.

42 - Un exemple qui a traduit ce que l'on appelle l'autonomie du droit pénal illustre la première hypothèse.

La jurisprudence a créé le droit de rétention qui autorise notamment celui qui a fait des frais sur la chose, tel un réparateur ou un garagiste, à refuser sa restitution tant qu'il n'a pas été réglé de sa créance, son droit étant opposable éventuellement au propriétaire non débiteur, en vertu de la connexité matérielle. Mais il arrive que le réparateur détienne ainsi une chose remise par un client, sans savoir qu'elle a été volée ; face à la revendication du vrai propriétaire, la jurisprudence criminelle décidait que l'intention délictuelle du recel était caractérisée dès lors que le détenteur avait connaissance à un moment quelconque de la détention, de l'origine frauduleuse de la chose, ce qu'il apprenait forcément par la revendication du propriétaire (211). Ainsi, l'exercice du droit de rétention, légitime sur le plan civil devenait un délit sur le plan pénal, et l'application d'une règle jurisprudentielle se trouvait paralysée par une norme jurisprudentielle contradictoire. Cette situation a perduré jusqu'à ce que par un heureux revirement (212), la chambre criminelle vienne décider que le recel n'était pas constitué dès lors que le détenteur ou possesseur ne connaissait pas l'origine frauduleuse de la chose lorsqu'il l'avait reçue.

Plus récemment, un problème semblable a paru se révéler : la jurisprudence sociale actuelle admet à certaines conditions que l'employeur à la suite d'une grève puisse opérer des retenues sur salaire excédant le temps réel d'arrêt de travail, notamment pour tenir compte du temps de remise en marche des machines ; elle considère sur le plan contractuel que l'employeur n'est pas tenu au paiement du temps de travail accompli dans des conditions autres que celles prévues au contrat (213). Mais, parallèlement, un arrêt du 8 octobre 1987, a considéré que cette mesure constituait

(211) Crim. 23 janv. 1962, B. crim. n. 57 ; crim. 17 juillet 1963, J.C.P. 63.IV.127 ; Crim. 15 juin 1973. B. crim. n. 270. Cette situation n'était d'ailleurs pas propre au rétenteur, mais concernait tous les détenteurs ou même possesseurs de la chose.

(212) Crim. 24 nov. 1977, D. 78, p. 42, note Hehrig.

(213) Soc. 14 mai 1987. DT. Soc. 88, p. 260 ; Soc. 25 juin 1987. BAC. V, n. 428.

une sanction disciplinaire soumise au respect de la procédure de l'art. L.122.41 C. Trav. (214). Il n'y a a priori nulle incompatibilité entre ces deux qualifications et les conséquences qui en résultent. Néanmoins, cette jurisprudence crée un malaise, si comme l'envisage le commentateur de l'arrêt, l'on se réfère à la conception jurisprudentielle de la sanction pécuniaire (215). Il est alors possible que cela conduise la chambre sociale prolongeant la solution de l'arrêt du 8 octobre 1987 à voir dans cette retenue sur salaire, une sanction pécuniaire, interdite par l'art. L.122.42 C. Trav. Cette hypothèse pourrait alors déboucher sur deux possibilités : soit elle traduirait une disparition de la première solution qui serait abandonnée, soit encore les deux solutions coexisteraient, l'apparition de l'une ne remettant pas l'autre en cause. La première interprétation conduirait à penser que l'on est en présence d'une situation univoque, à laquelle se seraient appliquées successivement deux règles. On pourrait alors regretter à tout le moins que ces deux règles se soient succédées dans l'esprit de la Cour Suprême sur une courte période. Mais cette interprétation semble peu vraisemblable puisque la chambre sociale paraît avoir maintenu la première solution au-delà de l'arrêt du 8 octobre 1987 (216) ; la seconde amène à penser que la situation est susceptible de deux qualifications, l'une contractuelle qui la légitime, l'autre disciplinaire qui la rend illicite. Il y aurait alors possibilité d'application de deux qualifications antinomiques (217) parce que leurs effets son incompatibles, entre lesquelles le choix nécessaire ne dépendrait que de la volonté du juge, ou éventuellement du terrain sur lequel se placerait le salarié demandeur. Une telle possibilité résultant d'une option entre deux règles jurisprudentielles contradictoires est éminemment discutable au plan de la sécurité des relations juridiques.

43 - Un autre problème pour déterminer la règle jurisprudentielle applicable se rencontre lorsque celle-ci fait l'objet de divergences de la jurisprudence, qui adopte des solutions intrinsèquement claires et précises mais contradictoires

(214) Soc. 8 oct. 1987. DT Soc. 88, p. 156 ; A. Mazeaud, L'amputation de la rémunération en raison de la réduction volontaire du rendement : sanction disciplinaire ? DT Soc. 88, p. 153.

(215) A. Mazeaud, loc. cit. ; F. Signoretto, L'interdiction des sanctions pécuniaires à l'entreprise. RPDS. 1984, p. 45.

(216) Soc. 7 janv. 1988. DT Soc. 88, p. 153.

(217) On ne peut éviter ici l'antinomie qu'en considérant que l'arrêt du 8 oct. 1987, aurait appliqué la qualification disciplinaire uniquement en considérant que l'employeur, en voulant sanctionner la faute du salarié se serait de lui-même placé sur le terrain disciplinaire (cf. supra, note 9). Il y aurait alors une règle de principe (contractuelle) et une règle d'exception (disciplinaire) ; mais le choix de la règle applicable ne dépendrait alors que de l'interprétation par le juge de la volonté de l'employeur, ce qui peut être un élément d'appréciation bien délicat en l'espèce.

entre elles. La situation peut se rencontrer à l'occasion de divergences entre les juges du fond et la Cour Suprême. Néanmoins, cela ne constitue pas une difficulté véritable, car on doit considérer que s'il y a résistance des cours d'appel, il n'y a pas pour autant conflit de règles jurisprudentielles. Il sera en effet possible, sauf à ce qu'elle modifie sa position, de faire prévaloir à l'occasion d'un pourvoi, la conception de la Cour de cassation, dont on a considéré précédemment qu'elle seule était apte à créer des règles jurisprudentielles.

Toute autre est l'hypothèse où la divergence existe au sein même de la Cour Suprême. Ainsi, il semble par exemple que sur la question qui n'est pourtant pas nouvelle de la répétition de l'indû, il y ait une opposition entre la première chambre civile et la chambre commerciale. La première considère que l'action en répétition se justifie lorsqu'il y a un paiement indû objectif, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une erreur de la part du solvens (218) alors que la seconde rejette l'action quand le paiement, même objectivement indû, a été fait volontairement et sans erreur (219) ; on peut éventuellement y voir une règle unique dont l'application est liée à une question de preuve, mais on peut également considérer qu'il y a une opposition au niveau de la règle de fond (220). Il semble alors que l'on doive bien voir dans ce cas un conflit de règles jurisprudentielles, puisque chacune des deux chambres si elle est saisie, sera à même de faire prévaloir son point de vue, pour tous les litiges qui lui seront soumis. Sans doute l'interprétation est ici incertaine, mais dans les deux cas la critique peut difficilement être évitée : soit il n'y a pas contradiction et celle-ci n'a été pressentie que par suite d'une motivation insuffisamment explicite des arrêts, soit la contradiction existe, et il paraît tout à fait regrettable qu'au niveau de la Cour Suprême dont le rôle est d'assurer l'uniformité du droit, la règle applicable dépende de la formation qui sera saisie d'un litige.

Une difficulté identique caractérisée a existé dans le domaine des groupes de contrats pour déterminer la nature de la responsabilité pouvant exister entre ceux des intervenants que ne lie directement aucun rapport contractuel (221). Sur cette question de principe, la première chambre civile qui attribuait à cette

(218) Civ. 1 17 juillet 1984, D. 85, p. 298, note Chauvel ; RTDC 1985, p. 577, obs. Mestre.

(219) Com. 24 fév. 1987, D. 87, p. 244, note A. Benabent.

(220) Benabent, loc. cit., les hésitations de la doctrine face à ce type de problème, montrent sa réticence à déceler une telle opposition dans la jurisprudence, confirmant ce que ce phénomène a de regrettable. cf. pour une interprétation différente, J. Mestre, obs. RTDC 87, p. 100 ; Ph. Rémy, RTDC 1988, p. 547.

(221) cf. J. Mestre, Le principe de l'effet relatif à l'épreuve des groupes de contrats, RTDC 1986, p. 594 ; RTDC 87, p. 100 ; Ph. Rémy, RTDC 1988, p. 547.

responsabilité un fondement contractuel, s'opposait à la troisième chambre qui y voyait une responsabilité délictuelle (222). Il a fallu l'intervention de l'Assemblée Plénière pour résoudre cette divergence en déclarant le caractère contractuel de la responsabilité (223). Néanmoins, la division s'est à nouveau faite jour récemment puisque la première chambre civile décide de façon tout à fait catégorique que "dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial" (224) alors que la troisième chambre civile affirme tout aussi clairement que "l'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels entre eux, et ne peut être invoquée par le maître de l'ouvrage qui est étranger à la convention de sous-traitance" (225). L'opposition ne peut être plus caractérisée et l'on peut craindre qu'elle ne disparaisse qu'avec une nouvelle prise de position de l'Assemblée Plénière à moins même que devant certaines formes de résistances latentes, une intervention du législateur se révèle nécessaire ; il est à craindre en ce cas que celle-ci se fasse attendre et qu'il faille s'accommoder d'une telle dualité de règles, dans la mesure où la loi se préoccupe davantage de régler directement des situations précises, et où à l'heure actuelle le législateur, sauf lorsque son intervention est suscitée par la pression de l'opinion publique, semble au contraire se désintéresser des principes essentiels. En tout état de cause, cette hypothèse traduirait une limite à la création jurisprudentielle de la règle de droit : lorsque la jurisprudence elle-même n'arrive pas à s'accorder sur la règle à poser.

Il apparaît ainsi que pour des raisons diverses la règle jurisprudentielle peut souvent être difficile, voire impossible à déterminer avec certitude. C'est là un autre aspect de l'insécurité qui s'y attache.

(222) Civ. 1-29 mai 1984, et civ. 3-19 juin 1984, D. 85, p. 213, note Malinvaud.

(223) Civ. A.P. 7 fév. 1986, D. 86, p. 293, note Benabent ; J.C.P. 86.II.20616, note Malinvaud ; encore certaines décisions prétent-elles à s'interroger (civ. 3-7 mai 1986, D. 87, p. 257, note Benabent).

(224) Civ. 1-21 juin 1988, BAC.I.N.202, p. 141 ; J.C.P. 88.II.21825 Jourdain civ. 1-8 mars 1988, J.C.P. 88.II.21070, note Jourdain ; obs. Ph. Rémy, RTDC 88, p. 551.

(225) Civ. 3-22 juin 1988, BAC III, N. 115, p. 63.

CONCLUSION

44 - On a ainsi essayé sous l'angle de la sécurité juridique, de faire ressortir ce que l'on appelle communément les imperfections de la jurisprudence et les conséquences qui en résultent. Il en ressort que ces imperfections sont liées à deux caractères de la règle jurisprudentielle : sa variabilité et trop souvent son indéterminabilité ; le premier caractère traduit un inconvénient irréductible, car il est inhérent au mécanisme de formulation de la règle. Il est donc irrémédiable et ne peut que conduire à souhaiter que la jurisprudence pose des règles ; le second est différent car il n'apparaît pas inéluctable ; l'imperfection dans la formulation de la règle est expliquée habituellement d'abord par l'encombrement de la Cour Suprême et le nombre des pourvois qu'elle doit examiner, ensuite par la prudence des hauts magistrats qui les conduit à adopter la politique dite des "petits pas". Ces deux explications appellent simplement deux observations : en premier lieu, de lege ferenda, ne serait-il pas possible de dissocier clairement les deux fonctions disciplinaire et régulatrice de la Cour Suprême, de façon à lui réserver uniquement l'examen des problèmes de fond ? On peut augurer que la clarté et la précision de la jurisprudence auraient tout à gagner d'une telle dissociation.

Dans cet ordre d'idées, Monsieur le Premier Président Pierre Draï évoquait récemment la mise en place d'une procédure de vérification des sérieux des moyens des pourvois en cassation, et rappelant que la Cour de cassation ne doit pas être une "Cour Suprême d'appel", il exhortait les hauts magistrats à une révision déchirante de leurs habitudes, de leur mode de penser et de leur démarche (226).

Ensuite si la prudence est une vertu, il faut rappeler d'une part que le droit n'obéit pas aux règles du Code de la circulation, et qu'une trop grande prudence n'est peut-être pas en l'occurrence synonyme de sécurité, d'autre part que nos hauts magistrats ont une compétence et une expérience qui valent bien celles du législateur et que l'on peut donc attendre d'eux, des règles claires et autant que faire se peut, précises. On peut ajouter qu'il est vraisemblable qu'une reconnaissance officielle, de la valeur du précédent et des règles, permettant notamment de faire plus facilement la distinction entre les décisions ayant cette valeur et celles qui ne l'ont pas ne pourrait qu'aider à une meilleure diffusion et une meilleure connaissance de la règle jurisprudentielle.

(226) Allocution du Premier Président de la Cour de cassation, P. Draï le 6 janvier 1989, J.C.P. 89, N. 3374.

Cette attente est d'autant plus légitime que le droit en soi devient plus complexe et que la jurisprudence prend à sa formation une part grandissante. Ce faisant, il devient également plus incertain et il faut veiller à ce que cette incertitude ne se développe pas à l'excès, car si M. Atias (227) évoquait récemment la "glorieuse incertitude du droit", nous devons avouer ne pas très bien voir quelle gloire il peut y avoir pour l'usager à ne pas pouvoir connaître et prévoir la règle de droit qui lui sera applicable.

(227) Atias, précité, J.C.P. 84.I.3145.

DROIT COMPARE

LE DROIT MUSULMAN DANS LES ANCIENS ETABLISSEMENTS FRANCAIS DE L'INDE

Par
David ANNOUSSAMY

La première invasion massive du sud de l'Inde par les sultans musulmans de Delhi commença au XIV^{ème} siècle et conduisit à l'établissement du sultanat musulman de Madura qui dura de 1334 à 1378. Après la seconde invasion, les généraux de Bijapour gouvernèrent la région de 1648 à 1677. La troisième invasion, celle entreprise par les forces mogoles, réussit à établir une occupation permanente à partir de 1698. En raison de ces expéditions militaires et des occupations qui en résultèrent, des musulmans venus du nord s'installèrent dans la région et une portion non négligeable de la population fut convertie à l'Islam. Ainsi se constituèrent deux groupes de populations musulmanes qui demeurent encore distincts. Ceux venus du nord se disent "pathans" par opposition aux convertis qu'on appelle musulmans "cholas". Les premiers parlent Ourdou, langue des musulmans du nord, tandis que les autres parlent le Tamoul. Les premiers étaient habitués au droit musulman et le suivaient sans difficulté tandis que les autres avaient de la peine à se détacher de leurs coutumes ancestrales hindoues. Mais tous appartiennent au rite Sunni, sauf les Moplals de Mahé qui, eux, parlent Maléalam. Les musulmans représentent dans les anciens Etablissements un peu plus de 6 % de la population et vivent concentrés dans certaines parties des villes et villages.

C'est sur l'invitation des princes musulmans que les Français établirent un comptoir de Pondichéry en 1672. Ces Français venaient de différentes régions, chacun avec sa coutume, mais il fut bientôt décidé que tant qu'ils résidaient dans l'Inde ils seraient tous régis par la Coutume de Paris qui est devenue ainsi la *lex loci*. Mais les Indiens (gentils, maures ou chrétiens) restaient régis par les us et coutumes de leurs castes. Le même

statut continua pour eux quand le code civil fut promulgué par arrêté du 6/02/1819. Bien que la justice fût administrée par les Français, ceux-ci respectèrent au début les vastes distributions dévolues aux Cazis ; mais par arrêté du 6/08/1920 on mit fin à cet état de choses en dépouillant les Cazis de tout pouvoir judiciaire. Les décisions de justice relatives aux musulmans sont peu nombreuses ; il semble que les musulmans préférèrent régler leurs affaires entre eux et répugnaient à les porter devant les tribunaux français. Par contre, les juges français aimaient bien traiter des questions de droit musulman qu'ils connaissaient à l'aide de leur expérience en Afrique et des livres en langue française en la matière, ce qui n'était pas le cas pour le droit hindou qu'ils abordaient avec quelque réticence. Les décisions qui nous sont parvenues nous permettent suffisamment de nous faire une idée à peu près exacte de l'infiltration du droit français dans le droit musulman et de la survie du droit hindou chez les musulmans convertis.

A - INFILTRATION DU DROIT FRANCAIS

1 - La majorité

Le Coran n'indique pas exactement à quel âge commence la majorité. Les tribunaux français ont accepté le principe généralement reconnu en droit musulman que la minorité cesse à la puberté. La Cour d'appel de Pondichéry dans une affaire où la majorité d'une musulmane s'est posée, décida qu'elle a commencé avec sa puberté mais précisa toutefois que cette majorité n'était pas complète et que la femme musulmane même après sa puberté ne pouvait administrer ses biens sans l'assistance de ses parents ou tuteurs (Arrêt du 22/11/1845) (1).

Une question intéressante se posa à propos de l'application des règles du droit musulman relatives à la majorité dans le domaine du droit criminel. D'après le règlement du 27/01/1778, titre 3, article 5, toutes les affaires criminelles devaient être décidées d'après le droit français et non d'après le droit hindou ou musulman. Pour certaines infractions, l'âge de la victime est indiqué dans l'article du code pénal relatif à l'infraction, dans ce cas aucun problème. Mais il y a des articles, par exemple l'article 354, où il est question de victime mineure sans indication d'âge. Le problème est de savoir d'après quelle loi on doit décider de sa majorité. Un éminent juriste, Sauvel, avocat à la Cour de cassation, dans un article (2) publié en 1886 défendit la thèse

(1) Jurisprudence et doctrine de la Cour d'appel de Pondichéry, A. Eyssette, 1879, tome 2, n° 5, p. 17.

(2) Journal du Droit criminel, 1886, p. 81.

selon laquelle la minorité pour l'application de l'article 354 doit être déterminée selon le droit civil des Indiens, hindous ou musulmans. Son raisonnement était le suivant. Quand le droit pénal indique l'âge, le juge a à décider seulement d'une question de fait, à savoir si la personne concernée a atteint cet âge. Quand le droit pénal utilise par contre le terme "mineur", le juge a devant lui une question de droit, à savoir si la personne en question a atteint ou non sa majorité. Comme le terme "mineur" n'est défini nulle part dans le code pénal, c'est par référence au droit civil que la question doit être tranchée. En France la réponse est donnée par l'article 388 du Code civil d'après lequel est mineure toute personne âgée de moins de 21 ans. Comme les Indiens ont leurs droits civils propres, c'est par référence à ces droits que la question qui se pose au juge doit être résolue.

Cette thèse, pour séduisante qu'elle soit, conduirait à des solutions difficiles à accepter en pratique. Tout d'abord elle créerait, pour l'application de l'article 354 du Code pénal, une différence entre personnes de religions différentes et parmi les musulmans une différence entre les sexes. De plus, comme la majorité est déterminée en droit musulman par la puberté, si l'accusé plaide pour sa défense que la victime était pubère, cela créerait un nouveau point où le doute pourrait se loger et la poursuite criminelle s'en trouverait affectée. De Langlard, magistrat français en exercice dans l'Inde et professeur à l'école de droit de Pondichéry a imaginé une situation qui pourrait se produire si la thèse de Sauvel devait être suivie : quand un jeune musulman âgé de 16 ans est enlevé, il n'y aurait pas d'infraction ; mais si cette même personne à l'âge de 18 ans renonçait à son statut personnel pour être régi par le Code civil français et se trouvait enlevée à nouveau à l'âge de 19 ans, il y aurait infraction. Donc la thèse de Sauvel pouvait conduire à des situations aberrantes et les tribunaux ne pouvaient l'adopter. Ceux-ci qui avaient la responsabilité d'administrer la justice considéraient que la protection du jeune âge prévue par l'article 354 devait être la même quel que soit le statut personnel ou la religion et que le mineur au sens de l'article 354 du Code pénal était tel qu'il était défini par l'article 388 du Code civil. En effet, le législateur français quand il a adopté l'article 354 du Code pénal ne devait avoir en vue que le mineur au sens du Code civil. Les âges indiqués aussi bien pour la victime que pour l'accusé dans le Code pénal comme dans le Code d'instruction criminelle sont fixés compte tenu de la majorité d'après le Code civil. Si l'on s'écarte de cette majorité il y aurait manque d'harmonie dans le système. Aussi, en 1887, en dépit du plaidoyer de Sauvel, le

tribunal correctionnel de Yanaon a condamné (3) un Indien qui a enlevé une jeune fille musulmane âgée de 12 ans qui avait atteint la puberté d'après le ministère public et qui était donc majeure aux yeux de la loi musulmane et non aux yeux de la loi française. Telle a été la jurisprudence constante des tribunaux français dans les Etablissements français dans l'Inde. E. Garçon dans son Code pénal annoté (Edition 1956, tome II, p. 378, note 50) signale que la Cour de cassation a laissé la question sans solution dans son arrêt du 7 janvier 1898 (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, année 1898, n° 3).

Pour terminer, un mot sur la tutelle. Bien entendu en cette matière les musulmans étaient régis par leur droit propre. Ceux d'entre eux qui étaient instruits en langue française commencèrent à utiliser spontanément le mécanisme plus élaboré du Code civil. La Cour d'appel de Pondichéry dans un arrêt en date du 12/11/1870 (4) approuve cette manière de faire mais décida que les dispositions du Code civil sur la tutelle s'appliqueraient dans leur intégralité dans ces cas. En effet, le Code civil est devenu le droit commun, les Indiens étaient dispensés de s'y soumettre par mesure de faveur. Il leur était donc loisible de renoncer entièrement à leur statut personnel et d'adopter pleinement le Code civil ou de solliciter le bénéfice du Code civil dans certaines matières de leur choix. Cette application partielle du Code civil a été considérée comme légale par la Cour de cassation très tôt, dans un arrêt en date du 16/06/1852 (5). Un deuxième arrêt intervenu en 1902 (6) est allé plus loin. Il a été décidé que même en dehors de toute manifestation d'intention de leur part, les Indiens de toute religion seraient régis par le droit français dans tous les cas non prévus par leurs statuts respectifs à condition toutefois que les dispositions du Code civil en la matière ne soient pas incompatibles avec leurs us et coutumes. Ces décisions ouvrent une brèche par où la loi française va s'infiltrer auprès de la population musulmane aussi bien qu'hindoue.

2 - Le mariage

Le décret du 24/04/1880 rendit applicable aux Indiens les dispositions du Code civil relatives à l'état civil. Quand ils se marient selon la forme prescrite par le Code civil toutes les dispositions de ce code relatives aux obligations résultant du mariage et au divorce s'appliquent. Mais le décret laisse aux

(3) Leçons de droit musulman, De Langlard, 1887, p. 181.

(4) Jurisprudence et doctrine de la Cour d'appel de Pondichéry, A. Eyssette, 1879, tome 2, n° 51, p. 201.

(5) Dalloz, Jurisprudence générale, 1852, I, p. 183.

(6) Idem, 1902, I, p. 300.

Indiens la faculté de se marier selon leurs formes coutumières. Même dans ce cas ils doivent enregistrer le mariage au bureau de l'état civil. Si le mariage a été célébré devant un Cazi celui-ci a l'obligation d'en informer le bureau d'état civil de la commune dans les 24 heures de la célébration. Une déclaration de mariage en vue d'enregistrement doit également être faite par l'époux dans les 15 jours en présence de deux témoins. L'absence d'enregistrement ne porte pas atteinte à la validité du mariage ; mais quand il devient nécessaire d'apporter la preuve du mariage, le fardeau sera lourd en cas de non enregistrement. De plus, le mariage aura effet, en ce qui concerne les tiers, seulement à partir de la date d'enregistrement même s'il n'y a pas de dispute entre les époux.

Il en a ainsi été décidé par la Cour d'appel de Pondichéry par arrêt du 6/02/1932 (7), dans une affaire relative aux hindous mais le même principe s'applique aux musulmans aussi bien car le décret du 24/04/1880 est applicable aux Indiens de toutes religions. En vue d'assurer l'enregistrement de façon plus efficace, l'arrêté du 6/08/1920 prévoit que le Cazi qui a failli à son devoir d'informer l'officier d'état civil sera passible d'amende et en cas de récidive d'emprisonnement. Le même genre de punition est prévu également à l'encontre de l'époux défaillant.

Une telle importance donnée à l'enregistrement contraste singulièrement avec la disposition du droit musulman selon laquelle le mariage est conclu par le simple accord des parties. En effet, les tribunaux français avaient décidé que la présence du Cazi n'était pas nécessaire pour la validité du mariage (arrêt du 7/06/1861 (8), confirmé par celui du 8/10/1912 (9)). Par arrêté du 6/08/1920, on a voulu aller plus loin et spolier indirectement le Cazi en prévoyant que les conventions matrimoniales doivent être exécutées par devant notaire si l'une des parties ne sait pas signer, ce qui était le plus souvent le cas. La réaction fut vive de la part de la population musulmane. L'administration française fit machine arrière. L'arrêté du 24/09/1925 rend le ministère du notaire facultatif ; seules les parties qui veulent conférer un caractère authentique à la convention auront recours au notaire. En pratique, les parties ont continué à utiliser les services du Cazi.

L'administration française a même apporté un changement quant aux conditions de fond du mariage ; par décret du 30/07/1937, l'âge requis pour se marier a été fixé à 14 ans pour les filles et à 16 ans pour les garçons. La mesure est assortie d'une peine d'amende ou d'emprisonnement ou des deux à l'encontre

(7) Journal judiciaire de l'Inde française, tome 8, p. 97.

(8) Recueil de la Jurisprudence des Etablissements français dans l'Inde, 1862, p. 1.

(9) Journal Judiciaire de l'Inde française, tome 2, p. 95.

des parents ou tuteurs qui auront consenti au mariage, du maire ou du Cazi devant lequel le mariage a été célébré et de toute personne qui, d'une manière ou d'une autre, a concouru à la conclusion du mariage.

3 - L'hypothèque légale de la femme mariée

Ici nous trouvons un excellent exemple de greffe d'une institution de droit français sur le droit musulman. Bien que l'hypothèque ait été connue dans le bassin méditerranéen et bien que les juifs en Arabie l'aient pratiquée, le droit musulman ne l'incorpore pas dans son système. Le droit de propriété y était conçu de façon si absolue qu'il ne pouvait admettre un autre droit réel sur le même immeuble. Aussi les tribunaux français avaient-ils rejeté dans les colonies comme l'Algérie toute demande basée sur l'hypothèque légale.

Cependant, les tribunaux français dans l'Inde ont reconnu l'existence d'une hypothèque légale en faveur de la femme mariée musulmane pour le recouvrement de son maher. Comment ont-ils réussi ce tour de force ? Tant que les musulmans avaient des transactions seulement entre eux, ils pouvaient se contenter uniquement de leur droit. Mais dans l'Inde, ils ne vivaient pas séparés, ils avaient des transactions quotidiennes avec le reste de la population indienne, soit hindoue soit chrétienne. Ils devaient alors nécessairement suivre les principes du Code civil et consentir une hypothèque quand ils avaient besoin d'emprunter de l'argent. De même, ils ne pouvaient s'offrir le luxe de renoncer aux avantages de l'hypothèque quand il leur arrivait de prêter de l'argent. Ainsi familiarisés avec le système de l'hypothèque, ils ont commencé à l'utiliser même dans les transactions entre eux. En effet, le recours partiel au Code civil a été reconnu valable comme nous l'avons vu précédemment. Ainsi l'hypothèque conventionnelle devint courante chez les musulmans. D'un autre côté, les avocats plaidant contre ou pour les musulmans demandaient presque par routine le bénéfice de l'hypothèque judiciaire qui devint aussi familière aux musulmans.

Pour le recouvrement du maher, la femme musulmane avait la possibilité d'avoir recours à des sûretés personnelles ou réelles. Que telle était la manière de procéder est attestée par une décision judiciaire du 2/05/1868 (10). Cela pouvait donner des résultats satisfaisants tant que le système de l'hypothèque était largement utilisé par les musulmans, les mesures prises par la femme musulmane pour obtenir son maher se trouvaient battues en brèche par les droits préférentiels des créanciers hypothécaires.

(10) J.D.C.A.P., A. Eyssette, n° 46, p. 178.

Certains maris peu scrupuleux eurent même recours à des hypothèques fictives pour tenir en échec la demande de la femme. C'est dans ces circonstances que les avocats pensèrent à l'hypothèque légale de la femme mariée prévue par le code civil pour mettre à l'abri les droits de la femme. Les tribunaux trouvèrent qu'effectivement c'était la réponse toute trouvée au problème et reconnurent l'existence d'une hypothèque légale en faveur de la femme mariée musulmane pour le recouvrement de son maher. Le premier arrêt que nous possédions en ce sens date du 2/12/1871 (11). Cet arrêt se réfère à des arrêts antérieurs dans le même sens. La jurisprudence est restée constante sur ce point comme l'indiquent les arrêts subséquents des 18/11/1873 (12), 21/11/1874 (13), 17/10/1876 (14). Dans ces arrêts la Cour a également précisé que toutes les règles du droit français en matière d'hypothèque légale de la femme mariée s'appliquaient à la femme mariée musulmane avec la seule exception que le bénéfice en était restreint au recouvrement du maher.

En cas de prédécès du mari, la femme musulmane a droit en plus de son maher, s'il n'a pas été payé, à sa part de la succession. Une telle situation est plus fréquente pour la femme musulmane que pour la femme française, car la femme musulmane est une des héritières normales de son mari. La Cour d'appel de Pondichéry par arrêt du 2/12/1871 (15) décida que sa qualité d'héritière du mari ne la dépouillait pas de son droit de créancière du maher et que ces deux qualités présentes en elle demeuraient toutefois distinctes. Le tribunal de première instance de Karikal par jugement du 15/09/1860 (16) avait indiqué la procédure à suivre dans ce cas par la veuve musulmane : introduire une action en partage en assignant tous les héritiers du mari défunt, obtenir d'abord le paiement de son maher et prendre ensuite sa part dans la masse à partager. Le tribunal a précisé qu'elle n'avait pas le droit de saisir les biens, qu'elle ne pouvait avoir recours à ce moyen que si elle avait renoncé à sa part en tant qu'héritière et obtenu un jugement. Le bénéfice de l'hypothèque légale reconnu en faveur de la femme musulmane n'a entraîné aucune conséquence sur ses obligations en tant qu'héritière de son mari. Elle ne reste tenue des dettes que jusqu'à concurrence de sa part, conformément au droit musulman, alors que la veuve française qui accepte sans réserve la succession de son mari est tenue de payer les dettes de son mari même avec ses fonds personnels, si besoin est.

(11) *Idem*, n° 53, p. 207.

(12) *Idem*, n° 60, p. 235.

(13) *Idem*, n° 61, p. 237.

(14) *Idem*, n° 64, p. 245.

(15) *Vide* 11 *supra*.

(16) L.D.M., De Langlard, p. 95.

4 - Donation de nue-propriété

En droit musulman propriété implique nécessairement possession. Le droit de propriété est monolithique et ne souffre pas une analyse qui le décompose en plusieurs éléments. En principe donc, l'article 949 du Code civil qui permet à un donateur de se réserver l'usufruit de l'immeuble ne pourrait s'appliquer aux musulmans car pour eux il ne peut y avoir donation sans transfert immédiat de la possession. Cependant, les tribunaux ont été amenés à reconnaître la possibilité même pour un musulman de faire une donation de nue-propriété. En effet, depuis que le notariat a été mis en place, la population locale a pris connaissance de l'option offerte par l'article 949 et de ses immenses avantages. Musulmans comme hindous se laissèrent tenter par les notaires et exécutèrent des actes de donation en se réservant l'usufruit ou en réservant l'usufruit à une tierce personne, le plus souvent leur femme. Les personnes lésées ne manquèrent pas d'attaquer ces actes. Les premières affaires apparurent au début du siècle. Les tribunaux furent donc amenés à se pencher sur ce problème. Il eût été de mauvaise politique de refuser à la population musulmane le bénéfice de l'article 949 du Code civil. Les tribunaux conclurent qu'en insistant sur le transfert immédiat de la possession en cas de donation, le Coran exigeait seulement que la donation fût sincère, parfaite, irrévocable et qu'elle eût un effet immédiat. Ils trouvèrent que le transfert immédiat et irrévocable du droit de nue-propriété, spécialement quand il a été effectué par voie d'un acte notarié et dûment transcrit, satisfaisait les conditions requises par le droit musulman pour la donation car le donataire obtenait immédiatement la certitude absolue de la jouissance de l'immeuble au terme convenu. En conséquence, la Cour d'appel a décidé que la donation d'immeuble par un musulman avec réserve d'usufruit était valable et cette jurisprudence est restée constante (arrêts des 15/12/1917 (17), 23/11/1918 (18), 3/10/1930 (19)).

5 - La prescription

Même après la promulgation des codes français, en vertu de la clause d'exemption contenue dans l'article 3 de l'arrêté de promulgation du 6/02/1819, les Indiens étaient gouvernés par leurs propres lois non seulement en ce qui concerne le statut personnel mais aussi en d'autres domaines de droit civil où ils

(17) J.J.I.F., tome 4, p. 24.

(18) Idem, tome 4, p. 106.

(19) Idem, tome 4, p. 169.

avaient des coutumes bien établies. La prescription était un de ces domaines et les lois indiennes étaient appliquées. Mais l'administration coloniale trouva qu'il était peu propice aux transactions d'avoir plusieurs lois en ce qui concerne la prescription. Aussi prit-elle le 18/10/1838 un arrêté soumettant tous les habitants de la colonie quels que soient leur religion et leur statut personnel à une loi unique, soit le Code civil. Pressentant des objections ou des oppositions, elle prit quelques précautions. L'exposé des motifs précise entre autres choses que la prescription fait partie de la loi naturelle, qu'elle existe d'une manière ou d'une autre chez tous les peuples qui acceptent le droit de propriété, que le principe en est clairement exposé par les auteurs des codes hindous, qu'il existe néanmoins une grande incertitude quant au temps requis pour prescrire, que le gouvernement qui est tenu de respecter les lois et coutumes locales a le pouvoir de fixer la durée de prescription, laquelle relève plutôt du mode d'exécution. L'arrêté commence par ordonner que le principe de la prescription continuera à être appliqué par les tribunaux et, de façon subreptice, ajoute qu'en conséquence le titre XX, livre III du Code civil est rendu applicable aux Indiens et traité comme loi de la colonie.

Il n'y eut pas d'objection de la part de la population. L'opposition vint du côté des tribunaux. Dans un arrêt (20) en la matière prononcé peu après l'arrêté, la Cour d'appel feignit ostensiblement de l'ignorer. Elle décida que le principe de prescription était bien reconnu par le droit musulman, que malgré quelques variations entre les commentateurs quant à la durée de la prescription, il demeurait sans conteste que la période la plus longue était de 36 ans. Un peu plus tard, l'arrêté fut directement attaqué dans une autre affaire. Par arrêt du 2/10/1852, la Cour d'appel décida que les lois, coutumes et traditions de l'Inde reconnaissaient seulement la prescription acquisitive et non la prescription extinctive, que l'arrêté du 18/10/1838 violait la garantie donnée aux Indiens par l'article 3 de l'arrêté du 6/02/1819, que de plus l'arrêté du 18/10/1838 était illégal, pour la raison qu'il n'avait pas été approuvé par le gouvernement métropolitain. Les parties acceptèrent l'arrêt. Mais le procureur général près la Cour d'appel fit un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Ses moyens étaient les suivants :

- 1) De l'avis du comité consultatif de jurisprudence indienne du 18/07/1840, il est clair que la prescription tant acquisitive qu'extinctive existe en droit hindou.
- 2) L'exemption prévue par l'article 3 de l'arrêté du 6/02/1819 qui constitue une mesure de sage tolérance ne

(20) J.D.C.A.P., A. Eyssette, tome 2, n° 1, p. 1.

pouvait lier le gouvernement français pour toujours et lui réservait certainement le droit pour l'introduction progressive des lois métropolitaines dans les Etablissements. 3) Si l'arrêté du 18/10/1838 n'avait pas encore été approuvé par le gouvernement métropolitain, il était néanmoins exécutoire selon la loi et les tribunaux avaient le devoir de l'appliquer.

La Cour de cassation par arrêt du 29/06/1853 (21) cassa dans l'intérêt de la loi l'arrêt de la Cour d'appel du 2/10/1852 en se basant seulement du dernier moyen invoqué par le procureur général. La controverse entre l'administration et la justice locale cessa. Dans une affaire subséquente quand il s'est agi de savoir si l'arrêté du 18/10/1838 s'appliquait aux musulmans, la Cour d'appel répondit par l'affirmative par arrêt du 26/09/1854 (22) et ajouta que la question avait été tranchée par l'arrêt susvisé de la Cour de cassation et que les dispositions du Code civil en la matière devaient recevoir pleine et entière application.

Il est intéressant de noter que parmi les matières contenues dans le Code civil, c'est la seule que le gouverneur a pris l'initiative de rendre applicable à toutes les catégories de la population. En effet, il est difficile d'avoir dans le même territoire plusieurs lois relatives à la prescription. Ce serait une entrave pour les transactions et une source de malentendus, voire de conflits. Ceci porte à croire que c'est un domaine où l'unification du droit sur le plan international devrait être entrepris en priorité.

6 - Forme des actes de disposition

Le règlement du 2/09/1775 prescrit dans son article 9 que les testaments des Indiens seront exécutés seulement par devant le tabellion assisté d'un interprète assermenté, de deux témoins et dans le cas des musulmans du Cazi et du Mullah. L'arrêté du 6/12/1838 rend facultative la présence des ministres de la religion. La Cour d'appel de Pondichéry par arrêt du 29/08/1865 (23) a précisé la portée du règlement : les formalités prescrites n'étaient nécessaires que dans le cas où l'on voulait exécuter le testament par voie d'acte public, les dispositions du règlement n'affectaient en aucune manière les testaments faits en d'autres formes reconnues par le droit musulman. Un autre arrêt, celui en date du 19/05/1936 (24) nous apprend qu'il a été de jurispru-

(21) Idem, tome 1, n° 17, p. 181.

(22) Idem, tome 2, n° 17, p. 69.

(23) Idem, tome 2, n° 39, p. 151.

(24) Manoly Oumatouma v. Caretty Valayil Coulotte Manicouty, non publié.

dence constante de reconnaître la validité d'un testament olographe par un musulman. Et cet arrêt fait un pas de plus : l'opinion du Cazi de Mahé, selon laquelle un testament écrit de la main d'une tierce personne est valable s'il contient la signature du testateur et de deux témoins, est acceptée. Cependant le testament oral reconnu par le droit musulman ne reçut pas l'agrément des tribunaux français. La Cour d'appel dans l'arrêt du 24/05/1870 (25) considère que ce mode de disposition est trop primitif, qu'il est susceptible de conduire à de nombreux litiges et qu'il n'a aucune raison de survivre dans une société où le notariat est une institution bien connue et pleinement utilisée.

A part les modifications ci-dessus rapportées, le gouvernement français n'a apporté aucune altération directe à la loi musulmane en ce qui concerne la forme des actes de disposition. Mais la nécessité de la transcription des actes de disposition d'immeubles a amené les musulmans à utiliser les formes prescrites par le droit français. Le décret du 28/08/1862 fut rendu applicable dans les Etablissements français par arrêté du 9/04/1863. La question se posa alors de savoir si ce décret était applicable aux Indiens. Dans une affaire relative aux musulmans, la Cour d'appel répondit par l'affirmative par arrêt du 18/11/1873 (26). La Cour d'appel explique dans cet arrêt que le décret du 28/08/1862 a été promulgué dans la colonie sans restriction aucune, qu'il était applicable aux musulmans, du moment que le législateur a plein pouvoir pour édicter toute loi dans l'intérêt public, que le décret du 28/08/1862 possédait ce caractère et qu'il ne pouvait être attaqué comme portant atteinte aux lois et coutumes musulmanes. Ce point de vue a été réitéré dans un autre arrêt en date du 21/11/1874 (27) relatif à l'hypothèque légale où il a été décidé que la veuve doit procéder à la mention prescrite par l'article 9 du décret dans l'année qui suit le décès du mari.

Il est vrai que le décret du 28/08/1862 ne fait pas une obligation des parties de transcrire leurs transactions ; le défaut de transcription n'a aucune répercussion sur la validité de la convention entre les parties. Ce point de vue a été confirmé par la Cour d'appel de Pondichéry par arrêt du 29/05/1926 (28) déclarant que les parties au contrat ou leurs ayants-droit ne pouvaient, pour attaquer la validité de l'acte, arguer du défaut de transcription, laquelle était instituée seulement dans l'intérêt des tiers. Mais comme les transactions d'immeubles se faisaient entre Européens et Indiens et parmi ces derniers entre hindous,

(25) J.D.C.A.P., A. Eyssette, tome 2, n° 49, p. 191.

(26) Idem, n° 60, p. 235.

(27) Idem, n° 61, p. 237.

(28) J.J.I.F., tome 7, p. 106.

musulmans et chrétiens, les uns ne pouvaient empêcher la transcription par les autres ni se priver de ses avantages. Ainsi les musulmans eurent-ils à transcrire toutes les transactions immobilières et se mirent-ils à utiliser pleinement les services des notaires. Les formes propres au droit musulman cédèrent du terrain en matière d'actes de disposition d'immeubles.

Une question intéressante se pose à propos de l'exécution d'un acte par devant notaire par une femme musulmane. Ce fut de savoir si une telle exécution était compatible avec la coutume musulmane d'après laquelle la femme musulmane ne paraissait jamais en public. Un acte notarié fut attaqué pour la raison que le notaire s'est contenté de donner lecture de l'acte à une jeune personne musulmane assise derrière un rideau et qui a apposé par la suite sa signature et que de ce fait le notaire ne pouvait s'assurer si la personne prenait effectivement connaissance du contenu de l'acte. La Cour d'appel rejeta ce moyen par arrêt du 26/08/1911 (29). Cette manière de procéder devint par la suite la routine.

B - SURVIE DU DROIT HINDOU

1 - L'adaptation

La grande majorité des musulmans du pays sont d'anciens hindous convertis. Cette conversion ne pouvait avoir pour effet de changer du jour au lendemain leurs us et coutumes. Ayant épousé l'Islam ils étaient censés avoir adopté le droit musulman, mais en fait ils continuaient à suivre leurs anciennes lois. Nous n'avons pas beaucoup de documents sur le processus de leur islamisation progressive, sur les points de résistance, sur la manière dont les conflits ont été résolus. L'information que nous possédons en la matière date seulement de l'époque française et cela seulement sur les questions qui sont parvenues jusqu'aux tribunaux français. Ainsi nous savons que l'adoption continua à être en vogue chez les musulmans pendant un certain temps. Le conseil supérieur de Pondichéry par arrêt du 18/12/1759 (30) reconnaît l'existence de la filiation adoptive. Dans cette affaire un musulman se déclarait fils adoptif pour réclamer la succession. L'autre partie ne souleva pas le moyen de l'inexistence de l'adoption en droit musulman ; il se contenta de démontrer que le demandeur était tout simplement un esclave. Dans une autre affaire quand un musulman fit valoir son droit à la succession sur la base de la filiation adoptive, le défendeur se contenta de soutenir que l'adoption n'était pas prouvée. Le Conseil supérieur,

(29) Idem, tome 1, p. 61.

(30) Arrêts du Conseil Supérieur de Pondichéry, Gnanou Diagou, Vol. 1, p. 333.

après avoir consulté la traduction du Coran et un manuel de droit musulman en langue indienne traduit du persan et examiné les éléments de preuve, plus particulièrement les déclarations des deux veuves, décida que le demandeur était fils adoptif et héritier du de cujus par arrêt du 18/10/1777 (31). Par la suite le défendeur s'avisait de présenter une requête aux fins de modification de l'arrêt pour la raison que l'adoption était inconnue en droit musulman. Sa requête fut rejetée par arrêt du 12/11/1777 (32).

2 - La maison dotale

Il y avait dans la dépendance de Karikal une coutume spéciale relative au domicile conjugal que les tribunaux français ont reconnue sans peine et qu'ils ont même favorisée. Les parents ou les proches de l'épouse lui donnaient à l'occasion du mariage un immeuble que les tribunaux français ont appelé maison dotale. Dans un arrêt du 22/09/1863 (33) la Cour d'appel de Pondichéry reconnaît qu'il est bien établi, et dans le cas de l'espèce confirmé par une attestation du Cazi, des chefs et d'autres personnalités éminentes de la communauté musulmane de Karikal, qu'il y a une coutume invariable et immémoriale dans cette localité consistant à affecter la totalité ou une partie d'un immeuble à chaque nouveau couple, que l'immeuble ainsi donné pouvait parfois consister en une seule chambre (avec droit d'usage des parties communes), mais que la règle était générale et ne souffrait aucune exception. Dans un arrêt subséquent du 14/08/1877 (34) la Cour s'est plu à donner une description plus détaillée de la coutume : la maison dotale est le véritable domicile des époux ; le mari n'y est pas dans la maison de sa femme mais dans la sienne ; il y exerce son autorité pleine et entière. Le but de l'institution de la maison dotale est de donner au domicile conjugal fixité et permanence qui feraient défaut s'il était permis au mari de changer de domicile conjugal sans tenir compte du bien-être de la famille toute entière. Cette coutume, bien qu'étrangère au droit musulman, a été constamment appliquée par les tribunaux français. Elle a même été l'objet de louanges de la part des juristes français qui la considéraient comme une institution excellente puisqu'elle donnait le droit à la femme musulmane de rester chez elle quand le mari s'en allait à l'étranger pour affaires, qu'elle était assurée d'un logis en cas de répudiation, le mari ne pouvant y introduire sa seconde femme ou sa concubine, et qu'en

(31) Idem, vol. 3, p. 334.

(32) Idem, vol. 3, p. 341.

(33) J.D.C.A.P., A. Eyssette, tome 2, n° 35, p. 136.

(34) Idem, tome 2, n° 65, p. 250.

même temps la susceptibilité du mari n'était pas offusquée car par une fiction de la loi il était censé demeurer dans sa maison.

3 - La communauté des biens

Toute autre a été l'attitude des tribunaux français vis-à-vis d'une autre coutume hindoue généralement répandue et restée fort vivace chez les musulmans. Il s'agit de la communauté de biens dans la famille indivise : les biens appartiennent à tous les membres mâles de la famille au fur et à mesure de leur naissance et ne se transmettent donc pas par voie de succession. Les hindous convertis à l'Islam ont souvent plaidé qu'ils vivaient en communauté de biens. Durant la période 1840-1940 au cours de laquelle la jurisprudence française relative aux lois indiennes s'est cristallisée, les tribunaux français ont constamment refusé de reconnaître l'existence d'une telle communauté. Cette prise de position est attestée au moins par 9 arrêts de la Cour d'appel (35). Dans certaines affaires la Cour relève que les pièces au dossier révèlent l'existence d'une communauté d'intérêts, que les biens sont acquis indistinctement au nom d'un membre ou d'un autre de la famille, qu'un bien acquis au nom d'un membre non enregistré au service du Cadastre au nom de son frère. Cependant la Cour se refuse à accepter l'existence de la communauté des biens. Elle préfère utiliser les mots d'association, d'indivision. Elle fait observer qu'il est permis d'après le droit commun, c'est-à-dire le droit français, à des frères de former une société ou de rester dans l'indivision pour faire fructifier le capital et l'augmenter. Elle décide que la communauté de biens est inconnue du droit musulman, que le droit hindou relatif à la communauté ne peut être appliqué aux musulmans, qu'il ne peut exister pour les musulmans une présomption légale en faveur de la communauté comme il en existe chez les hindous et que ceux qui invoquent l'existence de la communauté ont la charge de la prouver. Cette preuve est difficile à apporter car c'est une situation qui se crée spontanément et l'on ne pense pas à la faire reconnaître par un acte écrit. Même quand des indices suffisants sont produits ils ne sont pas pris en considération par les tribunaux comme on l'a remarqué plus haut.

Le fait que la communauté soit étrangère au droit musulman n'est pas la vraie raison de la position prise par les tribunaux. En effet la Cour d'appel avait reconnu sans difficulté que les musulmans de la côte ouest, à Mahé (les Moplahs) vivaient sous un régime de communauté spécial connu sous le

(35) J.D.C.A.P., A. Eyssette, tome 2, n° 3, p. 9 ; n° 10, p. 45 ; n° 20, p. 81 ; n° 24, p. 97 ; n° 34, p. 127 ; n° 45, p. 170 ; n° 63, p. 241 ; J.J.I.F., tome 4, p. 93 ; Abdoulazisesaib versus Aboubakersaib et autres, non publié (arrêt du 28/01/1941).

nom de Tarwad qui était le même que celui des hindous de la région mais différent de celui qui était en vogue dans le reste de l'Inde. Par arrêt du 15/03/1913 (36) la Cour d'appel a confirmé le jugement du juge de paix de Mahé décidant que la communauté est le mode de vie normal chez les Moplahs. Même dans la côte est, au début de la colonisation, on avait reconnu l'existence de la communauté de biens chez les musulmans. Le Conseil supérieur par arrêt du 23/07/1774 (37) a décidé que deux frères avaient une entreprise commune et que les créanciers de l'un ou de l'autre avaient le droit de faire mettre en vente tous leurs biens pour se faire payer les dettes. Un autre arrêt, celui du 26/04/1820 (38) est plus explicite et porte sa décision sur l'actif et le passif de la communauté entre deux frères. Les tribunaux anglais ont trouvé que dans certaines parties de l'Inde les musulmans suivaient leur ancien droit coutumier et ils ont continué à l'appliquer sans réticence (39).

Quelle est donc la raison du rejet, par les tribunaux français, de la communauté des biens invoquée par les musulmans à partir des années 1840 ? Eyssette qui a été conseiller puis président de la Cour d'appel de Pondichéry l'explique dans ses notes en bas des décisions mentionnées plus haut. Il admet que beaucoup de musulmans vivaient en fait en communauté, qu'ils avaient une propension innée pour ce genre de gouvernement domestique, que c'était pour eux une tradition de famille, que la communauté de biens convenait parfaitement à ces musulmans, anciens hindous. Il ajoute que les musulmans ont invoqué avec ténacité l'existence de la communauté dans leurs procès, que plusieurs arrêts de la cour ont été nécessaires pour extirper cette coutume aux racines profondes, que la communauté aurait acquis le statut d'une institution chez les musulmans si la cour n'avait pas été inflexible sur ce point. Expliquant cette prise de position obstinée par la cour, il déclare que la communauté hindoue avec les imperfections des dispositions qui la régissent est une source féconde de procès et qu'il est impérieux de ne pas laisser le champ de la chicane s'élargir.

Mais ce fut une victoire à la Pyrrhus. Les musulmans continuent bel et bien à vivre en famille indivise avec en fait un régime de communauté de biens. Le cas est riche d'enseignements pour nous, car il révèle le jeu d'interférences de trois systèmes de droit : le droit hindou auquel les parties sont attachées, le droit français qui crée chez les juges du moment une allergie vis-à-vis de certaines coutumes locales, le droit musulman que les parties

(36) J.J.I.F., tome 2, p. 218.

(37) A.C.S.P., Gnanou Diagou, vol. 2, p. 429.

(38) Idem, vol. 7, p. 371.

(39) Principe of Mohammedan Law, D.F. Mulla, 14ème éd., pp. 21-24.

sont censées avoir épousé au moment de la conversion et qui offre au juge la possibilité d'écarter le droit hindou quand il le désire.

REMARQUES FINALES

Au début de la colonisation le gouvernement français a donné à la population indigène l'engagement de respecter ses us et coutumes, engagement qui a été réitéré en plusieurs occasions par la suite. Mais au cours des ans le droit français a fait des entailles profondes dans le droit musulman comme dans le droit hindou. A cet égard nous devons distinguer deux périodes : celle avant la Révolution et celle après la Restauration (la France a été évincée de l'Inde au moment de la Révolution et n'a repris possession de ses établissements qu'à la Restauration).

Au cours de la première période, les juges ne sont pas des magistrats de carrière, ils sont proches de la population, ils en apprennent la langue, ils font de longs séjours dans le pays, ils sont assistés par des chefs de caste, il n'y a pas d'avocats, le droit français n'est pas codifié, l'implantation politique est précaire. Aussi, pendant cette période, les coutumes locales ont-elles été reconnues et appliquées. Le droit français reste en retrait.

Dans la seconde période on voit apparaître les magistrats de carrière ; le barreau s'installe ; les nouveaux codes entrent en vigueur avec tout leur prestige et constituent le droit commun, reléguant tous les autres droits au rang de coutumes tolérées. Il n'y a aucune menace à l'horizon à l'hégémonie française. Au cours de cette période l'administration française apporte quelques altérations aux lois locales, mais elle avance à pas feutrés et n'hésite pas à faire machine arrière quand la réaction de la population est forte. Elle s'applique à ne pas offusquer les sentiments profonds de la population et laisse intact ce que les musulmans considèrent comme essentiel dans leur droit. Cette attitude sagace a permis à de nombreuses dispositions du droit français de s'infiltrer au fil des ans avec l'acceptation tacite des intéressés et parfois même par suite de leur propre initiative. Les agents qui ont facilité ce processus sont : les notaires qui conseillaient leurs clients et rédigeaient les actes, les avocats qui donnaient forme aux procès et cherchaient les moyens de les gagner, et les juges qui mettaient fin aux litiges qui venaient jusqu'à eux. Ceux-ci ont déclaré le droit français applicable dans tous les domaines où le droit musulman présentait un vide. Dans les autres cas ils ont usé de leur discrétion pour laisser pénétrer ou pas le droit français. Même usage de discrétion quant à la reconnaissance des coutumes hindoues restées vivaces chez les musulmans. Cet énorme pouvoir discrétionnaire que les juges se

sont attribué sous la pression des événements, ils ne l'ont pas exercé au gré de leurs préférences subjectives mais selon une politique cohérente. Ces magistrats post-révolutionnaires, convaincus de la supériorité et de l'universalité de leurs lois les ont laissé pénétrer par tous les interstices et ont limité au strict minimum la sphère d'application des autres lois. Mais ils ont eu la sagesse propre à leur métier d'avancer à coup sûr ; ils saisissaient les circonstances opportunes, évitaient les injections massives et brutales.

Après le transfert des Etablissements français à l'Union Indienne, une nouvelle phase commence avec l'entrée en jeu des lois indiennes et l'administration de la justice par des magistrats indiens. Pondichéry se trouve ainsi au confluent de 4 courants de droit : droit hindou, droit musulman, droit français et droit anglais. Les problèmes qui se posent sont de différentes sortes : difficulté pour faire prévaloir des droits appartenant à un système avec la loi procédurale d'un autre, conflit entre deux lois qui ont toutes les deux le statut de loi du pays, modification d'une coutume sous l'influence de la loi d'un autre système, demande par un groupe d'un bénéfice reconnu par le droit d'un autre groupe, etc... Dans ce jeu d'interférences, le pouvoir politique intervient peu comme par le passé. Les juges, respectueux du droit par devoir, essaieront de démêler les situations complexes pour trouver la solution de droit. Mais quand les principes de droit se présentent en ordre de combat, comment n'en ressentiraient-ils pas la relativité ? Peut-on leur tenir rigueur s'ils s'arrêtent à la solution qui leur paraît la plus juste selon la formation qu'ils auront reçue ?

DROIT CIVIL

ET

DROIT PROFESSIONNEL

LA REVOLUTION FRANCAISE

ET

LE DROIT D'AUTEUR

Par
Olivier LALIGANT
*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

Voici près de deux siècles que le législateur révolutionnaire a ajouté à notre droit civil une nouvelle branche : celle du droit d'auteur... En ce bicentenaire de la Révolution Française, il n'est donc pas sans intérêt de saisir l'occasion de se retourner vers le passé pour, à la fois, mesurer le chemin parcouru et apprécier d'éventuelles dérives...

Dès le 4 août 1789, l'Assemblée Constituante décida en effet de la suppression de tous les privilèges, qu'il s'agisse de ceux "des individus, des villes, des provinces, des ordres" (1). Les privilèges des auteurs, des imprimeurs et des libraires, des comédiens et des directeurs de spectacles, disparurent ainsi avec tous les autres. L'abolition de l'ancienne législation laissant tout le monde sans protection, il fallut toutefois s'occuper rapidement de la réglementation des droits de chacun, et entre autres de ceux des auteurs. Ce que fit le législateur révolutionnaire par deux textes : l'un de 1791 et l'autre de 1793.

Et, cela va sans dire, les avantages que la législation révolutionnaire garantit aux auteurs leur vie durant et qu'elle maintient, après leur mort, au profit de leurs représentants pendant un certain laps de temps, diffèrent radicalement des avantages accordés sous l'empire de l'ancienne législation. Sous l'Ancien Régime, les avantages dont pouvaient bénéficier les auteurs étaient des concessions individuelles, conférées à titre de

(1) M.C. Dock, "Contribution historique à l'étude des droits d'auteur", Paris, L.G.D.J., 1962, p. 150.

faveur et nées de l'opinion qu'il n'existait d'expression légitime qu'après une permission préalable. Avec l'époque révolutionnaire, les avantages reconnus aux auteurs ne procèdent que de leur travail et de la loi. Autrement dit, ils sont une conséquence du principe de liberté qui veut que chacun puisse s'exprimer sans la permission de personne et du principe de justice qui veut que tout travail obtienne son salaire.

L'Assemblée Constituante et l'Assemblée Législative ne se sont occupées, en 1791, que de réglementer les spectacles. C'est la Convention Nationale qui, par le décret des 19-24 juillet 1793, a véritablement posé les bases de la législation en matière de droit d'auteur.

I - Le décret des 13-19 janvier 1791. - Dès les premiers jours de la Révolution française, la liberté des théâtres fut très vivement réclamée. Le Comité de constitution, saisi de l'examen de la question, inserra d'abord les dispositions relatives à la liberté des théâtres dans un projet général sur la liberté de la presse, qu'il rendit public en 1790. Mais on se décida ensuite à réglementer cette matière par un décret spécial, et Le Chapelier, au nom du Comité de constitution, présenta le 13 janvier 1791 le projet de décret dans lequel il insista notamment sur le fait qu'il était de simple justice "que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail" et qu'il était encore d'élémentaire justice "que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie" (2).

Le projet de décret fut adopté le jour même et sanctionné par le roi le 19 janvier 1791. Ce texte, qui est d'abord un texte relatif aux spectacles, régla la situation créée par l'abolition des privilèges accordés aux comédiens. Après avoir institué la liberté des théâtres (article 1), il reconnut aux auteurs le droit exclusif de reproduction pendant toute leur vie et cinq ans après leur mort dans les termes suivants : "les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs" (article 3) et "les héritiers, ou les cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur" (article 5).

(2) Le Moniteur Universel, 15 janvier 1791.

II - Le décret des 19-24 juillet 1793. - S'il avait bien été pourvu aux intérêts des auteurs dramatiques par le texte de 1791, il restait toutefois à pourvoir aux intérêts de tous les autres auteurs qui demeuraient sans protection depuis que l'on avait cessé de délivrer des privilèges de librairie. Ce que vint faire le décret des 19-24 juillet 1793. Mais l'on discutait peu à l'époque. Le texte fut adopté sans discussion après un bref exposé de Lakanal qui insista, comme l'avait fait Le Chapelier, sur le fait que la justice la plus commune commandait que celui qui consacrait "ses veilles à l'instruction de ses concitoyens" put revendiquer "le tribut légitime d'un si noble travail" (3).

Ce texte -dont les librairies constituaient la toile de fond comme les théâtres constituaient la toile de fond du texte de 1791- posa donc en son article 1er que "les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République, et d'en céder la propriété en tout ou en partie". L'article 2 posa, quant à lui, que "leurs héritiers, ou cessionnaires, jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs". A quoi l'article 7 ajouta que "les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du genre qui appartient aux Beaux-Arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années" (4). Enfin, il fut respectivement déclaré aux articles 3, 4 et 6 que tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs seraient confisqués à la réquisition et au profit des auteurs, que tout contrefacteur serait tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l'édition originale, la poursuite des contrefacteurs étant toutefois subordonnée au dépôt de deux exemplaires de l'ouvrage contrefait à la Bibliothèque Nationale ou au Cabinet des Estampes.

L'absence quasi complète de débats et la rapidité avec laquelle fut chaque fois adopté le texte proposé disent assez, pour s'en tenir à la question des oeuvres protégeables et à celle des prérogatives accordées, que ni l'objet, ni le contenu de la

(3) Le Moniteur Universel, 21 juillet 1793.

(4) La rédaction de l'art. 7 ne s'éclaire que lorsque l'on sait que les art. 1 et 2 ne disposent que pour l'avenir et uniquement par rapport aux auteurs encore "propriétaires" de leurs ouvrages au moment de la promulgation de la loi, ou qui ne les transmettront qu'après cette promulgation, soit à leurs héritiers, soit à des cessionnaires. En effet, l'art. 7 -qui, sinon, serait inutile- dispose pour le présent, et plus précisément encore pour les héritiers actuellement "propriétaires" des ouvrages visés par la loi. Ses dispositions ne s'étendent pas toutefois aux cessionnaires, qui restent par conséquent soumis à la loi ancienne.

protection n'ont soulevé d'interrogations particulières dans l'esprit du législateur révolutionnaire. Sans doute parce que l'idée qu'il en avait lui paraissait suffisamment claire ; sans doute aussi parce que le temps manquait et que l'heure n'était pas aux longues réflexions de ce genre.

Pourtant par ce qu'ils affirment, par ce qu'ils suggèrent et par ce qu'ils ne disent pas, les textes révolutionnaires de 1791 et de 1793 soulèvent, à ces deux points de vue -auxquels nous limiterons ici nos propos- d'importantes et d'intéressantes questions... Importantes et intéressantes, car l'analyse révèle, entre autres, qu'au plan de l'objet de la protection, la nature des oeuvres protégeables est manifestement double -ce qui fut oublié, il n'y a pas si longtemps encore- et qu'au plan du contenu de la protection, les prérogatives accordées ont une finalité manifestement unique- ce qui fut méconnu, il n'y a pas si longtemps non plus. Dérives majeures donc, notamment la première, dont il convient de prendre la mesure en examinant successivement "les oeuvres protégeables, ou l'objet de la protection et sa double nature" (I) et "les prérogatives accordées, ou le contenu de la protection et sa finalité unique" (II).

I - LES OEUVRES PROTEGEABLES OU L'OBJET DE LA PROTECTION ET SA DOUBLE NATURE

La détermination de l'objet de la protection se heurte, de prime abord, à une certaine ambiguïté législative (A). Mais si, à la réflexion, sa double nature ne saurait soulever de doutes, il faut alors en tirer les conséquences, c'est-à-dire en déterminer la portée juridique (B).

A - L'ambiguïté législative.

Certes aucune ambiguïté ne marque la rédaction du décret des 13-19 janvier 1791, qui vise "les ouvrages" destinés à être "représentés" sur un "théâtre public", autrement dit les oeuvres à caractère dramatique. Par nature, en effet, il s'agit d'oeuvres qui relèvent du domaine des Belles-Lettres et qui, les Belles-Lettres faisant partie des arts, sont donc des oeuvres à caractère esthétique (5).

En revanche, une réelle ambiguïté marque la rédaction du décret des 19-24 juillet 1793, relatif, lui, au droit de

(5) "Esthétique" est ici synonyme de "artistique", entendu dans son sens le plus large, et désigne donc simplement des oeuvres qui appartiennent, soit à la littérature, soit à la musique, soit aux beaux-arts.

reproduction, puisque ce texte vise en son article 1er, "les écrits en tous genres", les ouvrages des compositeurs de musique, les oeuvres des peintres ainsi que celles des dessinateurs, et en son article 7, les ouvrages de littérature, de gravure ou "toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartient aux Beaux-Arts". En effet, quelle signification convient-il de donner à l'expression "écrits en tous genres" ? En considération de ce que toutes les autres oeuvres mentionnées à l'article 1er sont des oeuvres à caractère esthétique -à savoir, oeuvres musicales, oeuvres de peinture et de dessin (6)- et de ce que toutes les oeuvres mentionnées à l'article 7 sont, sans distinction, des oeuvres à caractère esthétique -à savoir oeuvres littéraires, gravures, oeuvres appartenant aux Beaux-Arts- faut-il considérer que par l'expression "écrits en tous genres" le législateur révolutionnaire a visé les oeuvres relevant de tous les genres littéraires : roman, poésie, théâtre, par exemple ? Ou bien, en considération de ce que la toile de fond de cette réglementation était constituée par l'abolition des privilèges de librairie, faut-il considérer que par l'expression "écrits en tous genres", le législateur révolutionnaire a visé les écrits de toute nature, sans distinguer donc entre les oeuvres dans lesquelles le langage est utilisé à des fins esthétiques et les oeuvres dans lesquelles il est utilisé à d'autres fins qu'esthétiques, comme, par exemple, exposer des idées ou transmettre des connaissances ?

A la réflexion, deux raisons nous font pencher en faveur de cette dernière interprétation. La première est que les privilèges de librairie étant surtout une institution de police, les oeuvres que le législateur révolutionnaire avait naturellement en tête lors de la rédaction du texte de 1793 étaient bien plus les oeuvres porteuses d'idées que les oeuvres issues de préoccupations esthétiques, le "discours" étant a priori potentiellement plus dangereux que "le poème". La seconde raison est qu'en cette fin du XVIIIe siècle, le législateur ne pouvait avoir en tête de promulguer un texte instituant une protection spécifique, exclusive, pour les oeuvres à caractère esthétique, car c'est seulement vers 1860 que commencent une ère nouvelle et une conception de l'art sans précédent ; que, pour la première fois dans l'histoire de l'humanité, "un crucifix roman et la statue égyptienne d'un mort peuvent devenir des oeuvres présentes" et cessent d'être tenus pour des "curiosités supérieures" (7). Ne l'oublions pas, et nous avons peine à ne pas l'oublier (8), "aucune civilisation avant la

(6) Et plus précisément, les oeuvres des peintres et dessinateurs "qui feront graver des tableaux ou dessins".

(7) André Malraux, "La Métamorphose des Dieux. Le Surnaturel", Gallimard, 1977, p. 3.

(8) En effet, "le rôle des musées dans notre relation avec les oeuvres d'art est si grand que nous avons peine à penser qu'il n'en existe pas, qu'il en exista jamais, là

nôtre n'a connu le monde de l'art créé par les artistes pour qui l'idée d'art n'existait pas" (9).

Mais s'il est possible d'affirmer que l'expression "écrits en tous genres" vise, dans le texte de 1793, aussi bien les écrits dans lesquels le langage est utilisé à des fins esthétiques -autrement dit, les oeuvres littéraires proprement dites- que les écrits dans lesquels le langage est utilisé à des fins autres qu'esthétiques, force est alors d'admettre la double nature de l'objet de la protection...

B - La double nature de l'objet de la protection et sa portée juridique

Si, comme le confirme l'analyse des textes révolutionnaires eux-mêmes et la consultation de la jurisprudence qui les applique, la double nature de l'objet de la protection ne saurait soulever de doutes (a), la portée juridique doit en être dégagée (b).

a) La double nature de l'objet de la protection

L'objet de la protection instituée par le décret des 13-19 janvier 1791 et par le décret des 19 - 24 juillet 1793 est constitué -nous venons de voir que l'on peut et que l'on doit l'affirmer- par deux sortes d'oeuvres de nature fort différente, opposée même (10) : les oeuvres sans caractère esthétique et les oeuvres à caractère esthétique... En effet, il s'agit de productions de l'esprit de nature différente, car les premières expriment des aspects quantitatifs (11) de la réalité, leur objet étant constitué par ce qui

où la civilisation de l'Europe moderne est ou fut inconnue, et qu'il en existe chez nous depuis moins de deux siècles. Le XIX^e siècle a vécu d'eux ; nous en vivons encore, et oublions qu'ils ont imposé au spectateur une relation toute nouvelle avec l'oeuvre d'art. Ils ont contribué à délivrer de leur fonction les oeuvres d'art qu'ils réunissaient (...). Jusqu'au XIX^e siècle, toutes les oeuvres d'art ont été l'image de quelque chose qui existait ou qui n'existait pas avant d'être des oeuvres d'art (...). Le musée sépare l'oeuvre du monde profane et le rapproche d'oeuvres opposées ou rivales. Il est une confrontation de métamorphoses" (A. Malraux, "Les Voix du Silence", N.R.F., 1951, p. 11-12).

(9) A. Malraux, "La Métamorphose des Dieux, Le Surnaturel", Gallimard, 1977, p. 3.

(10) Opposée, mais complémentaire, puisqu'elles sont expression des deux faces d'un tout : la Réalité... d'une manière plus imagée, on pourrait dire qu'il y a entre elles la même différence que celle qui existe entre "le discours" et "le poème".

(11) Il y a en effet un ordre de réalité qu'on peut découvrir en l'appréhendant extérieurement, donc de manière indirecte. Ce qui en relève est tout ce qui est objectivement déterminable. Et pour appréhender cet ordre de réalité, l'homme dispose de son intelligence, ainsi que des instruments de mesure et d'analyse, qui en sont le prolongement. Sur cet ordre de réalité, l'homme peut avoir un "savoir", mais non à proprement parler une "connaissance", qui est, elle, une expérience réelle, directe et intime. L'Inde traditionnelle, notamment, distingue depuis des temps immémoriaux le savoir et la connaissance : le théologien connaît beaucoup de choses à propos de Dieu, mais le mystique, lui, connaît Dieu.

est objectivement déterminable, alors que les secondes expriment des aspects qualitatifs (12) de la réalité, leur objet étant constitué par ce qui n'est appréhendable que de manière subjective...

I - Les productions de l'esprit à caractère esthétique. - Les décrets de 1791 et de 1793 étant juridiquement, sinon intellectuellement, indépendants l'un de l'autre, la détermination de l'objet de la protection doit donc se faire de manière séparée...

1°) Des termes du décret de 1791, qui consacre au profit des auteurs un droit exclusif sur la représentation de leurs "pièces de tous les genres" dans un "théâtre public", il résulte que l'objet de la protection se limite aux seules oeuvres, dramatiques (13) ou lyriques (14) destinées à être jouées sur un théâtre.

En conséquence, les oeuvres de musique sacrée ou les oeuvres purement musicales, par exemple -qui constituaient pourtant un genre déjà important à l'époque (15)- n'entrent pas dans l'objet de la protection. En effet, si l'on s'en tient au sens des mots "pièce", "théâtre" et "représenter", utilisés par le législateur révolutionnaire -termes qui ne peuvent s'appliquer ni à l'exécution d'une messe ou d'un réquiem, ni à l'exécution d'une symphonie, d'un concerto ou d'un morceau de musique de chambre- il est certain que les exécutions publiques d'oeuvres de ce genre ne sauraient être considérées comme soumises au texte de 1791.

Sur le fondement du terme "ouvrage", utilisé par les rédacteurs du décret de 1791 à l'article 3, il a même été jugé par la Cour royale de Paris en 1822 que les dispositions du décret de 1791 ne s'étendent pas à toute espèce de productions dramatiques, mais qu'elles se bornent aux "ouvrages", terme ne pouvant s'entendre que de "l'ensemble d'une production" et non d'un air isolé (16). Selon cette jurisprudence ne sauraient donc constituer l'objet

(12) Il y a un autre ordre de réalité qui, lui, ne peut être connu qu'en l'éprouvant intérieurement, et donc de manière directe. Ce qui en relève n'est en effet perceptible que subjectivement. Et pour appréhender cet ordre de réalité, l'homme dispose, entre autres, de sa sensibilité et de son intuition, qui sont les modes de "connaissance" alors que l'intelligence est un mode de "savoir". Cette appréhension est qualitative, et non quantitative, car on ne peut quantifier que ce qui se réfère à un système de mesures et d'analyses.

(13) Tragédie, drame, comédie, ballet.

(14) Opéra.

(15) Il suffit de penser à l'importance de la production d'un Mozart en cette matière, même si celle-ci n'a pas d'équivalent en France.

(16) "Considérant que les dispositions des lois des 19 janvier 1791 et 19 juillet 1793 ne s'étendent pas à toute espèce de productions dramatiques indistinctement, mais qu'elles se bornent aux ouvrages des auteurs (...); que ce mot ne peut s'entendre que de l'ensemble d'une production et que tel est aussi le sens dans lequel il a été employé dans la loi du 19 juillet". Pour l'ensemble du texte de cette décision, cf. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1839, vol. II, n° 75, p. 181. V. encore dans le même sens Trib. correct. de la Seine, 16 janvier 1838, décision également rapportée par Renouard, op. cit., vol.

du droit de représentation, ni les airs isolés, ni les arrangements, variations et pots-pourris composés sur un thème ou un motif seul, ni même les parties détachées des compositions musicales (17). Et c'est ce qui fut habituellement jugé jusqu'en 1853, date à laquelle la Cour de Paris revint sur sa jurisprudence (18).

2°) Des termes du décret de 1793, qui institue, au profit des "auteurs d'écrits en tous genres", des "compositeurs de musique" et des "peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins", un droit exclusif sur la reproduction de ces ouvrages, il résulte, pour ce qui est des productions de l'esprit à caractère esthétique, que la protection porte sur les oeuvres suivantes...

a) En ce qui concerne les écrits à caractère esthétique de tous genres se trouvent visées, par définition même, toutes les oeuvres littéraires à proprement parler, c'est-à-dire toutes les oeuvres dans lesquelles le langage est utilisé à des fins esthétiques. Ainsi n'y a-t-il pas à distinguer selon le genre de l'oeuvre, c'est-à-dire selon qu'il s'agit d'une oeuvre dramatique ou romanesque, d'une oeuvre lyrique (19) ou chorégraphique (20). Point n'est besoin non plus de distinguer selon la forme de l'oeuvre, c'est-à-dire selon qu'il s'agit de forme fixe ou libre (21),

II, n° 77, p. 189-190. Sur l'ensemble de la question, v. Renouard, op. cit., vol. II, n° 75 à 77, p. 179 à 190.

(17) La Cour royale de Paris ne s'est ainsi pas laissée convaincre par l'argumentation soutenue devant elle par Renouard qui, en réponse à l'objection de la partie adverse qu'un air n'était que quelques notes et non un ouvrage, avait déclaré : "Cela est vrai, comme il est vrai que les vers de Racine sont la réunion de quelques mots ; les calculs de Lagrange, la réunion de quelques chiffres ; les tableaux de Gérard, la réunion de quelques couleurs" (Renouard, op. cit., vol. II, n° 75, p. 183), d'autant que, comme le souligne également Renouard, exclure de l'objet de la protection les airs isolés est encore critiquable en considération de ce que de tous les biens, c'est assurément le plus humble qu'il faut le mieux défendre et aussi de ce que nul n'a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui (Renouard, op. cit., n° 77, p. 188).

(18) Les critiques de Renouard finirent en effet par être entendues puisqu'en 1853 la Cour de Paris opéra un revirement de jurisprudence et décida que les compositeurs d'airs isolés sont recevables à agir contre ceux qui utilisent leurs compositions sans leur assentiment et sans verser de rétribution : Paris, 11 avril 1853, affaire Desforges, D.P. 1853.2.130.

(19) Ainsi est un écrit protégé au titre de la loi de 1793 le livret d'un opéra-comique, Paris, 27 juin 1866, Ann. 1866.299.

(20) Tout ballet se résume en effet dans un ouvrage écrit, le libretto. Ainsi est un écrit protégé au titre de la loi de 1793, la composition d'un ballet-pantomime, même s'il ne s'agit pas d'une oeuvre de haute importance : Trib. comm. Rouen 12 novembre 1875, Ann. 1877.211. Et pareillement en va-t-il pour la création d'un pas de ballet inspiré de danses nationales de différents pays mais dont la composition est particulière et distincte : Trib. comm. de la Seine, 11 juillet 1862, affaire Petipa, Ann. 1863.234.

(21) Par exemple, sonnet ou vers libre.

de poésie ou de prose (22). Point n'est enfin besoin de distinguer selon que l'oeuvre est ou non une oeuvre adaptée (23).

b) En ce qui concerne les ouvrages des compositeurs de musique se trouvent ici visés -et à l'inverse du texte de 1791- toutes les oeuvres musicales quel qu'en soit le genre. Réserve devant cependant être faite, semble-t-il, des airs isolés, des arrangements, des variations, puisque dans sa décision déjà citée de 1822 la Cour royale de Paris, pour exclure les oeuvres musicales détachées de l'objet de la protection, s'était également fondée, et de la manière la plus expresse, sur les termes mêmes du décret du 19 juillet 1793, relatif au droit de reproduction, encore que cette réserve ne vaille que jusqu'en 1853, comme nous l'avons vu (24). Observons d'ailleurs qu'au plan du droit de reproduction, toute oeuvre musicale, par le fait même de sa mise en partition, aurait pu s'analyser comme une oeuvre littéraire, puisque les notes inscrites sur les portées constituent des signes écrits et que leur succession s'analyse comme un langage (25).

c) En ce qui concerne les oeuvres artistiques ne sont en revanche expressément visées par le décret de 1793 que les seules oeuvres des "peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins". Ce qui a soulevé de nombreuses et de graves difficultés...

En premier lieu, le texte ne visant que "les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou des dessins", les commentateurs se sont tout d'abord demandés si les peintres et dessinateurs qui n'ont pas fait graver leurs tableaux ou dessins pouvaient prétendre à la protection... A ne s'en tenir qu'à la stricte interprétation des termes de la loi, le doute est permis et il pourrait même, grammaticalement, se résoudre en défaveur des peintres et dessinateurs qui n'auraient pas usé de leur droit de gravure. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à la rédaction, vicieuse, de la loi et s'est plus fondée sur l'esprit de la loi que sur

(22) Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 47 à 74, p. 94 à 179. V. également Pouillet, "Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, et du droit de représentation", Paris, 1894, 2° éd., n° 20 à 64, p. 41 à 77.

(23) L'adaptation, à l'époque, a surtout pour objet un roman dont le récit est mis en dialogues pour la scène, une pièce de théâtre ancienne dont l'action et les caractères sont mis au goût du jour et, plus encore, une pièce de théâtre transformée en opéra. Ainsi a-t-il été jugé que l'opéra tiré d'une pièce tombée dans le domaine public n'en constitue pas moins une oeuvre protégeable au titre de la loi de 1793, à raison du travail d'appropriation aux exigences du drame lyrique, de la création de scènes nouvelles et de la modification de l'action : Paris, 27 juin 1866, Ann. 1866.299.

(24) Cf. supra, note 17.

(25) V. not. à ce propos Pouillet, Martin Saint-Léon et Pataille, "Dictionnaire de la propriété industrielle, artistique et littéraire", éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887, Rubrique : "Oeuvres musicales", p. 265.

sa lettre (26). En effet, comme l'a souligné Renouard, "anéantir tout droit des artistiques par cela seul qu'ils n'auront pas usé du droit de gravure, ou même leur interdire le droit exclusif de gravure lorsqu'ils n'auront pas été les plus diligents à en user, ce serait jouer sur une équivoque de la loi pour tuer son esprit" (27). Ainsi la jurisprudence a-t-elle en cette matière constamment appliqué l'interprétation la plus favorable aux artistes et ont donc été considérés comme faisant partie de l'objet de la protection instituée par le décret de 1793 tous les produits des arts du dessin, au sens le plus large de ce terme. Point n'est donc besoin de distinguer selon que cette production des arts du dessin n'est pas ou est un portrait (28). Point n'est non plus besoin de distinguer selon que cette production des arts du dessin est réalisée par tel ou tel procédé, la protection s'étendant aussi bien aux oeuvres réalisées au moyen de la gravure en taille-douce, de la gravure sur bois ou de la lithographie (29). Point n'est enfin besoin de distinguer selon que cette production des arts du dessin relève des arts proprement dits ou des arts appliqués à l'industrie, et plus précisément dans la perspective qui est ici la nôtre, des arts délinatoires (30), appliqués à l'industrie (31), encore que la question ne soit pas allée sans soulever des hésitations (32), ni

(26) Paris, 9 novembre 1832, affaire Léopold Robert c. Ricourt et Marcy, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, tome XXXVIII, Dalloz, 1857, Rubrique "Propriété littéraire et artistique", n° 402, p. 506-507.

(27) Renouard, op. cit., vol. II, n° 39, p. 84.

(28) V. not. à ce propos la jurisprudence citée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 79, p. 191.

(29) V. not. à ce propos la jurisprudence citée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 38 à 41, p. 83 à 90.

(30) Expression fréquente dans le langage de l'époque et qui désigne les arts du tracé, c'est-à-dire les arts dans lesquels la représentation de l'objet se limite à son contour et n'est effectuée que par un simple trait.

(31) Pour un détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 197 à 200 ; Pouillet, op. cit., n° 78 à 80, p. 89 à 97.

(32) Un arrêt rendu par la Cour criminelle du Loiret en l'an XIII ayant formellement décidé que la loi de 1793 ne s'appliquait pas aux ouvrages de dominoterie (papiers imprimés et coloriés qui sont employés pour certains jeux, tel par exemple le loto), la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 brumaire An XIII admit implicitement, semble-t-il (v. également dans le même sens Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 200 et Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique précité, tome XXXVIII, 1857, Rubrique "Propriété littéraire et artistique", n° 390, p. 505), que la loi de 1793 s'appliquait bien aux ouvrages de dominoterie, productions réalisées par des dessinateurs industriels, mais décida qu'en l'espèce il ne pouvait y avoir de contre-façon, parce qu'il n'y avait pas, en réalité, de création nouvelle : "Attendu que les avantages accordés aux auteurs par la loi de 1793 ne peuvent être réclamés que par ceux qui sont véritablement auteurs, par ceux auxquels appartient la première conception d'un ouvrage, soit de littérature, soit des arts, que cette loi leur assimile à cet égard ; et qu'il a été jugé en fait que Letournoy... avait copié le dessin dont il s'agit sur ceux de Legendre et des frères Fresneaux" (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 200).

Autre exemple d'hésitation, dont les conséquences auront malheureusement une portée bien différente : celle née à propos de la question de la protégeabilité, par le

même entraîner bien des errements (33). Mais, ainsi que le souligne, à juste titre, Pouillet, reprenant une opinion déjà exprimée avec force, en 1838, par Renouard (34), "qu'importe qu'un dessin soit destiné à orner le mur d'un salon ou à servir d'étiquette ou d'enseigne. Changera-t-il de caractère pour cela ?" (35). Effectivement en est-il moins pour cela une production de l'esprit ? Est-ce que la qualité d'oeuvre protégeable dépend de la destination de l'oeuvre ou, au contraire, de l'activité intellectuelle de son auteur (36) ?

Du silence du décret de 1793 à l'égard de toutes les autres oeuvres artistiques qui ne sont pas susceptibles d'entrer dans le cadre des expressions "dessin" ou "peinture" est née, en second lieu, la question de savoir si la protection instituée par ce texte

texte de 1793, des dessins obtenus par tissage. En effet, les fabricants lyonnais doutaient que la loi de 1793, faite pour les dessins dus au crayon ou au pinceau, s'appliquait aux dessins obtenus par le tissage et ils souhaitaient en conséquence voir leurs dessins protégés sans conteste. Protection qu'ils obtinrent de l'Empereur, à l'occasion d'un voyage que celui-ci fit à Lyon, et qui fut concrétisée par la loi du 18 mars 1806 sur les dessins et modèles de fabrique, dont le but était d'ajouter, mais pour le fabricant et pour lui seul, un supplément de protection. En effet, comme le souligne Renouard, la loi de 1806, ainsi que l'ordonnance royale du 17 août 1825, qui vint en étendre l'application aux dessins sur étoffes, dentelles, papiers, poteries, etc., constitue une législation qui a certes des dispositions spéciales, quant à la durée et quant à la formalité du dépôt notamment, mais qui "n'innove en rien en ce qui concerne les objets de privilège", car "elle les laisse sous l'empire de la loi générale" (Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 198), c'est-à-dire sous l'empire de la loi de 1793 (Contra, un avis consultatif du Conseil d'Etat en date du 30 mai 1823, relatif aux dessins de papiers peints. Consulté en effet sur le point de savoir quelle législation devait leur être appliquée, le Conseil d'Etat a déclaré que ce devait être la loi de 1806, et non la loi de 1793, parce que ces dessins étaient obtenus par des procédés "purement mécaniques". Mais cette analyse encourt la critique parce que les procédés purement mécaniques ne sont pas les seuls procédés à être utilisés dans l'industrie -de nombreux ouvrages d'art industriel se fabriquent à la main, comme les dentelles et les objets de vannerie- et ainsi, inversement, parce que les procédés purement mécaniques sont utilisés en matière artistique, l'impression d'une gravure, qui est bien un procédé mécanique n'empêchant nullement que la gravure elle-même relève du domaine des Beaux-Arts).

(33) Bien que les représentants de la doctrine les plus éminents, Renouard et Pouillet notamment, aient toujours affirmé que la loi de 1806 n'a nullement pour but de retirer quelque chose à l'empire de la loi de 1793 (Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 198, et Pouillet, op. cit., n° 80, p. 93), il faut relever, dans la seconde moitié du XIXe siècle, tout un courant jurisprudentiel dissident qui a considéré et jugé que la loi de 1806 créait quelque chose de nouveau et qu'à côté des dessins proprement dits, protégés par la loi de 1793, elle établissait une autre espèce de dessins, les dessins dits de fabrique, ne pouvant à aucun titre entrer dans l'objet de la protection visé par la loi de 1793 : v. not. à ce propos, pour des affiches artistiques, Trib. correct. de la Seine, 20 juin 1891, Gazette du Palais 1891.2. Suppl. 3, et Paris 21 janvier 1892, Ann. 1894.48 ; pour des dessins sur sacs de café Cass. 14 mai 1891 Ann. 1891, 328.

(34) Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 197 à 200.

(35) Pouillet, op. cit., n° 78, p. 90.

(36) Dans l'ensemble, et hormis le courant jurisprudentiel dissident signalé, les tribunaux ont d'ailleurs affirmé que les dessins pour une étoffe, pour un tapis, pour un papier-peint, pour une dentelle sont protégeables au titre de la loi de 1793 et, en conséquence, que les branches d'industrie qui appliquent les arts délinéatoires sont protégés par la même législation : cf. not. à ce propos, Renouard, op. cit., vol. II, n° 83, p. 197 à 200 ; Pouillet, op. cit., n° 78 à 80, p. 89 à 97.

pouvait s'appliquer, notamment, aux oeuvres des sculpteurs (37). Hésitation d'autant plus justifiée qu'ultérieurement le décret du 19 avril 1810, relatif au délit de contrefaçon, en disposant que "tout édition (...) de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon", semblait venir confirmer l'exclusion de la protection des oeuvres des sculpteurs, puisqu'il n'était question, à nouveau, que de dessin, de peinture ou de toute autre production, "imprimée ou gravée". Et il fallut attendre un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1814, rendu sur les conclusions conformes du Ministère public, pour que soit enfin levée l'incertitude, la Cour suprême ayant en effet affirmé -sur le fondement des seuls termes "toute autre production" et à l'exclusion du contexte- que cette expression comprend la sculpture (38), qui, comme les autres oeuvres nominativement indiquées à l'art. 425 du Code pénal, introduit par le décret du 19 février 1810, est le fruit du travail de son auteur. Solution suivie, du moins dans la première moitié du siècle, par les juges du fond qui furent ainsi amenés à décider, de proche en proche, que sont régies par la loi de 1793, non seulement les sculptures qui relèvent des arts proprement dits (39), mais également les productions des arts industriels qui empruntent à la sculpture et à la ciselure leurs procédés et leurs applications (40). Ce qui était la sagesse, car, ainsi que le souligne Pouillet, "il est plus raisonnable d'accepter toutes les oeuvres comme oeuvres d'art, du moment que les beaux-arts y ont une part, si faible, si chétive qu'elle soit" (41). Pourtant, entraînées par une appréciation erronée de la portée de la loi du 18 mars 1806 sur les dessins et modèles de fabrique, des décisions des juges du fond, et même de la Cour de cassation, se mirent à affirmer, à partir de 1860 surtout (42), qu'à

(37) V. not. à ce propos Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 34, p. 79-80.

(38) Affaire Romagnesi c. Robin, rapportée par Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 34, p. 79.

(39) Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Pouillet, Martin Saint-Léon et Pataille, *op. cit.*, p. 255-256. A cet égard, il est à souligner pour la petite histoire que ce sont les productions de l'imagerie religieuse qui ont donné lieu à la jurisprudence la plus abondante. Ainsi a-t-il été jugé souvent qu'une oeuvre artistique, bien qu'elle représente un type religieux existant de temps immémorial, peut prétendre à la protection de la loi de 1793 dès lors que le travail de l'artiste l'a individualisé : v. par ex. Cass. 13 février 1857, Ann. 1857, 33.

(40) Ainsi toute création artistique destinée à être fabriquée industriellement en marbre, bronze, céramique, comme par exemple chandeliers, chenets, marteaux de porte, poignées de sabre et d'épée, encriers, ont été considérés par les tribunaux comme susceptibles de bénéficier de la protection de la loi de 1793. Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 82, p. 196-197 ; Pouillet, *op. cit.*, n° 78 à 79 bis, p. 89 à 93.

(41) Pouillet, *op. cit.*, n° 78, p. 89.

(42) Pourtant la Cour de cassation elle-même avait proclamé, dans un arrêt du 21 juillet 1855 (Ann. 1855, 73) qu'il n'y a pas à rechercher quelle est la destination

côté des dessins et modèles proprement dits, protégés par la loi de 1793, existait une autre espèce de dessins, celle des dessins et modèles dits de fabrique, protégeables par la loi de 1806, mais ne pouvant à aucun titre entrer dans le champ de protection de la législation de 1793 (43). De tels errements ne manquent pas d'étonner (44). Comment sérieusement soutenir que la nature d'une oeuvre d'art ne dépend pas d'elle-même, mais de la convention par laquelle l'artiste consent à ce qu'elle fasse l'objet d'une reproduction industrielle ? Un sculpteur compose, sur la demande d'un fabricant, une série de personnages, pour la décoration de jardins, et pour cette seule raison que l'oeuvre est destinée à une reproduction industrielle, elle ne serait plus une oeuvre d'art, mais un modèle de fabrique ? Ou encore, à défaut, comment sérieusement soutenir que la nature d'une oeuvre ne dépend pas d'elle-même, mais de l'appréciation subjective du juge qui devra se prononcer sur la question de savoir si elle éveille un sentiment esthétique ou si elle se borne seulement à satisfaire le goût ? N'est-ce pas alors tomber dans les jugements de valeur, avec tous les dangers d'arbitraire que cela comporte pour les justiciables (45) ? Mais les cours et tribunaux -même

d'une oeuvre de sculpture -il s'agissait de poignées et de pieds de cafetières, théières et réchauds- ni à s'attacher à ce que son auteur l'a fait entrer dans l'ornementation d'objets ayant un caractère ou un emploi industriel mercantile.

Qui plus est, l'année précédente la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 août 1854 (D.P. 1854.1.295) avait déjà rejeté très nettement toute distinction entre arts proprement dits et arts appliqués à l'industrie puisqu'elle avait décidé que la loi de 1793 protège toutes créations, soit des arts proprement dits, soit des arts industriels -et notamment les dessins destinés à être reproduits en relief, comme le dessin d'un poêle- quelque simples qu'elles soient, du moment qu'elles présentent un caractère propre permettant d'en reconnaître l'individualité. Cette décision est d'ailleurs intéressante à un autre titre, car la Cour suprême y déclara encore que serait protégeable par la loi de 1793, tout dessin destiné à être reproduit en relief, quelque simple qu'il soit et alors même qu'il serait dénué de toute ornementation, autrement dit qu'il serait dénué de tout caractère artistique.

(43) Ainsi certaines juridictions, pour déterminer le domaine d'application respectif de la loi de 1793 et de la loi de 1806, se sont fondées sur la destination, en ce sens qu'une oeuvre, même d'une très grande valeur artistique, relèverait de la loi de 1806, du moment qu'elle serait destinée à une reproduction industrielle : v. par ex., pour des bronzes, Cass. 8 juin 1860, Ann. 1860, 394 ; pour des bijoux, Cass. 18 août 1868, Ann. 1869, 191. Pour le détail de la jurisprudence, v. Pouillet, op. cit., n° 80, p. 93 à 97 ; P. Roubier, "Le droit de la propriété industrielle", tomes III et IV, Sirey, 1954, n° 217, p. 399-400, et notamment les décisions citées en note 1, p. 400.

Ainsi encore trouve-t-on, mais plutôt sur la fin du XIXe siècle et au début du XXe, des décisions qui, pour distinguer entre les oeuvres des arts proprement dits et les oeuvres des arts appliqués à l'industrie, se sont fondées sur le caractère artistique plus ou moins élevé de l'oeuvre, en ce sens que s'il apparaissait que l'oeuvre éveillait le sens esthétique, elle relevait de la loi de 1793, alors que s'il apparaissait qu'elle visait seulement à l'ornementation et qu'elle tendait donc uniquement à satisfaire le goût, elle relevait de la loi de 1806 : pour le détail de cette jurisprudence, v. not. P. Roubier, op. cit., tomes III et IV, n° 217, p. 401, note 1.

(44) Pouillet, traitant de cette jurisprudence dit même, dans le langage parfois savoureux de l'époque : "pour le jurisconsulte, c'est à se voiler la face" (op. cit., n° 80, p. 94).

(45) Les tribunaux en étaient d'ailleurs arrivés à appliquer l'une ou l'autre loi à des

après la loi du 11 mars 1902 qui proclama expressément le principe de l'unité de l'art en vertu duquel ne doit être pris en considération ni le mérite ni la destination de l'oeuvre- mirent un certain temps à le comprendre. Et la Cour de cassation fut obligée de proclamer, en 1931, que les oeuvres des arts appliqués à l'industrie bénéficiaient de la protection de la loi de 1793 sans qu'il y ait à rechercher si elles ressortissaient ou non des beaux-arts (46).

Comme elle s'était posée pour les oeuvres de sculpture, pouvait également se poser la question de savoir si les oeuvres architecturales étaient couvertes par la protection instituée par le décret de 1793. Mais, en 1839, Renouard relève qu'à sa connaissance la question ne s'était pas présentée devant les tribunaux. A ne consulter que les principes généraux, il était d'ailleurs, de prime abord, enclin à penser que protection était due à l'architecte comme aux autres artistes. Mais il corrige immédiatement cette inclination en faisant valoir que "la nature particulière des productions de cet art, leur destination immobilière, l'impossibilité d'un préjudice sérieux, semblent devoir faire écarter toute prétention à un droit exclusif" (47). Et, ajoute-t-il, les mêmes objections se présentent avec plus de force encore à l'esprit s'il s'agit de l'architecture des jardins, dont les dessins ne se réalisent que retouchés et variés par l'action de la nature.

II - Les productions de l'esprit sans caractère esthétique. - Les plus nombreuses se trouvent, il va sans dire, dans la catégorie des écrits. Mais il en est également quelques-unes dans la catégorie des arts du dessin, voire même dans celle des sculptures. Quant à des compositions musicales sans caractère esthétique, il n'en est pas de concevables à l'époque. Dans la perspective ici envisagée, la seule protection susceptible d'être réclamée est celle qui résulte du décret de 1793 ; elle seule sera donc ici envisagée...

1°) Ecrits sans caractère esthétique. - Le terme "écrit" a tout d'abord désigné une oeuvre manuscrite ou imprimée, puis une oeuvre dont les matériaux sont constitués par des mots. Cette évolution dans laquelle les tribunaux sont passés de la prise en considération du mode d'expression à la prise en considération des matériaux de l'oeuvre commande le plan de notre examen. .

objets semblables.

(46) Cass. crim. 9 juillet 1931, Ann. 1932, 324, (il s'agit d'ailleurs d'une décision relative à des dessins d'ornement appliqués à l'industrie).

(47) Renouard, op. cit., vol. II, n° 35, p. 80. Comp. Pouillet, op. cit., n° 95 à 99, p. 108 à 115 : "l'importance et la nouveauté de la question" - ce sont les propres termes de Pouillet (op. cit., p. 108) - expliquent la longueur des développements qu'il leur consacra et montrent le chemin parcouru depuis l'époque du traité de Renouard. La loi du 11 mars 1902 les introduira d'ailleurs dans la nomenclature du texte de 1793.

a) Des écrits, manuscrits ou imprimés. - Entrent par définition dans la catégorie des écrits, stricto sensu dénués de caractère esthétique les écrits en tout genre ayant trait, notamment à l'histoire, à l'économie, à la politique, ainsi qu'aux sciences, aux métiers, aux découvertes, au commerce, à l'industrie. L'écrit majeur de ce temps, le monument de ce siècle, n'est-il pas d'ailleurs l'Encyclopédie ? Dictionnaire raisonné des arts, des sciences et des métiers, l'oeuvre, en effet, se veut à la fois bilan, système, legs : bilan, puisque ses auteurs la voient comme le vaste "magasin" des connaissances accumulées depuis des siècles par l'esprit humain, système parce qu'ils l'ont conçue et rédigée comme un catalogue structuré et rationnel où la multiplicité des sciences, des méthodes, des découvertes s'inscrit avec logique, et legs enfin pour que les hommes, qui viendront après eux, "devenant plus instruits, deviennent en même temps plus vertueux et plus heureux" (48). Mais la généralité de l'expression "écrits en tous genres" impliquant que la loi entend protéger tout écrit dès lors que son auteur, pour le produire, a dû se livrer à un travail de l'esprit -et sans que puissent être pris en compte la valeur et l'étendue dudit écrit- il a été affirmé par les tribunaux, chaque fois que l'occasion s'en présentait, qu'en application des termes mêmes de la loi étaient protégés au titre du décret de 1793, les productions de bien moins grande envergure...

En considération de cette généralité, il a été affirmé et réaffirmé, en jurisprudence, que bénéficient de sa protection les compilations de toutes sortes, le choix des éléments compilés, l'ordre et la méthode avec laquelle ils sont présentés constituant incontestablement, même si le travail de leur auteur se limite à cela, une production de l'esprit. Ainsi la Cour de cassation, par un arrêt du 2 décembre 1814, a-t-elle confirmé que "la loi de 1793 s'applique, d'après ses expressions littérales, aux auteurs d'écrits en tous genres" et "qu'elle s'étend donc aux recueils, aux compilations et autres ouvrages de cette nature", lorsque ces ouvrages ont exigé de leur auteur "un travail de l'esprit", comme c'était le cas en l'espèce puisque l'auteur de l'ouvrage litigieux, intitulé "Lectures chrétiennes" avait rassemblé et enchaîné des prônes d'un certain Cochin et d'autres textes tirés de divers ouvrages anciens (49). Et au premier rang de ces compilations figurent bien évidemment les dictionnaires, les guides et les

(48) Diderot, Encyclopédie, article : encyclopédie.

(49) Cass. civ. 2 décembre 1814, affaire citée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 48, p. 97.

catalogues (50), auxquels il faut d'ailleurs ajouter les almanachs, annuaires et tarifs (51), ainsi que les abrégés (52).

Entrent encore dans le cadre du sens littéral de l'expression "écrits en tous genres", utilisée par le législateur révolutionnaire, les notes, additions, commentaires, ainsi que les simples notices relatives à un produit du commerce ou de l'industrie, qu'il s'agisse de réclames, de circulaires commerciales, de textes explicatifs ou descriptifs (53), dès lors qu'ils apparaissent comme le fruit d'un travail de l'esprit. Et, pour reprendre la savoureuse expression de Renouard, nombre de décisions portent "témoignage de la sollicitude des tribunaux pour les plus chétives productions" (54), comme ce jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 29 janvier 1836, qui condamne le contrefacteur d'une humble notice sur le clysopompe (55).

Entrent encore dans le cadre du sens littéral de l'expression "écrits en tous genres" de l'art. 1er du décret de 1793 -même s'il faut en même temps reconnaître que cette expression a été interprétée par la jurisprudence de façon fort large -ces productions de l'esprit qui tiennent à la fois de la compilation et de l'abrégé : les tableaux synoptiques (56), voire les tables des matières (57). Et à cette occasion, les auteurs ont pu même apprendre que la protection pouvait éventuellement se retourner contre eux. Dans un jugement du 16 mai 1834, le tribunal correctionnel de la Seine a en effet condamné un auteur comme contrefacteur de lui-même, celui-ci ayant réalisé un tableau, en une feuille, des Révolutions de la France depuis 1787 et l'ayant vendu à un éditeur, l'avait ensuite revendu à un autre éditeur

(50) Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 48, p. 97 à 99, ainsi que Pouillet, op. cit., n° 24 à 26, p. 45-47.

(51) Pour la jurisprudence, v. not. Pouillet, op. cit., n° 27-28, p. 47-48.

(52) Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 48, p. 97-98 ; Pouillet, op. cit., n° 31, p. 49-50.

(53) Pour la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 52, p. 101-113 ; Pouillet, op. cit., n° 32, p. 50 à 52, ainsi que n° 47 à 49, p. 60 à 65.

(54) Renouard, op. cit., vol. II, n° 53, p. 114.

(55) Trib. correct. de la Seine, 29 janvier 1836, Gazette des Tribunaux du 30 janvier 1836.

(56) Ainsi un arrêt de la Cour royale de Paris du 22 mars 1830 a reconnu comme objet de la protection instituée par le décret de 1793 un tableau synoptique du budget de l'Etat (Gazette des Tribunaux du 23 mars 1830). Et il en a été décidé de même pour la réunion des éléments de la série des prix de la ville de Paris sous forme de tableaux synoptiques : Cass. 15 mai 1878, Ann. 1880, 670. Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 53, p. 113-114 ; Pouillet, op. cit., n° 34-35, p. 52-53.

(57) Ainsi dans un livre de piété, où avaient été reproduits le texte de la messe, des vêpres, des prières du matin et du soir, des litanies, des psaumes, du chemin de croix, et d'autres exercices d'usage, il a été décidé que le titre et la table des matières, étant nouveaux, suffisaient pour bénéficier de la protection de la loi : Lyon 6 août 1858, Ann. 1858, 389.

après y avoir apporté quelques modiques changements et lui avoir donné un autre titre (58).

b) Des discours et de l'évolution de la notion d'écrit au sens du décret de 1793. - Est-ce que la législation révolutionnaire, qui protège incontestablement les écrits en tous genres, étend aussi sa garantie sur les oeuvres non écrites ? Si l'on s'en tient à l'interprétation littérale du texte de l'article 1er du décret des 19-24 juillet 1793, on peut en douter car ce texte n'accorde un droit exclusif qu'aux auteurs d'écrits. Mais, comme le souligne Renouard, "lorsqu'on sort de l'interprétation judaïque de quelques termes équivoques pour s'élever jusqu'à l'esprit de la législation, on reconnaît de suite que l'auteur d'une production orale a seul le droit de la publier par la voie de l'impression" (59). Personne -il faut en convenir- ne songerait à émettre un doute sur le droit exclusif de l'auteur d'un manuscrit. En conséquence, à l'instar de la pensée écrite et non imprimée, "la pensée parlée et non imprimée doit demeurer le privilège de son auteur" (60). Et si besoin était, on pourrait encore tirer argument de l'article 3 du décret de 1793 puisque ce texte autorise la confiscation de "tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs". Ainsi -et bien que le contraire ait été vivement soutenu- la jurisprudence a reconnu le droit exclusif des professeurs, notamment des professeurs salariés par l'Etat, sur leurs leçons, même orales (61). En effet, comme le dit excellemment Renouard, "ce que le professeur doit à sa mission et au public, c'est sa leçon : il est quitte envers son devoir lorsqu'il l'a donnée. Un salaire n'était promis qu'à son enseignement et à sa parole : ce qui reste, après cette parole émise, lui demeure propre" (62). C'est là une solution d'évidence et de justice : sans doute un professeur doit à ses élèves, dans son cours, ses études, ses travaux, ses réflexions, mais il ne les leur doit que pour leur instruction personnelle et non pour qu'ils puissent s'en emparer et les publier de quelque façon que ce soit. Au demeurant -et sans rien dire de l'aspect pécuniaire- mettre à la discrétion de tout un chacun la parole d'un professeur, ce n'est pas seulement exposer sa réputation du fait des éventuelles inexactitudes de celui qui en prend note, c'est aussi "l'empêcher de compléter et de revoir ses travaux, d'élaborer ses premières pensées, de corriger ses improvisations" (63).

(58) Trib. correct. de la Seine, 16 mai 1834, Gazette des Trib. du 17 mai 1834.

(59) Renouard, op. cit., vol. II, n° 58, p. 131.

(60) Ibid.

(61) Pour la jurisprudence, v. Renouard, op. cit., vol. II, n° 66, p.145 à 148.

(62) Renouard, op. cit., vol. II, n° 66, p. 145.

(63) Ibid.

Que la protection établie par la législation révolutionnaire, et notamment par le décret des 19-24 juillet 1793, porte également sur les oeuvres dites orales, c'est-à-dire sur les oeuvres communiquées par le moyen de la parole -au sein desquelles viennent naturellement prendre place, à côté des cours, les sermons, allocutions, conférences, discours, notamment ceux prononcés sur ordre de l'autorité publique (64)- conduit à réviser la notion même d'écrit au sens du décret de 1793. Par "écrit" au sens de ce texte, il faut en effet entendre, non une oeuvre manuscrite ou imprimée, mais une oeuvre dont les matériaux sont constitués par des mots. Ce que l'on voudra plus tard exprimer en parlant d'oeuvre "littéraire". Mais l'expression n'échappe pas à l'ambiguïté car on entend habituellement par "oeuvre littéraire" une oeuvre dans laquelle le langage est utilisé à des fins esthétiques... Quoi qu'il en soit, il est clair que dès 1793 -du moins pour les oeuvres "littéraires"- est en germe la définition moderne de ce type de production de l'esprit, puisqu'à l'heure actuelle, force est d'admettre qu'en droit d'auteur, il faut entendre par "oeuvre littéraire" -si l'on tient à conserver cette expression- toute oeuvre dont les matériaux sont constitués par des mots, des symboles ou tous autres indices verbaux ou numériques (65).

2°) Productions des arts du "dessin" et de la "sculpture" sans caractère esthétique. - La catégorie n'est évidemment pas très fournie à l'époque, puisque, par hypothèse même, ne peuvent y entrer les productions des arts appliqués à l'industrie dans lesquelles la présence d'un souci artistique, aussi réduit soit-il, interdit de les retenir, productions dont nous avons d'ailleurs déjà parlé dans le cadre des productions à caractère esthétique (66).

Entrent toutefois dans le cadre des productions des arts du dessin sans caractère esthétique, protégeables au titre de la loi de 1793, les atlas, cartes et plans, car leur exécution fait appel à l'art du dessinateur et du graveur. Ainsi par un arrêt du 1er septembre 1837, la Cour royale de Paris est-elle venue affirmer la protégeabilité des cartes géographiques dans les termes suivants : "considérant que s'il est permis à tous de reproduire l'image de la terre et de ses diverses parties, soit en s'aidant de mesures prises sur les lieux, soit en profitant des observations et des productions des géographes antérieurs, et en recherchant la vérité par la comparaison et la combinaison de leurs travaux, il n'est pas moins

(64) Pour la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 66-67, p. 145 à 149.

(65) Cf. à ce propos la définition donnée par le paragraphe 101 du Copy Right Act des Etats-Unis du 19 octobre 1976 selon la traduction de l'O.M.P.I., in "Droit d'auteur", 1977, p. 151.

(66) Cf. supra, B, a, I.

vrai qu'en géographie, comme en matière d'écrits et de dessins en tous genres, respect est dû, aux termes de la loi de 1793 et des articles 425 et 427 du Code pénal, à toutes les productions de l'esprit et du travail, et qu'il ne peut être permis au plagiaire de s'emparer impunément, à l'aide d'un calque ou de tout autre moyen mécanique, du produit du travail matériel et intellectuel d'autrui" (67). De même le plan d'une ville, ou d'un lieu quelconque, entre dans la catégorie des productions protégées par la loi de 1793, dès lors que son exécution porte la marque d'une réalisation personnelle à son auteur, et sans qu'il y ait à s'arrêter au fait que cette réalisation n'a pas exigé de grands efforts et des préparatifs, longs, difficiles et coûteux (68).

Entrent également dans le cadre des productions des arts du dessin sans caractère esthétique protégeables par la loi du 19 juillet 1793, les dessins techniques présentant un caractère strictement industriel. Ainsi la Cour de Paris, dans un arrêt du 28 mars 1883, est-elle venue rappeler que la loi de 1793 protège toute création quelle qu'elle soit et que sa protection s'étend donc aux dessins, sans valeur esthétique aucune, qui ont été composés dans un but exclusivement industriel (69), comme par exemple un dessin industriel représentant une machine (70). De même a-t-il été rappelé que des albums composés de légendes, dessins et tarifs peuvent constituer par eux-mêmes des productions protégeables par la loi de 1793 bien qu'ils n'aient été composés que dans un but purement industriel et qu'ils n'aient point été mis en vente comme des oeuvres de littérature ou d'art (71).

Entrent également dans le cadre des productions dérivées de la sculpture, et sans caractère esthétique, protégeables au titre de la loi du 19 juillet 1793, toute création, destinée ou non à être reproduite industriellement, quelque simple qu'elle soit et quand bien même elle serait dénuée de toute ornementation, dès lors qu'elle présente un caractère propre permettant d'en reconnaître l'individualité, ainsi que l'avait affirmé, dès 1854, la Cour de cassation (72). Préfigurant cette solution, un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 6 juin 1836, avait déjà considéré qu'un simple poinçon destiné à estamper des objets de bijouterie bénéficiait de la protection établie par la loi de 1793, puisqu'il

(67) Cour royale de Paris, 1er septembre 1837, Gazette des tribunaux du 2 septembre 1837.

(68) Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 79, p. 92-93 ; Pouillet, Martin Saint-Léon et Pataille, op. cit., n° 24 à 26, p. 257-258 ; Pouillet, op. cit., n° 85, p. 99-100.

(69) Paris, 28 mars 1883, Ann. 1884, 84.

(70) Trib. civ. de Segré, 26 août 1884, Ann. 1885, 101.

(71) Paris, 4 mai 1878 et 11 mai 1878, Ann. 1878, 123.

(72) Cass., 2 août 1854, affaire Vivaux, Sirey 1854.1.549.

était nouveau de forme et de conception, et qu'en conséquence le graveur qui l'avait créé avait sur lui un droit exclusif (73).

b) La portée juridique

La preuve de la double nature de l'objet de la protection étant rapportée, il convient d'en déterminer la portée juridique. Ceci demande, bien évidemment, de s'interroger sur la valeur juridique de cette constatation de fait et, si besoin est, d'en tirer toutes les conséquences. Mais ceci demande aussi, nécessairement, de donner une justification juridique à la conclusion qui résultera de cette interrogation...

I - De la valeur juridique de la constatation de fait de la double nature de l'objet de la protection et de ses conséquences. - Ces deux questions, par souci de clarté, seront envisagées séparément.

1°) Valeur. - S'il n'est pas discutable que l'objet de la protection instituée par les décrets révolutionnaires des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793 est constitué par des productions de l'esprit de nature opposée (74), les oeuvres à caractère esthétique qui, de la réalité, expriment des aspects qualitatifs, et les oeuvres sans caractère esthétique qui, de la réalité, expriment des aspects quantitatifs, il n'est pas discutable non plus que cette distinction, fondamentale en fait, est en droit inutilisable, pour ne pas dire condamnable, car elle n'offre aucune réalité juridique. En effet, comme l'examen précédent l'a montré, ni les oeuvres à caractères esthétique, ni les oeuvres sans caractère esthétique, ne présentent, en plus de la détermination de l'objet protégeable, de spécificité juridique. Bien au contraire, tout démontre qu'aucune distinction n'est faite entre elles dès l'origine.

2°) Conséquences. - A la lumière de cette constatation, il est clair que le caractère esthétique de l'oeuvre, c'est-à-dire le caractère artistique, littéraire ou musical de l'oeuvre, n'a pas à être pris en considération. Ceci peut, certes, paraître à tout le moins paradoxal lorsque l'on sait que la loi qui régit actuellement le droit d'auteur, la loi du 11 mars 1957, a pour intitulé même : "Loi sur la propriété littéraire et artistique". Mais il faut bien se rendre compte que c'est précisément aux alentours de 1860 -et curieusement au moment même où commence "un passé de l'art

(73) Trib. correct. de la Seine, 6 juin 1836, décision citée par Pouillet, op. cit., n° 79, p. 92.

(74) Opposée, mais complémentaire.

sans précédent" (75), où naît corrélativement "le monde de l'art que nulle civilisation ne connut avant la nôtre" (76) et où enfin commence à être accordée à l'art une importance sans précédent, sans doute parce que notre civilisation est "la première civilisation consciente d'ignorer la signification de l'homme" (77) -qu'en doctrine, il ne soit plus tant question de droit de la contrefaçon ou de droit des auteurs (78), que de droit de la propriété littéraire et artistique (79) et qui en doctrine commence aussi à être de plus en plus souvent affirmé que ce droit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation naturelle et originelle de protéger les oeuvres relevant des Belles-Lettres et des Beaux-Arts, c'est-à-dire les oeuvres à caractère esthétique.

(75) A. Malraux, "La Métamorphose des Dieux : Le Surnaturel", Gallimard, 2^e édition, 1977, p. 1. En effet, comme le dit parfaitement André Malraux, "qu'une nouvelle ère commence et que sa peinture soit née vers 1860, nul ne l'ignore plus. Mais qu'avec elle commence un passé de l'art sans précédent, à peine en avons-nous conscience" (ibid.).

(76) Ibid., p. 21.

(77) Ibid., p. 35.

(78) La simple lecture des titres des ouvrages dominants qui ont été publiés en la matière jusqu'aux alentours des années 1855 est, à elle seule, déjà fort instructive.

En 1837, paraît le "Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins de manufacture, sculpture, sculptures industrielles, marques, noms, raisons commerciales, enseignes", de Gastambide, qui réclame, à juste titre d'ailleurs, l'honneur d'être le premier juriste français à traiter de l'ensemble des règles sur "la propriété de l'intelligence et du travail", (op. cit., p. 2).

En 1838, paraît le "Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice concernant : les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation ; les marques de fabrique ; les noms de commerçants ; les désignations de marchandises, les enseignes ; la propriété littéraire ; les oeuvres dramatiques ; les oeuvres musicales ; la peinture, gravure et sculpture ; les dessins de fabriques en tous genres" de Blanc, qui s'inspire beaucoup de l'ouvrage de Gastambide, sans le citer d'ailleurs.

- En 1838-1839, paraît enfin le maître-livre en la matière, le "Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts" de Renouard.

- En 1846, paraît le "Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs" de Nion, assez marqué par l'influence du "Droit commercial" de Pardessus.

- En 1849, paraît la 2^e édition du "Traité des droits d'auteurs et d'inventeurs", de Lesenne.

- En 1856, paraît enfin le "De la propriété et de la contrefaçon des oeuvres de l'intelligence", de Calmels.

(79) Ici aussi la simple lecture des titres des principaux ouvrages qui ont été publiés en la matière à partir des années 1860 est, à elle seule, déjà fort instructive.

- En 1867, paraît le "Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique" de Fliniaux.

- En 1879, paraît la première édition du grand classique qu'est le "Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, et du droit de représentation" de Pouillet, grand classique, car Pouillet, tout en appartenant à la tradition empirique, apparaît comme l'exemple le plus représentatif de la doctrine française du XIX^e siècle au seuil de la reconnaissance formelle du droit moral, c'est-à-dire de la doctrine française de la seconde moitié du XIX^e siècle.

- En 1887, paraît le "Dictionnaire de la propriété industrielle, artistique et littéraire", de Pouillet, Martin Saint-Léon et Pataille.

- Enfin, et pour limiter cette énumération au XIX^e siècle, paraît en 1894-1898, "La propriété industrielle, artistique et littéraire" de Couhin, en 3 volumes.

Ainsi peut sans doute s'expliquer que certaines juridictions, pour résoudre le problème de la distinction entre les oeuvres d'art proprement dites et les oeuvres des arts appliqués à l'industrie (80) -problème qui se posait depuis la mise en vigueur de la loi du 18 mars 1806 sur les dessins et modèles de fabrique- se soient fondées sur la présence ou l'absence de caractère esthétique (81).

Ainsi peut encore sans doute s'expliquer qu'après la loi du 11 mars 1902 -étendant l'objet de la protection instituée par le décret de 1793 (82)- et plus encore après la loi du 14 juillet 1909 -loi sur les dessins et modèles qui vint se substituer à la loi du 18 mars 1806- ait été, en doctrine (83) comme en jurisprudence (84), affirmé encore avec force, à propos du problème de la délimitation du domaine d'application respectif du texte de 1793-1902 et du texte de 1909, que la loi de 1793 et la loi de 1902 ne visent qu'un certain nombre de personnes, auteurs d'écrits, compositeurs de musique, architectes, statuaires, peintres, sculpteurs et dessinateurs d'ornements qui, tous bénéficient de la protection en raison du caractère littéraire ou artistique de leur oeuvre -caractère encore affirmé à l'article 7 de la loi de 1793 qui, pour fixer les droits des héritiers de l'auteur de ces oeuvres parle expressément des "héritiers de l'auteur d'un ouvrage de

(80) Sur la question, v. not., P. Roubier, "Le droit de la propriété industrielle", tomes III et IV, Sirey, 1954, n° 213, p. 377 à 382, ainsi que n° 217 à 219, p. 393 à 409.

(81) Après bien des essais, tous soldés par des échecs (sur cette question, v. not. P. Roubier, op. cit., n° 217, p. 399 à 401), la jurisprudence, dans ces dernières décisions, tendait en effet à établir la distinction entre les oeuvres d'art proprement dites et les oeuvres des arts appliqués à l'industrie en se fondant sur le caractère esthétique, c'est-à-dire artistique, plus ou moins élevé de l'oeuvre : v. not. à ce propos Trib. correct. de la Seine, 29 juin 1891, Ann. 1894, 54 ; Cass. crim. 3 mars 1898, Ann. 1899, 72 ; Paris, 17 novembre 1900, D. 1901.2.336 ; Cass. civ. 27 janvier 1903, D. 1903.1.488 ; Angers 19 janvier 1904, Ann. 1904, 66.

(82) La loi du 11 mars 1902 est en effet venu ajouter à l'article 1er du décret des 19-24 juillet 1793 un paragraphe au terme duquel la protection est également étendue aux architectes, aux statuaires, ainsi qu'aux sculpteurs et dessinateurs d'ornements quels que soient le mérite et la destination de leur oeuvre.

(83) V. not. G. Chabaud, "La protection légale des dessins et modèles", Paris, 1913, p. 62 et s.

(84) V. not. à ce propos, pour la période allant de la mise en vigueur de la loi de 1902 à l'entrée en vigueur de la loi de 1909 : Trib. comm. de la Seine, 9 décembre 1903, D. 1905.2.415 ; Trib. de la Seine, 10 février 1905, D. 1905.2.45 ; Trib. correct. de la Seine, 11 avril 1905, décision confirmée par Paris, 26 janvier 1906, Ann. 1907, 119 ; Trib. comm. de la Seine, 23 mai 1907, Ann. 1908, 28. Et pour la période postérieure à la mise en vigueur de la loi de 1909, v. not., Douai, 24 octobre 1912, Ann. 1913, 195 ; Paris 22 janvier 1924, G.P. 1924.2.438 (décision particulièrement significative car non seulement elle fut rendue sous la présidence d'un juriste très connu, M. le Poittevin, mais également elle affirme très nettement que seules les productions artistiques, "c'est-à-dire celles qu'inspire la recherche du beau et qui provoquent, à un degré si faible soit-il, une sensation d'ordre esthétique" ont été visées par la loi de 1793, modifiée par la loi de 1902) ; Trib. comm. de la Seine, 27 octobre 1926, Sirey 1927.2.32 ; Trib. comm. de la Seine, 26 mars 1926, Ann. 1931.99 ; Rouen, 21 octobre 1930, Ann. 1931, 167.

littérature, de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie qui appartient aux Beaux-Arts"- et qu'en conséquence ne peuvent prétendre à la protection de ces textes que les oeuvres ayant pour but d'éveiller un sentiment esthétique (85).

Ainsi peut encore sans doute s'expliquer qu'un auteur aussi prestigieux que Paul Roubier, tout en approuvant la jurisprudence qui a tranché la controverse relative au domaine d'application de la loi de 1793-1902 et de 1909 dans le sens de l'identité (86), ait pu estimer et affirmer que le droit de la propriété littéraire et artistique a pour but de protéger une catégorie bien particulière de créations, "celle des créateurs d'art pur, dans lesquelles le but exclusif est un effort vers la beauté" (87), l'oeuvre littéraire ou artistique n'étant pas "orientée vers l'utile, mais seulement vers le beau" (88), et le législateur révolutionnaire, en conséquence, ayant seulement entendu, par le décret de 1793, assurer la protection des "productions de caractère artistique ou esthétique" (89). L'idée selon laquelle le droit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation originelle et naturelle de protéger "toutes les productions d'ordre esthétique" (90) est en effet d'une grande importance pour Roubier, et il y insiste d'ailleurs en de très nombreuses occasions : à propos de la nature de l'objet de la protection instituée par le décret de 1793 (91) ; à propos de l'extension de l'objet de la protection, consacrée par la loi du 11 mars 1902, et des caractères de celui-ci (92) ; à propos de la détermination du domaine d'application

(85) Et cette jurisprudence, comme la doctrine qui l'inspirait, n'a cessé que le jour où la Cour de cassation, enfin appelée à statuer, a proclamé sans ambages, par un arrêt du 9 juillet 1931 (Ann. 1932, 324) que les dessins d'ornement appliqués à l'industrie bénéficient de la protection de la loi de 1793 sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils ressortissent ou non des beaux-arts.

(86) Paul Roubier, *op. cit.*, n° 218, p. 404.

(87) *Ibid.*, n° 214, p. 383.

(88) *Ibid.*

(89) *Ibid.*, n° 213, p. 378.

(90) *Ibid.*, n° 213, p. 387.

(91) Pour Roubier, en effet, le législateur révolutionnaire, un peu inexpérimenté, s'est contenté de contrebalancer le principe de la liberté de l'industrie, qu'il venait d'instaurer, par deux textes seulement : le décret du 17 janvier 1791, qui protège les "inventions donnant un résultat industriel" et le décret des 19-24 juillet 1793, qui protège "les productions de caractère artistique ou esthétique" (*op. cit.*, n° 213, p. 378). Affirmation reprise un peu plus loin où il déclare que "les lois sur la propriété artistique protègent toutes les productions d'ordre esthétique" (*op. cit.*, n° 213, p. 387).

(92) Pour Roubier, "le législateur de 1902 avait certainement eu l'idée d'élargir le domaine d'application des lois sur la propriété artistique, en visant des oeuvres qui ne pouvaient pas prétendre au titre d'oeuvre d'art d'après les classifications anciennes, soit parce que leur mérite artistique était trop mince, soit en raison de la destination industrielle qui devait leur être donnée" (*op. cit.*, n° 218, p. 402). Effectivement, poursuit Roubier (qui parle sans doute du texte de 1793 tel que modifié par la loi de 1902), "la loi de 1793 ne vise, dans son article 1er, qu'un certain nombre de personnes, auteurs d'écrits, compositeurs de musique, architectes, statuaires, peintres, sculpteurs et dessinateurs d'ornements, qui, tous, bénéficient de

respectif des lois de 1793 et 1806, puis des lois de 1793 et de 1909 (93) ; à propos de la question du cumul de la loi de 1793 et de la loi de 1909 (94) ; enfin, à propos de la comparaison entre les objets respectivement protégés par la loi sur les inventions, la loi sur les dessins et modèles et la loi sur les oeuvres littéraires et artistiques (95).

la protection en raison du caractère littéraire ou artistique de leurs oeuvres. Ce caractère est précisé dans l'article 7 de la même loi, qui, pour fixer les droits des héritiers de l'auteur de ces oeuvres, parle expressément des "héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature, ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartiennent aux beaux-arts" (op. cit., n° 218, p. 403).

Et, conclut Roubier, "lorsque le législateur de 1902 a déclaré que les sculpteurs et dessinateurs d'ornements, quels que soient le mérite et la destination de l'oeuvre, jouiraient de la protection de la loi de 1793, il n'a pas changé et il ne pouvait pas changer ce caractère fondamental des lois sur la propriété artistique. Ces lois sont faites pour les oeuvres artistiques, et le seul résultat de la loi nouvelle est qu'on assimilera à l'art pur l'art décoratif, mais le caractère artistique ne cesse pas d'être requis. Le législateur de 1902 n'a pu, par une formule négative, changer les conditions positives d'application de la loi de 1793. Sans doute, le mérite artistique peut être plus ou moins considérable, mais encore faut-il qu'il y ait un minimum, qu'il s'agisse d'art. Pourrait-on admettre que les lois générales sur la propriété artistique s'appliquent à toutes les créations d'un aspect nouveau, alors qu'aucun sentiment esthétique n'est éveillé ? Alors le barbouillage d'un enfant de cinq ans ou la toile peinte par un dément seraient protégés comme oeuvres d'art ? Le caractère artistique doit être requis, quel que soit d'ailleurs le mérite de l'artiste ; mais il faut que l'oeuvre ait pour but d'éveiller le sentiment du beau" (op. cit., n° 218, p. 403).

(93) A ce propos Roubier déclare en effet : "ainsi s'édifia une théorie d'après laquelle les dessins et modèles de fabrique relevaient de la loi de 1806, tandis que la loi de 1793 était réservée à ce que l'on nommait les beaux-arts" (op. cit., n° 213, p. 380). On retrouve d'ailleurs la même expression, un peu plus loin, n° 217, p. 399).

(94) Passage particulièrement important et significatif dans lequel Roubier dit ceci : "Bien entendu, pour que ce cumul des deux lois soit possible, il faut supposer que les dessins et modèles ont un caractère ornemental, et non pas seulement utilitaire (arg. L. 1909, art. 2, al. 2) ; il faut qu'ils aient pour but de s'adresser au goût, sinon il serait réellement impossible de légitimer une application parallèle des lois sur la propriété artistique à tous les dessins de cette sorte". Et il ajoute en note, où il cite le Traité des dessins et modèles de M.M. Greffe et Casalonga qui estiment que ce caractère ornemental est inutile : ce caractère nous paraît au contraire ressortir nécessairement de l'art. 2, al. 2 de la L. 1909, qui oppose la forme utilitaire, protégée par le dessin ou modèle. A quoi sert-il d'ailleurs de parler d'unité de l'art, si on entend protéger par les lois sur la propriété artistique des créations qui n'ont aucun intérêt au point de vue du goût" ? (op. cit., n° 214, p. 388, ainsi que note 1, p. 388. V. également, n° 217, p. 402).

(95) Aux "créations d'art pur, dans lesquelles le but exclusif est un effort vers la beauté" (op. cit., n° 214, p. 383), Roubier oppose en effet deux autres catégories de créations :

- d'une part, "les créations qui sont au plus haut degré industrielles", c'est-à-dire les inventions "dans lesquelles apparaît exclusivement un point de vue d'utilité", qui pourront néanmoins prétendre à la protection de la propriété artistique à la condition, tout d'abord, que la forme dans laquelle se concrétise le procédé où le dispositif nouveau présente à la fois un caractère utilitaire et un caractère artistique ornemental et à la condition, ensuite, qu'il y ait dissociabilité de l'aspect utilitaire et de l'aspect artistique ou ornemental, autrement dit que la forme ne soit pas strictement déterminée par l'utilité (op. cit., n° 214, p. 383).

- d'autre part, "les créations qui ont un caractère artistique, mais dans le cadre de l'industrie", c'est-à-dire qui relèvent de ce qu'on appelle l'art industriel ou art appliqué, et dans lesquelles "le caractère utilitaire de l'objet -qui ne comporte par lui-même aucune création- n'empêche que l'on ait cherché à donner à cet objet une

Ainsi peut encore sans doute s'expliquer qu'un éminent spécialiste du droit de la propriété littéraire et artistique, M. le Professeur Robert Plaisant ait pu déplorer l'accès de tous les dessins et modèles au bénéfice de la loi du 11 mars 1957 -qui remplaça les textes révolutionnaires bien vieillis de 1791 et 1793- au motif qu'ainsi, "pour protéger des créations de forme ayant un intérêt commercial, mais sans aucune valeur artistique, le juge en arrive à protéger des créations dans lesquelles on cherche vainement l'originalité esthétique sur laquelle se fonde la propriété littéraire et artistique" (96). Pareillement, sans doute, peut s'expliquer qu'une spécialiste aussi avertie que Mme Perot-Morel -pour résoudre, lorsqu'une création est en même temps un dessin, ou modèle, et une invention, le délicat problème de la détermination du critère de la séparabilité qui conditionne, pour le dessin, ou modèle, le bénéfice du droit des dessins et modèles et, aussi, du droit de la propriété artistique (97) -ait proposé d'admettre, bien que la nature esthétique du dessin, ou modèle, ne soit pas expressément exigée par la loi, "que la condition du caractère ornemental est au moins implicite" car "cela semble, en tout cas, le corollaire nécessaire du principe de l'Unité de l'Art qui permet d'invoquer simultanément la protection du droit d'auteur" (98). En effet, poursuit Mme Perot-Morel, il serait inconcevable de protéger sur le terrain du droit d'auteur des créations exclusivement utilitaires ou techniques ne révélant aucune recherche d'ordre esthétique". Sans doute, reconnaît Mme Perot-Morel, "l'article 2 de la loi de 1957 sur la propriété littéraire et artistique protège les oeuvres indépendamment de leur genre, de leur mérite ou de leur destinataire". Mais, estime-t-elle, le droit de la propriété littéraire et artistique "implique du moins une certaine finalité ornementale" (99), autrement dit, "une certaine finalité esthétique" (100).

Ainsi, enfin -pour ne pas trop multiplier les exemples- peut sans doute s'expliquer que M. Bertrand, spécialiste de renom en matière de droit de l'informatique ait été amené à affirmer, à

note d'élégance, de décoration et d'ornement, qui souvent devient même le caractère prédominant" (op. cit., n° 214, p. 383). Ce qui est très souvent le cas des dessins et modèles.

(96) R. Plaisant, note sous Cass. crim. 30 octobre 1963, J.C.P. 1963.II.13950.

(97) En effet, selon l'art. 2, al. 2 de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles "si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable, et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin et du modèle sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément à la loi du 5 juillet 1844", entendons que conformément au droit des inventions brevetables.

(98) Mme A. Perot-Morel, "L'application respective du régime de protection des dessins et modèles industriels et des inventions brevetables", Rev trim. de comm. 1976, p. 38.

(99) Ibid., p. 38.

(100) Ibid., p. 39.

propos de la question de la protégeabilité des logiciels par la loi du 11 mars 1957, qu'une création, pour être considérée comme une oeuvre de l'esprit protégeable par la propriété littéraire et artistique, doit être de nature "esthétique" (101). Opinion pleinement partagée par M. le Professeur R. Plaisant qui affirme, de la manière la plus catégorique, que, "en droit d'auteur, on considère que l'originalité doit être de caractère esthétique, même si la loi du 11 mars 1957, art. 2, protège quel que soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination" (102). Et la Cour de Paris, dans un arrêt du 4 juin 1984, a refusé la protection de la loi du 11 mars 1957 à un logiciel ayant pour objet l'élaboration d'un jeu électronique, estimant que, quelle que soit la complexité technique d'un logiciel ou de la mise en programme d'un ordinateur, il s'agit en définitive d'un assemblage technologique, assemblage qu'il n'y a pas lieu de "sacraliser au point de le hisser au rang des oeuvres de l'esprit prévues par la loi de 1957" et qu'on ne pourrait d'ailleurs relever "aucune originalité de l'expression de nature à confirmer au jeu un caractère esthétique digne des préoccupations du législateur" (103).

II - Justification. - Ainsi que nous l'avons vu, il est inexact d'affirmer que le droit de la propriété littéraire, artistique et musicale a pour vocation originelle et naturelle de protéger les oeuvres à caractère esthétique. Bien au contraire, dès l'origine, ce droit a protégé indifféremment oeuvres de nature esthétique et oeuvres sans nature esthétique. Et cela n'a rien d'étonnant lorsqu'on se souvient que le souci du législateur révolutionnaire était, de l'aveu même des rapporteurs du projet de 1791 comme du projet de 1793, de faire en sorte "que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail" (104). Effectivement, il ne faut pas l'oublier, le législateur révolutionnaire, pour contrebalancer le principe de la liberté de l'industrie qu'il venait d'instaurer, a pris soin d'introduire des lois destinées à protéger les productions de l'esprit. Ce qu'il a fait, par le décret du 17 janvier 1791, pour ceux dont l'activité intellectuelle a pour fruit une invention susceptible de résultat industriel, et où il s'agit donc, essentiellement, d'assurer la protection d'une idée. Ce qu'il a fait aussi, par les décrets des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793, pour ceux dont

(101) A. Bertrand, "Protections juridiques du logiciel", Ed. des Parques, 1984, p. 63.

(102) R. Plaisant, "La protection du logiciel par le droit d'auteur", G.P. 1983.2.348.

(103) Paris, 4 juin 1984, G.P. 1984.2.629.

(104) Rapport Le Chapelier, Le Moniteur Universel, 15 janvier 1791. Même point de vue, en 1793, dans le rapport de Lakanal qui insista sur le fait que la justice la plus commune commandait que celui qui consacrait "ses veilles à l'instruction de ses concitoyens" put revendiquer "le tribut légitime d'un si noble travail" (Le Moniteur Universel, 21 juillet 1793).

l'activité intellectuelle a pour fruit, non plus une découverte, mais une création à proprement parler, peu important d'ailleurs qu'elle ait ou non un caractère esthétique, et où il s'agit donc, essentiellement, d'assurer la protection d'une forme. Ainsi, à tous points de vue est-il légitime d'affirmer que les avantages reconnus aux auteurs par le législateur révolutionnaire de 1791 et de 1793 sont une conséquence du principe de liberté qui veut que chacun puisse s'exprimer sans la permission de personne et du principe de justice qui veut que tout travail obtienne son salaire.

Toute autre conception, comme le démontrent nettement les documents historiques, ainsi que la doctrine et la jurisprudence de la première moitié du XIXe siècle (les plus proches et donc les mieux placées pour en bien témoigner) repose sur un contresens historique. En effet, ce que le droit d'auteur a toujours entendu protéger, c'est toute expression de la pensée s'incarnant dans une forme, et non certaines expressions de la pensée seulement : celles qui sont marquées par des préoccupations esthétiques... L'indifférence du caractère esthétique de l'objet du droit d'auteur ne tient pas tant d'ailleurs dans l'impossibilité de trouver un critère objectif de cet élément esthétique (105) que dans le souci du législateur et des juges d'ouvrir le plus largement possible la protection offerte par le droit d'auteur, même si certaines des prérogatives qui le constituent -celles du droit moral- ont été dégagées à partir de litiges portant quasi exclusivement sur des oeuvres appartenant au monde de l'art...

II - LES PREROGATIVES ACCORDEES OU LE CONTENU DE LA PROTECTION ET SA FINALITE UNIQUE

Déterminer le contenu de la protection accordée par les décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793, c'est non seulement préciser le domaine d'application des prérogatives patrimoniales reconnues par ces textes, qui est double. Mais c'est également, après avoir établi qu'aucune prérogative morale n'a été implicitement reconnue -le contraire ayant été soutenu en doctrine- vérifier que la finalité de la protection accordée est bien unique. Ce qu'il convient de voir en examinant successivement "la reconnaissance de prérogatives patrimoniales et le double contenu de la protection" (A) et "la non reconnaissance de prérogatives morales et la finalité unique de la protection" (B).

(105) Définir le contenu du terme "esthétique" n'est certes pas facile. Toutefois un point semble déjà acquis : il n'est plus possible aujourd'hui d'en faire un synonyme de "beau", le concept d'esthétique étant en effet beaucoup plus large que celui du beau. Mais c'est là une autre question...

A - La reconnaissance de prérogatives patrimoniales et le double contenu de la protection

Alors que le décret des 19-24 juillet 1793 est venu reconnaître aux auteurs un droit exclusif sur la reproduction de leurs oeuvres, dont le domaine d'application est, à l'époque, déjà fort notable (a), le décret des 13-19 janvier 1791 a reconnu aux auteurs un droit exclusif sur la représentation de leurs oeuvres, dont le domaine d'application est encore, à l'époque, nécessairement restreint, de par la force même des choses (b).

a) Le droit de reproduction et son domaine d'application déjà notable

Selon l'article 1er du décret des 19-24 juillet 1793, les auteurs -du moins ceux visés par ce texte (106)- "jouiront leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie". Puis, il est ajouté à l'article 3 que "les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs ou autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs" (107). De la combinaison de ces textes, il résulte qu'est reconnu aux auteurs un droit exclusif sur la fabrication et la vente des exemplaires de leur oeuvre, autrement dit qu'est reconnu aux auteurs un droit exclusif sur la reproduction de leur oeuvre (108), l'exclusivité sur la reproduction et la prohibition de reproduire qui en est le corollaire (109) visant -il y a là une idée essentielle à l'époque, si essentielle qu'elle sert de Ratio Legis dans tous les cas difficiles (110)- "à empêcher que la vente de la

(106) C'est-à-dire, "les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui font graver des tableaux ou dessins".

(107) Il est par ailleurs précisé à l'art. 4 que "tout contrefacteur sera tenu de payer une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l'édition originale" ; à l'art. 5 que "tout débitant d'édition contrefaite, s'il n'est pas reconnu contrefacteur, sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de cinq cents exemplaires de l'édition originale" ; et enfin, à l'art. 6 que "tout citoyen, qui mettra au jour un ouvrage soit de littérature ou de gravure, dans quelque genre que ce soit, sera obligé d'en déposer deux exemplaires à la Bibliothèque Nationale ou au Cabinet des Estampes de la République dont il recevra un reçu signé par le bibliothécaire, faute de quoi, il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs".

(108) Droit en conséquence cessible entre vifs et à cause de mort, mais dont on peut regretter qu'il ait été qualifié de "propriété", car ce droit porte sur un bien immatériel, une oeuvre de l'esprit, et non sur un bien matériel, comme le droit de propriété.

(109) Dont l'analogue est au pénal la prohibition de contrefaire : art. 425 et s. du Code pénal.

(110) La distinction de l'atteinte au droit subjectif et de l'infraction pénale de

fabrication défendue ne nuise à la vente de la fabrication légitime" (111). Mais s'il est relativement clair, à la lecture du décret de 1793, que ce droit exclusif d'exploitation a bien, approximativement, pour objet un acte matériel qui consiste en la reproduction de l'oeuvre aux fins de la communiquer au public, l'incertitude est complète, en revanche, en ce qui concerne la question de savoir quel domaine d'application le législateur révolutionnaire entendait donner exactement à ce droit. Quant aux limites dont ce droit pouvait être assorti, le législateur révolutionnaire n'en souffle mot, alors qu'il est évident qu'en diverses circonstances doivent primer d'autres intérêts que ceux de l'auteur, qu'il s'agisse de l'intérêt public ou des intérêts privés des tiers. Ainsi convient-il de s'efforcer, autant que faire se peut, de dissiper les incertitudes nées des imprécisions du décret de 1793 relativement au domaine d'application du droit de reproduction, et d'obvier encore aux lacunes du texte relativement aux limites de ce droit.

I - Les imprécisions du décret de 1793 quant au domaine d'application du droit de reproduction. - Pour les réduire, il convient de cerner la notion de reproduction telle qu'elle apparaît à la lumière des documents de l'époque, c'est-à-dire essayer de préciser son étendue, non seulement au plan de son objet, mais également et surtout au plan de ses procédés de réalisation.

1°) De l'étendue du domaine d'application du droit de reproduction au plan de l'objet de la reproduction. - La notion de reproduction, dans le décret de 1793, ne porte que sur la reproduction de l'oeuvre elle-même (112). Point n'est besoin, à ce propos, de distinguer selon qu'il s'agit de la seule reproduction du plan de l'oeuvre (113) ou qu'il s'agit de l'expression proprement

contrefaçon est loin d'être faite à l'époque, et même en 1830 encore, sous la plume d'un auteur aussi fin que Renouard, les raisonnements sont faits dans la perspective de la contrefaçon.

(111) Renouard, op. cit., vol. II, n° 21, p. 51.

(112) Et il n'était pas concevable qu'elle puisse avoir un autre objet. Ce ne sont en effet que les développements de la technique qui, avec la création des disques par exemple, ont fait apparaître que l'objet du droit de reproduction ne se limitait pas à l'oeuvre elle-même, mais s'étendait également à l'oeuvre interprétée, les disques offrant le plus souvent une reproduction de l'interprétation de l'oeuvre et non une reproduction de l'oeuvre elle-même. Et si cette solution nous paraît aujourd'hui aller de soi, il n'en fut pas toujours ainsi comme révèle l'examen de la jurisprudence antérieure à la loi du 11 mars 1957 (pour les enregistrements phonographiques, v. not. Paris 1er mai 1925, D.P. 1925, 98, et Cass. civ. 10 novembre 1930, D.H. 1930.1.569 ; et pour les enregistrements cinématographiques, v. not. Paris 12 mai 1909 et 10 novembre 1909, D.P. 1910, 81).

(113) Par exemple, un tableau synoptique (Cour royale de Paris, 22 mars 1830, Gazette des Tribunaux du 23 mars 1830) ou une table des matières (Lyon, 6 août 1858, Ann. 1858, 389). Pour le détail de la jurisprudence, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 53, p. 113-114.

dite de l'oeuvre (114). Mais s'il est admis sans discussion que la reproduction complète (115) entre bien dans le domaine d'application, et partant de protection, du droit de reproduction, il faudra beaucoup plus de temps pour que la même solution soit acquise en ce qui concerne la reproduction partielle (116) -comme le révèle, notamment, l'extrême bienveillance des Tribunaux à l'égard du plagiat (117) et des emprunts tolérés (118)- la raison en

(114) Par exemple, l'expression écrite (v. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 3 et s., p. 10 et s., ainsi que n° 47 et s., p. 94 et s.), l'expression musicale (v. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 27 et s., p. 67 et s., ainsi que n° 75 et s., p. 179 et s.) et l'expression artistique (v. not. à ce propos Renouard, op. cit., n° 30 et s., p. 73 et s., ainsi que n° 79 et s., p. 190 et s.).

(115) V. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 9, p. 15-16 et n° 11, p. 19-20, pour les écrits en tous genres ; n° 27, p. 67, pour les compositions musicales ; n° 33, p. 78-79 pour les productions des arts du dessin, avec ou sans caractère esthétique (tableau ou carte géographique, par exemple) et n° 34, p. 79-80, pour les oeuvres de sculpture, que celles-ci relèvent des arts proprement dits ou des arts appliqués à l'industrie.

(116) V. not., pour les écrits en tous genres, Cour royale de Paris 13 juillet 1830, D. 1830.2.235, ainsi que, pour la doctrine, Renouard, op. cit., vol. II, n° 10, p. 16 à 19 ; pour les compositions musicales, Renouard, op. cit., vol. II, n° 27, p. 67 ; pour les productions des arts du dessin et de la sculpture, Renouard, op. cit., n° 37, p. 82-83.

(117) Le principe de la distinction entre le plagiat et la contrefaçon, et plus précisément entre le plagiat sans contrefaçon et la contrefaçon avec plagiat, a été clairement posé, en 1812, par l'avocat général Daniels dans les termes suivants : "La conservation de la propriété littéraire est le principal objet de la loi ; il n'entraîne pas dans le plan du législateur de s'occuper également de la célébrité de l'auteur. Lorsqu'on a pillé son ouvrage, et que cette entreprise fait réellement préjudice à sa propriété, c'est à raison de ce préjudice que le plagiat prend le caractère de contrefaçon défendue par la loi et punie d'une peine correctionnelle ; n'importe que le prévenu ait cité ou non l'ouvrage qu'il a copié, il suffit qu'il ait voulu s'approprier les bénéfices résultant du débit de l'ouvrage qu'un autre avait fait (...). Au contraire, toutes les fois que le plagiat ne fait aucun tort à la propriété de l'auteur, que le second ouvrage ne peut, sous ce rapport, faire aucun préjudice au débit du premier, la question de simple plagiat n'est plus du ressort des tribunaux. Le public et les journaux rendront justice au mérite du premier auteur ; on dira et on imprimera que, dans tel et tel endroit, le second auteur n'a fait que copier littéralement et servilement son devancier... il sera persiflé, on le dénoncera comme plagiataire... mais il me semble que les tribunaux ne sont pas institués pour se mêler de toutes ces contestations littéraires" (Concl. Daniels, Cass. civ. 3 juillet 1812, rapportées par Renouard, op. cit., n° 12, p. 26-27).

(118) Ainsi dans le procès relatif au "Précis de géographie universelle" de Malte-Brun, est particulièrement significatif cet attendu du Trib. correct. de la Seine qui, dans son jugement du 31 décembre 1811 affirme : "pour qu'il y eut contrefaçon même partielle d'un ouvrage, il faudrait qu'une partie notable, importante et marquante de cet ouvrage ait été imprimée textuellement sans l'aveu et le consentement des auteurs ou propriétaires de cet ouvrage" (décision citée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 24) et, en conséquence, il fut jugé par le tribunal que s'il est constant que Malte-Brun a littéralement et servilement copié dans son ouvrage un très grand nombre de passages de la Géographie de Pinkerton et de l'Introduction à la géographie de Lacroix, ces plagiat, quelque nombreux qu'ils soient, ne constituent pas néanmoins le délit de contrefaçon, car lesdits passages ne forment pas "une partie notable, importante et marquante" des ouvrages de Pinkerton et Lacroix (décision confirmée par la Cour de Paris le 25 avril 1812). Est pareillement significatif le jugement rendu par le Trib. correct. de la Seine le 16 janvier 1812 dans le procès relatif à la Biographie universelle publiée par MM. Michaud, où il est déclaré : "en ce qui concerne la plainte en contrefaçon partielle rendue par Prudhomme contre les

étant qu'à l'époque il n'y a pas atteinte au droit exclusif de reproduction, et aussi contrefaçon, si la reproduction contrefaisante ne porte aucun préjudice au débit de l'ouvrage qui a été contrefait (119). En effet, c'est seulement aux alentours de 1850 que commence à fléchir la jurisprudence selon laquelle la reproduction partielle n'est illicite que lorsque "une partie notable, importante et marquante d'un ouvrage" (120) a été reproduite sans le consentement du titulaire du droit de reproduction. Et quand il s'agit d'oeuvres dramatiques, les atteintes, nous dit Renouard (121), ne sont habituellement pas réprimées, ni même poursuivies.

2°) De l'étendue du domaine d'application du droit de reproduction au plan des procédés de réalisation de la reproduction. - A côté de ce qu'il indique, le décret de 1793, fort laconique, laisse pendantes nombre de questions. Aussi est-il plus significatif, dans la perspective qui est ici la nôtre, d'opposer le domaine certain et le domaine incertain.

a) Le domaine certain. - Dès l'origine, il est constant que le champ de l'exclusivité ne se limite pas à la reproduction dans laquelle est repris le procédé originel (122).

frères Michaud, attendu que pour qu'il y eut contrefaçon partielle, il faudrait qu'une partie notable, importante et marquante d'un ouvrage eut été réimprimée textuellement sans le consentement et l'aveu des auteurs ou propriétaires de cet ouvrage (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 25-26) et où, en conséquence, il fut jugé par le tribunal que si des fragments de quelques articles ont été copiés, ces emprunts ne constituent pas le délit prévu tant par la loi du 19 juillet 1793 que par l'art. 425 du Code pénal (décision confirmée par la Cour de Paris, le 17 mars 1812).

(119) On est encore loin, même chez Renouard, de l'idée que l'atteinte au droit subjectif est à considérer en elle-même, indépendamment du préjudice et de la faute, à preuve ce passage où il déclare à propos de l'atteinte au droit exclusif de reproduction et du délit de contrefaçon : encore que "la contrefaçon soit déferée à l'appréciation de la juridiction correctionnelle, il n'en est pas moins vrai qu'il s'agit d'un tort privé fait à l'exercice d'un droit que les lois civiles accordent, en même temps que les lois pénales protègent. L'existence du privilège, le tort qui peut résulter de sa violation, voilà les seuls éléments auxquels la contrefaçon peut et doit se reconnaître" (op. cit., vol. II, n° 6, p. 13). Ou encore ce passage où il souligne que la prohibition de contrefaire repose, juridiquement, sur le souci d'"empêcher que la vente de la fabrication défendue ne nuise à la vente de la fabrication légitime" (op. cit., n° 21, p. 51). En quoi il fait là écho à l'opinion de l'avocat général Daniels qui, en 1812, avait déclaré devant la Cour de cassation : "Les tribunaux, pour distinguer le plagiat de la contrefaçon partielle, devraient examiner si l'auteur accusé du délit de contrefaçon a, par ce moyen, et indépendamment du mérite propre à son ouvrage, fait préjudice au débit de ce qu'on prétend avoir été contrefait" (concl. Daniels, Cass. civ. 3 juillet 1812, rapportées par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 27).

(120) Cf. jurisprudence citée ci-dessus en note n° 118.

(121) Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 28.

(122) Par exemple copier un manuscrit, transcrire une partition, reproduire à la main un tableau. Il va sans dire, comme le souligne la doctrine, que l'on doit distinguer la reproduction de l'oeuvre qui est interdite de la reproduction de ce qui l'a inspiré (personnage, paysage ou tout autre objet naturel), laquelle est licite.

Mais, dès l'origine aussi, il est posé en principe que c'est violer le droit de reproduction que de reproduire l'oeuvre "par un procédé quelconque de fabrication, quelque différent que ce procédé puisse être de celui qui a servi à la fabrication de l'oeuvre originale" (123). En doctrine comme en jurisprudence, il est clair en effet que le titulaire du droit a une exclusivité sur l'exploitation de son ouvrage, "non pas sous la seule forme sous laquelle il lui a plu de le produire en public, mais sous toute espèce de forme exploitable qu'il lui plaira de choisir tant que durera son privilège (124), c'est-à-dire tant que durera son droit de reproduction (125). Ainsi est-ce porter atteinte au droit de reproduction que de reproduire un ouvrage imprimé par des copies à la main (126), par l'autographie (127) ou de toute autre manière (128) ; un ouvrage entrant dans les arts du dessin par calque, gravure (129), lithochromie (130) ou de tout autre procédé

(123) Renouard, op. cit., vol. II, n° 18, p. 41.

(124) Ibid.

(125) Et ceci vaut aussi bien pour les écrits en tous genres (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 18, p. 41), pour les compositions musicales (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 27, p. 67), pour les productions des arts du dessin (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 32, p. 77) et pour les oeuvres de sculptures ou dérivées de la sculpture (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 36, p. 79-80). En ce qui concerne les oeuvres de sculpture ou dérivées de la sculpture, on s'en souvient, la question s'était posée de savoir si elles étaient protégées par le décret de 1793, celui-ci ne nommant en effet que les peintres et dessinateurs. Question à laquelle la Cour de cassation, dans un arrêt rendu à propos de l'affaire Romagnesi le 17 novembre 1814 (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 34, p. 79, ainsi que par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 393, p. 505), avait répondu par l'affirmative. Et, en conséquence, jugements et arrêts ont par la suite unanimement affirmé, ne faisant là d'ailleurs que suivre la jurisprudence de la Cour de cassation et l'ordonnance interprétative du texte de 1793 rendue par le Conseil d'Etat le 10 septembre 1814 (pour le texte, cf. Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 393, p. 505, note 1), que l'exclusivité conférée par le droit de reproduction s'étend, pour les oeuvres de sculpture, à toute forme de reproduction de celles-ci, les contrefaçons de gravures en médailles et en pierres fines étant expressément comprises dans la protection.

(126) Dès lors, bien sûr, que la copie est faite dans le but d'une spéculation commerciale.

(127) Procédé permettant le transport, sur une pierre lithographique, des traits tracés au préalable sur un papier dit "à report" à l'aide d'une encre grasse. Cf. par ex. Cour royale de Paris, 29 juin 1827, affaire "Le Mariage de Raison" (rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 19, p. 43-44).

(128) Peu importe donc, par exemple, qu'un ouvrage imprimé en grand format de luxe ait été reproduit par une édition bon marché en petit format.

(129) Est une atteinte au droit de reproduction le fait de reproduire une lithographie par le procédé de la gravure : cf. par ex. Cour de Paris, 23 janvier 1828 qui déclara que les éditeurs de la "Vie de Napoléon", par Norvins, ayant inséré dans leur livre une gravure reproduisant une lithographie d'Horace Vernet dont le sujet était "Bonaparte enfant commandant un combat à coup de boules de neige entre les élèves du collège de Brienne", avaient par ce fait commis une contrefaçon (décision rapportée par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 399, p. 506).

(130) V. par exemple Trib. correct. de la Seine, 1er août 1829 (Gazette des Tribunaux du 2 août 1829) qui a jugé qu'il y avait contrefaçon à reproduire des lithographies par le moyen de la lithochromie, procédé qui consiste à transporter les lithographies sur la toile, pour les enduire ensuite de couleurs.

(131) ; une oeuvre de sculpture en terre cuite, peu important d'ailleurs qu'elle relève des arts proprement dits ou des arts appliqués à l'industrie (132), en bronze, en porcelaine ou en tout autre matériau (133). A ce propos, il faut souligner qu'il n'est pas moins certain, dès l'origine, qu'un mode de reproduction inconnue en 1793, comme par exemple la lithographie, se trouve compris dans le champ de protection, ainsi d'ailleurs que tous autres procédés qui viendraient à être découverts par la suite (134).

Il a été également admis sans difficulté que constituait une atteinte au droit de reproduction le fait de reproduire une oeuvre dans des proportions différentes, comme par exemple une statue par une statuette (135). Et cette solution, ainsi que le souligne Renouard, est devenue "de jour en jour plus évidente à mesure que l'industrie arrive, par des procédés presque mécaniques, à des reproductions de plus en plus exactes" (136).

Il a été encore admis, mais cette fois non sans débats, qu'est une atteinte au droit de reproduction le fait de reproduire une oeuvre en en changeant la destination. En effet, nous dit Renouard, "on a beaucoup plaidé pour savoir si un tableau ou un dessin pouvait, sans contrefaçon, être transporté sur des papiers peints, des devants de cheminée, des dessus-de-porte" (137) et la jurisprudence a varié à cet égard (138). Mais, aux alentours de 1830-1840, il était devenu certain, en doctrine comme en

(131) Ainsi ce serait porter atteinte au droit de reproduction d'un architecte que de copier ses dessins par plans, coupes, élévations, car, ainsi que le souligne Renouard, les droits d'un architecte sur ses dessins sont ceux d'un dessinateur. Et, poursuit-il, "l'exécution donnée à ces dessins par une construction architecturale ne fait pas qu'ils cessent d'être la propriété de leur auteur, alors même que l'on penserait que le privilège de construction architecturale n'existe pas" (Renouard, op. cit., n° 35, p. 81).

(132) V. not. à ce propos Renouard, op. cit. vol. II, n° 36, p. 81-82.

(133) Ibid.

(134) V. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 39, p. 84-85.

(135) Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que celui qui a reproduit par impression colorisée un monument d'une ville d'après une gravure en bois, qui n'était elle-même que la copie d'une lithographie, doit être déclaré coupable de la contrefaçon de cette lithographie (Colmar, 27 mars 1844 : pour le texte de cette décision, cf. Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 360, p. 500, note 1).

(136) Renouard, op. cit., n° 38, p. 83.

(137) Renouard, op. cit., n° 40, p. 85.

(138) Ainsi le Tribunal criminel de la Seine, le 14 nivose An XI jugea qu'un certain Simon, marchand de papiers peints, qui avait reproduit sur des papiers de tenture des sujets de gravure dont le sieur Blanc, marchand d'estampes, était propriétaire, ne pouvait être considéré comme contrefacteur (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 40, p. 85) alors que la Cour royale de Paris, par arrêt du 7 avril 1829 -arrêt confirmatif d'un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 14 février de la même année- a déclaré qu'il y avait contrefaçon dans la reproduction des caricatures de Granville, "Les Métamorphoses du Jour" que des confiseurs avaient copiées pour des enveloppes de bonbons (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 40, p. 86, ainsi que par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 405-406, p. 507).

jurisprudence (139), qu'il y avait, en telle hypothèse, atteinte au droit de reproduction et contrefaçon.

b) Le domaine incertain. - Les points incertains se rattachent tous, d'une manière ou d'une autre, aux questions soulevées par la transposition, l'arrangement, la traduction...

Une question qui soulevait les plus vives controverses était celle de savoir si le fait de reproduire l'oeuvre d'un artiste dans un art autre que celui employé par celui-ci -comme par exemple reproduire en bronze ou en porcelaine un tableau (140) ou encore reproduire dans un tableau une sculpture (141)- était ou non une atteinte au droit de reproduction et une contrefaçon. En faveur de l'affirmative, il était avancé que le décret de 1793 a lui-même prohibé un de ces modes de traduction, celui qui est réalisé au moyen de la gravure (142) et que le décret de 1793 est énonciatif, non limitatif. A quoi il était ajouté que le droit de reproduction a été reconnu dans le but d'assurer à celui qui en est investi l'exploitation de toutes les utilisations commerciales qui peuvent naître de l'oeuvre protégée, peu important en effet que l'auteur n'ait pas prévu, dès l'origine, tous les modes d'exploitation dont son oeuvre pourrait ultérieurement faire l'objet, puisque ces modes prévus ou imprévus, en découlant que de son oeuvre, font partie de cette oeuvre même. Contre cette conception, il était soutenu que l'énonciation de ce mode de traduction qu'est la gravure exclut tous les autres et que si le législateur, auquel il était facile de parler en termes généraux, s'est borné à parler de la gravure, c'est qu'il a voulu écarter tous les autres modes de traduction. A quoi, il était encore ajouté qu'on ne saurait au demeurant considérer comme une contrefaçon une reproduction

(139) V. not. en ce sens Renouard, op. cit., vol. II, n° 40, p. 86.

(140) Comme dans l'affaire Petit c. Bonnaire et Chabaud -affaire portant certes sur une autre question, mais offrant un bon exemple- le fait de fabriquer en porcelaine un pacha et une sultane, se faisant pendant, le pacha ayant été copié sur celui de Janina, d'après le tableau du Massacre des Mamelucks, par Horace Vernet (Paris, 24 mai 1837, décision rapportée par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 396, p. 506, note 3). Comme encore dans l'affaire Buffa c. Meslier et autres -affaire portant sur la question qui nous occupe- où une gravure avait été reproduite par des figurines de porcelaine surmontant une pendule (Paris, 2 février 1842, décision rapportée par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 408, p. 500, note 1).

(141) Comme -question similaire- la reproduction de statuettes et autres oeuvres de sculpture au moyen du daguerréotype, procédé photographique consistant à fixer sur une feuille d'argent pur, plaquée sur cuivre, l'image obtenue dans la chambre noire : Paris, 16 février 1854, dont le texte de la décision est rapporté par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 404, p. 507, note 1.

(142) Ainsi est-il dit à l'art. 1er : "les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins" et à l'art. 7, qui à un certain point de vue en est le pendant : "les héritiers de l'auteurs d'un ouvrage de littérature, de gravure, ou de tout autre production de l'esprit". Quant à l'art. 3, il prévoit la confiscation de "tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle et par écrit des auteurs".

qui n'est faite que dans la perspective d'un changement complet de destination, car celle-ci ne peut diminuer, ni le profit, ni la gloire de l'oeuvre originale et qu'en outre la traduction d'un art dans un autre ne peut jamais s'effectuer par une copie servile, mais demande bien au contraire un emploi divers et nouveau de l'intelligence (143). Et quant à Renouard, il pense "que l'une ou l'autre de ces solutions ne doit point être portée à l'extrême" et qu'il est sage de distinguer comme le suggère la lettre de la loi. Pour lui, en effet, le sculpteur ne peut pas copier le sculpteur, comme le peintre ne peut pas s'emparer de la composition d'une gravure, d'un dessin ou d'une peinture. Mais, à l'inverse et pour les mêmes raisons, "le sculpteur pourra copier le dessinateur ou le peintre, et le peintre ou le dessinateur copier le sculpteur", car "ces arts diffèrent trop essentiellement, soit dans leurs résultats matériels, soit dans leurs effets artistiques, soit dans la nécessité de leur composition, soit dans le talent d'exécution qu'ils exigent pour qu'ils puissent se nuire l'un à l'autre, ni commercialement, ni intellectuellement" (144). Mais à la distinction de Renouard -qui a pour conséquence de créer entre des oeuvres qui sont toutes de même nature, puisqu'elles appartiennent toutes à la catégorie des oeuvres artistiques, une différence de régime juridique- il est possible de faire au moins deux reproches. Tout d'abord de décider arbitrairement qu'une reproduction, par cela seul qu'elle est réalisée dans un art différent de celui utilisé à

(143) Pour l'exposé complet de la question v. Renouard, op. cit., vol. II, n° 41, p. 86 à 90, ainsi que Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 407 à 410, p. 507-508.

(144) Renouard, op. cit., vol. II, n° 41, p. 88-89. Renouard cite à ce propos l'affaire Vittoz dans laquelle il fut jugé par la Cour royale de Paris, le 14 décembre 1831, qu'un fabricant de bronze, un certain Bertren, avait pu, sans délit copier une pendule réalisée par le sieur Vittoz, pendule qui reproduisait un tableau : Raphaël et la Fornarina d'un certain Picot à qui Vittoz avait régulièrement acheté le droit exclusif de reproduire en bronze ledit tableau : "Considérant que la loi du 19 juillet 1793 a limité la propriété des auteurs, compositeurs, peintres et dessinateurs au droit exclusif de vendre, faire vendre et distribuer leurs ouvrages ou les gravures qu'ils en avaient fait faire ; que ce droit ne peut être étendu à la reproduction desdits ouvrages au moyen d'un art essentiellement distinct dans ses procédés comme dans ses résultats ; qu'ainsi l'imitation d'un tableau ou d'une gravure, en tout ou en partie, par l'art de la sculpture, de la moulure, de la ciselure, ne constitue pas le délit de contrefaçon ; que ce délit dans le sens et suivant l'esprit de la loi pénale, indépendamment de l'imitation plus ou moins complète, doit être considéré sur le point de vue de la possibilité d'une concurrence commerciale pouvant causer un préjudice à l'auteur ; que cette concurrence ne saurait exister entre des ouvrages de peinture ou de gravure et des ouvrages de sculpture ou de moulure... ; que le peintre n'a pu céder à Vittoz, fabricant de bronze, plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et que le droit de propriété d'un tableau ne s'étend pas jusqu'à celui d'empêcher l'imitation ou la reproduction de la composition par les procédés d'un autre art essentiellement distinct, tel que la sculpture ; qu'il est constant au procès que Bertren, pour exécuter le bronze dont il s'agit, n'a pas employé le procédé de contremoulage réprouvé dans le commerce des fabricants de bronze ; que, dès lors, c'est par fausse application des lois que Bertren a été condamné comme contrefacteur par le jugement dont est appel" (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 41, p. 90, et Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 407, p. 507, note 2).

l'origine, échappe totalement à l'exclusivité créée en matière de reproduction par le décret de 1793. Ensuite de décider arbitrairement qu'une reproduction, parce qu'elle est faite dans un art différent de celui utilisé à l'origine, ne saurait faire une concurrence commerciale à l'oeuvre qui a servi d'inspiration, d'autant que ce n'est pas tant de concurrence qu'il s'agit -pour se limiter aux considérations pécuniaires- que de non association de l'auteur de l'oeuvre première aux bénéfices dégagés par l'exploitation de l'oeuvre dérivée.

Une autre question à soulever d'importantes hésitations était celle de savoir si le fait d'arranger pour un instrument un morceau composé pour un autre était ou non susceptible d'entraîner une atteinte au droit de reproduction. En effet, observe Renouard, "transporter dans le langage du violon, du piano, de la flûte, un morceau écrit pour la voix humaine, approprié à un instrument déterminé une oeuvre composée pour un orchestre entier (...), c'est traduire". Or, se demande-t-il : "est-ce contrefaire que de traduire et arranger ainsi une composition musicale" (145) ? Pour répondre à cette question, la jurisprudence n'ayant pas tranché nettement cette difficulté (146), il considère là encore qu'il faut distinguer selon les cas, la méthode à suivre étant selon lui de rechercher s'il y a ou non risque de confusion, ou même de concurrence dans l'exploitation commerciale (147).

Tout pareillement était l'objet de vives controverses la question de savoir si le fait de traduire une oeuvre imprimée était ou non une atteinte au droit de reproduction et aussi une contrefaçon. Pardessus, dans son Cours de droit commercial, se borne à affirmer que c'est contrefaire un ouvrage publié en

(145) Renouard, op. cit., vol. II, n° 28, p. 67-68.

(146) On peut citer l'arrêt rendu par la Cour de cassation, dans l'affaire Pleyel, le 17 nivose An XIII, où il fut jugé que ce n'était pas contrefaire des compositions musicales, qui avaient été publiées en Allemagne par le sieur Pleyel, que d'en réaliser des arrangements pour les rendre propres à d'autres instruments que ceux pour lesquels elles avaient été faites par leur auteur (décision citée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 28, p. 69, ainsi que par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 377, p. 503). Mais, en raison de circonstances de la publication, qui avait eu lieu à l'étranger, cette décision ne peut faire autorité.

Plus significatif pourrait sembler, de prime abord, le jugement rendu le 30 mai 1827 par le Tribunal de la Seine où il fut décidé que si des compositions musicales avaient bien été puisées dans plusieurs passages de l'opéra de Rossini, le Siège de Corinthe -passages que Rossini avait d'ailleurs lui-même tirés, en raison de leur succès, d'un autre de ses opéras, Mahomet II, gravé depuis longtemps à Naples et à Paris, pour les insérer dans le Siège de Corinthe, lorsqu'il le fit jouer à Paris - il n'y avait pas de contrefaçon, mais simple plagiat juridiquement incondamnabile (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 28, p. 69). Mais à lire le texte de la décision rendue sur appel par la Cour de Paris le 26 novembre 1828 (texte rapporté par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 444, p. 514, note 1), il semble que l'absence de condamnation s'explique par l'omission de la formalité du dépôt, le plaignant ne se trouvant donc point dans les conditions prévues par la loi pour protéger un droit qu'il avait négligé d'acquiescer ou de conserver.

(147) Renouard, op. cit., vol. II, n° 28, p. 68-69.

France que de l'y traduire en latin ou en une langue étrangère (148). Renouard, à l'inverse, estime que traduire échappe à l'exclusivité conférée par le droit de reproduction. En effet, dit-il, "je n'ai trouvé dans les recueils de jurisprudence, ni jugement, ni arrêt rendu sur plainte formée en justice par un auteur français, parce que l'on aurait publié en France, sans son consentement, une traduction anglaise, allemande, italienne, espagnole, de son ouvrage". Et, ajoute-t-il, la raison en est simple, car "on n'aperçoit pas facilement quel tort la traduction étrangère pourrait causer à l'exploitation de l'original" (149). D'autant que, selon lui, "la différence de forme extérieure du langage empêche qu'il s'établisse ni confusion, ni rivalité", car "la transmutation de forme que le travail du traducteur fait subir à l'original en modifie notablement le caractère, même commercial ; et elle en transporte l'usage à une autre classe de lecteurs" (150). Mais à cela, fait observer Dalloz, il est facile de répondre "que s'il est vrai que la traduction n'est pas destinée à la même partie du public que l'ouvrage original, il n'en est pas moins certain qu'elle enlève à l'auteur, sans l'assentiment duquel elle a lieu, une classe de lecteurs à laquelle il aurait pu s'adresser et qu'elle le prive des bénéfiques sur lesquels il pouvait légitimement compter soit en traduisant son ouvrage, soit en cédant, moyennant rétribution, le droit de traduire" (151). Mais Dalloz reste au fond dans l'embarras et, quoiqu'il penche en faveur de l'idée que "toute personne pourrait traduire un ouvrage à la charge d'une redevance à payer à l'auteur", il conclut en disant que "cette question de la traduction devrait être tranchée par la législation" (152).

II - Les lacunes du décret de 1793 quant aux limites du droit de reproduction. - Ainsi que nous l'avons vu, ces limites procèdent tout d'abord, et d'une manière générale, de l'idée dominante à l'époque selon laquelle il n'y a pas contrefaçon et atteinte au droit de reproduction dès lors que l'exploitation de la reproduction prétendue contrefaisante ne porte pas préjudice, ou n'est pas considérée comme portant préjudice, à l'exploitation de l'oeuvre prétendue contrefaite, la prohibition de contrefaire

(148) Pardessus, Cours de droit commercial, 4e éd., 1831, titre I, n° 164-167.

(149) Renouard, op. cit., vol. II, n° 16, p. 38. Ce qui est exact, mais il faut tout de même mentionner un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 1er mars 1830, où il fut jugé que des plagiats nombreux, consécutifs et serviles, en ce qu'ils présentent une copie presque complète de partie d'un ouvrage (onze chapitres d'un seul roman dans une traduction des ouvrages de Walter Scott) sont une contrefaçon, quoique la nouvelle traduction ait été la traduction d'un auteur étranger (pour le texte de la décision, cf. Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 332, p. 494, note 1).

(150) Renouard, op. cit., vol. II, n° 16, p. 38-39.

(151) Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 352, p. 499.

(152) Ibid, n° 358, p. 500.

consistant seulement "à empêcher que la vente de la fabrication défendue ne nuise à la vente de la fabrication légitime" (153).

Ces limites procèdent également -et cela en est une conséquence- de l'extrême bienveillance des tribunaux, en matière de reproduction partielle, à l'égard des plagiat de toutes sortes, le plagiaire se glissant d'autant plus aisément dans l'espace de la tolérance juridique qu'il est considéré, en doctrine comme en jurisprudence, que les tribunaux ne sont pas institués pour se mêler de ces contestations littéraires ou artistiques (154).

Ces limites procèdent enfin -et là de manière moins critiquable- de la prise en considération des intérêts publics et privés qui sont attachés à la libre jouissance intellectuelle de l'oeuvre (155), selon l'expression de l'époque, jouissance qui, appartenant à toute personne, ne peut que venir limiter, et de la manière la plus justifiée, le domaine d'application du droit de reproduction. En effet, comme le souligne Renouard, "on ne saurait réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou son usage, copie tout ou partie d'un livre, fait des études sur un dessin ou sur un tableau" (156). A l'inverse, s'il apparaît en réalité "que les copies sont faites pour se créer une exploitation commerciale, il sera bien évident que ce commerce préjudiciable à l'auteur aura le caractère d'une contrefaçon" (157). Mais, ajoute Renouard, "autant la solution est facile en la plaçant à l'extrémité de ces deux hypothèses, autant, dans une multitude de cas intermédiaires, elle présentera de difficultés" (158), d'autant qu'en certaines circonstances s'y ajoutera des usages, comme ceux par exemple des théâtres qui ont toujours été de faire reproduire à la main, ou par le mode autographe, les rôles et partitions destinés aux acteurs et aux musiciens.

b) Le droit de représentation et son domaine d'application encore restreint

Après avoir posé à l'article 1er que "tout citoyen pourra élever un théâtre public et y faire représenter des pièces en tous genres", le décret des 13-19 janvier 1791 déclare à l'article 3 que "les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur

(153) Renouard, op. cit., vol. II, n° 21, p. 51.

(154) Cf. par exemple conclusions de l'Avocat général Daniels, Cass. 3 juillet 1812, rapportées par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 27.

(155) Cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 3, p. 10.

(156) V. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 3, p. 10 ; n° 19, p. 41 à 48 ; n° 43, p. 91-92.

(157) Renouard, op. cit., vol. II, n° 19, p. 42.

(158) Renouard, op. cit., vol. II, n° 19, p. 42. Pour des exemples tirés de la jurisprudence, exemples qui montrent combien les solutions sont incertaines, v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 19., p. 42 à 48, ainsi que Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 360 à 364, p. 500-501.

aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs". Et, précise l'article 4 "la disposition de l'article 3 s'applique aux ouvrages déjà représentés quels que soient les anciens règlements" (159). Du rapprochement de ces dispositions, il résulte qu'est reconnu aux auteurs un droit exclusif afférent à "la représentation" sur "un théâtre public" de "leurs pièces en tous genres", l'exclusivité sur la représentation, et la prohibition de représenter qui en est le corollaire, visant (160) -on trouve bien évidemment ici (161) la même idée maîtresse qu'en matière de reproduction- à empêcher que la représentation défendue ne nuise aux bénéfices de la représentation légitime (162). Mais s'il est clair, à la lecture du décret de 1791, que ce droit exclusif d'exploitation a bien pour objet un acte matériel qui consiste en la représentation de "pièces en tous genres" aux fins de les communiquer au public, il n'est pas moins clair que le décret de 1791, en ce qui concerne la question de savoir quel domaine d'application le législateur révolutionnaire entendait donner à ce droit, présente des imperfections patentes, car à s'en tenir aux termes de la loi, ce domaine est des plus restreints. Quant aux limites dont ce droit pourrait être assorti, le législateur révolutionnaire n'en dit rien, alors qu'il est évident qu'en diverses circonstances doivent primer d'autres intérêts que ceux de l'auteur, qu'il s'agisse de l'intérêt public ou d'intérêts privés. Ainsi convient-il de s'efforcer, autant que faire se peut, de réduire les incertitudes nées des imperfections du décret de 1791 relativement au domaine d'application du droit de représentation et de parer aux omissions du décret de 1791 relativement aux limites de ce droit.

I - Les imperfections du décret de 1791 quant au domaine d'application du droit de représentation. - Pour les cerner, il convient de préciser la notion de représentation telle qu'elle apparaît à la lumière des documents de l'époque, c'est-à-dire

(159) Par ailleurs, il est déclaré à l'art. 5 que "les héritiers, ou les cessionnaires, des auteurs seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur" et il est précisé à l'art. 2 que "les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus sont une propriété publique et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement".

(160) Dont le pendant est, au pénal, la prohibition de représenter prévue par l'art. 428 du Code pénal.

(161) Bien évidemment, car elle résulte des principes généraux alors en vigueur, comme y insiste Renouard (cf. à propos de la représentation, Renouard, op. cit., vol. II, n° 25, p. 64).

(162) En effet, pour qu'un auteur fut admis à se plaindre, souligne Renouard (op. cit., vol. II, n° 25, p. 64), "il faudrait qu'il put démontrer l'existence d'un tort réel fait à sa propre exploitation".

essayer de préciser son étendue, non seulement au plan de son objet, mais également et surtout au plan de ses procédés de réalisation...

1°) De l'étendue du domaine d'application du droit de représentation au plan de l'objet de la représentation. - La notion de représentation, dans le décret de 1791, ne porte que sur la représentation de l'oeuvre interprétée (163). Mais, s'il est admis sans discussion que la représentation complète (164) entre bien dans le domaine d'application, et partant de protection, du droit de représentation -en droit du moins, car en fait il est loin d'être ainsi (165)- il faudra beaucoup plus de temps pour que la même solution soit acquise en ce qui concerne la reproduction partielle ou tronquée (166) - comme le révèle les moeurs du temps et l'extrême bienveillance, pour ne pas dire le laxisme des tribunaux à l'égard du plagiat et des emprunts tolérés (167), la

(163) Et, à s'en tenir aux termes mêmes de la loi, il n'était pas facilement imaginable qu'elle puisse avoir un autre objet. Ce sont seulement les créations nouvelles rendues possibles par les développements de la technique, comme les oeuvres cinématographiques par exemple, qui ont fait apparaître clairement que l'objet du droit de représentation ne se limitait pas à l'oeuvre interprétée, mais s'étendait également à l'oeuvre elle-même, la projection de certaines oeuvres cinématographiques, tels les dessins animés, offrant en effet une "représentation" de l'oeuvre elle-même et non une représentation de l'interprétation de l'oeuvre (cf. par ex. Tribunal de la Seine, 5 mai 1954, affaire La Bergère et le Ramoneur, G.P. 1954.2.121).

(164) V. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 27, p. 67.

(165) Des usages du temps, la meilleure image, la plus colorée aussi, se trouve encore dans la pétition présentée par Beaumarchais à l'Assemblée législative le 23 décembre 1791 : "Je voulus profiter du succès d'un de mes ouvrages qu'on désirait jouer en province pour travailler à la réforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer aux auteurs. Je répondis aux demandeurs du *Mariage de Figaro* que je ne le ferais imprimer, et n'en permettrais la représentation en province, que quand les directeurs des troupes se seraient soumis, par un acte, à payer non pas à moi seul, mais à tous les auteurs vivants, la même rétribution dont ils jouissent dans la capitale.

Que firent ces directeurs ? Ils firent écrire ma pauvre pièce pendant qu'on la représentait ; la firent imprimer sur le champ, chargée de toutes les bêtises, de toutes les ordures et incorrections que leurs très maladroits copistes y avaient partout insérées ; puis, la jouèrent ainsi défigurée sur les théâtres des provinces ; et ma pièce, déshonorée, volée, imprimée, jouée sans ma permission, ou plutôt malgré moi, devint par cette turpitude l'honnête propriété des adversaires que je combats. Je m'en plaignis à nos ministres, seuls juges alors dans ces matières. Je n'en obtins point de justice, car je n'étais qu'homme de lettres ; ma demande n'eut aucune faveur car je n'étais point comédienne. En vain, me serais-je adressé aux tribunaux d'alors, même aux cours souveraines. Toutes les fois que le cas arrivait, les comédiennes sollicitaient ; la cour sollicitée, évoquait l'affaire au conseil où elle n'était jamais jugée"... (Oeuvres de Beaumarchais, 1809, tome XI, Pétition de 1791, p. 217 et s.), ainsi que Renouard, op. cit., vol. I, p. 319-320.

(166) V. not. à ce propos Renouard, op. cit., vol. II, n° 27, p. 67.

(167) Les documents de l'époque nous apprennent en effet que les théâtres des provinces et des départements ont, de tout temps, essayé de s'arroger le droit de représenter les ouvrages joués sur les théâtres de la capitale, sans obtenir consentement des auteurs. Et un simple coup d'oeil à la discussion du décret du 8 juin 1806 -décret concernant les théâtres, dont le titre 3 est relatif aux droits des auteurs- révèle que ces abus ont longtemps survécu à la loi de 1791 qui entendait

raison en étant notamment à l'époque, nous l'avons déjà souligné, qu'il n'y a pas atteinte au droit exclusif de représentation, et aussi contrefaçon, si l'auteur dont la pièce a été jouée sans son consentement ne peut démontrer l'existence d'un tort réel fait à sa propre exploitation (168). En effet, c'est seulement aux alentours de 1850 que la jurisprudence commença à évoluer dans un sens plus favorable aux auteurs...

2°) De l'étendue du domaine d'application du droit de représentation au plan des procédés de réalisation de la représentation. - A côté de ce qu'il mentionne, le décret de 1791, fort imparfait, laisse pendantes nombre de questions. Aussi est-il plus significatif, dans la perspective qui est ici la nôtre, d'opposer le domaine acquis et le domaine revendiqué.

a) Le domaine acquis. - Dès l'origine, il va de soi que le champ de l'exclusivité conférée par le décret de 1791 porte sur la "représentation", et plus précisément encore sur la représentation sur un théâtre public. Mais alors, si l'on veut cerner exactement le domaine d'application du droit de représentation, il reste à préciser ce qu'il faut entendre par "représentation" et par "théâtre public".

pourtant les proscrire (cf. à ce propos Renouard, op. cit., vol. I, p. 354). Quant à la jurisprudence, elle est quasi inexistante, et celle qui existe est, au point de vue qui nous occupe ici non significative le plus souvent (cf. par ex. Cass. 17 nivose An XIII et Trib. de la Seine, 30 mai 1827, décisions analysées ci-dessus en note 146). Il n'y a là rien qui doive étonner, car, nous dit Renouard, "l'usage a laissé prendre au plagiat de grandes libertés qui, en toute autre matière, seraient appelées des contrefaçons (...). Les plagiat dramatiques ne sont habituellement pas réprimés ; et il faut dire qu'ils ne sont même pas poursuivis (cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 28). Tout au plus peut-on citer, semble-t-il, une décision -d'ailleurs tardive par rapport à la perspective générale de cette étude axée sur les cinquante années qui ont suivi la mise en vigueur des textes de 1791 et de 1793- rendue par la Cour de Paris, le 12 juillet 1855 où il fut affirmé qu'il y a atteinte aux droits des auteurs d'un opéra dans le fait, par un entrepreneur de spectacles, d'avoir fait exécuter, sans leur autorisation, de simples phrases musicales extraites dudit opéra, encore qu'elles aient été arrangées de manière à former une oeuvre nouvelle (D.P. 1855.2.256 ; Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 378, p. 503). A cette décision, on peut comparer l'arrêt rendu par la Cour de Paris, en 1822, dans l'affaire Doche où il avait été décidé que les auteurs de vaudeville peuvent mettre leurs couplets sur des airs qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public sans le consentement des musiciens qui ont composé ces airs (pour le texte de cette décision, v. Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 179, p. 474, note 1). Mais cette décision s'explique, nous l'avons vu (cf. supra, note 16, ainsi que le passage qui s'y rapporte), par une interprétation restrictive du mot "ouvrage", utilisé par les rédacteurs du décret de 1791 à l'art. 3, les magistrats ayant en effet considéré que le terme "ouvrage" ne peut désigner que "l'ensemble d'une production" et non "un air isolé" et qu'en conséquence le décret de 1791 n'est pas applicable aux airs isolés. Autrement dit, l'arrêt rendu en 1822 par la Cour de Paris dans l'affaire Doche intéresse plus la détermination de l'objet protégé par le décret de 1791 que la détermination du domaine d'application du droit de reproduction reconnu par ce texte.

(168) Cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 25, p. 64.

La représentation, au sens courant du terme, est l'action de jouer une pièce sur une scène de théâtre. La notion est tellement claire que la doctrine ne s'y arrête pas. Pourtant il est à souligner que la notion inclut trois éléments simples, ceux de jeu, de pièce et de scène de théâtre, et que si elle est fort claire, elle est aussi fort étroite. En effet, de la combinaison des concepts de jeu, de pièce et de scène de théâtre, il résulte qu'il ne peut s'agir que de représentations d'ouvrages dramatiques (169), même si l'on admet que l'expression englobe non seulement les représentations théâtrales proprement dites, mais également les représentations théâtrales dans lesquelles se trouvent mêlées des compositions musicales. Ainsi représenter, au sens qu'a ce mot dans le décret de 1791, c'est bien évidemment jouer un ouvrage de nature littéraire, mais c'est aussi, et éventuellement, exécuter une oeuvre de nature musicale, dès lors que la musique est mêlée ou jointe à l'oeuvre littéraire. Mais c'est tout.

La notion de théâtre public englobe à n'en pas douter les théâtres dramatiques et les théâtres lyriques ouverts au public. Mais peut-on y faire entrer d'autres scènes ouvertes au public ? De ce qui précède, il semble que l'on puisse tirer une réponse affirmative. Et c'est bien d'ailleurs ce qu'a fait la jurisprudence, encore que tardivement, lorsqu'elle a considéré que les cafés ou cafés-concerts sont assimilés aux théâtres proprement dits relativement à l'exécution des compositions musicales et qu'en conséquence c'est porter atteinte à l'exclusivité que confère aux auteurs leur droit de représentation que d'y faire chanter ou exécuter leurs oeuvres (romances, chansonnettes) sans leur autorisation (170). Mais on peut avoir quelques doutes sur l'efficacité de l'imparfaite protection instituée par le décret de 1791 lorsque l'on sait que par acte notarié du 31 janvier 1851, donc plus d'un demi-siècle après la mise en vigueur de la loi, les auteurs et compositeurs de musique se sont constitués en société civile pour la perception de leurs droits dans les théâtres, cafés chantants et tous autres établissements exploitant les productions littéraires et musicales autres que les pièces de théâtre et les ouvrages lyriques. Ce qui rendait plus aiguë la question toujours incertaine de savoir si les compositeurs pouvaient s'opposer à ce que leur musique fut jouée dans les concerts publics et payants...

(169) L'expression "ouvrages dramatiques" est d'ailleurs la seule utilisée dans l'art. 428 du Code pénal. Quant au décret de 1791, il y est question d'ouvrage aux art. 2, 3, 4 et 5, alors qu'il est question de pièces en tous genres seulement dans un article : l'art. 1er.

(170) V. not. en ce sens Cass. crim. 24 juin 1852, affaire Connevat, D.P. 1852.1.221 et Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 178, p. 474.

b) Le domaine revendiqué. - Au domaine d'application du droit de représentation, il fallait rattacher, selon les auteurs, le concert public et la lecture publique...

1 - Le concert public. - L'exécution musicale n'étant pas une représentation, bien plus qu'incertain était, à dire vrai, le point de savoir si les compositeurs pouvaient s'opposer, en vertu de leur droit de représentation, à ce que leur musique fut jouée dans les concerts publics et payants sans le consentement et sans paiement d'une redevance. Le point était tellement incertain qu'aux alentours de 1840, on en discutait encore... et que l'on en doutait plus encore...

Pour Renouard, "assimiler un concert public à un spectacle, le lieu d'exécution à un théâtre, l'exécution à une représentation, la musique, même extraite d'une oeuvre dramatique, mais exécutée sans accompagnement de paroles et de jeu scénique, à un ouvrage dramatique, ce serait recourir à des analogies dont chacune, prise isolément, serait forcée, et qu'il serait nécessaire d'ajouter les unes aux autres pour constituer le délit prévu par l'article 428, puisque ce délit ne résulte que de la réunion des circonstances qu'il énumère". Tout au plus, conclut Renouard, "la protection du privilège du compositeur contre une exécution musicale évidemment destinée à envahir son droit et à en paralyser l'usage, me paraît, ne pouvoir résulter que de l'action civile ouverte par l'article 1382 du Code civil ; et pour que cet article devienne applicable, il faudra la preuve d'un dommage réel et celle d'une intention usurpatrice assez constatée pour pouvoir être caractérisée faute ou quasi-délict" (171).

Quant aux jugements et arrêts rendus en la matière, ils n'offrent pas de solutions assez précises - ils sont même totalement contradictoires - pour fixer la jurisprudence. Par un jugement du 20 août 1834, jugement confirmé par la Cour royale de Paris le 26 août 1837, il a été en effet affirmé par le Tribunal de commerce de Paris qu'un concert ouvert aux mêmes heures que les théâtres, ayant ses affiches, ses bureaux, ses employés et où le public est admis en payant est une entreprise entrant dans le domaine de protection du droit de représentation, peu important que les ouvrages exécutés ne l'aient été qu'en partie, aux dires du moins de l'intéressé (172). A l'inverse, le 21 janvier 1835, un jugement du Tribunal de commerce de Paris, confirmé par un arrêt de la Cour royale de Paris le 16 février 1836, vint affirmer que "si la musique restée en manuscrit ne peut être exécutée

(171) Renouard, op. cit., vol. II, n° 29, p. 72.

(172) Trib. comm. de Paris, 20 août 1834, affaire Crosnier et Veron c. Masson de Puitneuf (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 29, p. 72-73), ainsi que par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 379, p. 503).

qu'avec le consentement de l'auteur" (173), il n'en va pas de même pour la musique gravée, "laquelle peut être exécutée en public sans le consentement de l'auteur, même dans des concerts publics et payants" (174). Et quelques années plus tard, le Tribunal correctionnel de la Seine, par trois jugements, l'un du 15 juillet 1850, les deux autres du 7 juillet 1852, décida à son tour "que l'on devait considérer comme représentation dans le sens de la loi, toute exécution totale ou partielle d'un ouvrage quelconque, faite en public ou dans le but de spéculation" (175). Mais cette jurisprudence fut curieusement critiquée par Dalloz. Selon lui, "il eut été facile au législateur, s'il avait voulu punir celui qui exécuterait dans un concert un morceau de musique sans le consentement de l'auteur, d'ajouter au mot spectacle le mot concert dans l'art. 428". Et poursuit-il : "on peut penser que cette omission est d'ailleurs basée sur des raisons très sages. Le talent de l'exécutant est pour beaucoup dans un concert, c'est lui qu'on va entendre autant que la musique qu'il joue ; exécuter d'une manière supérieure, c'est véritablement créer ; d'un autre côté, quel est le préjudice causé ? Il est évident qu'on ne nuit ni à la gloire, ni aux intérêts du compositeur en popularisant sa musique : il en résulte que plus de gens admirent son génie et achètent ses ouvrages. Il ne paraît donc pas qu'il y ait dans ce fait les éléments d'un délit" (176). La question, aux alentours des années 1850, était, ainsi qu'on le voit, loin d'être entendue, et tout ce que la doctrine accordait aux auteurs, c'était, en cas de préjudice causé et d'intention de nuire, d'agir sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire d'agir en responsabilité délictuelle (177).

2 - La lecture publique. - La lecture publique n'étant pas non plus une représentation, tout aussi douteux était le point de savoir si les auteurs pouvaient s'opposer, en vertu de

(173) Décision intéressante à ce point de vue, car se trouve clairement réaffirmée l'idée selon laquelle l'oeuvre non publiée, non divulguée, est dotée d'un régime juridique particulier, idée qui avait été pour la première fois affirmée en justice lors de l'affaire Vergne (cf. à ce propos, Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 319, p. 492, note 1), affaire capitale au point de vue de l'émergence du droit moral de divulgation (cf. à ce sujet O. Lalignant, "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", Collection Bibliothèque de droit privé, tome CLXXVI, L.G.D.J., Paris 1983, n° 36, p. 97 ; n° 57, p. 184 à 191 ; n° 85, p. 261 à 269 ; n° 134, p. 435).

(174) Trib. comm. de Paris 21 janvier 1835, affaire Musard c. Masson de Puitneuf (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 29, p. 73, ainsi que par Dalloz, qui rapporte, quant à lui, le texte de l'arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 16 février 1836, Rép. méth. et alph. préc., n° 381, p. 504, note 1).

(175) Trib. correct. de la Seine 15 juillet 1850 et 7 juillet 1852 (décision rapportée par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 379, p. 503).

(176) Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 379, p. 503.

(177) V. not. en ce sens, Renouard, op. cit., vol. II, n° 29, p. 72 et Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 379, p. 503.

leur droit de représentation, à ce que leurs oeuvres fussent lues à un auditoire payant sans leur consentement et sans versement d'une rétribution.

Renouard se prononce pour la négative de la manière la plus catégorique. Les termes de l'article 428 qui punit les représentations dramatiques illégitimes, nous dit-il, "ne pourraient se prêter à être étendus jusqu'aux lectures publiques ; mais le propriétaire du privilège, dont les droits se trouveraient lésés par un tel fait, aurait action devant les tribunaux civils en vertu du principe général consacré par l'article 1382 du Code civil (178). Et Dalloz se prononce dans le même sens d'une manière tout aussi nette (179).

Quant à la jurisprudence, elle est inexistante, les tribunaux, aux alentours des années 1840-1850, n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer (180).

II - Les omissions du décret de 1791 quant aux limites du droit de représentation. - Ainsi que nous l'avons souligné, ces limites procèdent tout d'abord de l'idée générale, à l'époque, selon laquelle il n'y a pas de délit au sens de l'article 429 du Code pénal et atteinte au droit de représentation dès lors que l'exploitation de la représentation prétendue illicite ne porte pas préjudice aux intérêts pécuniaires des auteurs dramatiques et des compositeurs de musique (181).

Ces limites procèdent également -et cela en est une conséquence- de l'extrême bienveillance, voire du laxisme (182), des tribunaux à l'égard du plagiat et des emprunts tolérés.

Ces limites procèdent enfin -et là, de manière moins critiquable- de la prise en considération des intérêts, tant publics que privés, qui sont attachés à la libre jouissance intellectuelle de l'oeuvre, pour reprendre l'expression utilisée à l'époque, jouissance qui appartenant à toute personne ne peut que venir, et de la manière la plus justifiée, limiter le domaine d'application du droit de représentation. En effet, comme le souligne Renouard, "le droit de représentation, comme les autres droits d'auteur, donne lieu à l'application de la distinction générale que nous avons posée entre l'exploitation vénale inhérente au privilège et le

(178) Renouard, op. cit., n° 26, p. 67.

(179) Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 177, p. 474.

(180) Et cette occasion, ils ne l'avaient toujours pas eue à l'époque de Pouillet, qui, à la différence de Renouard et Dalloz, considère à juste titre que "il n'est pas plus permis de lire publiquement une oeuvre littéraire sans l'autorisation de l'auteur qu'il n'est permis d'exécuter publiquement un morceau de musique sans la permission de l'auteur" (Pouillet, op. cit., n° 813).

(181) Cf. Renouard, op. cit., vol. II, n° 25, p. 63-64.

(182) Il n'est que de se souvenir de l'état de fait dressé par Beaumarchais dans la pétition qu'il présenta à l'Assemblée législative le 23 décembre 1791 (cf. supra, note 165) et de la situation telle qu'elle existe encore en 1806 (cf. supra, note 160).

droit de jouissance intellectuelle de l'ouvrage qui appartient à toute personne. Ainsi chacun pourra librement, sans attenter aux droits de l'auteur, représenter les ouvrages d'autrui pour son propre plaisir ou son instruction, sans mélange d'exploitation vénale". C'est dire, poursuit Renouard, "qu'un auteur n'a pas le droit d'interdire la représentation de ses ouvrages sur des théâtres de société où le public ne serait point admis et où aucun prix ne serait exigé des spectateurs" (183). En outre, souligne Renouard, cette solution peut être appuyée "sur les termes de la loi du 19 janvier 1791 qui déclare que les ouvrages ne pourront être représentés sur aucun théâtre public ; d'où il suit que la loi n'a pas voulu s'occuper des théâtres privés" (184). Mais, comme on pouvait s'y attendre la distinction entre théâtre privé et théâtre public, ainsi que la distinction entre représentation payante et représentation non payante, n'est pas allée sans soulever des difficultés (185)...

B - La non reconnaissance de prérogatives morales et la finalité unique de la protection.

De l'opinion selon laquelle les écrivains au moins auraient bénéficié, dès l'antiquité romaine, de l'un des attributs essentiels du droit moral, le droit d'autoriser la première publication de leurs oeuvres (186), qualifié ultérieurement droit de divulgation, droit qui, en France aurait été en germe dès 1586 dans une plaidoirie prononcée par l'avocat Marion devant le Parlement de Paris (187) - Louis Vaunois va même plus loin puisque selon lui, "dès 1586, l'avocat Marion proclamait les prérogatives du droit moral en termes d'une singulière netteté" (188)- et mieux affirmé encore en 1725 dans un mémoire de Louis d'Héricourt (189), ainsi que de l'affirmation selon laquelle, dès l'Ancien Régime, "il existe bien, dans les privilèges, une sorte de concrétisation de l'un des aspects du droit moral, le droit au respect de l'oeuvre" (190), serait-il possible de déduire et de soutenir, en se fondant sur

(183) Renouard, op. cit., vol. II, n° 25, p. 63.

(184) Ibid., p. 64.

(185) Pour le détail de la jurisprudence, notamment à propos des sociétés d'amateurs, des oeuvres de charité et des fêtes publiques connues sous le nom de "spectacles gratuits", v. not. Renouard, op. cit., vol. II, n° 25, p. 64 à 66, et Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 380, p. 503-504).

(186) M.Cl. Dock, "Contribution historique à l'étude des droits d'auteur", L.G.D.J., 1962, p. 35 et s., ainsi que "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", R.I.D.A., janvier 1974, p. 133 et s.

(187) Cl. Colombet, "Propriété littéraire et artistique, et droits voisins", 3e éd., Dalloz, 1986, n° 4, p. 4.

(188) Louis Vaunois, "L'évolution du droit moral", Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique, Mélanges Marcel Plaisant, Sirey, 1960, p. 296.

(189) Cl. Colombet, op. cit., n° 4, p. 4.

(190) Cl. Colombet, op. cit., n° 3, p. 3.

l'idée que "l'exercice du droit moral est à la source de tout contrat qui réalise la publicité de l'oeuvre" (191), que des prérogatives morales auraient été reconnues, au moins implicitement, par les décrets révolutionnaires des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793 ?

Peut-être, si sous l'expression "droit moral", prise dans un sens large, on désigne en réalité l'ensemble des intérêts moraux liés à la divulgation ou au respect d'une oeuvre, car il n'est pas niable qu'en accordant aux auteurs un droit exclusif sur la représentation de leurs oeuvres et un droit exclusif sur la reproduction de leurs oeuvres, les rédacteurs des décrets de 1791 et de 1793 ont indirectement protégés certains intérêts moraux des auteurs, tant il est vrai qu'il existe d'une manière générale une interdépendance obligée entre les intérêts moraux et les intérêts pécuniaires (192).

Mais si par l'expression "droit moral", prise au sens technique du terme, on entend un ensemble de droits subjectifs ayant principalement pour fin de protéger des intérêts d'ordre moral ou intellectuel et conférant, parce qu'il s'agit de droits subjectifs, des pouvoirs déterminés (193), il n'est alors pas possible, selon nous, d'affirmer que par les décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793 ont été implicitement reconnues aux auteurs des prérogatives morales (194). Et que le droit moral ait été loin des préoccupations du législateur révolutionnaire, nous n'en retiendrons que deux preuves. La première est tirée des conclusions de l'Avocat général Daniels prononcées en 1812

(191) H. Desbois, "Le droit d'auteur", 1er éd., 1950, n° 529, p. 546.

(192) Pour se limiter aux témoignages relatifs à la France, le Professeur Colombet reconnaît d'ailleurs lui-même qu'il s'agit là de témoignages isolés (Cl. Colombet, op. cit., n° 4, p. 4). En outre, si Renouard (op. cit., vol. I, p. 157) et Pouillet (op. cit., p. 9) y voient bien également des témoignages isolés, ils y voient aussi et surtout des témoignages de l'émergence du droit des auteurs, et non du droit moral, dont le concept même, au sens technique du terme, leur est étranger. Encore que Pouillet soit favorable à une certaine protection de certains intérêts moraux des auteurs dans quelques hypothèses bien particulières, et qu'il soit bien, selon l'heureuse expression de M. le Recteur Strömholm, "l'exemple le plus représentatif de la doctrine française au seuil de la reconnaissance formelle du droit moral" (Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave", P. A. Norstedt et Söners Forlag, Stockholm, 1967, vol. I, p. 277).

(193) Pour la démonstration de ce qu'un droit subjectif investit son titulaire d'un pouvoir dont le contenu est déterminé, v. P. Kayser, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 7, p. 453-454.

(194) Il a été également soutenu en doctrine, mais il y a plus longtemps, que les preuves de la reconnaissance du droit moral se trouveraient dans un rapport de l'époque révolutionnaire (v. not., Vaunois, Bull. Soc. Et. Législ. 1908, cité par S. Strömholm, op. cit., p. 114), le rapport fait par Hell à l'Assemblée Constituante en 1791, dans lequel celui-ci reprenant une idée banale et ancienne, déclare que les contrefaçons "altèrent la pureté et le sens littéral de l'oeuvre, déshonorent l'auteur, compromettent l'éditeur titulaire, et dépouillent l'un et l'autre de leurs propriétés" rapport cité par Cl. Couhin, "La propriété industrielle, artistique et littéraire, vol. I, 1894, p. 156). Mais c'est là une vieille plainte et Hell, en la reprenant, n'annonce pas un nouveau concept juridique.

devant la Cour de cassation à propos d'une affaire portant sur la question de savoir si la reproduction partielle d'un ouvrage faite sans le consentement de son auteur était ou non une atteinte au droit exclusif de reproduction et aussi une contrefaçon. En effet, déclare Daniels, "la conservation de la propriété littéraire est le principal objet de la loi ; *il n'entraîne pas dans le plan du législateur de s'occuper également de la célébrité de l'auteur*", d'où il résulte, poursuit-il, que "lorsqu'on a pillé son ouvrage et que cette entreprise fait réellement préjudice à sa propriété, c'est à raison de ce préjudice que le plagiat prend le caractère de contrefaçon défendue par la loi et punie d'une peine correctionnelle ; *n'importe que le prévenu ait cité ou non l'ouvrage qu'il a copié*". A l'inverse, conclut-il, "toutes les fois que le plagiat ne fait aucun tort à la propriété de l'auteur, que le second ouvrage ne peut sous ce rapport, faire aucun préjudice au débit du premier, la question de simple plagiat n'est plus du ressort des tribunaux" ; certes "le public et les journaux rendront justice au mérite du premier auteur ; on dira et on imprimera que, dans tel ou tel endroit, le second auteur n'a fait que copier littéralement et servilement son devancier... il sera persiflé, on le dénoncera comme plagiaire... mais il me semble que les tribunaux ne sont pas institués pour se mêler de toutes ces contestations littéraires" (195). La seconde preuve est tirée de l'existence d'un principe juridique unanimement admis à la même époque, tant en doctrine qu'en jurisprudence, principe selon lequel il n'y a contrefaçon que s'il est prouvé que le débit de l'ouvrage prétendu contrefaisant fait préjudice au débit de l'ouvrage prétendu contrefait (196). En effet, nous avons été amené à le souligner à maintes reprises au cours de cette étude, ce qui est garanti à un auteur par les décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793, c'est l'exploitation exclusive de tous les profits pécuniaires que son oeuvre peut procurer. Mais, "pour qu'il fut admis à se plaindre, il

(195) Concl. Daniels, Cass. 3 juillet 1812, concl. rapportées par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 26-27.

(196) Pour l'affirmation de ce principe, v. not. en doctrine Renouard, op. cit., vol. II, n° 6, p. 13 ; n° 16, p. 38 ; n° 21, p. 51 ; n° 25, p. 64 ; n° 27, p. 67 ; n° 30, p. 74.

V. également concl. Daniels, Cass. 3 juillet 1812, qui rappela que lorsqu'on a pillé l'ouvrage d'un auteur "et que cette entreprise fait réellement préjudice à sa propriété, c'est à raison de ce préjudice que le plagiat prend le caractère de contrefaçon défendue par la loi et punie d'une peine correctionnelle" (concl. rapportées par Renouard, op. cit., vol. II, n° 12, p. 27).

V. également en jurisprudence, et à simple titre d'exemple, Cour royale de Paris 14 décembre 1831 qui, lors de l'affaire Vittoz, rappela que la contrefaçon "dans le sens et suivant l'esprit de la loi pénale (...) doit être considérée sous le point de vue de la possibilité d'une concurrence commerciale pouvant causer un préjudice à l'auteur" et qui, en conséquence, estima "que cette concurrence ne peut exister entre des ouvrages de peinture, ou de gravure, et des ouvrages de sculpture, ou de moulure" (décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 41, p. 90, ainsi que par Dalloz, Rép. méth. et alph. préc., n° 407, p. 507, note 2).

faudrait qu'il put démontrer l'existence d'un tort réel fait à sa propre exploitation" (197).

Ainsi au terme de cette étude des manifestations prétendues d'un droit moral à la fin de l'Ancien Régime et à l'époque des décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793, il nous paraît légitime d'affirmer que rien, dans les idées qui existaient alors sur les intérêts et les droits des auteurs, n'indique qu'elles se rapportaient aux prérogatives qui constituent le droit moral au sens technique du terme ou à une conception générale du droit d'auteur qui y fasse place (198). Et, corrélativement, il est ainsi justifié d'affirmer que le contenu de la protection instituée par les décrets révolutionnaires des 13-19 janvier 1791, relatif au droit de représentation, et des 19-24 juillet 1793, relatif au droit de reproduction, a une finalité unique : la protection des intérêts patrimoniaux des auteurs (199).

(197) Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 25, p. 64.

(198) Ce qui ne veut pas dire que le droit n'était pas prêt à accueillir les idées qui s'étaient fixées au fil des années sur les principaux intérêts non patrimoniaux des auteurs parmi les règles de droit puisque, mais chaque fois sur un point bien précis, c'est en 1828 que se situe la première décision susceptible d'être rattachée à un droit moral de divulgation (Cour de Paris, 11 janvier 1828, décision rapportée par Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 207, p. 333, ainsi que par Dalloz, *Rép. méth. et alph. préc.*, n° 319, p. 492, note 1, et étudiée, notamment dans notre ouvrage "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", Collection Bibliothèque de droit privé, tome CLXXVI, L.G.D.J., Paris, 1983, n° 36, p. 97 ; n° 57, p. 184 à 191 ; n° 85, p. 261 à 269 ; n° 134, p. 435) ; en 1832 que se situe la première décision qui affirme, en fait, sinon en tant que principe, le droit à la paternité de l'oeuvre (Trib. de commerce de Paris, 26 juin 1832, affaire Dumas père, décision rapportée par Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 190, p. 330, et par Dalloz, *Rép. méth. et alph. préc.*, n° 314, p. 491) ; en 1814 que se situe la première décision susceptible d'être rattachée au droit au respect de l'oeuvre, encore que la décision ne soit pas bien nette en dépit de l'affirmation de principe qu'elle contient (Trib. civil de la Seine, 17 août 1814, décision rapportée par Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 192, p. 332, et par Dalloz, *Rép. méth. et alph. préc.*, n° 309, p. 491).

(199) Et plus précisément encore, ainsi que le révèle bien le rapport fait par Hell, en 1791, à l'Assemblée Constituante, de faire en sorte qu'à l'avenir les fruits de la pensée des auteurs ne soient plus "la proie de tous" (cf. à ce propos, Rapport Hell, reproduit par Couhin, *op. cit.*, vol. I, p. 162)...

CONCLUSION

Au cours de cette étude (200), nous avons eu maintes fois l'occasion de vérifier que les avantages reconnus aux auteurs par les décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793 étaient bien la conséquence du principe de liberté qui veut que chacun puisse s'exprimer sans la permission de personne et du principe de justice qui veut que tout travail obtienne son salaire. Les prérogatives patrimoniales accordées aux auteurs en matière de reproduction et de représentation de leurs oeuvres visent fondamentalement à leur assurer "quelques fruits de leur travail" (201), car c'est là un "tribut légitime" (202). Ambition mesurée, en ce sens qu'il ne s'agit que de protéger le travail, et plus précisément le travail de ceux dont l'activité intellectuelle aboutit à des créations de forme. Ambition sociale, en ce sens qu'il s'agit de protéger le travail de tous les créateurs de forme, quels que puissent être le mérite et la destination de leurs productions. Et à feuilleter les décisions des tribunaux, il apparaît que ce ne sont pas les auteurs des chefs-d'oeuvre de la littérature, de la musique et des beaux-arts qui ont envahi les prétoires -seulement, de temps en temps, un nom connu, ou plus habituellement ses ayants droit- mais de bien plus modestes créateurs dont l'histoire n'a pas gardé le souvenir... Ni Chateaubriand, ni Berlioz, ni Hubert Robert ou Joseph Vernet (203), mais Cardon (204), Musard (205), Lagier ou Vittoz (206)... En effet comme le souligne Renouard,

(200) Etude dont le champ, redisons-le, a été volontairement limité aux cinquante années qui ont suivi la mise en vigueur des décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793, car c'est pendant cette période que la jurisprudence et la doctrine sont restées, malgré tout, les moins éloignées de l'esprit qui anima la législature révolutionnaire... Législateur révolutionnaire qui, au demeurant, n'a fait que traduire juridiquement des idées qui s'étaient développées tout au long du XVIII^e siècle en France et à l'étranger sur la question de la protection des intérêts pécuniaires des auteurs, car en droit, comme en toute autre matière, il n'y a pas de création ex nihilo. Comment, en outre, une longue réflexion aurait-elle pu être conduite alors que la république n'était qu'une "grande ville assiégée", ainsi que disait Barrère, puisqu'il fallait lutter à la fois contre l'Europe et contre les provinces insurgées et qu'en même temps, il fallait, dans le désordre des choses et le trouble des esprits, régler mille questions aussi pressantes que délicates ?

(201) Rapport Le Chapelier, *Le Moniteur Universel*, 15 janvier 1791.

(202) Rapport Lakanal, *Le Moniteur Universel*, 21 juillet 1793.

(203) On plutôt, ses héritiers, car il mourut en 1789. Mais faudra-t-il que ce soit un juriste qui, en ce bicentenaire, rappelle que c'est aussi le bicentenaire de la mort de l'un de nos plus grands peintres ?

(204) Au sujet d'une compilation de prônes et de textes pieux, affaire Cardon c. Villeprent et Brunet, Cass. 2 décembre 1814, décision rapportée par Renouard, op. cit., vol. II, n° 48, p. 97.

(205) Au sujet de valses et de contredanses, affaire Musard c. Masson de Puitneuf, Paris, 16 février 1836, décision rapportée par Dalloz, *Rép. méth. et alph. préc.*, n° 381, p. 504, note 1.

(206) Au sujet d'une statuette ornant une pendule, affaire Vittoz c. Bertren, Cour de Paris, 3 décembre 1851, décision rapportée par Dalloz, *Rép. méth. et alph. préc.*, n° 407, p. 507, note 2.

"pour les arts, comme pour la littérature, ni le nombre, ni la gravité des débats judiciaires, ne se mesurent sur l'importance des productions. Les plus chétives sont souvent celles qui engendrent le plus de procès" (207). Et non moins curieusement, c'est "dans les innombrables contestations auxquelles donnent lieu les travaux des fabricants de bronzes et de porcelaines, des figuristes, fondeurs, émaillistes, et de beaucoup d'autres professions analogues", qu'on "entend parler très haut de la protection due au génie" (208). Ainsi l'expression "droit de la propriété littéraire et artistique" est-elle trompeuse... Certains mots sont comme des torches, à les tenir trop près, il arrive qu'ils éblouissent... Plus modestement vaudrait-il mieux parler, peut-être, de droit des créations de forme, puisque ce que ce droit entend protéger, c'est une forme. L'objet de la protection y paraît, certes, moins brillant ; mais il y apparaît plus vaste aussi... Et de cette réalité moins chatoyante, plus prosaïque, on pourra se consoler en se disant avec Confucius, comme le rappelle Etiemble, que si "le dernier mot de la sagesse, c'est probablement de vivre en paix dans la montagne (...), l'avant-dernier, c'est de transformer le monde" (209).

(207) Renouard, *op. cit.*, vol. II, n° 36, p. 81.

(208) *Ibid.*

(209) Etiemble, Préface à l'ouvrage de P. Ryckmans, "Les Entretiens de Confucius", Gallimard, Coll. Connaissance de l'Orient, 1987, p. X.

**LES PIEGES DE L'OUVERTURE :
L'ACCES DU NOTARIAT
AU "GRAND MARCHÉ JURIDIQUE" (*)**

Par

Gérard BARBEROUX

Maitre de Conférences à la Faculté de Droit d'Aix

(*) Cet article a été rédigé en 1988, pour être communiqué à la Chancellerie (Division des Professions judiciaires et juridiques) et au Conseil Supérieur du Notariat. Son contenu peut être divulgué, aujourd'hui, au moment où sont entrepris les travaux de la "mission d'étude sur l'Europe et les professions du droit" (installée le 6 février 1989 par les Ministres de la Justice et des affaires européennes).

SOMMAIRE

INTRODUCTION (n° 1 à 12)

I - LES INCONVENIENTS D'UNE OUVERTURE ILLIMITÉE ET IMMÉDIATE (n° 13 à 53)

A - Les aléas, à l'intérieur de la profession notariale

- a) La volonté de l'ouverture (n° 16 à 24)
- b) Les instruments de l'ouverture (n° 25 à 33)

B - Les dangers, à l'extérieur de la profession notariale

- a) L'affrontement avec les professions concurrentes (n° 35 à 50)
 - 1 - Les forces en présence (n° 38 à 44)
 - 2 - L'alliance des avocats et des conseils juridiques (n° 46 à 48)
 - 3 - Le faux armistice (n° 49 à 50)
- b) La riposte de certaines professions concurrentes (n° 51 à 54)

II - LES AVANTAGES D'UNE OUVERTURE LIMITÉE ET PROGRESSIVE (n° 55 à 76)

A - Le maintien de l'intégrité des activités notariales traditionnelles

- a) La sauvegarde du monopole notarial (n° 57 à 59)
- b) L'extension de la position dominante du notariat (n° 60 à 63)

B - L'amorce de l'intégration de la profession notariale dans le grand marché juridique

- a) L'ouverture sélective (n° 65 à 70)
- b) L'ouverture non conflictuelle (n° 71 à 76)

- * - * - * -

1 - Pour vouloir pratiquer une ascension difficile, le notariat n'est-il pas en train de scier la branche sur laquelle il est solidement établi ? C'est la question qui apparaît, lorsqu'on prend connaissance, depuis quelques années -et, surtout, aujourd'hui-, des orientations qu'entendent promouvoir ses plus hautes instances professionnelles.

Certes, hier, la crise. Aujourd'hui, l'Europe de 1993. Le problème de l'ouverture vers de nouveaux créneaux se pose. Mais, au-delà des apparences, les solutions ne sont pas évidentes si l'on veut déterminer une ligne de conduite, à moyen et long termes.

2 - D'abord, à la fin de la dernière décennie, la crise économique et, notamment, la "*chute de l'immobilier*". Les conséquences directes ou secondaires sur les "*produits des Etudes*" ont été ressenties par la grande majorité des notaires. Au même moment, le changement de politique, après les élections présidentielles de 1981, a accentué le malaise et les craintes d'une profession peu habituée, jusqu'alors, à s'interroger sur l'intangibilité de son statut et sur la nécessité d'étendre le champ de ses activités traditionnelles. Si le statut, en définitive, n'a pas été remis en cause par les pouvoirs publics, en revanche, la quasi-stagnation de la productivité ou de la rentabilité des offices notariaux -pour l'avenir- est apparue inéluctable, à défaut de changements dans les conditions d'exercice de la profession. Il est vrai, notamment, que le volume de la "*construction neuve*" ne pourra retrouver l'importance qu'il avait, il y a quinze ou vingt ans. Par là, la part du secteur immobilier dans le chiffre d'affaires global du notariat dépassera difficilement, désormais, les deux tiers de celui-ci.

Il fallait réagir. Et, les notaires n'ont pas manqué de le faire.

3 - Dans un premier temps, il y a eu d'importantes compressions de personnels (environ 10 %, de 1981 à 1985). Parallèlement, un effort considérable a été entrepris au niveau de la "gestion des offices" et de l'informatisation. Les notions de "*rentabilité*" et de "*ratios*" sont apparues, peu à peu, chez des praticiens qui, auparavant, privilégiaient davantage leur qualité d'officier public que celle attachée à l'exercice de fonctions libérales.

4 - Et puis, en refusant de s'enfermer dans un immobilisme potentiellement dangereux et en étant décidé à utiliser ses forces vives, le notariat a manifesté la volonté d'une politique d'ouverture. Sa puissance économique et la richesse de ses structures professionnelles lui donnaient les moyens d'y parvenir. Mais, quelle ouverture ?

La sagesse, au départ, commandait d'étendre les activités notariales à des secteurs limitrophes et bien connus par les membres de la profession (notaires et clercs). Tel fut le cas de la politique incitative du Conseil Supérieur du notariat (appuyée par d'autres instances professionnelles), à propos de "*l'expertise immobilière*", la "*négociation*", les "*adjudications privées*", "*l'aide aux collectivités locales*", etc...

Toutefois, les résultats de cette politique ne furent pas à la hauteur des espérances et apparurent rapidement insuffisants, pour le présent et le futur. C'est alors que, dans ce contexte d'ouverture, prit naissance l'idée d'un nouveau et grand créneau : le droit des affaires, c'est-à-dire l'activité de conseil et de rédaction d'actes pour tous les usagers du droit et, surtout, pour les Entreprises (petites et grandes), au-delà de la vente de fonds de commerce ou de la constitution de sociétés commerciales.

Mais, il s'agissait initialement d'une orientation générale. Le secteur du droit des affaires que devait ou pouvait aborder sérieusement et durablement le notariat restait à définir. L'enjeu était capital et les choix difficiles.

5 - En l'occurrence, l'excellent rapport des Professeurs Lesourne, Mendras, Raynaud et Rivero sur le "*notariat français : analyse et perspectives*", publié à la fin de 1983, envisageait trois scénarios possibles :

- "*le strict maintien dans les activités traditionnelles*" ;
- "*l'entrée -massive- dans le droit des affaires*" ;
- "*une exploration prudente et pragmatique d'activités nouvelles grâce à un notariat différencié*".

Il convient aussitôt de souligner que les éminents rapporteurs se prononçaient sans hésitation pour le dernier scénario : une ouverture prudente et modérée.

6 - Alors que rien n'était encore vraiment décidé, par les instances professionnelles, pour déterminer les conditions d'une appréhension du droit des affaires, une deuxième secousse -après celle de la "*crise*"- allait conduire le notariat français à s'interroger sur son avenir et à reconsidérer sa volonté d'ouverture : l'acte unique européen et l'échéance de 1993.

7 - Certes, même si l'on exagère souvent l'ampleur de sa réalisation ou de ses conséquences, la création d'un marché unique, dans moins de cinq ans, ne peut pas ne pas avoir d'incidences sur les modalités d'exercice de la profession de notaire. Notamment, la liberté d'installation des particuliers et des Entreprises, la circulation des capitaux modifieront marginalement et progressivement la "*physionomie*" des actes notariés reçus en territoire

français. Les secteurs traditionnels de l'activité notariale (immobilier, crédit et droit de la famille) qui représentent plus des trois quart des "produits" des offices - devront prendre en compte, plus souvent qu'aujourd'hui, les éléments d'extranéité des ressortissants de la Communauté européenne. Mais, c'est ici la vocation "naturelle" et traditionnelle du notariat qui est confronté, parfois, depuis longtemps, à ce type de difficultés.

8 - Cependant, si l'on se place dans la perspective de l'accès au "grand marché juridique" et au droit des affaires, l'échéance de 1993 ne peut que multiplier les difficultés que posent déjà, au seul plan du droit français, les conditions de réalisation d'une telle ouverture. En effet, le créneau du droit des affaires ne peut être limité au droit interne. Il ne peut que se confondre avec l'autre créneau : celui que certains appellent "le droit européen" - c'est-à-dire le droit communautaire et les législations nationales des Etats membres. On mesure ainsi l'ampleur des difficultés.

9 - Celles-ci, pourtant, ne semblent pas inquiéter le notariat qui, depuis près de trois années, s'efforce de créer un vaste mouvement en faveur du droit des affaires et du droit européen. L'impulsion majeure est donnée par le Conseil Supérieur du notariat (et son dynamique "institut de droit des affaires"), les syndicats de notaires, l'institut national de formation notariale (continue). Toutes les revues professionnelles illustrent, en permanence, cette volonté de l'ouverture. Les thèmes des récents et prochains congrès annuels du notariat en sont le témoignage. Toutes les opportunités sont saisies, lors des assemblées de notaires -aux plans : départemental, régional et national- pour insuffler et véhiculer les forces de ce courant rénovateur.

10 - Apparemment, à la "base", le notariat de la "France profonde" semble favorable à ce grand dessein de la profession de l'an 2000. Apparemment, le consensus est acquis et personne ne semble vouloir prendre l'initiative de la moindre critique, sous peine de faire preuve d'un immobilisme suranné.

11 - Le dernier congrès des notaires de France, tenu à la Baule (10 mai - 1er juin 1988) témoigne, à travers l'exposé magistral du Président du C.S.N., de cette volonté de changement. Au même moment, la publication d'un nouveau rapport d'une Commission dirigée par le Professeur Lesourne (1) sur "la place et l'avenir du notariat français", par référence aux "systèmes de droit et (aux) professions juridiques dans l'environnement international", affirme

(1) Document édité par le C.S.N. et diffusé en juin 1988.

le principe de la nécessité d'une large et systématique ouverture des activités de la profession notariale. Ce rapport -diffusé auprès de l'ensemble des notaires- est accompagné d'une lettre du Président du C.S.N. qui entend que *"tout (soit mis) en oeuvre pour que le notariat aborde 1992 avec les meilleures chances pour la conquête d'un marché élargi du service juridique"*. En l'occurrence, le Pr. Lesourne, cinq ans après la publication de son précédent rapport (2), adopte une attitude beaucoup plus radicale. Il écarte désormais toute solution de compromis et ne retient plus que deux scénarios pour le notariat de demain (3).

Le premier *"ne menace pas immédiatement le notariat"*, mais *"risque -à terme- de le marginaliser... Il consiste à abandonner à d'autres professions les domaines du droit les plus soumis à des influences extérieures pour se consacrer aux activités traditionnelles : immobilier et droit de la famille..."*.

Le deuxième scénario est *"celui du développement et de la conquête"*, dont *"l'ambition consiste à faire du notariat la profession qui assure complètement le service juridique du non-contentieux, ... capable de soutenir la concurrence des meilleurs juristes étrangers"*. L'auteur considère que *"sans rien abandonner de ses domaines traditionnels d'intervention, ... le droit des affaires, au sens large du terme, devient une activité à part entière de la profession, au même titre que le droit de la famille ou que l'immobilier"*. Ce *"développement du conseil"* doit s'étendre également à d'autres domaines : *"droit social, droit de l'environnement, droit de la propriété intellectuelle, droit de l'audiovisuel et la communication, droit européen, etc..."*. Par là, *"le conseil (devient) une activité autonome"* s'insérant *"dans un service notarial d'ensemble, comprenant en outre l'acte et l'arbitrage"*.

Cette prospective audacieuse décrite dans le second scénario a pour conséquence de radicaliser l'alternative, en excluant toute solution transactionnelle, contrairement à ce qui avait été pourtant retenu, par le même auteur, dans un troisième scénario, en 1983.

12 - Désormais, les intentions sont nettement affirmées par les plus hautes instances professionnelles du notariat :

- les notaires ne doivent pas et ne peuvent pas se contenter de gérer leurs secteurs d'activités traditionnels ;
- le notariat doit tout mettre en oeuvre, à partir d'aujourd'hui, pour réaliser un *"véritable saut quantitatif"*, c'est-à-dire assumer

(2) Cf. rapport précité des Pr. Lesourne, Mendras, Raynaud et Rivero (édité par le C.S.N. - 4ème trimestre 1983).

(3) Cf. rapport précité de juin 1988, p. 29 et 30.

pleinement les fonctions d'une profession juridique libérale dont le champ d'activités ne connaît d'autres limites que le contentieux juridictionnel.

Si louable que soit une telle ambition, il convient de se demander, pendant qu'il est encore temps, si une telle entreprise est effectivement réalisable et, dans l'affirmative, si les bouleversements qu'elle implique inéluctablement ne sont pas appelés à remettre en cause l'unité, la spécificité et le statut de la profession notariale (I). Celle-ci ne pourrait-elle pas éviter "l'ouverture et ses pièges" en sauvegardant et en consolidant les puissants avantages inhérents à la qualité d'officier public de ses membres et à leur quasi monopole en matière immobilière et dans le droit de la famille, tout en opérant progressivement une ouverture sélective et compatible avec d'autres professions juridiques et parajuridiques (II) ?

I - LES INCONVENIENTS D'UNE OUVERTURE ILLIMITÉE ET IMMÉDIATE

13 - Certes, il est évident que la profession notariale -aujourd'hui et après 1992- doit répondre aux besoins des diverses catégories d'usagers du droit et, en même temps, s'adapter aux profondes mutations socio-professionnelles qui se profilent dans la participation au marché juridique. Son dynamisme permanent, ses structures, son potentiel intellectuel et matériel constituent un puissant vaisseau. Mais, précisément, l'utilisation immédiate de cette puissance, hors des routes connues, ne risque-t-elle pas de relever de l'aventure, dans l'océan du "*marché juridique élargi*" (4) ? Changer de cap dans la tempête devient souvent difficile ou impossible. Or, la nouvelle politique d'ouverture consiste à conduire les notaires, à bref délai, dans une nouvelle profession juridique, libérale et élargie. Il s'agit bien, dans cette optique, d'une profonde transformation du mode d'activités professionnelles.

14 - En effet, le droit des affaires (au sens large) et, dans son prolongement, le droit "*européen*" constituent des entités, même si celles-ci se caractérisent encore par une certaine hétérogénéité (faisant présumer trop facilement, parfois, leur appréhension). Dès lors, au-delà d'un large consensus apparent pour l'ouverture, il n'est pas du tout certain que le notariat français soit en mesure de participer à cette mutation et d'avoir la capacité d'y répondre favorablement (A).

(4) Dans sa lettre du 3 mai 1988 adressée aux notaires de France, avec le deuxième rapport Lesourne, le Président du C.S.N. vise "la conquête d'un marché élargi du service juridique".

15 - D'autre part et paradoxalement, même si les notaires en exercice -et ceux appelés à être formés dans les toutes prochaines années- parvenaient à la conquête de ce "*marché élargi du service juridique*", il est probable que les autres professions concurrentes juridiques ou parajuridiques (avocats, conseils juridiques, experts comptables, cabinets juridiques européens ou internationaux) ne manqueraient pas, à leur tour, de livrer bataille sur le front du "monopole" et de "l'authenticité" des actes. Il semble que l'on ait oublié qu'à l'état de "*guerre économique*" à laquelle sont confrontées les entreprises, se prépare une lutte socio-professionnelle sans merci dans le domaine de la consultation et des conseils aux particuliers et aux entreprises. Les concurrents actuels et potentiels du notariat préparent eux aussi l'Europe de demain. Or, leur attitude défensive pourrait s'avérer fort dangereuse si elle consistait à remettre en cause le statut du notariat (B).

A - LES ALEAS, A L'INTERIEUR DE LA PROFESSION NOTARIALE

16 - Dans ce vaste mouvement vers l'ouverture, l'ambition est univoque : le "*droit notarial*" traditionnel ne se suffit plus à lui-même ; les notaires doivent connaître et pratiquer, en outre, le droit des affaires - interne, communautaire, voire international. Ils peuvent et doivent devenir des omnipraticiens pour tout ce qui relève de la consultation et du conseil. Leur formation juridique de base -actuelle et future- leur donne les moyens de réaliser cette ambition.

Apparemment, l'immense majorité des notaires de France accepte l'augure. En réalité, cette ambition n'est-elle pas démesurée, par rapport à la volonté effective, par le plus grand nombre, de parvenir à maîtriser le droit des affaires et de s'en donner les moyens.

a) La volonté de l'ouverture

17 - Il faut partir d'un postulat : le droit ne cesse et ne cessera de se "*complexifier*", dans toutes ses disciplines. Il en résulte que l'exercice d'activités juridiques professionnelles ne peut se concevoir qu'à travers la notion "*d'activités dominantes*" ou de "*spécialités*". Ce phénomène de complexification de la matière juridique -en droit privé et en droit public- est déjà ressenti par les notaires, comme par les autres professionnels du droit. A l'évidence et a fortiori, le "*passage vers l'ouverture*" n'échappe pas à cette évolution et contient, en germe, une contradiction,

lorsqu'on affirme, explicitement ou implicitement, que le notaire doit devenir le généraliste du droit - hors le contentieux juridique ou juridictionnel.

18 - Si l'on prend seulement en considération les secteurs traditionnels du notariat, quel notaire oserait prétendre aujourd'hui que l'exercice de ses activités professionnelles ne soulève pas de difficultés particulières, du point de vue des solutions juridiques à apporter à sa clientèle. L'ombre de la "*responsabilité civile*" et les remparts de l'assurance et de la garantie professionnelles constituent une réalité qui transparaît dans la pratique quotidienne.

Qui pourrait affirmer de nos jours que le droit de la famille (légitime ou illégitime) ne soulève pas plus de difficultés qu'autrefois. Les thèmes retenus par le dernier congrès des notaires en sont une illustration.

Qui pourrait prétendre que le droit immobilier (urbain ou rural) et, plus généralement, le droit fiscal (sous-jacent à toutes les opérations patrimoniales que connaît le notariat) ne posent pas beaucoup de problèmes.

Les dizaines de milliers d'interrogations des remarquables et excellents Cridon, chaque année, révèlent que la pratique notariale traditionnelle est souvent confrontée à des difficultés. Il est devenu banal de constater que le métier de notaire est devenu plus difficile qu'autrefois.

Et pourtant, en dépit de ces difficultés, le notariat sait gérer parfaitement les secteurs du droit qui constituent sa spécificité depuis des décennies. Cantonné à ce champ clos, aucune autre profession juridique ou parajuridique ne songe à critiquer sérieusement la qualité des prestations fournies par les notaires.

19 - Aussi, n'est-il pas étonnant de constater que ces derniers, en profitant de leurs compétences originelles et de leur pratique quotidienne, n'ont pas hésité, il y a quelques années, à vouloir étendre le domaine de leurs activités à des secteurs qui, en fait, constituent le prolongement naturel de celles-ci : l'expertise immobilière, la négociation, les conseils aux collectivités locales.

Ce n'était pas vraiment "*l'ouverture*". Il s'agissait simplement d'une "*extension*" qui nécessitait un effort d'adaptation mineur et impliquait un léger empiètement sur les activités réservées, jusqu'alors, à d'autres professionnels.

Que penser aujourd'hui des résultats de cette "*politique d'annexion*" ? Il faut malheureusement admettre, si l'on excepte certaines régions ou certaines grandes villes, que le notariat n'est pas parvenu à maîtriser l'ouverture de ces nouveaux créneaux.

Certes, l'engouement, au départ, était indéniable. Spécialiste de l'immobilier, le notariat disposait déjà de la plupart des instruments nécessaires pour étendre ses attributions. Mais, une minorité de notaires, seulement, a été en mesure de réaliser cette adaptation.

On vérifie ainsi que, même prudente, aisée et limitée, la politique de l'ouverture reste aléatoire pour la profession notariale. Ces aléas ne risquent-ils pas d'être exacerbés ou même de devenir des illusions, dès lors que l'on aborde le droit interne ou international des affaires.

20 - Depuis toujours, le notariat est appelé à connaître et à traiter certains aspects de cette "*matière*". Tel est le cas, notamment, des ventes de fonds de commerce et de la constitution de sociétés commerciales. Pour importantes que soient ces opérations, elles n'en restent pas moins limitées, pour un grand nombre de notaires, en raison de l'intervention généralisée d'autres professionnels, experts-comptables et conseils juridiques, dont la vocation est de pratiquer, plus largement, un "*certain droit des affaires*".

21 - En l'occurrence, il convient de bien souligner que, aujourd'hui, la volonté d'ouverture exprimée par le notariat ne consiste pas à promouvoir la pratique des actes sur les fonds de commerce et les sociétés. Il s'agit d'aller bien au-delà et d'étendre la compétence à l'ensemble du droit des affaires, de manière à devenir l'interlocuteur privilégié des Entreprises nationales ou européennes (de toutes dimensions).

Or, le "*saut qualitatif*" est avant tout un saut "*quantitatif*". Le droit des affaires -au sens contemporain du terme- n'est pas un simple prolongement des activités notariales traditionnelles, comme peut l'être l'évaluation des immeubles par rapport au droit immobilier notarial. Le droit des affaires a acquis depuis longtemps une spécificité qui n'exclut pas, en son sein, des branches particulières et autonomes. Il est bien évident que les universités et les grandes écoles, depuis longtemps, ont déterminé les contours de cette matière pluridisciplinaire que pratiquent, hors la profession notariale, des professionnels de plus en plus nombreux, compétents et spécialisés.

22 - Par là, affirmer que le notaire doit devenir prochainement un "*juriste d'affaires*" implique que celui-ci ait des connaissances et des aptitudes sinon analogues du moins proches de celles -cumulées- des experts-comptables, conseils juridiques et "*avocats d'affaires*" dans les domaines les plus divers - au-delà des opérations sur les fonds de commerce et la constitution des

sociétés. Outre l'approfondissement indispensable de ces deux dernières matières, il est nécessaire d'appréhender sérieusement la fiscalité des entreprises (en droit interne et en droit international), leurs divers modes de financement, les procédures collectives, le droit de la concurrence, le droit de la distribution, la propriété "intellectuelle" et la propriété "industrielle", les diverses techniques juridiques des ventes commerciales et autres contrats commerciaux spéciaux, la gestion financière des entreprises, les problèmes économiques et commerciaux des entreprises exportatrices et plus généralement le droit communautaire et le droit du commerce international (avec le droit douanier), etc... Au-delà de ces matières de fond, la pratique du droit des affaires implique également de bonnes connaissances concernant les assurances, la comptabilité, le droit social, le droit bancaire, les mécanismes du droit international privé, les règles élémentaires du contentieux judiciaire, administratif et fiscal, et le droit pénal des affaires.

On vérifie l'immensité du programme et les difficultés de l'apprentissage, dans des matières dont le régime juridique est en perpétuel mouvement.

23 - Combien de notaires sont décidés et aptes à réaliser l'ouverture, dans ce contexte, tout en demeurant d'excellents spécialistes du droit de la famille et de l'immobilier ?

24 - Certes, on fera valoir que l'ambition actuellement affirmée par le notariat ne vas pas aussi loin et n'implique pas que ses membres deviennent de parfaits généralistes du droit des affaires. Certes, cette vaste discipline du droit implique fréquemment, de la part des praticiens, une certaine spécialisation, dans la recherche d'un exercice satisfaisant de leur activité professionnelle de conseil, consultant ou rédacteur.

Cependant, le problème du saut "*qualitatif*" ou "*quantitatif*" n'est pas pour autant résolu. D'une part, un minimum de connaissances -dont ne dispose pas a priori le notariat, actuellement- est indispensable, avant de prétendre accéder au "*marché élargi du service juridique*". Comment aborder, par exemple, les problèmes de transmission d'entreprise, à défaut de ce minimum. D'autre part, la recherche, seulement, de telle ou telle "*activité dominante*" ou spécialité du droit des affaires ne peut être suffisante en tant que telle, pour "*valoir accès*" au marché du service juridique et être crédible auprès des entreprises ou des particuliers. La pratique d'ouverture ne peut se diviser, dès le départ, et être cloisonnée. A la différence d'autres professions, pratiquant, depuis longtemps, ici et là, une branche

déterminée du droit des affaires, le notariat ne peut arriver en "ordre dispersé" pour se faire reconnaître une compétence nouvelle et novatrice.

Il apparaît ainsi que la volonté d'ouverture, si légitime et profitable qu'elle soit, est susceptible de connaître bien des avatars, avant de devenir une réalité. Encore faut-il que cette volonté puisse s'exprimer effectivement à partir d'instruments adéquats, à défaut desquels tout effort serait vain.

b) Les instruments de l'ouverture

25 - Parvenir à une ouverture effective suppose la mise en oeuvre d'efforts et d'investissements, sur le plan matériel et sur le plan intellectuel, de la part de chaque notaire -individuellement- et de la part de la profession -dans son unicité.

26 - Sous l'angle matériel, l'ouverture exige la mise en place -préalable- au sein des offices notariaux, d'un "service du droit des affaires". En effet, il n'est pas possible d'envisager l'ouverture "*au coup par coup*". Si l'on veut conquérir un nouveau type de clientèle, il ne peut être question de répondre à des sollicitations, a posteriori. Il s'agit d'offrir un "*service nouveau*" et ce service doit exister. Il ne suffit pas de dire que l'on veut ou que l'on accepte l'ouverture ; il faut la pratiquer, c'est-à-dire acquérir et conserver un certain nombre de connaissances. A défaut, aucune crédibilité ne sera accordée au notariat.

Or, par hypothèse, la création d'un "*service*" nouveau implique, pour la majorité des Etudes, un effort de formation -onéreux- dont "*l'amortissement*" ne peut être immédiat. Les notaires et certains de leurs collaborateurs sont appelés à consacrer, sans "*rentabilité immédiate*", une partie de leur temps de travail, au "*nouveau créneau*". Cependant, cet effort et cette disponibilité, au plan matériel, n'est que la transposition d'un travail corrélatif se situant au plan intellectuel.

27 - De ce dernier point de vue, la tâche est considérable. La mise en oeuvre de la politique d'ouverture ne peut pas s'improviser et repose fondamentalement sur une vaste action de formation destinée à l'ensemble de la profession notariale (notaires et personnels). Le succès de l'entreprise ne peut être partiel et fractionné, en ce sens que :

- ou bien le notariat (tout le notariat) parvient, en très peu de temps, à faire la preuve de ses capacités à "*traiter*" le droit des affaires, au même titre que le droit immobilier ou le droit de la famille et, dans ce cas, la réussite est totale ;

- ou bien, en dépit des efforts entrepris, l'ouverture n'est réalisée que par une minorité de notaires et, dans ce cas, malgré la réussite individuelle de ces derniers, la profession notariale aura échoué, en n'ayant pas été en mesure de donner sa nouvelle image de marque auprès de la clientèle d'affaires (potentielle), face aux professions juridiques concurrentes.

Cette alternative illustre les difficultés et les aléas auxquels vont se heurter inévitablement, au sein du notariat, les instigateurs et les destinataires de "*la formation au droit des affaires*".

Cette ouverture, par hypothèse, ne peut être réalisée concomitamment que dans le cadre de la "*formation continue*" et dans celui de la "*formation de base*".

28 - D'une part, le notariat connaît depuis longtemps les services de la formation permanente, dans le cadre d'un système ambivalent qui distingue, pour peu de temps encore, la formation des personnels et celle des notaires eux-mêmes (5).

Certes, il s'agit ici de l'outil principal, susceptible d'assurer la mise en oeuvre de l'ouverture au droit des affaires. Cependant, la réalisation de celle-ci dépend exclusivement du degré de participation effective des notaires et Clercs à ce vaste mouvement de formation.

Or, jusqu'à ces dernières années, l'analyse des statistiques relatives à la participation aux actions de formation continue révèle le caractère marginal de celles-ci. En moyenne, les notaires n'y consacrent pas plus de deux journées par an. Quant aux salariés, si la durée de leur participation est un peu plus élevée, seuls 10 % d'entre-eux sont concernés par la formation permanente. Par conséquent, on vérifie que, même si l'instrument existe, l'ouverture ne peut se concevoir qu'à partir de son utilisation généralisée par l'ensemble de la profession.

En l'occurrence, un mouvement dans ce sens paraît se dessiner, lorsqu'on observe les succès obtenus par "*l'Université du Notariat*" qui, depuis 1984, sur le campus de H.E.C. à Jouy-en-Josas, réunit de nombreux participants (notaires et collaborateurs), durant une semaine (en septembre), pour étudier et approfondir

(5) On rappelle que la formation des salariés du notariat est confiée à l'institut national de formation notariale (INAFON) qui, à travers ses onze délégations régionales, réalise, chaque année, des centaines de stages - à partir du soutien financier apporté par un fonds d'assurance formation (FAFTIS). En revanche et bien qu'il n'y ait pas de cloisonnement absolu, la formation permanente des notaires dépend du C.S.N. qui délègue largement ses attributions aux Conseils régionaux ou parfois aux centres régionaux de formation professionnelle notariale. La fusion des deux types de formation continue devrait être réalisée prochainement, en l'état d'accords intervenus en 1986, au sein de la profession.

des questions diverses - dont beaucoup ont trait au droit des affaires (6).

Un courant analogue et plus général apparaît avec la mise en place, depuis cette année, d'un enseignement à distance du droit des affaires, organisé par "l'INAFON" avec le concours de l'Université de Paris II. Cette formation -d'un type nouveau- s'adresse à l'ensemble de la profession notariale et permet d'aboutir, après des épreuves d'examen, à la délivrance d'un diplôme d'université. Cette action de formation a rencontré, au départ, un très large succès, à telle enseigne que toutes les candidatures n'ont pu être immédiatement acceptées. Cependant, on est contraint de constater que, quelques mois plus tard, plus des deux tiers des participants ont renoncé à poursuivre leur formation, en raison des multiples difficultés personnelles par eux rencontrées pour "assimiler" correctement les connaissances que requiert l'aptitude à pratiquer le droit des affaires.

29 - C'est bien ici que se mesurent les difficultés de "*l'ouverture*". La volonté de s'engager, l'existence d'instruments performants sont nécessaires, mais insuffisants. Il faut, en outre, de la part de chaque intéressé, une large disponibilité qui suppose de consacrer, initialement, quelques centaines d'heures à un "*travail personnel*" et, ultérieurement, de continuer à "*actualiser*" les connaissances acquises. En effet, plus que le "*droit immobilier*" ou le "*droit de la famille*", le droit des affaires -interne et international- connaît constamment des modifications et requiert, de la part de ceux qui le pratiquent, des efforts d'adaptation considérables.

C'est à ce niveau que se situe la clé du problème. Aussi séduisante que soit l'idée de l'ouverture et aussi puissant que puisse être l'instrument de la "*formation continue*", la grande majorité des notaires et des clercs est-elle en mesure de consentir aux efforts nécessaires pour parvenir à pénétrer dans le droit des affaires ? Ne rencontre-t-on pas d'importants aléas, lorsqu'on sait ce qu'exigent, déjà, les conditions d'un exercice satisfaisant des activités professionnelles traditionnelles dans le droit de la famille et le droit immobilier.

30 - L'actuel projet de mise en place d'un enseignement par correspondance du "*droit notarial européen*" (7), à l'instigation de l'INAFON et du C.S.N., accroît l'importance des aléas, en

(6) L'Université du notariat est due à l'initiative conjuguée de l'Institut Notarial du droit des affaires, (du C.S.N.), du mouvement "Jeune Notariat" et de l'INAFON.

(7) Le contenu de cet enseignement paraît immense : droit communautaire et international, droit international privé, droit comparé des Etats membres de la Communauté... notamment quant au droit des affaires.

étendant considérablement le domaine de "l'apprentissage de l'ouverture".

Ce sont des problèmes différents et d'autres aléas que l'on rencontre, lorsqu'il s'agit d'examiner l'autre instrument que constitue "*la formation de base*".

31 - D'autre part, en effet, la formation originelle des futurs notaires, après l'obtention de la maîtrise en droit, ne peut pas ne pas être modifiée, en présence de la nouvelle politique d'ouverture.

Déjà, aujourd'hui, près du quart des enseignements, dispensés par les Centres régionaux de formation professionnelle notariale ou par la filière notariale des universités, concernent le droit commercial et des affaires. Il convient de se féliciter de cette "*part*" réservée à ce secteur du droit qu'il n'est pas possible d'ignorer au sein même des activités notariales traditionnelles. Mais, actuellement, le futur notaire ne reçoit qu'une formation très "*générale*" de droit des affaires. Les trois autres quarts des enseignements continuent de porter sur le droit de la famille et le droit immobilier.

32 - Dès lors, si l'on entend faire, des futurs notaires, de "*bons praticiens*" du droit des affaires, il devient nécessaire d'accroître, dans une large mesure, les enseignements théoriques et pratiques qui relèvent de cette discipline. S'agissant de notaires "*en formation*" -et, par hypothèse, disponibles pour "*l'ouverture*"-, le processus est beaucoup plus facile à mettre en place que pour les notaires et Clercs qui exercent déjà leurs activités professionnelles "*à temps plein*" et pour lesquels seule "*la formation continue*" est ouverte. Toutefois, dans la formation de base, la solution qui s'impose est incontournable : il s'agit d'augmenter, dans une très large mesure, les enseignements portant sur le droit des affaires - interne et international. Le processus implique donc un allongement de la durée des études et l'organisation d'exams spécifiques, en prenant pour référence le régime d'études spécialisées de droit des affaires que connaissent aujourd'hui la plupart des facultés de droit, au niveau du troisième cycle. Il ne serait pas concevable de réduire la durée des enseignements du droit notarial traditionnel (famille et immobilier).

33 - Paradoxalement, en dépit de la politique d'ouverture, aucun allongement de la durée des études (conduisant au diplôme de notaire) n'est envisagé par la profession notariale et par les services de la Chancellerie.

Bien au contraire, afin de pouvoir accueillir davantage de juristes dans la profession, le notariat s'est orienté -de façon

apparemment irréversible- vers un "*allégement*" du régime des études. Après divers avatars, un projet de décret prévoit actuellement une profonde réforme de l'accès à la profession de notaire, en ramenant la durée de la formation de base de trois à un an et en diminuant d'un tiers la durée du stage professionnel obligatoire. Il y a ici une contradiction flagrante entre la politique d'ouverture et la diminution des moyens mis en oeuvre pour accomplir celle-ci, au moment où d'autres professions juridiques concurrentes envisagent d'améliorer leur propre formation de base ... notamment pour mieux maîtriser le droit des affaires.

B - LES DANGERS, A L'EXTERIEUR DE LA PROFESSION NOTARIALE

34 - Retenons l'hypothèse optimiste selon laquelle la politique d'ouverture est certaine et non pas aléatoire. Supposons donc que par une utilisation généralisée et intensive de la formation continue et de la formation de base, une grande majorité d'offices notariaux, au cours des toutes prochaines années, soit en mesure d'acquérir, progressivement et inexorablement, une compétence indiscutable dans la pratique du droit des affaires.

Ne peut-on, dès lors, imaginer que, à mi-parcours de la "*réussite de l'ouverture*", la profession notariale ne se heurte à des obstacles émanant, non pas de la "*clientèle potentielle*" à séduire ou à conquérir, mais simplement des professions (juridiques et parajuridiques) concurrentes, ouvertes -elles aussi- au droit des affaires ? Ne peut-on craindre que, dans un premier temps, ne se réalise un véritable "*affrontement*" entre professions antagonistes et, dans un deuxième temps, ne s'opère une "contre-offensive" de la part des concurrents des notaires, revendiquant la suppression du monopole de l'authenticité du notariat et/ou celui attaché à la publicité foncière ?

a) L'affrontement avec les professions concurrentes

35 - L'importance actuelle et -surtout- future du "*marché juridique des affaires*" n'a échappé à aucune profession juridique ou parajuridique, française ou étrangère. Est-il besoin de rappeler, à cet égard, les campagnes publicitaires organisées par toutes les professions intéressées, au cours de ces dernières années. Beaucoup de thèmes ou de slogans sont identiques ou semblables.

L'enjeu est, en effet, considérable et le dernier rapport établi sous la direction du Professeur Lesourne (8) retient judicieusement diverses conjectures, notamment :

(8) Rapport précité, juin 1988, p. 26 et s.

- l'accroissement de l'ouverture de l'économie française sur l'extérieur, à partir de l'internationalisation des réseaux financiers, du renforcement des grands groupes industriels et de l'impossibilité des Etats de s'isoler de l'économie mondiale ;
- la poursuite de l'intégration européenne, même si celle-ci est lente ou irrégulière ;
- le développement de l'emprise du droit communautaire sur le droit français et, au-delà, l'affirmation de la suprématie -dans la vie des affaires- des pratiques inspirées par le droit américain.

Dans cette perspective, il est évident, comme l'ont souligné récemment certains auteurs (9) que :

"Il faut partir d'une constatation de bon sens : le "supermarché" de 1992 est avant tout celui des affaires grâce à la liberté complète de circulation des marchandises et des services qui en résultera. Dans cette perspective, le monde des affaires attend des juristes qu'ils répondent à des besoins certes multiples -de la rédaction du contrat à l'émission d'avis juridiques en passant par les conférences avec des juristes étrangers et la participation à des négociations- mais, à chaque fois, il s'agit essentiellement d'activités extrajudiciaires. Il serait logique dès lors, que l'Europe des juristes soit d'abord bâtie dans le domaine juridique -par opposition au judiciaire- où elle est d'ailleurs déjà très largement entrée dans les faits comme dans le droit".

36 - Par là, l'accès du notariat au droit des affaires ne peut se situer que dans le cadre d'un rapport de forces, entre professionnels -aujourd'hui, encore, différents. Le *"marché élargi du service juridique"* intéresse plus que jamais : les avocats, les conseils juridiques, les experts-comptables et les commissaires aux comptes, les conseils en gestion et, plus généralement, sous des formes diverses, de nombreux cabinets de juristes communautaires ou américains établis en France.

37 - Certes, on sait que, pendant longtemps, les professions juridiques et parajuridiques ont été caractérisées, dans une large mesure, par leur *"complémentarité"*. Les notaires et les avocats avaient leur *"monopole"* ou leur *"domaine réservé"* et, sauf exceptions, ne s'aventuraient pas dans le domaine du droit des affaires. Celui-ci appartenait aux conseils juridiques, aux comptables et experts-comptables.

Mais, depuis une vingtaine d'années, progressivement, les avocats -dont le nombre a été multiplié par trois- se sont intéressés au droit des affaires, au moment où les conseils juridiques et les experts-comptables amélioraient considérablement leurs

(9) Bain, Endréo et Simpson : "Le libre établissement des juristes en Europe", J.C.P. 1988, I, 3324, éd. G., n° 4.

compétences dans ce domaine et aussi voyaient leurs effectifs augmenter. Une rivalité naturelle était en train de naître. Désormais, depuis peu, avec la crise économique et les craintes inspirées par l'Europe de l'an 2000, le notariat fait figure de belligérant.

Certes, l'intrusion tardive des notaires dans ce secteur du droit se révèle parfaitement légitime. Les professions concurrentes n'ont aucun droit acquis à un monopole de fait "*partagé*" provisoirement et déjà "*lésionnaire*"...

Cependant, les exigences de la loi du marché -même juridique-, dans un domaine où la concurrence ne peut que s'accroître, conduisent inévitablement à l'affrontement.

Quels seront les vainqueurs ? Y aura-t-il nécessairement un vaincu ? Il est difficile de répondre à cette question. Toutefois, les "*forces en présence*" et les "*alliances*" qui se préparent, dans l'attente d'un "*armistice*" dénoncé avant d'être conclu, laissent présumer une victoire difficile pour le notariat.

1 - Les forces en présence

38 - Sous l'angle "quantitatif", abstraction faite des cabinets juridiques internationaux implantés en France et susceptibles d'être beaucoup plus nombreux à l'avenir, les forces en présence révèlent globalement une supériorité numérique considérable des concurrents du notariat. Si l'on fait masse des "professionnels" et de leurs "salariés" respectifs, la profession notariale recouvre 46 000 personnes, contre 165 000 chez l'ensemble des concurrents, à savoir :

- avocats : 43 000
- conseils juridiques : 21 000
- experts-comptables : 98 000
- autres professions parajuridiques : 3 000

39 - Il convient de remarquer que la volonté des instances professionnelles du notariat de compter, durant les dix prochaines années, 5 000 notaires de plus -pour franchir le seuil de 12 000- ne modifiera pas le rapport des forces numériques, même si cet objectif est atteint. En effet, les "*concurrents*" du notariat forment, chaque année, trois fois plus de candidats (à l'exercice de leur profession) que les notaires.

40 - Enfin, il ne faut pas oublier que, dans le cadre d'une accentuation de la concentration des entreprises industrielles ou prestataires de service -au plan européen et même international-, d'autres "*spécialistes du droit des affaires*" accèdent, directement

ou indirectement, au "*marché élargi du service juridique*". Et, ils devraient être de plus en plus nombreux à l'avenir.

Il s'agit, d'une part, des membres des professions libérales (juridiques ou parajuridiques) de nos Etats voisins qui, pour répondre aux besoins de leur clientèle, interviennent également en France, sans pour autant établir un cabinet secondaire ou nouer des relations permanentes avec des juristes français. Ils connaissent notre langue et... le droit français.

D'autre part et plus directement, on assiste à une augmentation du nombre des "juristes d'entreprise", véritables salariés opérant en permanence pour le compte de leur employeur et maîtrisant parfaitement le droit des affaires. Ce phénomène d'intégration des juristes d'affaires dans les entreprises a été bien perçu par les facultés de droit qui -on le rappelle- organisent, pour la plupart, des maîtrises et des diplômes de 3ème cycle en "*droit des affaires*". Beaucoup de ces jeunes diplômés souhaitent ne pas exercer une profession libérale et accèdent -plus facilement qu'autrefois- à des emplois à l'intérieur même des Entreprises désireuses de disposer d'un service juridique permanent.

Certes, ces juristes -"*intégrés*"- d'entreprises ne peuvent eux-mêmes "*maîtriser*" tout le droit des affaires. Il n'est pas rare qu'ils fassent appel à des "*spécialistes extérieurs*", lorsqu'ils sont confrontés à des opérations difficiles. Mais, dans ce cas, leur interlocuteur -membre d'une profession libérale- ne peut être qu'un professionnel de haut niveau et fortement spécialisé (10).

41 - Si l'on revient vers les concurrents directs du notariat - conseils juridiques, avocats, experts-comptables, ...-, il faut admettre encore aujourd'hui que la qualité des services offerts - au plan du droit des affaires- est très inégale. Et, c'est ce constat qui a vraisemblablement incité le notariat à s'intéresser à ce créneau. Toutefois, le succès de sa démarche ne pouvait être assuré qui si les concurrents du notariat ne prenaient pas conscience de l'utilité ou de la nécessité, pour eux, d'accomplir d'importants efforts pour améliorer et uniformiser leur aptitude au conseil et à la consultation en droit des affaires. Or, il semble bien que cette prise de conscience se manifeste depuis quelques années, au point que l'on peut se demander s'il n'est pas trop tard, pour la profession notariale, de livrer bataille.

(10) Le thème du Congrès de "L'association française des juristes d'entreprises", tenu à Paris, le 8 juin 1988, est révélateur : "Le juriste d'entreprise dans l'Europe d'aujourd'hui : ses perspectives d'avenir au sein des professions juridiques". Parmi les principales questions abordées, l'une porte sur la "concurrence ou la complémentarité" des avocats, conseils juridiques et juristes d'entreprise ...". Les notaires ne sont pas visés.

42 - Ses adversaires, en effet, sous l'angle "*qualitatif*" ont déjà mis en place, à travers leurs structures professionnelles respectives, un arsenal de moyens destinés à pratiquer une ouverture efficace et de qualité, en direction du droit des affaires. Dans cette stratégie, les concurrents du notariat multiplient les contacts avec les milieux économiques pour se faire mieux connaître et, en même temps, nouent un dialogue permanent avec les pouvoirs publics pour être en mesure de conforter leur position dans le marché juridique élargi de demain.

43 - On ne compte plus les colloques organisés par les uns et les autres -ensemble ou séparément- sur le thème de la "transmission de l'entreprise" (11) ou sur les questions relatives au "droit de l'entreprise" (12) ou au "droit européen" (13). Dans le même sens, au titre de la formation continue, les grands Barreaux français multiplient, en France et à l'étranger (14), les stages et séminaires sur le droit des affaires ou concluent des conventions avec les universités en vue de l'obtention de diplômes attestant leur compétence dans les nouveaux créneaux (15). Quant aux Conseils juridiques, leur récente organisation professionnelle, au plan national et au niveau des régions, témoigne de leur volonté de consolider leur "*compétence d'attribution*" forgée progressivement au fil des années et, aussi, de révéler l'unité et la spécificité de leur profession. L'allocution prononcée par le Président de l'Association nationale des conseils juridiques, lors du 6ème Congrès de celle-ci, en présence du directeur du Cabinet du Garde des Sceaux montre les objectifs de cette profession : "*...les conseils juridiques sont avant tout des conseils en droit des affaires, ...des conseils d'entreprise et ils doivent tout mettre en oeuvre, sur (les plans) de la compétence, ... de leurs connaissances, ...de leurs structures, ...de leur mode de pensée et du processus de*

(11) V. récemment à titre d'exemple : Deauville (11 et 12 juin 1988), le Mans (24 juin 1988) réunissant magistrats, professeurs, avocats et conseils juridiques.

(12) Cf. "Fiscalités et sociétés : perspectives pour 1992", Colloque tenu à Paris, le 3 juin 1988, et organisé par l'Association d'avocats pour l'étude et la pratique du droit communautaire (EUROLEX), l'Association des avocats pour la pratique du droit administratif et fiscal (ASTRAFI) et la Fédération nationale des unions de jeunes avocats (FNUJA) : "L'entreprise dans la Communauté européenne : état actuel et perspectives 1992", Colloque de Rhodes, les 16, 17 et 18 juin 1988, organisé par l'Union des avocats européens.

(13) Cf. la Journée organisée par les Barreaux de la région Rhône-Alpes, à Lyon, le 10 décembre 1987, avec la participation de toutes les professions juridiques : "Circulation des marchandises et concurrence, droit communautaire et aides régionales aux entreprises, droit social européen, ...".

(14) Outre les nombreux stages qu'il réalise sur le droit européen et des affaires, le dynamique "Institut de formation continue des avocats à la Cour de Paris" organise, en juin et juillet 1988, des stages à Harvard et à Canterbury.

(15) Une soixantaine d'avocats marseillais sont inscrits, cette année, à l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, pour préparer un "diplôme de droit européen des affaires".

leur action, pour rendre aux entreprises les services qu'elles attendent" (16).

Les experts-comptables, enfin, à l'occasion de leur 42ème Congrès de 1987 (sur le thème "*les missions de l'expert comptable*") rappellent leur volonté d'ouverture vers l'activité de conseil permanent des entreprises et leur politique de recrutement parmi les diplômés de l'enseignement supérieur. Plus généralement, il faut mentionner l'initiative prise, en 1986, par l'Institut français des experts-comptables, de créer une association intersyndicale des "*Conseils d'entreprise*", regroupant diverses professions libérales juridiques ou parajuridiques -à l'exception des notaires et avocats-, représentant 25 000 professionnels employant environ 100 000 "*salariés de cabinet*".

44 - Par conséquent, on aperçoit que tous les concurrents, actuels ou potentiels du notariat, dans le marché juridique des affaires, s'engagent dans la même voie : l'amélioration ou l'acquisition d'aptitudes et de compétences, susceptibles de répondre aux besoins du marché juridique élargi, à travers un regroupement des individus -à l'intérieur de chaque catégorie professionnelle- et une spécialisation de ceux-ci.

45 - En l'occurrence, abstraction faite du délicat problème posé par le renforcement des modalités matérielles de l'exercice de la profession -en groupe (V. infra, IIe partie)-, l'objectif de spécialisation, au sein même du droit des affaires, apparaît dominant.

Certes, les conseils juridiques -et, notamment, les grands cabinets- connaissent depuis longtemps cette différenciation des activités professionnelles : sociétés, fiscal, social, ou d'autres plus affiniées. De la même manière, les cabinets d'expertise comptable n'hésitent plus aujourd'hui à se lancer dans des activités spécifiques de conseil : audit, financement, gestion, fiscalité, etc... Enfin, les avocats, à leur tour, pour être en mesure de pratiquer l'ouverture, s'engagent volontiers sur le chemin "d'activités dominantes" préfigurant les spécialisations qui devraient leur être prochainement reconnues par le législateur (17), dans le cadre de la création d'une nouvelle profession juridique.

2 - L'alliance des avocats et des conseils juridiques

46 - Cette alliance, envisagée par la loi du 31 décembre 1971, semble aujourd'hui imminente. Sérieusement préparée depuis près de trois années par les organisations professionnelles respectives,

(16) V. sur le compte-rendu de ce Congrès de l'ANCJ, Gaz. Pal. 1987, 1er nov.

(17) En ce sens : "L'Université d'été des avocats conseils d'entreprise" du 3 au 22 juillet 1988.

avec l'aval de la Chancellerie, la fusion -ou plus exactement la création d'une nouvelle profession regroupant les avocats et les conseils juridiques- apparaît certaine. La grande presse écrite l'annonce (18).

Confirmant sur ce point le rapport du groupe de travail présidé par le Professeur François Terré (19) qui lui fut remis en février 1987, le Garde des Sceaux devait affirmer notamment, un an plus tard, lors de la Conférence des bâtonniers (20) que : *"... il faut concevoir une grande profession juridique réunissant les activités de conseil et de défense ... Tout nous y engage, que ce soit les circonstances externes ou internes... (Les avocats apportent) en dot, à la profession de conseil juridique, l'acquis d'une longue tradition et cette compétence européenne dont elle est privée. De leur côté, les conseils juridiques ont, dans leur corbeille, cette confiance du monde économique que, peut-être par méconnaissance, ce dernier (accorde aux avocats) avec trop de parcimonie"*.

"... Une grande profession d'avocat ou d'avocat-conseil est nécessaire à la vie juridique de notre pays... (son) unité ne saurait interdire la spécialisation. Dans un monde où la complexité juridique est de plus en plus grande, nul ne peut prétendre tout connaître du droit. Car si au niveau des concepts, le conseil et la défense sont indissociables, la pratique montre que spécialiste du conseil et spécialiste de la défense exercent deux branches distinctes d'un même métier.

"Ce serait, en effet, un leurre de croire que l'on peut exercer indifféremment les deux activités. Il est, certes, des domaines où la complémentarité est de droit. Je pense au droit des sociétés ou au droit commercial par exemple. Mais il en est d'autres qui sont tellement éloignés qu'il serait franchement imprudent de vouloir les assumer concurremment.

"C'est pourquoi, je dis oui à une grande profession unie et structurée. Mais je dis aussi oui à une grande profession au sein de laquelle des spécialités diversifiées puissent être exercées dans le cadre d'une déontologie renouvelée".

47 - Peut-on sérieusement imaginer, à la veille de la création d'une nouvelle profession juridique, que la profession notariale puisse ne pas être affectée par le bouleversement extraordinaire que la réforme ne manquera pas d'entraîner.

Il n'est pas difficile, d'ores et déjà, de deviner "l'impact" - résultant de cette alliance-, en France et à l'étranger, auprès des

(18) V. Journal "Le Monde", 9 juin 1988 et le commentaire d'un rapport de Me Soulez-Larivière sur la réforme des professions juridiques et judiciaires.

(19) "Magistrats et avocats : formation, carrière, activité professionnelle", La Doc. française, 1987.

(20) Gaz. Pal. Journal du 12 février 1988.

usagers du droit (particuliers et Entreprises) et, d'un autre point de vue, des juristes étrangers eux-mêmes.

Le notariat, tout en maintenant ses activités traditionnelles dans le droit de la famille et l'immobilier, sera-t-il en mesure d'affronter, sur le créneau du droit des affaires et du droit international, la nouvelle profession d'avocat-conseil (regroupant près de 65 000 personnes) aux côtés de laquelle la profession d'expert-comptable (avec près de 100 000 personnes) ne restera certainement pas inactive ?

48 - Cet affrontement sera d'autant plus difficile que les futurs avocats-conseils verront rapidement grossir leurs rangs, avec l'arrivée et l'intégration, plus ou moins modulée, des juristes étrangers (notamment anglo-saxons) pratiquant depuis longtemps le droit des affaires. Or, on sait que, en raison de leur statut d'officiers publics, les notaires n'auront pas une telle possibilité d'alliance. Et, ce n'est pas, aujourd'hui, le contenu de "*l'avant-projet de loi relatif à la protection des usagers du droit*" qui peut donner l'espoir au notariat d'accéder plus facilement au marché juridique élargi.

3 - Le faux armistice

Bien que l'on puisse se demander si le projet précité de réglementer les activités de consultation juridique et de rédaction d'actes est inspiré par le souci de protéger les usagers du droit -et non pas "les activités des professionnels en place", il semble que l'on s'oriente inévitablement vers l'institution d'un monopole du droit, en faveur de certaines professions réglementées (21).

En effet, jusqu'à présent, un grand nombre d'activités juridiques peuvent être exercées librement, en France, à condition de ne point relever du monopole réservé à des professions organisées. Aussi, lors du VI^e Congrès de l'Association nationale des conseils juridiques, en octobre 1987, le directeur des Affaires Civiles et du Sceau, a tenu à souligner notamment que : "*(il ne faudrait) surtout pas qu'à cause de ce vide, les activités de conseil ou de rédacteur d'actes deviennent, pour les étrangers une sorte de Terra Incognita où il serait facile d'installer ses comptoirs... A une époque où la complexité de notre droit s'accroît, cette situation est un paradoxe injustifiable... (et) peut se révéler gravement préjudiciable aux consommateurs... Elle nous place dans une situation de faiblesse, face à la concurrence des autres Etats de la communauté européenne... Elle vide de toute portée pratique*

(21) V. l'article précité de MM. Bain, Endréo et Simpson, n° 8 et 18.

l'évolution engagée vers la création d'une grande profession judiciaire et juridique...

"C'est pourquoi toute réflexion et initiative visant à réorganiser le marché juridique français doivent être précédées par la réglementation de l'exercice du droit dans notre pays..." (22).

50 - Si opportune que paraisse cette orientation vers la réglementation de l'accès au marché juridique, ce processus ne peut aboutir que dans le cadre d'une "solution européenne" permettant de "résoudre l'ensemble des problèmes liés à l'établissement des juristes" (23).. Toutefois, en supposant que l'on parvienne à une solution acceptable par toutes les professions organisées et concernées, le problème de l'attribution des "parts du marché juridique" n'est pas pour autant réglé. L'institution d'un monopole du droit aura principalement pour effet d'exclure des "professionnels ou intermédiaires marginaux". Il n'y aura pas, pour les autres professions relevant du monopole, de domaine réservé. La concurrence et l'affrontement se perpétueront pour la conquête du marché juridique élargi, au risque de remettre en cause les avantages ou le statut de certaines professions délégataires du sceau de l'Etat.

b) La riposte de certaines professions concurrentes

51 - Même si elle se donne les moyens d'affronter ses concurrents d'aujourd'hui et ceux de demain, pour conquérir le marché des affaires, la profession notariale est-elle pour autant à l'abri de toute atteinte que pourraient porter ses adversaires à son monopole de l'authenticité et de la publicité foncière ?

En voulant élargir considérablement ses horizons professionnels -au préjudice, nécessairement, d'autres professions juridiques ou parajuridiques-, le notariat ne s'éloigne-t-il pas dangereusement de son domaine réservé et -jusqu'à présent- fort peu convoité ?

Paradoxalement, ne peut-on imaginer que la réussite - même partielle- de l'ouverture au droit des affaires, par une majorité de notaires, ne produise un effet pervers, aboutissant, à moyen terme, à remettre fondamentalement en cause son statut et sa spécificité dans le droit de la famille et de l'immobilier ?

Ne peut-on concevoir que, en prétendant vouloir et pouvoir étendre ses activités à celles déjà exercées par les conseils juridiques et certains avocats, le notariat n'incite les pouvoirs publics à "l'intégrer" (tôt ou tard) dans la future "profession juridique unifiée".

(22) Extrait du discours de M. Leonnet, Gaz. Pal. 1987, 1er et 3 novembre.

(23) Cf. Bain, Endréo et Simpson, op. cit., n° 24 et s.

52 - Il faut reconnaître que le risque existe, de manière sous-jacente. Toutes les conditions sont réunies, à la faveur des perspectives (ou du prétexte) de 1992, pour remettre en cause beaucoup de situations acquises. Les offices ministériels - vestiges de temps anciens - n'échappent pas aux courants de ce tourbillon du troisième millénaire. En leur sein, les offices notariaux peuvent être menacés si leurs titulaires s'engagent trop largement et trop systématiquement vers le marché juridique élargi, en délaissant, directement ou indirectement, la "*fonction d'authentification qui tend à la recherche d'un équilibre entre la liberté des conventions et la protection de la partie la plus faible*" (24).

53 - A cet égard, le "*contre-choc*" de l'ouverture, s'il advient, résultera vraisemblablement, non pas (directement) des experts-comptables ou des juristes d'entreprise - dont la formation et les activités professionnelles sont trop éloignées de celles du notariat traditionnel -, mais de la nouvelle profession d'avocat-conseil.

Celle-ci, dans le cadre de ses activités de consultation et de rédaction d'acte, ne manquera pas de développer les spécialités inhérentes au droit de la famille et de l'immobilier. La frontière entre la "*nouvelle profession juridique*" et la "*profession notariale*" restera difficilement imperméable.

54 - D'autre part, en l'état du projet de réforme de la formation de base des futurs notaires, il est à craindre que celle des futurs avocats-conseils ne soit, sinon meilleure, du moins aussi bonne.

Dans ces conditions, on imagine mal les raisons pour lesquelles, demain, avocats-conseils, experts-comptables et d'autres ne réagiraient pas à la "*pénétration*" du notariat dans le droit des affaires, sans combattre celui-ci sur son propre terrain. Ne convient-il pas, dès lors, pour les notaires, de maintenir une politique défensive de leurs activités traditionnelles, sans pour autant sacrifier l'ouverture.

II - LES AVANTAGES D'UNE OUVERTURE LIMITEE ET PROGRESSIVE

55 - S'il est aléatoire et dangereux de vouloir conduire toute la profession notariale, à bref délai, à l'intérieur de l'immense marché juridique (interne et international), il ne convient pas pour autant que les notaires, en prenant alors le risque d'une marginalisation, pratiquent la politique immobiliste du "*laisser-*

(24) Cette fonction d'authenticité est rappelée dans un compte-rendu de l'audition de représentants du C.N.S. par la délégation de l'Assemblée Nationale pour les communautés européennes, J.C.P. 1988, éd. N, Pratique, n° 487, p. 123.

faire", consistant "à abandonner à d'autres professions les domaines du droit les plus soumis à des influences extérieures, pour se consacrer aux activités traditionnelles : immobilier et droit de la famille" (25).

Entre l'audace et la passivité, se trouve une marge de manoeuvre consistant, à la fois, à conforter et à perfectionner la position actuelle qu'occupe avec prédominance le notariat dans le champ de ses activités traditionnelles (A) et, d'autre part, à élargir celles-ci, en un temps et vers des créneaux compatibles avec les clientèles du "marché juridique élargi" et les professions concurrentes (B).

A - LE MAINTIEN DE L'INTEGRITE DES ACTIVITES NOTARIALES TRADITIONNELLES

56 - Aujourd'hui, encore, abstraction faite du privilège de l'authenticité, le notariat se trouve dans une "position dominante", dans l'opinion des usagers du droit et des autres professions juridiques, pour tout ce qui relève des régimes matrimoniaux, successions, libéralités, crédit et droit immobiliers. Il semble nécessaire, plus que jamais, de ne pas s'écarter de ces secteurs qui sont "l'image de marque" de la profession (en France et à l'étranger) et représentent -on le rappelle- les neuf dixièmes des "produits" des Etudes.

Il serait regrettable que l'ouverture vers de nouveaux créneaux -si limités soient-ils- s'opère au préjudice de cette compétence unanimement reconnue. Par conséquent, il importe de sauvegarder le secteur du monopole et, également, d'étendre véritablement celui-ci à des activités qui en constituent le prolongement naturel et incontestable.

a) La sauvegarde du "monopole notarial"

57 - On ne peut que se féliciter de la politique suivie par le Conseil supérieur du notariat -et bien appliquée par l'ensemble des offices- consistant à mettre en valeur les caractères de l'authenticité des actes notariés. C'est en effet aujourd'hui, dans la période de "turbulences et de télescopages" des professions juridiques, qu'il convient de tirer profit de ce "privilège" (non encore contesté) attaché à la profession notariale et de le faire bien connaître des usagers du droit. C'est ce que souligne opportunément le Pr. Lesourne, dans son dernier rapport, en affirmant (26) qu'il est impératif que "par un ensemble d'initiatives et d'efforts de promotion" soient : d'une part, "mise en

(25) Deuxième rapport de la Commission Lesourne, 1988, op. cit., p. 29.

(26) Cf. rapport précité, p. 30.

oeuvre une conception vivante de l'authenticité, de telle sorte que celle-ci n'apparaisse plus comme réservée aux actes traditionnels, mais apporte la sécurité juridique à des actes nouveaux et risqués, rendus nécessaires par la vie moderne (ex. le cautionnement)" et, d'autre part, développés "les actes authentiques revêtus de la formule exécutoire comme outils de transaction, notamment à l'intérieur de l'Europe".

58 - Cette réussite de la mise en relief des qualités de l'authenticité ne peut être obtenue que si, en même temps, le notariat démontre la pérennité de l'excellence de ses compétences dans le domaine du droit de la famille et de l'immobilier. Plus que jamais, il s'avère indispensable pour cette profession de prouver qu'elle est toujours, dans ces matières traditionnelles, l'interlocuteur privilégié des usagers français et étrangers. Cette justification peut encore constituer un solide rempart contre les velléités d'ouverture des autres professions juridiques concurrentes. A cet égard, on peut remarquer que les travaux du dernier congrès des notaires de La Baule illustrent la suprématie du notariat dans le domaine de ses activités traditionnelles. Mais, cette suprématie, pour être maintenue, exige dès aujourd'hui des efforts accrus, dans la perspective de l'Europe de demain.

59 - En effet, à la veille d'une plus large ouverture des frontières de la Communauté, aux particuliers et aux entreprises, le droit de la famille et le droit immobilier subiront inéluctablement une "*complexification*", en l'état des nombreux mouvements migratoires des personnes et des biens. En cette occurrence, il est dans la vocation de la profession notariale de s'adapter à ces changements et de prendre en compte toutes les incidences juridiques nouvelles induites par ceux-ci, dans le domaine de la pratique usuelle. Les notaires devront accomplir un vaste effort pour mieux connaître le droit international privé, certains aspects du droit communautaire ou des conventions internationales et, surtout, les règles élémentaires des droits nationaux des Etats voisins. Dans cette perspective, il serait intéressant de se référer à la pratique suivie par les "*solicitors*" anglais qui ont mis en place, dans un grand nombre de pays, des "*correspondants*" en mesure de les renseigner immédiatement sur le contenu du droit local. Le notariat gagnerait en sécurité et en efficacité s'il mettait en place un tel réseau de correspondants permanents dans chaque pays de la Communauté européenne. Ce serait déjà une certaine manière de "*pratiquer l'ouverture*", en commençant à étendre dans une logique continuité, les activités traditionnelles des notaires.

b) L'extension de "la position dominante" du notariat

60 - Cette extension, certes, est déjà inscrite dans la stratégie définie et adoptée par le notariat, depuis deux lustres environ. Elle est en effet indispensable et pourrait constituer un tremplin pour une ouverture plus large. Malheureusement, au plan des faits, elle ne s'est pas encore vraiment réalisée.

61 - D'une part, l'extension consiste à accroître le nombre de notaires en exercice et corrélativement à augmenter le nombre des offices. Au moment où toutes les professions juridiques concurrentes voient leurs effectifs augmenter, il paraît opportun que le notariat suive une politique analogue. Celle-ci, directement ou indirectement, est le signe de vitalité d'une profession. Il faut que, au plan du rapport des forces numériques, la profession notariale maintienne -pour le moins- sa position, par rapport au nombre de ses concurrents virtuels (et, notamment, dans la perspective de la "fusion" prochaine des avocats et des conseils juridiques). On ne peut sérieusement se contenter d'assurer -parfois, péniblement- le seul "renouvellement" de la profession en exercice. Or, le nombre des offices notariaux demeure relativement stable, au fil des années. Les "créations", -peu nombreuses- compensent à peine les "suppressions". Quant au nombre de notaires, il ne s'accroît que d'une soixantaine par an, en moyenne, depuis 1983. Cette hausse n'est pas suffisante, si le notariat -comme il l'affirme- veut augmenter ses effectifs de 50 % au cours des dix prochaines années. Certes, les moyens de parvenir à cette forme d'ouverture "*numérique*" ne sont pas faciles à mettre en oeuvre. Ils consistent pour l'essentiel à accueillir "*en stage*" un plus grand nombre de jeunes maîtres en droit ou titulaires d'un D.E.S.S. de droit notarial. Ce sont les conditions matérielles de cet accueil qui constituent la clé de l'ouverture. Pourtant, malgré diverses "*mesures incitatives*", prises tant par la profession notariale que par les pouvoirs publics -durant ces dernières années-, le problème épineux du stage n'est pas encore réglé, même si conjonctuellement la situation est meilleure aujourd'hui. Et, à cet égard, il ne semble pas qu'il puisse être résolu par une refonte de la formation de base caractérisée par un accès "raccourci" au diplôme de notaire (V. Supra n° 33). En tout état de cause, il ne faudrait pas résoudre un problème, pour en créer un autre (plus grave). Or, si l'on facilite trop les conditions d'accès à la profession notariale -en allégeant la formation-, ne peut-on craindre de voir apparaître des notaires moins compétents que leurs aînés... au moment d'aborder le grand marché juridique.

62 - D'autre part, l'extension se situe aussi, au niveau de la nature des activités professionnelles. Depuis une dizaine d'années, les plus hautes instances professionnelles du notariat tentent de convaincre les notaires, dans le seul prolongement de leur pratique quotidienne, d'aborder des secteurs d'activités "*limitrophes*" dans le domaine de l'immobilier et celui de la gestion du patrimoine. Certes, certains de ces efforts portent aujourd'hui leurs fruits. Tel est le cas du marché des adjudications immobilières privées qui tend progressivement à se développer et mériterait d'être étendu aux ventes publiques (si le législateur parvenait à mieux apprécier la compétence "naturelle" des notaires dans ce domaine, par rapport aux avocats). Tel est le cas encore des activités récentes exercées au plan de la gestion du patrimoine, avec la mise en place de "*L'union notariale financière*" (UNOFI-CREDIT et UNOFI-PLACEMENT). Ce type d'ouverture est en soi excellent et méritait d'être réalisé. Cependant, dans d'autres secteurs -expertise, négociation et administration d'immeubles- la politique d'expansion apparaît largement insuffisante, en dépit des opportunités.

C'est ainsi que, s'agissant de l'expertise, tous les notaires conviennent qu'elle constitue un créneau intéressant et déclarent qu'ils sont disposés à la pratiquer. Les excellents travaux de la "conférence du plan" (du notariat) ont permis la création d'instruments spécifiques destinés à l'ensemble de la profession notariale (guide de l'évaluation, fiches techniques de recensement des informations, etc...). Pour l'instant, cependant, une minorité s'est engagée dans cette voie qui exige pourtant des efforts (intellectuels et matériels) moins importants que ceux requis pour pratiquer le droit des affaires. Or, "l'expertise" est bien un créneau utile pour le notariat et les concurrents ne sont pas légion, ni dangereux.

Tel semblerait être le cas, en revanche, pour la négociation et/ou pour l'administration d'immeubles, si l'on en croit les remarques présentées par les notaires -exception faite de quelques régions de France. Bien que les concurrents -si nombreux soient-ils- ne fassent pas partie des "professions juridiques", il faut constater que peu de notaires ont pris le risque de créer, dans leur Etude, un service de la négociation ou de l'administration d'immeubles. La crainte de perdre momentanément les sources d'une certaine clientèle, au profit d'autres confrères "*réticents*", l'a emporté...

L'extension de la position dominante actuelle du notariat, malgré ses avatars et sa lenteur, mérite d'être entreprise ou poursuivie. Elle participe à la spécificité de la profession et sa dynamique permet d'aborder plus sereinement une certaine ouverture.

B - L'AMORCE DE L'INTEGRATION DE LA PROFESSION NOTARIALE DANS
LE GRAND MARCHE JURIDIQUE

63 - Pour ne pas être l'aventure, l'ouverture doit se réaliser à partir d'une politique d'extension et non pas d'annexion. Il ne peut s'agir d'être présente, pour toute la profession notariale, sur toute l'étendue du grand marché juridique. Comme leurs concurrents d'aujourd'hui et de demain, les notaires français expriment une certaine diversité à l'intérieur même de leur profession : lieu d'implantation sur le territoire, volume et type de clientèles, dimension de l'office, concurrence locale d'autres professions juridiques ou parajuridiques, etc...

Il n'est pas concevable, par conséquent, que tous les notaires veuillent ou puissent se diriger utilement vers le marché juridique élargi. En revanche, il est opportun que ceux qui souhaitent l'ouverture soient en mesure d'y parvenir (a), sans pour autant créer un conflit avec les professions concurrentes (b).

a) L'ouverture sélective

64 - Depuis toujours, le notariat, dans sa majorité, dispose d'un certain nombre de connaissances élémentaires du droit des affaires lui permettant de mieux aborder le droit de la famille ou le droit immobilier, voire même de régler directement et ponctuellement des problèmes simples inhérents au droit des affaires. Il est bien évident que cette ouverture rudimentaire doit être maintenue et, s'il est possible, améliorée.

65 - Depuis quelques années, une minorité de notaires disposent, dans cette discipline juridique, de connaissances approfondies et, dès lors, accèdent partiellement au "*marché juridique élargi*". Ici encore, il est bien évident que cette ouverture plus élaborée doit être maintenue et poursuivie. Et, ces protagonistes de l'ouverture n'ont guère besoin d'être encouragés ou conseillés.

66 - Le vrai problème concerne donc la grande majorité silencieuse des notaires auxquels est proposée l'ouverture. Comment y parvenir sans aléas et sans dangers ?

Schématiquement, deux orientations peuvent être proposées et suivies successivement.

67 - La première consiste à doter le notariat -tout le notariat- d'instruments spécifiques, disséminés dans les régions (ou dans les ressorts des Conseils régionaux). Il s'agit de créer des "*services communs*" opérant -onéreusement- pour les notaires, à la

demande de ceux-ci, chaque fois que se présente l'opportunité de satisfaire les besoins particuliers d'un client dans un secteur "*difficile*" du droit des affaires.

On connaît les indispensables CRIDON. Il faudrait aller au-delà et connaître de véritables centres régionaux de traitement du droit des affaires. Il est vraisemblable que le coût de fonctionnement de ces organismes serait parfaitement supportable pour le notariat, à l'échelon régional ou interrégional - et, en tout état de cause, répercuté dans une large partie, sinon en totalité, sur la clientèle.

L'avantage principal de la création d'un tel instrument serait de permettre à chaque notaire d'accepter des dossiers difficiles pour le règlement desquels il n'est pas outillé, intellectuellement ou matériellement. L'ouverture -indirecte- au "*marché juridique élargi*" pourrait ainsi être réalisée, en souplesse et en fonction des sollicitations de la clientèle d'affaires, sans pour autant contraindre le notariat à prendre le risque d'une mutation professionnelle, aléatoire et dangereuse.

68 - La seconde orientation, susceptible d'être prise en vue de l'ouverture, se situe au plan individuel et non plus collectif. C'est la "*spécialisation*" organisée et reconnue : soit par la "*profession notariale*" elle-même, soit par l'Université.

Ici encore "*l'ouverture*" pourrait s'effectuer "*en douceur*", au gré des volontés individuelles et en revêtant la "*légitimité*" que confère la délivrance d'un second diplôme, professionnel ou universitaire.

Il convient de souligner que, déjà, à la suite d'excellentes initiatives prises récemment par le Conseil supérieur du notariat et l'Institut national de formation notariale, cette voie de la spécialisation -par le canal de l'Université- est suivie par un certain nombre de notaires et de clercs ; cette orientation mérite d'être accentuée, notamment auprès des futurs notaires qui achèvent leur formation professionnelle de base et sont encore disponibles, intellectuellement et matériellement, pour parachever leurs connaissances. L'ouverture, c'est aussi et surtout l'affaire du notariat de demain.

69 - L'avantage de la voie de la spécialisation réside également, à l'évidence, dans le choix de la spécialité. De ce chef, il faut rappeler que "*le droit des affaires*" ou "*le droit européen*" ne sont pas vraiment des spécialités. Ce sont de vastes disciplines hétérogènes dont la pratique ressortit au domaine du marché juridique élargi. Les grandes "*sociétés de conseils juridiques*", les cabinets juridiques internationaux implantés en France et un certain nombre d'avocats l'ont compris. Par là, il faut prendre

garde aux fausses ouvertures qui ne donnent pas accès à la maîtrise du conseil et de la rédaction d'actes -dans un secteur déterminé-, mais se révèlent trop générales et trop superficielles.

A l'inverse, il faut reconnaître que la spécialisation présente l'inconvénient d'être génératrice de contraintes. Le notaire spécialiste doit faire l'effort permanent d'actualiser ses connaissances dans le domaine de sa spécialité. Il doit corrélativement rechercher, maintenir ou développer la clientèle correspondant à celle-ci. C'est dans ce contexte que resurgit le problème de la concurrence avec les autres professionnels du marché juridique.

b) L'ouverture non conflictuelle

70 - A la veille d'une réglementation de l'exercice professionnel des activités juridiques et de la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique, ne convient-il pas de songer aux conditions de la répartition et du fonctionnement du marché juridique, entre toutes les parties intéressées, sans oublier les experts-comptables.

Même si l'affrontement est évité, peut-on accepter l'idée d'une libre concurrence entre les diverses professions juridiques et parajuridiques - avec les rivalités et les excès que la concurrence implique ? Ne vaudrait-il pas mieux amorcer, pendant qu'il est encore temps, un rapprochement de toutes les professions concernées ?

71 - L'enjeu est important, puisque -on le sait- le grand marché juridique de demain sera ouvert, plus ou moins directement, aux juristes étrangers et, notamment, aux *"euro-juristes"*. Le nombre des intervenants sera considérable, ainsi que les groupements professionnels dont les capacités financières modifieront le paysage actuel de la consultation et de la rédaction des actes. Les avocats eux-mêmes reconnaissant aujourd'hui qu'il devient nécessaire d'abandonner l'exercice artisanal de leur métier, à peine de se retrouver dans la situation de *"petits épiciers vite ruinés par la concurrence des hypermarchés"* (27).

Quel rapprochement peut être réalisé demain, entre notaires, avocats-conseils et experts-comptables ?

S'il semble souhaité par tous, ce rapprochement est et sera difficile à opérer, au plan matériel et au plan formel.

72 - Matériellement, chaque profession est disposée à collaborer étroitement avec les autres, dans la mesure où celles-ci exercent des activités différentes mais complémentaires. Mais, la volonté

(27) Cf. rapport précité de Me Soulez-Larivière.

de collaboration cesse, dès lors qu'il s'agit d'exercer partiellement en commun des activités analogues.

73 - Formellement, pendant longtemps encore, l'idée de sociétés interprofessionnelles ne sera pas admise, ainsi que le révèlent les prises de position de chaque profession, en raison du particularisme de la déontologie et de la garantie -individuelle ou collective- de la responsabilité civile (28). En l'occurrence, le notariat est "prisonnier" de sa propre déontologie et de sa garantie collective. En d'autres termes, en s'écartant de leur position "*d'officiers publics investis de la fonction d'authentification*" et de "*conseillers indépendants et impartiaux*", les notaires appelés à intervenir sur le marché juridique élargi se trouveront souvent dans la position de "*conseil de l'une des parties*". Leur intégration, dans un groupement interprofessionnel, ne résoudra pas cette difficulté, à laquelle s'ajoutera celle relative à la garantie des risques professionnels (exacerbés dans le "*domaine des affaires*").

74 - D'autre part, les perspectives de l'institution prochaine, dans notre droit, de "*sociétés commerciales à objet civil*", pour les avocats comme pour les notaires, ne paraissent pas devoir faciliter un rapprochement interprofessionnel, si les capitaux ne peuvent pas être détenus -même pour partie- par des associés extérieurs à la profession.

75 - On mesure par conséquent les difficultés que soulève la recherche d'une concertation interprofessionnelle en vue d'instaurer un minimum de complémentarité des activités juridiques (29). Pourtant, il apparaît nécessaire, dès à présent, de découvrir une solution. A cet égard et par simplicité (ou sécurité), le rapprochement des notaires et des experts-comptables paraît être une solution raisonnable et durable, dans le sens d'une bonne complémentarité.

En revanche, il ne semble pas opportun que la profession notariale se rapproche des futurs "avocats-conseils", sous quelque forme que ce soit, en raison de la concurrence qui ne manquera pas d'opposer ces protagonistes, tôt ou tard.

(28) Déjà, abstraction faite de l'interprofessionnalité, les actuelles sociétés civiles professionnelles de notaires soulèvent, à elles seules, un certain nombre de difficultés : à défaut de "divorces", les "séparations de fait" sont douloureusement ressenties, ici et là.

(29) Ces difficultés ont été mises en valeur, lors de la journée d'études organisée le 12 mars 1988, par le Club 89, avec la participation des avocats, des conseils juridiques et des notaires, sur le thème "Les professions juridiques et les conseils d'entreprises", en présence du Garde des Sceaux et du directeur des affaires civiles et du Sceau, avec le concours de Pr. Terré et du ministre de la formation professionnelle.

Toutes ces difficultés -à court et moyen termes- se retrouvent dans les conclusions du récent rapport remis au Garde des Sceaux par le Professeur Terré qui déclare notamment (30) que *"la nécessité (du) rapprochement (de la profession d'avocat avec) les autres professions juridiques est affirmée de tous côtés. Mais les difficultés apparaissent au sujet de la force du rapprochement, donc des modalités de celui-ci, bref de la dose acceptable ou acceptée d'interprofessionnalité"*.

CONCLUSION

76 - L'échéance de 1992 et la perspective du grand marché juridique de la fin du siècle ne doivent pas conduire au désordre et au bouleversement des professions juridiques et parajuridiques. S'agissant du notariat, celui-ci doit rester conscient de l'importance de la spécificité de ses activités traditionnelles. Même si elle est perçue indirectement comme un frein ou un obstacle à l'ouverture, cette spécificité constitue une arme contre les risques de banalisation et d'uniformisation des professions juridiques. Vouloir engager totalement et rapidement tous les notaires, dans le marché juridique en gestation, implique que ces derniers exercent une nouvelle profession, à bref délai et dans des conditions hasardeuses.

"L'acte unique européen" ne peut justifier la précipitation d'une mutation socio-professionnelle, sans une politique de concertation préalable des diverses catégories de juristes (sous l'égide des pouvoirs publics et en accord avec les Etats de la communauté). Par là, moins de cinq ans après sa publication, le rapport sur *"l'analyse et les perspectives du notariat français"*, rédigé par les Pr. Lesourne, Mendras, Raynaud et Rivero, continue de refléter excellemment les difficultés engendrées par une *"entrée massive"* du notariat dans *"le droit des affaires"*, lorsqu'il constate (31) que : *"La justification du statut des notaires réside dans l'authentification. Il ne serait pas conforme à leur vocation de les pousser exclusivement dans un domaine du droit où le rôle de l'authentification est beaucoup plus réduit. La majorité des notaires n'a pour le moment ni les connaissances, ni les aptitudes nécessaires à la reconquête ou au développement de ces nouveaux marchés. Par ailleurs, la répartition géographique des études est conçue beaucoup plus en fonction de la répartition des ménages que de celle des activités économiques. Une partie du domaine des "affaires" n'est pas sans poser au Notariat de délicats problèmes de déontologie : difficulté de se poser en*

(30) Op. cit., "Magistrats, avocats : formation, carrière, activité professionnelle", p. 96 et 97.

(31) V. rapport précité, publié en 1983, op. cit., p. 121.

arbitre entre les parties, difficulté de participer à la rédaction des conventions, courantes dans le monde des affaires, mais nulles au regard de la loi, difficulté de traiter des questions fiscales, etc. Le scénario risquerait de nuire aux conditions d'exercice des activités classiques du Notariat, car il engendrerait un changement si brutal de l'image du Notariat auprès des usagers traditionnels que la confiance de ces derniers diminuerait sans doute. Dans ces conditions, la probabilité d'un échec de ce scénario est grande, soit que les marchés espérés ne se développent pas, soit que leur conquête entraîne le Notariat dans un réseau de difficultés si inextricable qu'une remise en ordre de la profession par l'Etat s'avère indispensable...".

PHILOSOPHIE

DU

DROIT

GROTIUS ET L'EGALITE

DANS LES CONTRATS A TITRE ONEREUX (*)

Par

Manuel RIO

Docteur en Droit

*Membre des Académies Nationales de Droit et Sciences Sociales et
de Sciences Morales et Politiques, Buenos-Aires*

*Membre correspondant de l'Académie Royale des Sciences Morales
et Politiques (Madrid) et de l'Académie de Droit et Sciences
Sociales de Córdoba (Argentine)*

Chevalier d'honneur et de dévotion de l'Ordre de Malte

*A la mémoire de l'illustre juriste,
Hénoc D. Aguilar, de l'Académie
Nationale de Droit et de Sciences
Sociales de Cordoue, auprès duquel
j'ai cultivé le droit*

M.R.

(*) Mémoire présenté à l'Académie Nationale de Droit et de Sciences Sociales de Córdoba (Argentine).

Traduit de l'Espagnol par France Autesserre, Laboratoire de Langues, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.

1 - H. Grotius (1583-1645) prit pleinement conscience de la nécessité et de l'importance de l'équité ou égalité (1) dans les contrats à titre onéreux. Il apprécia cette condition des contrats, par rapport aux particuliers intéressés et par rapport à la société. Il en perçut distinctement le fondement dans la nature de l'homme. De part la nature -affirma-t-il-, l'égalité doit régner dans les contrats (*in contractibus natura aequalitas imperat*) (2). Il remarqua que son absence dans un contrat détermine la naissance d'un droit en faveur de la partie qui a le moins reçu (3).

2 - Ces observations de Grotius sont exposées dans des passages épars à l'intérieur du "Droit de la guerre et de la paix" (1625). Elles correspondent aux notions philosophiques sur le droit qui informent cette oeuvre, ainsi que ses autres oeuvres portant sur des matières juridiques. Dans son long essai "Commentaire sur le droit de saisie" (1604) (4), écrit à vingt-et-un ans, Grotius ébaucha les positions qu'il développera successivement dans sa "Dissertation sur la liberté des mers" (1608) (5), dans son "Livre unique sur l'équité, l'indulgence et la clémence" (s.d.) (6), dans le "Droit de la guerre et de la paix", etc.

(1) La synonymie fondamentale entre équité et égalité est manifestée bien entendu par l'étymologie : aequitas est une syncope d'aequalitas (V.A. Ernout et A. Meillet, "Dictionnaire étymologique de la langue latine" (1967), au mot aequus). Saint Augustin disait : Aequitas... ab aequalitate quaedam videtur appellata ("L'équité semble tirer son nom d'une certaine égalité") ("De quantitate animae", chap. IX, n° 15, P.L. vol. XXXII, col. 1043) A. Vinnio ("In quatuor libris Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis", dernière édition (1709), p. 23) distingue les deux principales acceptions usuelles d'aequitas : a) de manière générale, ce mot dénote l'égalité en tant que la qualité la plus significative inhérente au Droit. Ainsi -rappelons-nous- dans la définition du droit de Celse, la différence spécifique est l'égalité : jus est bonum et aequum ("Le droit est ce qui est bon et égal") (L. 1, Ulpien, Digeste, Livre 1, Tit. § "de justitia e iure"), et Cicéron caractérise le droit civil, c'est-à-dire, en vigueur dans une cité, en le nommant aequitas constituta ("Equité instituée") Topiques, L. II, 9 cfr. Boece, Comentaria ib. id., L. II. P.L. vol. LXIV, col. 1081 : Aequitas... paribus in rebus paria jura desiderat, "L'équité requiert des droits identiques dans les choses identiques". b) De manière spécifique, aequitas exprime l'égalité qui est le propre du droit dans ses réalisations optimales (summum ius), au delà des préceptes des lois positives ; Aristote discerna cette sorte d'égalité sous le nom de ἠθελικεία ("Eth. Nic.", 14, 1137 et sq.) Cicéron ("Topiques" IV.28) employait aussi aequitas pour exprimer cette dernière notion. Il est clair que, dans le texte, équité est pris dans le premier des deux sens précisés par Vinnio, sous la forme indiquée.

(2) H. Grotius, De iure belle ac pacis libri tres in quibus ius naturae ac gentium itum iuris publici praecipuae explicantur. Livre II, chap. XII, parag. VIII. Sauf indication contraire, nous citons cette oeuvre d'après l'editio maior de B.J.A. Kanter van Hettinge Tram (1939). Nous n'oublions pas la "Nouvelle traduction" de J. Berbeyrac (1746) et la traduction de P. Pradier-Fodéré (1865).

(3) H. Grotius, 1.c.

(4) H. Grotius, Juris praedae commentarius (1868) Tr. G. Hamaker (1869).

(5) H. Grotius, De mare libero sive de iure quod Batavia competit ad Indicana commercia dissertatio (1609).

(6) H. Grotius, De aequitate, indulgentia et facilitati liber singularis, in "De iure belli ac pacis" (1680).

3 - L'enseignement de Grotius, sur le sujet qui nous occupe, fut à l'origine du déploiement d'immenses efforts, notamment dans le domaine du droit, à partir du XVII^e siècle, tendant à mieux adapter l'organisation sociale aux principes et aux aspirations de l'humanisme chrétien et parvenant même à résister au labeur acharné des adversaires de cet humanisme. Cet enseignement continuait celui des Scolastiques de la tradition aristotélico-augustinienne-thomiste, tout en le renouvelant comme l'exigeaient et le permettaient les nouvelles conditions de l'époque. Mais cependant, Grotius ne cessa pas d'introduire dans les positions ainsi soutenues, des modifications moins heureuses, comme on le verra plus loin. Néanmoins ses éclaircissements corrigeaient définitivement des confusions et des déviations précises qui perturbaient depuis longtemps les jugements, en particulier en ce qui concerne les contrats à titre onéreux. Nous faisons allusion principalement aux erreurs occasionnées par la fausse notion de "juste prix", appliqué à des montants déterminés de manière objective et obligatoire, que les empereurs Dioclétien et Maximien introduisirent dans leurs statuts sur la rescision des contrats d'achat et de vente d'immeubles pour lésion énorme (années 286 et 293) (7).

Les courants d'idées qui, de même depuis le XVII^e siècle, ont combattu la reconnaissance de l'égalité dans les contrats à titre onéreux, au bénéfice des despotismes absolus, d'abord monarchistes, plus tard populistes, ont concentré de façon réitérée leurs allégations dans des arguments opposés aux propositions formulées par Grotius et maintenues par ses continuateurs.

Enfin, l'étude de la doctrine de Grotius, particulièrement en ce qui concerne notre sujet, aide à percevoir les singuliers avantages des solutions qu'elle apporte à d'importantes questions qui se posent avec acuité aujourd'hui à la civilisation. De telles solutions corrigent même certains expédients maladroits que Grotius ne parvint pas à éviter, étant donné les circonstances de son temps et de son milieu. Les succès extraordinaires obtenus par Dalmacio Vélez Sarsfield (8), à propos du problème dont nous traitons, sont instructifs à cet égard.

(7) Cod. J., Libr. IV, Tit. XIV, 1-2, (año 285) (Ed. P. Krueger), Conforme se acepta ahora comúnmente, las referencias al "justo precio", como mínimo en cuanto puedan aludir a precios establecidos objetivamente y obligatorios, que se encuentran en varios fragmentos del Digesto, son interpolaciones o comentarios (glossemas) de los compiladores de Justiniano.

(8) Le Docteur Don Dalmacio Vélez Sarsfield, né à Cordoba en 1801 et mort à Buenos-Aires en 1875, fut l'auteur du Code civil d'Argentine.

- I -

4 - Grotius trouva que le rôle de l'égalité dans les contrats à titre onéreux s'éclaire particulièrement si l'on se réfère à l'affinité existant entre les relations établies par ces contrats et la société humaine.

Comme il le fait remarquer, ces contrats réalisent de manière excellente cette société : "Il se crée entre les contractants une certaine société plus étroite (*proprior*) que celle existant communément entre les hommes" (9).

La signification reconnue par Grotius à cette particularité est d'autant plus remarquable quand on sait qu'il considère la société comme l'état des hommes où le droit se manifeste avec la plus grande netteté (10).

5 - Le rapprochement que propose Grotius, entre les contrats à titre onéreux et la société, sur le plan de l'égalité, se fait en trois étapes successives :

a) Dans le "Droit de la guerre et de la paix", la première impression, que communique Grotius et qu'il maintient invariablement tout au long de cette très vaste réflexion, trouve son origine dans le fait que, dans la société humaine, il est indispensable que soit exclu tout dépouillement de quelques membres par d'autres. Il l'affirme catégoriquement, en citant Cicéron (11), qui -ajoute-t-il- dénonçait ces dépouillements comme le commencement de la destruction des sociétés et de la communauté entre les hommes (12). Grotius invoque, également, la sentence de Florentin, dans le Premier Livre du Digeste, dans laquelle le jurisconsulte romain observe combien il est néfaste, étant donné la parenté des hommes entre eux, instituée par la nature, que quelques uns en fassent tomber d'autres dans des pièges (13). Grotius transcrit les paroles de Sénèque par lesquelles celui-ci remarque que nous traitons bien les hommes parce que nous sommes nés pour vivre avec eux, de la même manière que les organes du corps s'accordent entre eux parce que la conservation de chacun d'eux importe à tous les autres (14). Finalement, il renvoie à la célèbre homélie de Saint Jean Crisostome sur la raison de l'amour entre les hommes, en soulignant ses effets, qui sont le plaisir de l'âme, son exaltation et sa beauté (15).

(9) H. Grotius, *De iur. b. ac. p.*, Liv. II, chap. XII, 9, 1.

(10) *Op. cit.*, Liv. I, chap. I, 3, 1.

(11) H. Grotius, *l.c.*

(12) Cicéron, *De officiis*, III, 5, 21.

(13) L. 3, Florentin, *Dig.*, Liv. I, Tit. 1, "de justitia et iure".

(14) Sénèque. *De Ira*, Liv. II, Cap. XXXI, 7.

(15) Saint Jean Crisostome, *Homélie IV* in "Doctrines apostoliques... 2 Cor. 11, 1",

A la suite de ces considérations, Grotius stigmatise les transgressions de l'égalité, dans la vie de communication, comme contraires au droit et à la nature (16).

Les contrats à titre onéreux, étant une partie substantielle des relations entre les hommes constitutives de la société, sont évidemment compris, en tout premier lieu, dans les exigences démontrées par Grotius. Il fonda sa doctrine relative à ce sujet sur cette constatation.

b) Grotius, à propos des contrats mentionnés, insiste sur la portée générale, en ce qui concerne la totalité des relations de la vie de communication, des observations d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin à propos de l'amitié.

Nous faisons allusion à la distinction qu'ils signalent entre : 1°) les relations dans lesquelles l'un des intéressés possède une supériorité déterminée sur l'autre, par exemple, le père sur son fils, le gouvernant par rapport au gouverné et 2°) des relations à l'intérieur desquelles aucun des intéressés ne possède semblable qualité (17). Telles sont -explique Grotius- les relations entre frères, concitoyens, amis ou *associés* (18).

Dans les deux situations, la relation, pour être correcte, doit se conformer essentiellement à l'égalité. Dans le cas contraire, l'exigence primordiale que l'on vient de voir est transgressée. Cependant -indique Grotius- afin que l'égalité soit observée, l'économie des relations doit varier en fonction des deux situations distinguées respectivement. Dans le cas de la première, l'égalité doit s'adapter à la différence des conditions des parties, sous peine que l'une d'elles se trouve lésée : le père doit être traité comme tel par son fils, etc. En revanche, dans la seconde situation, l'étalon servant à mesurer les relations est simplement l'égalité entre les hommes : *justum... ex aequo inter se viventium* (19). Saint Thomas d'Aquin observa avec perspicacité que l'égalité précède dans l'amitié et suit dans les contrats (20). La sorte de société que ces contrats impliquent confirme cette égalité, comme nous l'expliquons à la suite.

(P.G. vol. LII, Col. 301).

(16) Cfr. H. Grotius, op. cit., Livre I, chap. I, parag. 3, 1, in *Jus praedae* (Ed. cit., p. 14), Grotius assimilait déjà ce qui est bon et juste à l'égalité ($\epsilon\sigma\sigma\omega\mu\epsilon\iota\chi$) et ce qui est mal, à l'excès dans les appropriations ($\pi\lambda\epsilon\omicron\nu\epsilon\sigma\iota\alpha$).

(17) Ib. id. Liv. I, chap. I, 3, 2. Aristote VIII, *Eth. Nic.*, 6, 1158 b-7, 1158 b 11-14. Saint Thomas d'Aquin, *Sententia libri Ethicorum*, Liv. VIII, chap. 7 et sq. Nous citons cette oeuvre d'après l'édition *léonine* : "Opera omnia", vol. XLVII, IIe partie. Nous n'oublions pas l'édition Spiazzi.

(18) H. Grotius, l.c.

(19) H. Grotius, b. id.

(20) Saint Thomas d'Aquin, op. cit. Liv. VIII, chap. 7, ad. VIII, *Eth. Nic.* 7, 1158 b 29-32.

c) La similitude du lien créé par les contrats à titre onéreux entre les parties et de la réunion particulière que forme une société en général, apparaît clairement, à plusieurs reprises, dans les considérations de Grotius. Comme il le fait lui-même, il convient de dire que dans tout contrat à titre onéreux il y a, jusqu'à un certain point, une société (21) ; en effet, dans tous ces contrats sont réalisés indéfectiblement, à leur manière, des traits déterminés du contrat de société. Toutefois, si l'on compare entre eux d'autres sortes de contrats, une affirmation analogue n'est plus possible. Par exemple, ce serait une impropriété notoire de prétendre que dans les contrats d'achat et de vente il y a une certaine location. S. de Coccei, commentateur classique du "Droit de la guerre et de la paix", mentionne particulièrement cette indication de Grotius de la conformité des contrats à titre onéreux à la société, fondée sur une correspondance déterminée de leurs caractères respectifs (22).

Parmi ces traits communs, Grotius souligne l'utilité mutuelle des intéressés dans la transaction commerciale, c'est-à-dire, les avantages qu'elle leur procure réciproquement. Grotius traduit par *permutatorius* le mot employé par Aristote pour désigner les contrats à titre onéreux : $\pi\epsilon\upsilon\sigma\alpha\sigma\iota\varsigma$, vente, par opposition à $\epsilon\upsilon\delta\omicron\tau\iota\varsigma$, donation (23). Barbeyrac interprète *permutatorius* comme "acte utile à l'une et l'autre parties" (24). D'autre part, en ce qui concerne le Droit Romain, il rappelle que, selon ses règles, la communauté des profits est à tel point le propre de la société que celle-ci ne peut exister en son absence (25). Godefroy exagérait la communauté, ainsi créée dans les contrats, en la qualifiant de "confrérie" (26). Les contrats à titre onéreux diffèrent sans doute de la société en raison de la manière selon laquelle sont poursuivis les intérêts communs des parties : dans les contrats à titre onéreux la séparation de ces intérêts est maintenue alors que la société les réunit. Cette différence n'échappa point à Grotius (27).

Enfin, observe-t-il, les intérêts convergents des parties portent aussi bien dans les contrats à titre onéreux en général que dans la société, quant aux deux parties, sur des objets matériels et non pas simplement sur des objets moraux, comme cela se produit

(21) Supra note 7.

(22) Samuel de Coccei. Additio e, a "H. Grotius. De iur. b. ac p., Liv. II, chap. XII, 9, 1, in "Henrius de Coccei. Grotius illustratus seii commentarii ad De iur. ac p. libros" (1746), vol. II, fol. 177.

(23) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 2.

(24) H. Grotius, l.c., TR. J. Barbeyrac (1746) I° I, fol. 417.

(25) H. Grotius, op. cit. Liv. I, chap. XII, 24, 2. Cfr. Edouard Cug. Manuel des institutions juridiques des Romains (1928), pp. 495-497.

(26) Glosa 20, in "Institutionum vel Elementorum D. Justiniani", Liv. III, Tit. XXVI de societate, Ed. C.I.C. Leewen, vol. I (1726), fol. 40.

(27) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 24, 2.

dans les contrats de bienfaisance ou à titre gratuit (28). Ajoutons qu'Accurse insistait sur ce trait en se référant à la société. Il signalait que la société tend à l'enrichissement de ses membres et à l'obtention par ces derniers de profits (29). Parmi les contrats à titre onéreux, le cas le plus typique où l'on rencontre cette qualité matérielle des objets est le contrat d'achat et de vente, dans lequel le prix doit consister en une somme d'argent.

De telles indications de traits communs aux contrats à titre onéreux et à la société confirment tout autant la possibilité que la nécessité de l'égalité dans ces contrats. Sa méconnaissance entraînerait la négation d'une exigence constitutive de la vie de communication entre les hommes.

5 - En empruntant la voie que nous venons d'indiquer, Grotius a fixé dans le droit, avec une précision et une force insolites, le point de référence de l'égalité dans les contrats à titre onéreux dont Aristote insinua le principe en l'introduisant dans la "Politique" et que Saint Thomas d'Aquin mit en évidence, en des termes définitifs, dans la "Somme Théologique". Ce principe est le suivant : les contrats à titre onéreux, étant conclus en vue de l'utilité commune des parties, ils ne doivent pas peser plus sur l'une que sur l'autre (30).

6 - L'analyse de la structure des contrats à titre onéreux que pratique Grotius, notamment dans le "Droit de la guerre et de la paix", apporte de nouvelles confirmations de l'égalité dans les contrats à titre onéreux que ses principes imposent. Cette analyse de Grotius a marqué définitivement les aspects sous lesquels ont été invariablement traitées depuis les questions touchant à cette égalité, dans la philosophie et dans les sciences du droit. Les conclusions auxquelles est parvenu Grotius concernent le comportement des parties entre elles avant et après le contrat et, enfin, à l'intérieur même du contrat (31).

7 - En ce qui concerne la conduite réciproque des parties antérieurement à la conclusion du contrat, Grotius remarque que l'égalité est altérée par toute action de l'une des parties tendant à diminuer la capacité de l'autre, soit quant à sa compréhension de l'acte, soit quant à sa décision. Il peut donc y avoir atteinte à son intelligence ou à sa volonté.

(28) H. Grotius, *ib. id.*, 13, 1.

(29) Accursio, in "Institutiones J.", Tit XXVI, Liv. IV, Cfr. Index iuris civilis par S. de Aoiz, au mot "societas" (Ed. C.I.C. Ed. I, Feli, 1627).

(30) Aristote, I Pol. 9, 1257 a 14-19. Saint Thomas d'Aquin, Expositio *ib. id.* (Lecc. VII, n° 113, ed. Spiazzi) ; Sum. Theol. IIa. II ae., q. 77, a. 1.

(31) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II, chap. XII, 8-10.

a) L'égalité dans le contrat se trouve lésée par rapport à l'intelligence, si l'un des intéressés cache à l'autre un vice de la chose qu'il connaît et que le second n'est pas à même de percevoir. Une telle occultation rend son auteur responsable des préjudices entraînés par les conséquences de l'inégalité qui en résulte dans le contrat. Grotius cite à son appui Cicéron, Diogène de Babylone, Saint Ambroise, Lactance, Diego de Covarrubias y Leiva (32).

b) La seconde sorte de défauts qui lèsent l'égalité dans les contrats est la crainte causée à l'un des contractants par la violence que l'autre exerce sur lui afin de lui arracher son consentement ou, tout au moins, une expression de celui-ci (*vis et metus*) (33). Grotius illustre ses affirmations en rappelant la décision célèbre des Lacédémoniens, contée par Xénophon. Ils annulèrent le contrat d'achat et de vente d'un terrain considérant qu'il est tout aussi injuste d'extorquer un homme plus faible sous le prétexte d'une convention qu'il est de le faire par le simple usage de la force (34).

c) Quant aux contrats en eux-mêmes, Grotius montre que l'égalité consiste essentiellement en ce qu'aucune des parties n'exige de l'autre une prestation plus importante que celle qu'elle considère comparable à la prestation qu'elle offre elle-même (*putatum exactum quam par est*) (35). Nous verrons plus loin les critères que Grotius fournit pour cette appréciation.

Grotius renforce cette condition en donnant un argument pris à l'intérieur même du domaine contractuel : jamais l'une des parties d'un contrat à titre onéreux ne doit donner lieu à ce qu'elle puisse prétendre plus tard que ce qu'elle a reçu en vertu du contrat représente une donation. Il n'est pas habituel, en effet -ajoute-t-il-, que l'esprit de ces contrats soit de faire des donations ; on ne peut présumer un tel esprit à moins qu'il soit évident. Cela, donc, que les parties du contrat donnent ou promettent doit être tenu pour donné ou promis à titre de prix dû en échange de ce qu'elles donnent (36). Grotius cite les paroles sévères par lesquelles Saint Jean Crisostome censure comme un vol le paiement de prix non conformes à l'égalité (*ἡ ἰσονομία*) (37). Il cite en ce sens un épisode réputé exemplaire, mentionné par l'auteur de la vie d'Isidore dans Photius : Hermias, un jour

(32) *Ib. id.*

(33) H. Grotius, *op. cit.* Liv. II, chap. XII.

(34) Xénophon, *Hist. graec.*, III.

(35) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II, chap. XII, 11, 1 y XII, 2.

(36) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II, chap. XII, 11, 1.

(37) Saint Jean Crisostome, *Johann Homilia*, LX (al. LIX), n° 6, P.G., vol. LIX, col. 334 (dans l'*editio maior* citée, cette homélie porte le n° LXI).

qu'on lui demanda pour un livre un prix qui lui parut trop bas, comprenant que le vendeur en ignorait la valeur, augmenta ce prix, pensant que ne pas le faire constituerait une injustice, quand bien même beaucoup ne s'en rendent pas compte d'ordinaire (38). Les juifs -indique Grotius- interprètent de la même façon le livre du "Lévitique" "Si tu commences, si tu vends à ton compatriote, ou si tu lui achètes quelque chose, qu'aucun ne spolie son frère... qu'aucun d'entre vous ne spolie son compatriote. Ainsi, tu observeras la crainte de Dieu" (39).

8 - L'égalité dans les contrats à titre onéreux, d'après Grotius, consiste par conséquent en ce qu'aucune des parties ne cache à l'autre quelque chose qu'elle doit lui communiquer ; en ce qu'elle n'exerce pas sur elle de violence et, enfin, en ce qu'elle n'exige pas plus de ce qu'elle pense être dû en échange de ce qu'elle lui octroie. De plus, si un vice apparaît par la suite dans la chose même ou s'il y a eu erreur sur le prix, même sans qu'une faute ait été commise, l'inégalité qui en résulte et se manifeste ainsi doit être réparée. Dans ces contrats, affirme-t-il, l'intention est ou doit être que l'un obtienne autant que l'autre et cela même si les lois positives n'assurent la protection des deux contractants que de façon limitée (40). Cicéron observe que les lois corrigent les iniquités (*iniqua*) dans la mesure où celles-ci peuvent tomber sous le pouvoir de l'Etat (*teneri in manu*). Mais cela n'empêche pas ceux qui considèrent les choses avec sagesse (*philosophi*) de rectifier ces iniquités autant que le conseillent l'intelligence et la raison (41). Nous indiquerons un peu plus tard les conclusions qui se dégagent de l'enseignement de Grotius à propos des délicates questions posées par la mise en pratique des énoncés précédents.

9 - Grotius n'omet pas de laisser entendre que l'égalité doit aussi être réalisée à sa manière dans les contrats à titre gratuit. Mais il constate avant tout que cette nécessité provient, au delà des lois civiles, du droit déterminé par la nature (*jus naturae*). Pour accréditer cette affirmation, il prend soin de montrer qu'une telle nécessité est reconnue même par des auteurs qui ne considèrent pas cette matière du point de vue des lois, et ceci, non seulement dans la culture humaniste, mais aussi à

(38) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 11, 1. Sur l'épisode d'Hermias : "Ex Isidori philosophi Vita Damascio auctore", in "Photius, Miriobiblon sive bibliotheca", P.G. vol. C III, col. 1270.

(39) Lev. XXV, 14, 17, Grotius renvoie, à propos de ce texte, à Moïse de Kotzi, "Praecepto iubente", LXXXII. Barbeyrac résume le même texte biblique en disant que celui-ci interdit de brimer son prochain dans les ventes (comprendons, paritate causa, dans les contrats à titre onéreux en général ad H.1., Tr. cit.).

(40) H. Grotius, op. cit., Liv. III, chap. XVIII.

(41) Cicéron, De officiis, Liv. III, chap. XVIII.

l'intérieur d'autres cultures (42). En particulier, il cite un passage du "Guide des égarés" (ou "Docteur des perplexes") de Moïse Maïmonide (43). Pour notre part, dans cette oeuvre, nous trouvons la mention du concept *cedeka*, mot arabe qui dérive - dit-on- de *cedek*, c'est-à-dire, dans la langue juridique, "équité ou accomplissement des devoirs qui incombent à un homme envers un autre" (44).

10 - Grotius a relevé ainsi, avec une perfection jamais atteinte avant lui dans le domaine juridique, les critères fondamentaux selon lesquels l'égalité est déterminée dans les contrats à titre onéreux constitutifs de droits. La contribution de Grotius à la libération de l'esprit juridique des idées erronées préconçues depuis le Bas Empire, consiste, surtout, dans l'élucidation de ces critères.

Ceux-ci, selon que Grotius le discerne, reposent sur les deux notions capitales exprimées à cet égard depuis Aristote et Saint Thomas d'Aquin, abondamment expliquées par les Scolastiques de la tradition aristotélico-augustinienne-thomiste et appliquées par les jurisconsultes de la même tendance. Ces notions sont, d'une part, la *nécessité* ou *besoin* qui se traduit par le *désir* et, d'autre part, l'*estimation subjective*.

Grotius soutient nettement que la nécessité ou besoin qu'éprouvent les hommes à l'égard de biens -choses ou services- possédés ou prêtés par d'autres, est le stimulant fondamental des contrats à titre onéreux et, par là même, la mesure la plus naturelle (*maxime naturalis*) de la valeur des objets impliqués, en accord -dit-il- avec ce qu'Aristote a justement (*recte*) montré (45). Le philosophe observe, en effet, que les intéressés dans les contrats prennent en compte, en commun, ces objets, à cause de quelque chose qui les englobe tous, à savoir la nécessité ou besoin (ἡ ἄρεια) qu'ils éprouvent à leur égard. "Si les hommes -ajoute-t-il- n'ont pas besoin des objets que les autres détiennent ou n'ont pas besoin d'eux réciproquement, il n'y a pas de contrat ou alors il est de forme différente" (46). Comme le fait remarquer Grotius, cette nécessité est prise en considération de façon prédominante, sans que soient admissibles les opinions contraires

(42) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 13, parag. "Par conséquent, tout ce que je viens de dire aux lois des Romains tout en ne trouvant pas son origine dans ces lois mais dans l'équité naturelle. C'est pourquoi on trouve aussi de semblables décisions parmi d'autres peuples".

(43) Moïse Maimonides. Le guide des égarés (o. "Doctor de perplejos"), Tr. S. Munk (Ed. 1950) T° III, chap. 43.

(44) Op. cit., T. III, chap. 53, p. 445. Cfr. ib. id. : "L'équité consiste à réaliser le droit à l'égard de quiconque pourra l'invoquer et à donner à chacun selon son mérite".

(45) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 14, 1.

(46) Aristote, V. Eth. Nic., 9, 1133 a 25.

des peuples "barbares", c'est-à-dire ceux qui ne jouissent pas de la civilisation (47).

Mais, cependant, continue Grotius, la nécessité ou besoin n'est pas la seule mesure de l'estimation des objets sur lesquels porte le contrat : "La volonté des hommes, qui est la maîtresse des choses (*rerum domina*) désire beaucoup plus que ce qui est nécessaire" (48). Parmi les différents auteurs que Grotius invoque à cet égard, il transcrit en particulier le célèbre passage de la "Cité de Dieu" de Saint Augustin qui met en pleine lumière la condition spécifique des jugements relatifs à la vie pratique à la différence de ceux relatifs à la vie théorique, en faisant expressément référence aux prix dans les contrats. Les jugements pratiques -montre Saint Augustin- sont déterminés par l'*estimation* et la préférence qui en découle du sujet. Les jugements spéculatifs, par contre, se conforment par eux-mêmes aux raisons objectives (49). Cette distinction fut suggérée avec insistance par Aristote ; mais c'est Saint Augustin qui l'exprima catégoriquement sous la forme que la pensée philosophique a conservée. L'Axiologie actuelle s'en inspire tout en négligeant cependant fréquemment des conditions indispensables au succès de son utilisation. Saint Thomas d'Aquin et ses disciples développèrent cette distinction au point d'instituer, en prenant appui sur elle, la théorie dite des jugements "par connaturalité" (50).

En ce qui concerne notre sujet, Grotius insiste sur le corollaire qui découle de la distinction mentionnée, en se servant d'affirmations d'écrivains classiques. Elles sont utiles même pour montrer que l'importance qu'a reconnue Grotius -après les Scolastiques- à l'estimation quant aux prix et valeurs dans les contrats n'est pas une simple affirmation doctrinale mais un reflet de la réalité effective. Plinie disait : "C'est le désir (*luxuria*) qui fait le prix des perles" (51). Cicéron observait : "Notre désir des choses est la mesure de notre estimation à leur égard" (52). Nous donnerons plus bas d'autres références.

11 - Le fait que les cours du marché ou prix courants sont généralement pris en compte dans l'établissement des contrats, n'inquiète pas Grotius dans sa reconnaissance du rôle principal des estimations des intéressés en ce qui concerne la valeur des objets et par conséquent l'égalité dans les relations

(47) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, 14, 1.

(48) ib. id.

(49) Saint Augustin, *De civitate Dei*, Liv. XI, chap. XVI (P.L. vol. XLI, col. 331).

(50) Sur l'action de juger "selon la connaturalité" ou "selon une certaine connaturalité, ce qui a évidemment une importance particulière dans les actes de la vie pratique, voir : *La libertad eleccion, amor, creacion* (1969), p. 344-345.

(51) Plinio. *Nat. hist.*, IX, 35.

(52) Cicéron, *In Verrem*, IV, 7, 14.

contractuelles. Une telle attitude est logique. Depuis qu'E.V. Böhm-Bawerk publia ses minutieuses analyses dans son oeuvre "Capital et intérêt" (53), on sait avec certitude que la considération des prix du marché dans l'établissement des contrats ne contredit pas la notion des valeurs fondée sur les estimations subjectives. Une telle considération est le moyen convenable de vérifier cette notion dans la plupart des transactions effectuées dans une économie évoluée. D'autre part, Grotius reprend, en une synthèse bien ordonnée, les observations minutieuses des Scolastiques et des jurisconsultes en accord avec eux sur les différentes situations dans lesquelles les contractants s'éloignent, y compris sciemment, des prix courants sans léser pour autant l'égalité, mais bien plutôt en l'affermissant. En suivant cette voie, il est parvenu, dans le droit, à rectifier l'hypothèse classique de la Glose, selon laquelle les prix conformes à l'équité sont nécessairement ceux communément (*communiter*) utilisés. Cette supposition fut due à une interprétation abusive des sentences de Paul à propos des lois Aquilia et Falcidia (54). Grotius, par contre, corrobore le lien normal existant entre les prix et les estimations subjectives au moyen de la citation des mêmes fragments de Paul, permettant ainsi leur compréhension correcte, en accord, d'ailleurs, avec des sentences expresses du même jurisconsulte romain (55). Grotius relate enfin les circonstances en vertu desquelles, comme le précisèrent les Scolastiques, surtout le Père L. Lessius S.J., (56) les estimations courantes sont correctement laissées de côté (57), ce qui accrédite bien le fait que ces estimations sont indicatives et non pas déterminantes ni encore moins prescriptives.

A propos de ce dernier point, Grotius rappelle l'enseignement d'Aristote selon lequel les estimations du marché ne sont pas des tarifs certains ou *in puncto* (ἔν στυλμῶ), à la différence des prix imposés par les lois ("prix légitimes") (58). De plus, il remarque que bien que les estimations courantes prennent habituellement en considération le travail et les dépens, les prix varient rapidement selon l'abondance ou la rareté soit des marchandises, soit des intéressés, soit de l'argent. Grotius, enfin, prend en compte les circonstances "accidentelles" qui se

(53) Eugen von Böhm-Bawerk, Kapital und Kapitalzins (1884-1889), Tr. Ingl. G.D. Huncke y It. F. Semholz (1959), vol. II, p. 181 sq.

(54) Summa de Baldo y glosas in L. 33, Paulus. Digesto, Liv. IX, tit. II, ad legem aquiliam. Sumario de Bartolo y glosas in L. 63, Paulus, Digesto, Liv. XXXV, tit. I, ad legem falcidiam (C.I.C., Ed. I, Fehi, cit.).

(55) L. 22, 3, Paulus. Digesto, Liv. XIX, tit. II, loceti conducti ; L.63, 2, Paulus. Digesto, Liv. LXXXV, tit. II, ad legem falcidiam. Cfr. Gaius., Institutiones, III, 212-214 lie le prix aux estimations in casu (Ed. Kruger y Studemund, 1900, p. 150-151).

(56) P. Leonardo Lessius S.J. De iustitia et iure (1622). Liv. II, chap. 21, Dub. IV.

(57) H. Grotius, op. cit. Liv. II, chap. XII, 14, 1.

(58) Ib. id. Liv. II, chap. XII, 14, 2.

produisent à tout moment et déterminent des prix tantôt supérieurs, tantôt inférieurs à ceux communément pratiqués. En substance, il réduit de tels "accidents" aux termes employés par les Scolastiques et les jurisconsultes de tendance proche, qui sont les termes classiques, à savoir : cessation des avantages que la possession, l'usage et la jouissance, et la disponibilité des choses signifient pour l'intéressé qui s'en dessaisit (*lucrum cessans*) ; dommages qu'occasionne leur privation, même à cause de l'attachement particulier que l'intéressé éprouve à leur égard, et l'impossibilité dans laquelle leur abandon le place quant aux autres applications profitables (*damnum emergens*) et, finalement, risques et périls, spécialement chaque fois que la prestation reçue consiste en des promesses (*periculum sortis*). Grotius considère également les avantages ou désavantages qui peuvent dériver, pour l'une ou l'autre des parties, respectivement de l'anticipation ou du retard de la délivrance des biens ou services sur lesquels porte le contrat.

- II -

12 - Rapportons les vérifications de Grotius, que montrent les analyses précédentes, au grand débat actuel sur les matières économique-juridiques. Les premières questions discutées portent sur le régime des transferts de biens, produits par des membres de la communauté, à d'autres membres. Aussi, les controverses concernent-elles particulièrement les contrats à titre onéreux. Le point le plus ardemment controversé est l'égalité ou l'équité.

Actuellement, la réfutation -certes, souvent passionnée- de la possibilité et de la nécessité de cette qualité dans les contrats s'appuie d'ordinaire, en définitive, sur les objections que lui a opposées K. Marx. De telles objections sont peut-être le fondement principal de l'énorme argumentation du "Capital" contre le système de la propriété privée des moyens de production. Les utilisations de cette oeuvre sont faites soit expressément, soit tacitement ; parfois elles sont inconscientes ou bien motivées par des intentions profondes qui vont même jusqu'à s'opposer aux intentions notoires de Marx. Cette divergence des mobiles n'amointrit par la virulence des effets qu'entraîne l'adoption de ses positions (59).

(59) Les citations des écrits de Marx faites dans le texte sont prises dans "Karl Marx...". Les écrits de Marx non inclus dans cette édition, ont été consultés dans "Marx-Engels...". Nous n'oublions pas non plus : "K. Marx, Oeuvres", Ed. par M. Rubal et J.-J. Raspaud ; Tr. du Premier Livre du "Capital" par J. Roy, "entièrement revue et corrigée par Marx" (Ed. Sociales, 1950) ; "Le Capital" éd. par J.-P. Lefebure et G. Badia (1976-1983). En ce qui concerne les références aux écrits de Marx, comme également à ceux d'autres auteurs mentionnés dans le texte, qui ne

13 - Marx ne nia point le fait de l'égalité en tant que condition des contrats à titre onéreux normaux. Au contraire, lui-même le déclare avec insistance dans "Le Capital" et s'y étend de façon excessive. Selon ses propres termes "La loi du marché est : équivalent contre équivalent", et ses raisonnements retiennent l'observation constante de cette loi.

De cette manière, Marx s'écarta de la pratique de ses prédécesseurs qui avaient réfuté l'égalité à laquelle nous nous référons, en particulier de T. Hobbes (1588-1679). La procédure qu'ils avaient utilisée à ce sujet consistait en un rejet clair et net. Une telle conduite de l'attaque s'avérait inefficace, étant donné que, nonobstant les déclamations et les essais contraires (infructueux), la reconnaissance de l'égalité continuait de faire partie, avec une intensité croissante, des convictions et des aspirations générales. C'est ce qu'attestaient la sanction contenue dans le Code civil français et l'accueil qu'une telle sanction avait rencontré en tous lieux.

Marx, de son côté, confessa nettement le fait de l'égalité en question ; mais il s'appliqua avec un courage insolite à démontrer que, de par la constitution même des contrats, elle n'est qu'une imposture et une tromperie. Selon sa doctrine, les contrats à titre onéreux sont radicalement entachés d'iniquité.

L'examen scientifique des arguments respectifs de Marx conduit indubitablement à la conclusion que ses attaques n'affectent pas la justesse de ce dont nous parlons. C'est ce que prouvent l'insuffisance des raisons alléguées et, notamment, le fait qu'elles concernent, non pas les contrats de la vie de communication, que tous nous connaissons et pratiquons, mais des objets imaginaires que Marx désigne de façon erronée sous le nom de contrats, mais qui en sont distincts. Il s'agit d'objets spéculatifs, simples *vues de l'esprit*, malgré des ambiguïtés et les apparences trompeuses de ses discours. L'effort rhétorique de Marx, dans le domaine qui nous occupe, tend à disqualifier et dénigrer les contrats effectifs au moyen de l'insinuation subtile qu'il existe, en ce qui les concerne, des obstacles à l'égalité qu'il dénonce par référence à ses inventions de système. Les aspects qu'il prend en considération, dans ce but, sont précisément ceux que l'enseignement de Grotius discerna et qu'il contribua à définir et à développer de façon décisive.

14 - En premier lieu, les hypothétiques contrats à titre onéreux dont traite Marx, appelés échanges, consistent essentiellement en des relations entre les *choses*, c'est-à-dire, les

concernent pas directement notre présent sujet, afin de ne pas trop allonger ces notes, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux indications que nous donnerons dans de prochaines études sur des thèmes voisins.

biens matériels ou les services -dans sa terminologie, les marchandises- qui seraient impliquées dans les prestations réciproques. L'intervention des hommes dans ces supposées relations se limite à des activités qui, tout en étant exécutées par eux, sont subordonnées aux choses elles-mêmes et sont déterminées par leurs impulsions.

Cette idée de Marx, selon laquelle les "contrats à titre onéreux" qu'il considère, signifient, par leur essence même, des relations, qu'il qualifie de sociales entre les choses (*gesellschaftliche Verhältnisse des Sachens*) est le *leitmotiv*, tantôt déclaré, tantôt implicite de tous ses discours sur ce sujet. C'est ce que révèlent aussi bien ses énoncés didactiques que les allégories qu'il insère de façon significative dans "Le Capital". Celles-ci sont empreintes de suggestions de caractère magique -comme cela est devenu maintenant une évidence- en dépit de l'apparat scientifique dont l'oeuvre est revêtue.

La primauté absolue ainsi attribuée aux choses utilisées sur les hommes, en ce qui concerne les soi-disant contrats, constitue le cas particulier, le plus longuement développé par Marx, de sa théorie gnoseologico-métaphysique. A l'intérieur de cette théorie, comme il le déclare catégoriquement entre autres, dans le premier livre de "L'idéologie allemande", en partant de postulats conventionnels, entièrement *a priori*, il soutient la sujétion totale de la sensibilité, de l'entendement et de la volonté des hommes à la matérialité de l'Univers, par l'intermédiaire des impulsions de besoin que les choses matérielles provoqueraient dans leurs âmes. Elles exciteraient irrésistiblement leurs appétits - surtout de possession- fondés sur leurs nécessités ou leurs convenances. Selon sa formule classique, qui figure dans le Prologue de la deuxième édition allemande du "Capital" : l'intellectif (et, par tant, le volitif, en plus, bien sûr, du sensible), n'est que le reflet de la transposition du matériel dans le cerveau des hommes (*Das Ideelle nichts anderes ist das im Menschenkopf umgesetzte und übersetzte Materielle*).

En ce qui concerne les contrats à titre onéreux, Marx essaie de faire croire qu'à la suite du postulat transcendantal mentionné, "les personnes n'ont rien à faire ici (dans ces contrats) si ce n'est mettre en relation entre elles des choses déterminées, comme des marchandises". Dans l'établissement des contrats, les hommes agiraient comme de simples "gardiens ou protecteurs" (*Huttern*) des choses. Leur volonté habite en elles (*diesen Willen in jenen Dingen haust*).

Marx a même proposé une définition du contrat que les références précédentes rendent transparente dans toute sa signification et sa gravité. Cette définition dit ceci : "Cette relation juridique qui a pour forme le contrat, indépendamment

du fait qu'elle s'accorde ou non aux lois, est une relation de volontés qui reflète la relation économique (*worin sich das ökonomische Verhalten widerspiegelt*). Le contenu de cette relation de droit ou de volonté -poursuit Marx- est donné par la relation économique même. Les personnes n'existent, les unes par rapport aux autres, qu'à titre de représentants des marchandises, et cela, parce qu'elles en sont les possesseurs" (*repräsentanten von Ware und daher als Werensbesitzer*). Les affirmations catégoriques ainsi formulées sont poussées par Marx jusqu'à leur extrême, lorsqu'il prétend que "les qualités au nom desquelles les hommes agissent dans les contrats (c'est-à-dire, les qualités de vendeur, acheteur, bailleur, preneur, etc.) ne sont que les masques caractéristiques au moyen desquels ils personnifient les relations économiques et sous l'apparence desquels ils traitent les uns en face des autres". (*Die ökonomischen charaktermasken der Personen nur die Personifikationen der ökonomischen Verhältnisse sind, als deren Träger sie sich gegenübertraten*).

A partir de ces hypothèses arbitraires, la réfutation capitale de l'égalité qui nous occupe, se fonde, comme le déclare Marx, sur l'impossibilité de rapporter la notion d'égalité à des termes hétérogènes. Par suite, selon l'auteur, l'égalité dans les contrats, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, ne serait que vaine et - comme on le verra- frauduleuse.

Une semblable réduction des contrats à des relations fondamentalement entre les choses et non entre les personnes et la dénégation consécutive de l'égalité dans les contrats contredisent à tel point les données de l'expérience commune qu'habituellement lorsqu'on traite de la doctrine de Marx on les laisse dans l'ombre. Ses adeptes, dans leurs exposés de vulgarisation, dissimulent de semblables invraisemblances et les adversaires craignent de paraître dénoncer des absurdités (60). En fait, aujourd'hui, les minutieuses analyses scientifiques de l'acte contractuel du point de vue économique effectuées dans les recherches en Economie politique, depuis l'illustre fondateur de l'Ecole autrichienne, K. Menger (1840-1921) (60 bis) jusqu'à, actuellement, M. N. Rothbard, mettent en évidence le rôle intrinsèquement décisif joué par les contractants, suivant leurs estimations et leurs préférences subjectives. Ce sont ces estimations qui déterminent

(60) Les études philosophiques marxistes soulignent systématiquement depuis longtemps, la "chosification" des relations sociales, principalement les contrats onéreux, dans la théorie de Marx : V. Roman Rosdolsky, Isaac Rubine, P. Machérey, Vitaly Salomovitch Kydgorosky, etc.

(60 bis) Karl Menger, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre. Principles of economics*, première partie générale, traduite et éditée par J. Bruwell and B.-F. Heselitz avec une Introduction par F.-H. Knight (1950). Murray N. Rothbard, *Man, Economy and State* (1970).

le contenu du contrat, aussi bien quant aux prestations réciproques qu'à l'égalité de la relation.

Du reste, les prétentions de Marx sont effectivement éliminées depuis les commencements des réflexions conduites dans la civilisation humaniste à propos des contrats à titre onéreux. Pour nous en tenir aux seuls faits du domaine juridique, la définition donnée par les juristes romains excluait déjà *in limine* la conception que nous venons de rapporter, étant donné que cette définition caractérisait les contrats, selon la formule du Digeste, par le consensus de deux (personnes) ou davantage sur un même objet (*Duorum vel plurimum in eodem placito consensus*). En ce qui concerne l'incompatibilité de l'égalité et des contrats, alléguée par Marx par référence à l'hétérogénéité des termes mis en comparaison, Aristote et Saint Thomas d'Aquin ont prévenu avec finesse l'impropriété d'une telle objection. Comme ils le signalèrent, la relation contractuelle provoque chez les intéressés des états psychiques particuliers, soit de plaisir, soit de contrariété, qui sont, respectivement du même genre et, par conséquent comparables entre eux en termes d'égalité ou d'inégalité. C'est, ainsi, une évidente erreur de Marx que de référer ladite égalité aux objets qui sont les instruments des prestations réciproques, comme s'ils étaient utilisés en eux-mêmes dans le contrat et non -ce qu'il arrive dans la réalité- sous l'angle des appréciations des parties. En définitive, il s'agit du commun accord auquel fait référence la définition des Romains. A partir du Bas Moyen Age, de Saint Albert le Grand (1193-1280) cette question a été évoquée sous le concept de valeur, appréciée certainement de façon subjective. S. Puffendorf (1632-1694) (61) qui développa les vues de Grotius après les Scolastiques, réduisit formellement à cette notion l'égalité dans les contrats, et sa pensée est demeurée intégrée à l'esprit juridique et économique de la civilisation. A cause de l'idée préconçue de son système que nous avons examinée, Marx ne pouvait pas le percevoir, comme nous le verrons maintenant.

15 - La deuxième allégation de Marx contre l'égalité dans les contrats à titre onéreux prolonge la première. Elle concerne d'emblée la valeur, c'est-à-dire le concept sur lequel, comme nous venons de le dire, s'est concentrée depuis les Scolastiques la considération de l'égalité dans les contrats. Comme conséquence de sa conception du contrat comme relation essentiellement entre les choses, Marx refusa de reconnaître la nature de la valeur fondée sur les estimations subjectives réciproques, ancrée dans l'esprit de la civilisation. Il adopta, en revanche, une notion de la

(61) Samuel Puffendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, dernière édition (1968), Liv. I, chap. I, parag. 22 ; Liv. V, chap. I, 2, Chap. III, I.

valeur que T. Hobbes avait insinuée dans ses argumentations en faveur de l'absolutisme des monarques anglais et qui fut promptement développée par son disciple W. Petty afin de donner une justification apparente aux exactions que commettaient les Anglais à l'égard des Irlandais dont ils avaient envahi l'île. Nous faisons allusion à la conception de la valeur économique calculée dans les contrats à titre onéreux, qui réduit cette valeur au temps de travail appliqué à la production de la chose. Marx affirme : "La mesure de la quantité de la valeur est la durée du travail", et en ce qui concerne l'égalité : "les marchandises qui contiennent des quantités égales de travail ou qui peuvent être produites dans le même temps ont, par conséquent, la même valeur". On répète fréquemment que Marx cite sur ce point les économistes anglais classiques comme inspireurs de sa théorie de la valeur-travail. Il faut, cependant, remarquer qu'il interprète de façon erronée les propositions respectives d'A. Smith et aussi de D. Ricardo, de même qu'il ne fit aucun cas de la rétractation de T.R. Malthus de ses opinions antérieures sur le sens desquelles il fonde ses arguments. D'autre part, Marx cite plusieurs fois la théorie de Petty, sur ce point, comme le principal antécédent de la science. On sait, actuellement, que la notion de valeur-travail, en particulier en ce qui concerne les contrats, est convaincue d'irréalité et d'impropriété. Les auteurs marxistes mêmes reconnaissent son incapacité à déterminer une théorie cohérente des prix et, par conséquent, des contrats (Cf. J. Robinson). E. Goblot, également de tendance marxiste, oppose à la prétention de Marx, le fait qu'aucun acheteur attentif -comme il se doit- aux avantages que la chose acquise devra lui apporter, ne pense au temps de travail que cette chose aura requis. D'ailleurs, cette appréciation n'est pas à sa portée et, dans l'état industriel de l'économie -comme c'est le cas de nos jours- tout à fait irréalisable. Les qualifications artificieuses de temps de travail "moyen ou socialement nécessaire" ou "travail standard", proposées par Marx ou ses partisans pour remédier à ces difficultés, s'avèrent inutiles, comme on le reconnaît communément. Elles sont même tombées dans l'oubli. D'ailleurs, il convient lui-même dans "Le Capital" qu'on omet souvent, dans les contrats, de mentionner cet aspect. Böhm-Bawerck souligne qu'ainsi Marx a détruit de ses propres mains sa théorie. Le dictionnaire de théologie catholique de A. Vacant souligne que L. Von Mises, dans "Le Socialisme. Etude économique et sociologique", a mis en relief, de manière parfaite, et définitive (en ce qui concerne Marx, en particulier) que la socialisation des capitaux aboutit rigoureusement à la négation de l'économie (62)

(62) Dictionnaire de Théologie Catholique, de A. Vacant, t. XIV, IIe partie, "Socialisme", Col. 2324.

16 - La troisième allégation de Marx concerne l'appropriation, par la partie qui aliène les marchandises à des tiers, de la différence qui se produit normalement entre le prix de ce transfert et le coût de la production de la chose. Une telle appropriation de cette différence -la fameuse plus-value du marxisme- signifierait, comme le prétend Marx, un dépouillement par les possesseurs du capital, aux dépens des travailleurs qu'ils emploient, d'une portion du produit de la Force de travail dispensé. La plus-value retenue signifierait, selon ses termes, "travail non payé".

Cette hypothèse contredit la propre supposition de Marx dans la définition de la situation où se produirait le prétendu dépouillement. Comme il l'indique en décrivant cette situation, l'employeur, au terme du travail effectué, paierait invariablement aux travailleurs la totalité de la valeur de la force de travail qu'ils ont appliquée. De plus, une telle supposition correspond à l'idée de Marx selon laquelle, dans le marché, s'accomplit toujours la loi d'équivalent contre équivalent (idée exagérée, comme on le verra plus bas).

Abstraction faite de cette contradiction, l'accusation de Marx, de dépouillement, sous prétexte de la retenue de la plus-value, est évidemment erronée en ce qui concerne les contrats normaux de la vie réelle, qui plus est, elle s'oppose aux faits incontestables de l'expérience commune. Certes, il peut arriver, et c'est ce qui se produit parfois, que certains producteurs ne payent pas aux travailleurs les rétributions qu'ils leur doivent. Nous verrons plus bas les moyens que suggèrent les acquis de la civilisation pour corriger tant bien que mal de telles anomalies. A l'inverse, survient aussi le fait -en particulier à cause des prescriptions des gouvernements ou des privilèges qu'ils accordent, avant tout, à des syndicats déterminés- que les producteurs se trouvent contraints de verser aux travailleurs des rétributions disproportionnées, comme le manifestent les liquidations et les banqueroutes qui en découlent. Mais cependant, de semblables éventualités -en aucun cas inéluctables- n'impliquent aucunement que les retenues mentionnées signifient nécessairement dépouillements des travailleurs de la part des producteurs. Ils sont patents les titres indubitablement justifiés, aussi bien du point de vue économique que juridique et éthique, qui légitiment cette retenue, plus encore, qui la rendent fréquemment indispensable individuellement et socialement. La condition de propriétaire des marchandises que revêt le producteur lui donne la faculté d'en disposer à sa guise, sans que pèse sur lui, à moins d'une raison spéciale, l'obligation de partager avec des tiers les compensations qu'il obtient. Les transferts de ses biens, en propriété ou en usage, qu'il effectue,

sont des transactions commerciales distinctes des contrats de louage de service ou d'ouvrage qu'il aurait conclus avec les travailleurs qu'il emploie et, bien qu'il soit souhaitable que ces contrats se rapprochent d'une certaine association, ils sont en soi indépendants des événements futurs touchant aux choses produites. S'il n'en était pas ainsi, les ventes à perte, auxquelles le producteur peut se trouver contraint, habiliteraient ce dernier à répéter contre les travailleurs les parts proportionnelles de ses pertes. D'autre part, l'investissement en capital fait par le producteur pour obtenir la marchandise implique, de manières diverses mais certaines, la cessation du profit, l'émergence de dommage et les risques et périls signalés plus haut qui, sans que personne ne le nie sérieusement, justifient incontestablement les retenues des excédents en question. Finalement, les producteurs, qu'ils soient agriculteurs, industriels ou commerçants, grâce à leurs efforts, pourvoient en même temps qu'à leurs propres besoins et convenances, à ceux de leurs familles et à ceux de la communauté, ce qui, certainement, leur fait mériter des gains.

Saint Thomas d'Aquin le montre bien. D'après lui, le profit qui est le but de toute activité commerciale, par son essence, n'est ni bon ni mauvais, il n'implique en soi rien de vicieux ni de contraire à la vertu et il n'y a aucun empêchement à ce que ce profit soit obtenu à des fins nécessaires et même honorables (*honestum*). Dans ce cas, dit Saint Thomas, le commerce est licite. C'est ce qui se produit, ajoute-t-il, lorsqu'un homme, par l'intermédiaire d'opérations commerciales, cherche un profit normal et, de même, lorsque ces opérations sont utiles au peuple en contribuant à pourvoir aux choses nécessaires à la vie de la nation. De cette manière, le profit est recherché non comme une fin en soi mais comme une rétribution légitime (63).

Le Cardinal Cajetan développa cette doctrine de Saint Thomas en démontrant que la recherche du gain est licite même quand elle tend à promouvoir les potentialités positives du sujet et à le faire progresser, selon ses talents, bien sûr par des moyens licites (64). A l'aube de l'évolution économique en Occident, au XIV^e siècle, le célèbre "Prédicateur de pénitence" qui oeuvra

(63) Saint Thomas d'Aquin, Summa Theologica, IIa, IIae, q. LXXVII, art. 4c. Cf. Commentaire du Cardinal Cajetan.

(64) Cardinal Cajetan. Commentaire à la Sum. Theol., cit., IIa, IIae, q. 118, art. 1, à partir des mots : "Singulares autem personas...". Les affirmations de ce commentaire auxquelles nous faisons allusion, et qui ont été d'une extrême importance dans le développement de la civilisation humaniste, répondaient avec opportunité aux principes et aux inspirations de Saint Thomas, au-delà des affirmations particulières de celui-ci, qui correspondaient de façon évidente à des états sociaux temporaires. Werner Sombard in Le Bourgeois. Contribution à l'histoire morale et intellectuelle de l'homme économique moderne (Tr. par J. Janhelevitch (1926), qui fournit d'importantes références mais n'a pas prêté attention à la dérivation indiquée, qui est capitale).

tellement pour que cette évolution se fasse dans le bon sens, Saint Bernardin de Sienna, établit définitivement la compatibilité entre l'exercice correct des activités économiques, y compris la recherche du profit normal, et la vie vertueuse même à des degrés élevés (65).

En somme, les allégations de Marx destinées à nier l'évidence, communément acceptée, de la possibilité et de la nécessité de l'égalité dans les contrats à titre onéreux constitutifs de droits, que Grotius fixa définitivement dans le domaine juridique, n'ont certainement aucune validité.

La disparité entre le soi-disant contrat dont traite Marx et les relations contractuelles effectives, est facilement explicable. Il saute aux yeux que ce désaccord provient de la différence des sources qui alimentent respectivement la conception de Marx et celle des traités conformes à la neutralité de la civilisation humaniste -y compris Grotius, pour ce qui est fondamental-. Marx fait découler sa conception des postulats absolument *a priori* qui déterminent son système et, tout autant, des superstitions de type magique qui l'inspirent, comme on le reconnaît actuellement. Les défenseurs de Marx qui en appellent à la philosophie pour sauver sa théorie (R. Guihéneuf) ne trouvent d'autre moyen que de la réduire à la dialectique de l'idéalisme. J. Jaurès qualifiait les élucubrations de Marx, de "métaphysique sociale". Finalement, ses prémisses correspondent aux desseins pratiques au service desquels se met ce système, comme Marx lui-même et Engels l'ont abondamment déclaré. De tels desseins se réduisent à défaire l'organisation sociale et à promouvoir l'appropriation, par ses adeptes, de pouvoirs absolus sur la société. En particulier, ces auteurs espéraient que la réfutation des contrats comme moyen adéquat des transferts de biens et de services dans la société, balayerait du chemin de la domination de l'économie par les despotes -les dictateurs au nom du soi-disant prolétariat-, grâce à l'intégration de l'économie dans l'ordre public, même en ce qui concerne les entreprises.

Inversement, l'orientation suivie par la civilisation et développée par Grotius, s'en tient avant tout, par système, aux données de la réalité effective, vérifiables par tous, au moyen de l'observation et de l'expérience.

(65) Manuel Rio, La búsqueda de la felicidad y la ética social, la política y la economía. (La recherche du bonheur et l'éthique sociale, la politique et l'économie), Prologue à la traduction espagnole des "Fondements de la morale" d'Henry Hazlitt (1979), p. XXXII.

- III -

17 - Reprenons l'examen de la doctrine de Grotius. La considération de quelques autres aspects aide à dissiper certaines confusions qui perturbent, aujourd'hui encore, certaines expressions de l'auteur ou provenant d'erreurs de jugement commises antérieurement par la civilisation humaniste chrétienne, qu'il ne parvint pas à éluder, étant donné les circonstances dans lesquelles il se trouvait. A cet égard, nous tiendrons compte des commentaires correspondants de S. de Coccei, tout en émettant à leur encontre quelques réserves.

18 - Considérons, d'abord, l'opinion de de Coccei à propos d'une affirmation de Grotius à laquelle nous avons fait allusion plus haut, concernant la rescision des contrats à titre onéreux à cause soit :

- a) de la découverte ultérieure de vices cachés, ignorés même du vendeur sans qu'il y ait eu faute de sa part,
- b) de l'erreur sur le prix, tout cela par rapport à l'égalité dans le contrat.

Afin d'appuyer l'annulabilité du contrat pour la première des causes indiquées, c'est-à-dire la découverte de vices cachés, de Coccei rappelle de façon pertinente les assertions de Grotius d'après lesquelles, dans les contrats à titre onéreux, l'intention de chaque partie est -ou doit être- de tirer un profit pour elle-même autant que pour l'autre : *ut uterque tantundem habetur* (66). Bien entendu, afin que la rescision soit recevable pour cette cause, il faut que la particularité découverte tardivement soit proprement un vice de la chose impliquée dans le contrat et non une circonstance de nature différente. L'avis de Grotius sur ce point s'éclaire définitivement par son opinion au sujet d'un événement en quelque sorte analogue. Il observe qu'"une convention conclue sur le rachat (d'un captif) ne peut être rescindée en raison du fait que le prisonnier s'avère être plus riche qu'on ne le croyait. Selon le droit externe des gens (nous commenterons plus bas cette expression), personne n'est obligé de compléter le prix qu'il a promis dans le contrat sous prétexte qu'il est inférieur au prix équitable (*aequum pretium*), sauf s'il y a eu dol" (67).

19 - De Coccei approuve ainsi, avec raison le jugement de Grotius sur le cas de la découverte d'un vice caché ; en revanche, il est en désaccord avec son assertion sur la recevabilité de l'action en rescision pour erreur sur le prix. Conformément à l'enseignement de Grotius, il remarque que les prix dépendent des

(66) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, parag. 12,1.

(67) Ibid., Liv. III, chap. XXI, parag. 27.

estimations subjectives. En conséquence, il observe qu'il n'est pas concevable que se produisent des erreurs sur les prix (68).

A notre avis, l'erreur à laquelle de Coccei fait allusion dans le passage mentionné, ne se réfère pas au montant payé en soi mais à la manière selon laquelle il a été déterminé. Par exemple, si les clauses du contrat prescrivent que le prix sera celui du cours correspondant dans une Bourse donnée, tel jour ; l'action en rescision sera recevable si ce jour-là il n'y a pas eu de cotation dans cette Bourse, ou si celle qui a eu lieu a été différente et, partant le paiement s'est fait sur la base d'une fausse supposition.

20 - D'autre part, de Coccei propose une interprétation des énoncés de Grotius au sujet des contrats conclus dans une situation de monopole, qui fournit l'occasion d'un examen approfondi de son attitude à l'égard d'une question d'une grande importance et brûlante d'actualité. L'interprétation de de Coccei exagère gravement les propositions de Grotius, bien qu'elle soit motivée par la déviation que ces propositions impliquent par rapport à l'attitude adoptée par l'opinion commune de la civilisation humaniste, telle que la déterminèrent les scolastiques de la tradition aristotélico-augustinienne-thomiste. La confusion que commet de Coccei aggrave les conséquences de la déviation de Grotius. Sa confusion a eu par la suite des répercussions pernicieuses.

21 - Les monopoles que Grotius considère dans le passage commenté par de Coccei, ne sont pas, bien sûr, les monopoles imposés soit par fraude, soit par violence, soit en vertu de privilèges octroyés abusivement par le Gouvernement ou moyennant des déformations du marché, c'est-à-dire en empêchant les importations ou en accumulant indûment les stocks, etc.. Conformément à l'enseignement de Grotius, de telles manoeuvres sont évidemment répréhensibles. Au contraire, Grotius juge compatibles avec l'égalité des contrats, "en ce qui concerne le for externe", les prix établis dans les contrats où l'une des parties exerce un monopole, sans toutefois commettre les mauvaises actions que nous venons de mentionner. "Les monopoles -déclare Grotius- ne sont pas contraires au droit naturel, étant donné qu'à proprement parler ils ne violent pas les droits d'autrui" (69). De Coccei n'objecte pas à cette position, ce qui, à notre avis, est correct. En revanche, il va beaucoup plus loin que Grotius : "Nous affirmons -dit-il- que c'est vrai même si

(68) Samuel de Coccei, Additiones a v n. l.c., in "Henricus de Coccei. Grotius illustratus", cit. (1746), t. II, fols. 182-183.

(69) H. Grotius, op. cit., Liv. I, chap. XII, parag. 16.

le prix est exagérément élevé (*in immensum*), étant donné que les parties disposent elles-mêmes de leurs droits" (70). De Coccei, dans son étude "XII Déclarations", où il essaie de résumer les principes de Grotius (*principia grotiana*) sur le droit naturel, "épars dans son oeuvre", renforce jusqu'à l'excès cette affirmation que nous venons de transcrire : "Point n'est besoin -dit-il- qu'un prix soit équitable (*pretium aequum*) ... Conformément à la nature des choses, (*natura*), tout prix que les parties établissent en vertu de leur consentement mutuel, est équitable" (71). En réalité, ces propositions de de Coccei contredisent l'enseignement de Grotius beaucoup plus qu'elles ne l'expliquent. Plus précisément, elles le mutilent et le contredisent gravement.

Certes, conformément aux vues de Grotius, l'accord des parties, en particulier sur le prix, accrédié en soi la satisfaction aussi bien de l'une que de l'autre, même à un degré infime puisque toutes deux préfèrent conclure l'acte plutôt que s'y refuser. Grotius observe : "La substance du contrat d'achat et de vente, disent les Empereurs (Dioclétien et Maximien), consiste en cette particularité indéfectible : à savoir que l'acheteur essaie d'acheter à un prix inférieur et le vendeur de vendre à un prix supérieur, espérant chacun de leur côté obtenir un gain, et, après maintes discussions, le vendeur modérant peu à peu ses prétentions et l'acheteur augmentant peu à peu ses offres, ils conviennent, finalement, d'une certain prix" (72). D'autre part, Grotius évoque la sentence de Pomponius, selon laquelle "il est naturellement (*naturaliter*) permis" aux contractants de "s'impliquer l'un l'autre" (73). Grotius pense qu'en réalité ces mots indiquent seulement le fait que *naturaliter* -c'est-à-dire, en vertu de la nature humaine, y compris les habitudes, qui forment une seconde nature- la partie qui a été engagée par l'autre dans un contrat, n'a pas la faculté de se plaindre devant les juges. Cette faculté lui serait octroyée, dans ce cas, par les lois civiles (74). Finalement -signale Grotius- l'accord des contractants devient inopérant quelque différence que l'on puisse trouver dans les objets impliqués, ainsi que quelque avantage que l'une des parties ait obtenu, en plus de celui prévu au moment de la conclusion de la convention (75). A cet égard, il ajoute deux citations autorisées: Sénèque posait cette question : "Quelle importance peut avoir le

(70) Samuel de Coccei, Additionnes k y l. l. c., in "Henricus de Coccei. Grotius illustratus", cit., t. II, fol. 196.

(71) Samuel de Coccei, l.c., y Duodecima dissertatio prooemialis, l.c., Liv. 5, chap. II, Seet. 2a, parag. 446, n. 6 in "Samuel de Coccei. Introductio ad Henrici L.R. de Coccei Grotium illustratum" (1748) Fol. 381.

(72) Cod. J., Liv. IV, Tit. XLIV, L. 8.

(73) L. 16, Ulpien. Digeste, Liv. IV, Tit. IV, "de minoribus", Cfr. L. 22, Paulo, ibid. Liv. XIX, Tit. 2.

(74) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. XII, parag. 26.

(75) Cfr. ibid., parag. 26, 3.

prix courant des choses sur lesquelles a été conclu un contrat d'achat et de vente, étant donné que l'acheteur et le vendeur se sont mis d'accord même sur le prix ?" (76). Le pseudo Andronicus de Rhodes, dans sa paraphrase de l'"Ethique à Nicomaque", soutenait ceci : "Le gain perçu de par la volonté des contractants n'est pas injuste et il n'y a pas lieu de le corriger. La loi en donne la permission" (77).

22 - Une telle reconnaissance de l'accord des contractants sur le prix comme signe de l'égalité dans le contrat lie évidemment cette égalité aux estimations subjectives. Les propositions de Grotius -on l'a vu plus haut- corroborent ce lien. Néanmoins, ses vérifications nous incitent à les dépasser en ce qui concerne l'égalité dans le contrat.

Grotius a formellement conscience de circonstances où, nonobstant le consentement des contractants, l'on doit remarquer des transgressions, plus ou moins graves, de l'égalité mentionnée par rapport aux propres estimations subjectives. Arrêtons-nous un moment sur l'attitude de Grotius face à de telles situations délicates.

D'après Grotius, les termes des contrats établis par le consensus des parties, notamment les prix, doivent normalement être tenus pour équitables. La parité des accords mutuels sur laquelle repose, en soi, l'équité dans les contrats, semble alors atteinte. Le consentement des intéressés, en vertu duquel ils concluent l'acte au lieu de s'y refuser efface même les arguments qu'ils ont pu s'opposer respectivement dans les débats préalables.

Cependant, malgré la force de ces raisons, Grotius cautionne la conséquence qui, semble-t-il, doit logiquement en découler ; il prend, en effet, en considération un autre aspect important.

Grotius porte une attention toute spéciale à l'éventualité, qui n'est pas rare, que les termes réciproques de contrats aient été établis par les participants, sans que l'un d'entre eux n'ait pris garde, d'une part à l'insuffisance de sa prestation comparée à la nécessité ou besoin qu'éprouve visiblement son adversaire à l'égard de la chose qu'il possède on peut lui fournir et, d'autre part, à la possibilité, pour lui, de ne pas limiter ainsi excessivement sa prestation et cela, quel que soit l'état de la législation. Voici en quels termes Grotius indique la solution que requiert semblable situation : "Ceux-là qui ne sont pas régis par les lois civiles doivent régler leur conduite sur les préceptes que leur dicte leur droite raison au sujet de ce qui est équitable. De la

(76) Senèque. De beneficiis, Liv. IV, 15.

(77) Andronicus de Rhodes (pseudo). Ethicorum Nichomcheorum Paraphrasis. cum Interpretatione D. Heinsio (1679), Liv. V, chap. 5 (in fine). parag. 208.

même manière, ceux qui sont régis par de telles lois, doivent également agir conformément au droit. Le meilleur (*fas*) et à la miséricorde (*pius*), même dans les cas où les lois civiles ne reconnaîtraient pas ce principe d'équité ou lui refuseraient leur aide, quelles qu'en fussent les causes". A l'appui de cette sage remarque Grotius invoque une sévère admonition de Saint Ambroise, dont la formation et l'expérience de jurisconsulte sont bien connues.

Grotius attribue une si grande importance à la résolution qu'il suggère de ce problème qu'après en avoir terminé l'étude il applique le terme équivoque de "juste prix" à l'exigence que cette résolution implique en le réduisant expressément à son meilleur sens. Il se conforme, ainsi, à la saine opinion commune de la civilisation humaniste, qui tient habituellement pour juste prix, non pas un quelconque prix imposé objectivement et de façon obligatoire mais celui qui est correct, raisonnable et approuvable en conscience par les hommes de bien, compte tenu de la situation de chacun des intéressés. Grotius rappelle que l'auteur de la vie d'Isidore, citée plus haut, qualifie d'injustice le fait d'acquérir à des prix inférieurs à ceux qui sont justes, en prenant cette qualification dans le sens que nous venons de signaler, ou de vendre à des prix qui leur sont supérieurs, injustice, permise peut-être par les lois, mais qui, en soi, pervertit le droit-justice (78). Dans les faits, la notion du juste prix ainsi suggérée par Grotius, la notion de "bon prix" défendue par F. Quesnay (1694-1774) (79), ainsi que celle de "prix naturel" dans l'acception spéciale que donnait A. Smith (1723-1790) à cette expression sont convergentes (80).

23 - En ce qui concerne les inégalités dans les contrats qui se produisent éventuellement au-delà du consentement formel des parties, Grotius adopte des attitudes différentes selon le genre de causes dont elles procèdent. Ces attitudes sont principalement les deux suivantes :

a) Parfois, les inégalités en question émanent, directement ou indirectement, de prescriptions des pouvoirs publics, auxquelles les particuliers ne peuvent pas se soustraire et, par tant, malgré eux, au moins en ce qui concerne l'une de ces

(78) H. Grotius, op. cit., Liv. I, chap. XII, parag. 12, 2. supra : Saint Ambroise, De officiis, Liv. II, chap. VI.

(79) François Quesnay, Grains (1757) ; Hommes (1757) ; Du commerce. Premier dialogue ..., in "François Quesnay et la Physiocratie", éd. de l'Institut National d'études démographiques (1958), parag. 507-508, 525, 832 ; Maximes générales du Gouvernement, XVIII, in "F. Quesnay" (oeuvres), "Physiocrates", éd. par Daire, p. 98.

(80) Adam Smith An inquiry into the nature und causes of the wealth of nations, éd. par J.-R. Mc Culloch (1838), Liv. I, chap. VII, prag. 25.

prescriptions, ils doivent y conformer les contrats qu'ils se trouveraient dans l'obligation de conclure. De telles prescriptions entraînent des inégalités soit directement, par la fixation de tarifs obligatoires, de prix maxima ou minima, etc., soit indirectement, par l'octroi de monopoles ou de privilèges à des individus, des corporations, des syndicats ou autres groupements. Dans d'autres cas, les préceptes gouvernementaux contribuent de façon décisive aux inégalités dans les contrats en refusant l'action en justice aux contractants qui se croient, à juste titre, lésés à cause des termes de la convention.

Grotius n'entre pas dans la considération des inégalités qui se produisent pour de telles causes d'ordre public. Il ne cesse, au contraire, d'insister sur la limitation de la faculté de recourir aux juges aux seuls cas de lésion de *plus quam dimidium* dans les contrats d'achat et de vente d'immeubles. Il allègue qu'une large admission des actions en justice dans cette matière ouvrirait la porte à des litiges infinis dont le règlement serait rendu fréquemment irréalisable par l'instabilité des prix ou le manque de juges. Il affirme que "de même qu'avant la Constitution de Dioclétien et Maximilien, les contractants ne disposaient pas d'une action dans les cas de *laesio enormis*, les particuliers dont les lois civiles ne contiennent pas de préceptes analogues à cette Constitution n'ont ni recours ni moyen de coercition en ce qui concerne les iniquités des contrats" (81).

De cette manière, Grotius passe sous silence les inégalités dans les transferts de biens et de services entre particuliers au moyen de contrats, inégalités causées par des réglementations gouvernementales limitant la détermination de ces conventions par les estimations subjectives. Corrélativement, il ne prend pas en compte non plus le droit qu'ont les intéressés lésés d'être indemnisés même par les détenteurs des Pouvoirs publics responsables des dommages causés ainsi que par l'Etat en représentation duquel ils agissent et dont ils utilisent la force irrésistible. Ces deux aspects - le préjudice et le droit à sa réparation- étaient cependant, à la même époque, dénoncés et soutenus par les scolastiques, en particulier le Père P. de Onate S.J., auteur d'un remarquable traité en quatre volumes *in folio* sur "Les contrats à titre onéreux", publié en 1654 (82).

b) A la différence de l'omission signalée, au sujet des inégalités dans les contrats à titre onéreux causées par les prescriptions des Pouvoirs publics, Grotius considère sérieusement les inégalités qui sont l'effet du comportement occasionnel de l'une des parties envers l'autre, dans l'établissement des contrats.

(81) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. I, chap. XII, parag. 26, 1, 3.

(82) P. Pedro de Onate S.J., *De contractibus onerosis*, t. III (1654), tract. 21, Disput. 63, n° 182-184, fol. 68-69.

Nous ne parlons pas non plus ici des cas de fraude ou de crainte ou violence qui tombent sous le coup des lois civiles et sont par conséquent sanctionnés par les juges. Nous faisons allusion aux circonstances où l'une des parties obtient l'acquiescement de l'autre en vertu de pressions inconsidérées, sans arriver aux extrêmes cités plus haut, mais en ne faisant pas cas des motifs respectables qui, de façon notoire, déterminent -ou doivent normalement déterminer- sa résistance à accepter le contrat.

Grotius reprend, à cet égard, les pensées biens inspirées des Scolastiques, après Aristote ; des jurisconsultes romains ; des Pères de l'Eglise ; des Canonistes et des Jurisconsultes. Cependant, il introduit dans ces enseignements certaines modifications qui mettent gravement en péril, dans la pratique, les principes qu'il a affirmés dans sa propre doctrine et les développements auxquels il est lui-même parvenu.

Grotius, en effet, réduit indifféremment et complètement au for interne, la totalité des relations mentionnées qui surgissent des inégalités dans les contrats, découlant du comportement des parties, inégalités qui ne sont pas réparables selon la législation civile en vigueur. Grotius, à cet égard, prend la notion de for interne dans son sens large, en soumettant les actes à la conscience comme son unique juge, en eux-mêmes, dans leur contenu, leur caractère obligatoire et leur exécution.

Ce renvoi des relations dont il s'agit au for interne ainsi compris, est déclaré, dans le "Droit de la guerre et de la paix", dans le passage où l'obligation de réparation naissant de ces relations est incluse parmi les "dix questions" proposées habituellement, d'après Grotius, aux Jurisconsultes et aux Théologiens qui *instruisent le tribunal interne de l'âme* (83).

Ce même renvoi, ainsi que ses corollaires pratiques, s'expliquent, dans le système de Grotius, par la division de la justice qui s'y trouve faite d'une manière particulière. Grotius sépare la justice en deux espèces : la "Justice d'exécution" (*Justitia explectrix*) et la "Justice d'attribution" (*Justitia attributrix*). La première, dans son esprit, concerne les droits, son sujet a la faculté d'exiger du débiteur qui refuse de s'acquitter l'exécution par la voie de l'action devant les Pouvoirs juridictionnels. C'est uniquement selon lui, dans les cas où cette condition est remplie que pèse une *obligation* sur le débiteur. La justice de l'autre espèce, celle d'"attribution" se limite, quant à elle, à produire chez son bénéficiaire une aptitude ou potentialité en ce qui concerne la prestation, sans lui conférer aucune faculté de l'exiger, en particulier, sans l'habiliter pour une action devant les Juges. Cette sorte de justice ne crée *aucune obligation*, d'après Grotius, de la

(83) H. Grotius, op. cit., Liv. II, chap. X, parag. 2 in fine.

part du supposé débiteur. La prestation est entièrement livrée à son libre arbitre et à sa volonté. Grotius décrit la "justice attributive" comme un accompagnement spécial des vertus qui contribuent aux avantages de la vie de communication, c'est-à-dire -indique-t-il-, la libéralité, la miséricorde, la prudence (*prudential rectrix*), etc. (84).

Du point de vue de l'histoire des idées, il apparaît, de cette manière, que Grotius assimile la "justice d'attribution", comme il l'appelle, aux relations que les Scolastiques, selon Aristote, étudiaient, avec un soin extrême, sous les titres de "parties potentielles de la justice" et "vertus annexes à la justice". Pour notre part, dans d'autres études, nous avons analysé ces relations sous les dénominations d'"honneur", "gratitude", et "loyauté" (85).

Cependant, dans sa définition de la "justice d'attribution", Grotius introduit deux variantes substantielles à sa doctrine :

a) Il sépare entièrement cette justice de celle d'"exécution", en l'excluant, par conséquent, de la sphère du droit. Par contre, les Scolastiques et leurs adeptes maintenaient une connexion fondamentale entre les deux espèces de justice, qui se vérifie à des degrés variant en fonction des différents cas. Ceux-ci vont de la continuité essentielle avec le droit, jusqu'à l'affinité ou la simple analogie. En vérité, pour donner une indication, convient-il de dire, par exemple, que les devoirs de gratitude ou d'amitié manquent de tout contenu juridique ?

b) Grotius assigne à la "justice d'attribution" absolument toute relation qui ne serait pas sanctionnée par les lois civiles en vigueur et notamment, qui ne serait pas comprise dans la compétence des juridictions qu'elles implantent (86).

Les liens entre les deux catégories de relations mentionnées, suscitent, certainement, des problèmes ardues. Ce n'est que plus tard, dans la civilisation humaniste, qu'ont été trouvées leurs voies organiques de solution. Grotius lui-même, après les Scolastiques, fixa les directions par lesquelles ces voies ont été abordées, comme on le verra plus bas. Par contre, l'expédient qu'il suggère aggrave beaucoup plus le problème qu'il ne le résoud. Pratiquement, cet expédient livre les contractants lésés par les excès de leurs cocontractants au bon plaisir de ces derniers (87).

(84) Ibid., Liv. I, chap. V, parag. 8, 1.

(85) Manuel Rio, La esencia del derecho, la justicia, la ley. Gramatica filosofica del derecho, (1970), parag. 91 et s.

(86) H. Grotius, op. cit., Liv. I, chap. I, parag. IV.

(87) H. Grotius, op. cit., Liv. I, chap. I, parag. 5 et 8, 1.

24 - L'attitude de Grotius, que nous venons de mentionner, s'avère d'autant plus surprenante que, dès sa première approche de l'égalité dans les contrats à titre onéreux, il discerna le *droit* que la transgression de cette égalité entraîne en faveur de l'intéressé qui reçoit le moins (88). D'autre part, cette même attitude de Grotius, contredit l'accueil qu'il réserva et le développement fécond qu'il apporta, lui-même, à deux notions soutenues dans la civilisation humaniste que les Scolastiques de la tradition aristotélico-augustinienne-thomiste avaient affirmées avec force et contribuées à préciser. Nous faisons allusion à la *restitution* et à l'*enrichissement sans cause*. En ce qui concerne la première notion, Grotius formule ainsi sa pensée : "La possession d'une chose obtenue de manière vicieuse, par exemple, au moyen de l'extorsion, oblige à sa restitution (nous soulignons que Grotius ne distingue pas si cette manière vicieuse, y compris l'extorsion, est ou n'est pas sanctionnée par les lois civiles). Saint Augustin, ajoute-t-il - a parfaitement élucidé, ce cas" (89). Grotius cite la fameuse lettre de Saint Augustin à Macédonien qui a déterminé la conviction commune de la civilisation humaniste dans cette matière (90). Grotius se réfère aussi, dans le même sens, à Saint Thomas d'Aquin et censure l'opinion du scolastique Medina qui faisait une exception à l'obligation de restitution dans le cas de choses fongibles (91).

Quant à l'enrichissement sans cause, Grotius s'exprime en ces termes : "Il plaît au genre humain (*humano generi placuit*) que, si toi tu t'es enrichi avec une chose m'appartenant et que tu ne la possèdes plus, tu sois obligé envers moi (remarquons par conséquent qu'il reconnaît ici une relation de droit) dans la proportion dans laquelle tu t'es enrichi ... Il est contraire à la nature d'augmenter son propre bien au détriment de celui d'autrui" (92). Grotius cite dans ce sens le commentaire du Cardinal Cajetan à la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin (93). Il fait référence aussi au fragment du Digeste, mentionné dans ce commentaire, qui n'est pas habituellement pris en considération à propos de ce point (94). Il va même jusqu'à citer deux textes concordants de Cicéron (95). Enfin, il observe que cette sentence exprime une telle équité que les Jurisconsultes

(88) *Supra*, note 3.

(89) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II, chap. X, parag. 12, note 7.

(90) Saint Augustin, *Epistola CLIII* (P.L. vol. XXXIII, Col. 662). Grotius désigne cette épître sous le n° LIV.

(91) Saint Thomas d'Aquin, *Sum. Theol.* IIa, IIae, q. LCII, Art. 5, ad. 2 ; Cardinal Cajetan, *Conm. h.l.* ; Covarrubias, p. 2, parag. 2, *ad peccat.*

(92) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II, chap. X, parag. 2, 1.

(93) Cardinal Cajetan, *Comm.* in *Sum. Theol.* IIa, q. 62, Art. 6, *ad. 2m.*

(94) L. 20, parag. 6, *Digeste*, Liv. V, Tit. III, *de petitione hereditatis*.

(95) Cicéron, *de Officiis*, III, 52.

s'appuient sur elle pour définir de multiples questions, qui échappent aux prescriptions des lois. (*extra legem prescripta*) (96).

R. Feenstra, dans son importante étude au sujet de "l'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences sur des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause" (97) a souligné le mérite de Grotius d'avoir été le premier à dégager l'enrichissement sans cause comme une source spéciale d'obligations apte à figurer à côté des cinq classiques : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. Comme l'indique Feenstra, Grotius s'était déjà exprimé dans ce sens dans son "Introduction au Droit hollandais" (1631) (98). Certes, cet historien du droit n'oublie pas les prédécesseurs de la doctrine de l'enrichissement sans cause, en particulier, la loi 206, au Titre 17 du Livre 50 du Digeste (99) ; ni les glossateurs et post-glossateurs (avant tout Balde) et, principalement, les Scolastiques et les Jurisconsultes de tendance proche. Néanmoins, -souligne Feenstra- Grotius a été le premier à mettre en relief dans le droit, avec l'efficacité que la suite des événements a prouvée, l'obligation de réparer le dommage causé par l'enrichissement en question. En ce qui concerne notre sujet, Grotius indique, comme cause de cette obligation, le fait de tirer un profit, ce qui, affirme-t-il habilite à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause (*condition sine causa dati*) (100).

25 - La reconnaissance initiale, dans la réflexion de Grotius, du *droit* qui naît des inégalités dans les contrats à titre onéreux en faveur de la partie lésée par l'inégalité, ainsi que les confirmations qu'il apporte à l'*obligation* de restitution des appropriations indues et de réparation dans les enrichissements sans cause, devaient, logiquement conduire, dans cette réflexion, à l'acceptation nette de la nature juridique des relations déterminées par les inégalités mentionnées. L'éloignement de Grotius de cette position, dans ses expressions ambiguës et dans sa définition de la "justice attributive", a donné lieu aux

(96) Cfr. infra, note 94.

(97) Robert Feenstra, L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause, in "Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit" (1974) p. 348-349.

(98) H. Grotius, Inleidinge tot de Hollandsches Rechtsgelendheid (1931) cit. par R. Feenstra, l.c.

(99) L. 206, Pomponius, Digeste, Liv. L, Tit. XVII, de dicersis regulis ... : Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, et iniuria, fieri lacupletioem ("D'après le droit de la nature, l'équité exige que personne n'en vienne à être plus riche au détriment et aux dépens d'autrui").

(100) H. Grotius, Introduction au droit hollandais, III, 30 ; 3, 18, cit. R. Feenstra , op. cit., p. 352-353, notes 44 et 47.

interprétations de sa doctrine dans le sens de l'abandon du rétablissement de l'égalité, transgressée, à la décision facultative du débiteur. Des circonstances de nature diverse, propres à l'époque et au milieu où Grotius établit son système, expliquent une telle attitude de sa part.

Aux commencements du XVII^e siècle, surtout aux Pays-Bas, l'expansion de l'économie rendait déjà nécessaire, avec une urgence croissante, l'adoption de moyens permettant de résoudre, entre autres, les questions suscitées par l'égalité dans les contrats, qui ne mettraient pas en péril la solidité des contrats en général et n'entraîneraient pas non plus de gêne, d'entraves ou d'inhibitions dans les transactions commerciales, ni les préjudices incessants qui découlent, dans l'économie, des interventions des Pouvoirs publics ou des groupes auxquels ils ont délégué leurs facultés. D'autre part, les particularités du régime politique (au sens large du terme) qui était alors celui de toutes les Nations, nonobstant les différences locales, provoquaient des craintes fondées quant aux solutions du problème, auquel nous faisons allusion, par le recours aux juges, sauf dans des cas très limités. Ce recours était rendu impossible, bien sûr, par la législation commune en vigueur, contaminée par le préjugé du "juste prix" objectif et obligatoire, à laquelle les juges devaient conformer leurs sentences. Ce qui décourageait aussi d'un tel recours, c'était, en définitive, la dépendance de la fonction judiciaire par rapport aux Gouvernements ou aux groupes ou corps privilégiés. En Espagne, cette dernière difficulté était atténuée par le fait que l'office de Juge dans les Communes appartenait aux Mairies. Un phénomène analogue se produisait en Angleterre, à cause du système de *Common law*. Mais cependant, en dernière analyse, les obstacles en question étaient généraux.

Finalement, sur le plan spirituel, de sérieuses difficultés apparaissaient aussi. Les demandes, chaque jour plus nombreuses, de procédures comminatoires objectives et sûres, utilisables par tous, qu'entraînait l'évolution de l'économie, n'étaient plus satisfaites dans la sphère d'activités du clergé. Autrefois, ces activités répondaient en grande partie aux exigences d'une situation économique bien plus simple. Les reproches formulés n'impliquaient pas, du reste, nécessairement -en aucune manière pour les catholiques- la négation du droit de l'Eglise à se prononcer sur ce genre d'affaires, en raison de la morale et de la Révélation, comme ils ne signifiaient pas non plus la méconnaissance de leur oeuvre capitale de ladite Eglise, si longuement éprouvée, dans la formation et l'illustration des consciences. Les critiques opposées, tout autant incompréhensibles, des laxistes et des rigoristes, ne détruisaient, certes, pas cette conviction fondamentale de la civilisation

humaniste. Dans les secteurs acquis à la Réforme, la récusation des procédures d'appels ecclésiastiques se fondait sur la doctrine du "libre examen". Selon cette doctrine, est récusé tout jugement à propos de la qualité d'un acte -y compris son caractère obligatoire- qui ne serait pas l'opinion de l'intéressé lui-même. Un tel rejet s'étendait naturellement aux sentences des Juges, à moins qu'il ne se fût agi de l'exécution d'une loi coercitive.

26 - Les observations précédentes aident peut-être à pénétrer l'attitude de Grotius en ce qui concerne les cas où le consentement des parties ne correspond pas à l'égalité dans le contrat. C'est maintenant qu'apparaît clairement l'erreur d'interprétation de de Coccei qui a motivé cette analyse. Il est bien entendu contraire à la position radicale de Grotius de supposer que d'après lui, tout prix même "excessivement élevé", comme dit de Coccei, est nécessairement équitable pour la seule raison que le contrat a eu lieu. Mais, d'autre part, en dépit des raisons importantes que Grotius allègue pour suggérer le caractère inexcusable des transgressions de l'équité dans les contrats à titre onéreux, l'ambiguïté de certaines de ses expressions et l'inexactitude de sa théorie de la division de la justice donnent lieu à des confusions et, plus encore, à des incertitudes sur la manière de réparer les iniquités perpétrées. Les répercussions ont été graves. Ses propositions sont devenues l'instrument systématique du divorce entre le droit et la morale, notamment dans le domaine des contrats, et même de la belle apparence -y compris en invoquant faussement l'égalité- dont on a revêtu l'absolutisme étendu à l'économie. Ces utilisations évidemment opposées aux desseins de Grotius, peuvent être relevées principalement dans les traités de Droit naturel des légistes des Rois de Prusse, surtout, C.-T. Thomasius (1655-1728) et, en définitive, aussi C. Wolff (1679-1754).

Les confusions résultant d'affirmations déterminées de Grotius étaient encore aggravées par les pratiques implantées dans les Temps Modernes, dans toutes les nations, qui faisaient obstacle aux aspirations générales au progrès dans l'économie et dans la vie sociale. De telles pratiques se paraient fréquemment du prétexte de garantir, précisément, l'équité. Elles se concrétisaient dans les deux systèmes politico-économiques caractéristiques des Temps Modernes, c'est-à-dire :

a) Le système qui, en Espagne, était désigné, très justement, par les qualificatifs de "réglementaire", "restrictif" et "protectionniste". On le dénonçait pertinemment là-bas même

comme "la cause, peut-être la plus importante, de la ruine de la nation" (101) (1791).

b) Le système des corporations de métiers, monopolistiques et dotées même de pouvoirs coercitifs. Leurs prescriptions, leurs exclusions, les interventions de leurs magistrats et de leurs inspecteurs assermentés, qui accablaient les "forces vives" de l'économie, furent classiquement stigmatisées dans l'"Essai sur la liberté du commerce et de l'industrie" (1775) du président Bigot de Sainte Croix, qui fut à l'origine de l'édit sur la suppression des magistrats et des serments des corporations, promulgué par Turgot en 1776 (102).

La voie ouverte par Grotius, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, une fois corrigées les déviations auxquelles donnent lieu certains de ses énoncés, conduisit, finalement, au dépassement de l'embarrassante situation doctrinale et institutionnelle créée. Un tel dépassement fut atteint, progressivement, d'abord dans la théorie du droit, depuis le milieu du XVIII^e siècle. Les oeuvres célèbres qui le permirent dénotent invariablement leur dépendance à l'égard de Grotius, soit de manière immédiate, soit à travers S. Pufendorf (1632-1694), continuateur, en substance, de son enseignement. Nous faisons principalement allusion aux études renouvelées des Romanistes à partir de S.-T. Heinecke (1681-1741) (103) ; des fondateurs de la science de l'Economie politique : F. Quesnay (1694-1774), A.-R.-J. Turgot (1727-1781) et A. Smith (1723-1790) ; enfin, surtout, directement dans la philosophie et dans la science du droit, des grands initiateurs du Droit français "moderne" : J. Domat (1625-1696) et R.J. Pothier (1699-1772). Dans le fond, tous ceux qui contribuèrent à diffuser et continuer la Scolastique aristotélico-augustinienne-thomiste nourrissaient essentiellement cette évolution, par leurs enseignements et leur autorité spirituelle. Une preuve en est donnée par les éloges extrême des oeuvres de Quesnay et de Pothier que l'on peut lire dans la revue bibliographique "Mémoires de Trévoux", écrite par les jésuites de Paris au XVIII^e siècle. La convergence des courants de pensée, dont les auteurs mentionnés sont les maîtres, au sens du dépassement de la situation conflictuelle existante, y compris en ce qui concerne l'égalité dans les contrats à titre onéreux, se manifeste dans une oeuvre, oubliée, dont l'auteur fut

(101) Manuel Colmeiro Penido, Bibliothèque des économistes espagnols des XVI^e, XVII^e, et XVIII^e siècles (1979), v. commentaires aux n° 77, 131, 239, 354, etc.

(102) Etienne Martin Saint Léon, Histoire des corporations des métiers (1897), p. 472-477.

(103) Heinecke estimait l'égalité tellement importante dans les contrats à titre onéreux qu'il les définissait par cette qualité : contractus dividuntur in onerosos, quando aequala utrisque onus est : Johan Gotthieb Heinecke, Elemente juris naturae et gentium, (éd. quinta 1765), fol. 147.

G.-F. Letrosne (1728-1780), le disciple de Pothier et ensuite de Quesnay, qui écrivit l'"Eloge" du premier et traita sérieusement de "L'Intérêt social par rapport à la valeur", etc. selon la Physiocratie. Cette oeuvre, que nous avons eu la chance de trouver s'intitule "La confrontation méthodique du droit naturel avec le droit civil" (1750) (104).

Le Code Civil français, en reconnaissant la volonté mutuelle des parties au contrat comme loi de leurs relations (art. 1134) ; d'autre part en autorisant l'action en rescision pour lésion énorme dans les contrats d'achat et de vente d'immeubles (art. 1674) ; enfin, en validant, même de manière succincte, les obligations naturelles (art. 1235), entre autres dispositions concordantes, sanctionna l'équité dans les contrats, déterminée par les estimations des intéressés ; en même temps qu'il contribua, quoique de manière assez limitée, à remédier par des procédures juridiques aux possibles abus des contractants. L'esprit du Code, dominé par les principes de justice et de liberté, confirme la signification de telles dispositions. Point n'y fait obstacle l'allusion à des prix objectifs dans l'article relatif à l'autorisation de l'action en rescision, puisque, selon l'opinion commune en Droit français, depuis Cujas, un prix infime cache une exaction. D'un autre côté, la parcimonie des dispositions du Code destinées à corriger les inégalités éventuelles dans les contrats est bien compensée, jusqu'à un certain point, à l'intérieur du système du Code même, au moyen de recours indirects, tels que les accusations de dol ou de fraude, au sens large ; d'abus de droit (ou, plus exactement, d'abus de pouvoirs juridiques) ; d'enrichissement sans cause, etc. Actuellement, à plus forte raison si l'on ne perd pas de vue, d'une part, les aspects de l'histoire des idées que nous avons notés précédemment et, d'autre part, les précisions apportées progressivement par la jurisprudence française, les explications du sens du Code que nous venons d'exprimer, peuvent difficilement être mises en doute. Il n'en fut pas de même, cependant, autrefois, et aujourd'hui encore nombreux sont ceux qui ne partagent pas cet avis. Les interprétations du Code tendant à voir en lui la consécration de l'"autonomie de la volonté" -selon le terme kantien appliqué de façon impropre- ont conduit à des prétentions opposées, en fonction des idées préconçues de chacun des deux systèmes. Soit on a essayé de protéger par les articles du Code les abus, soit on a proposé de remplacer ces articles de manière régressive, en rétablissant implicitement le concept caduc

(104) Guillaume-François Letrosne, Methodica juris naturalis cum jure civili colectio (1750) Eloge historique de M. Pothier, conseiller du président d'Orléans et professeur de droit français à l'Université de la même ville, par M. Le Trosne (1773). De l'utilité des discussions économiques, in "Recueil de plusieurs morceaux économiques" (1768), p. 1 et s.

de "juste prix" objectif absolu, quoiqu'à titre de présomption *iuris tantum*. On a ainsi ouvert la porte à l'arbitraire et aux despotismes dans l'économie. D'un autre point de vue, l'expérience a montré l'insuffisance des précautions prises dans le Code français en ce qui concerne les conflits produits dans le domaine de certains contrats à titre onéreux, d'une extraordinaire importance, principalement ceux suscités dans les relations du travail journalier, dans les exploitations agro-alimentaires, etc.

Vélez Sarsfield fit remarquer, avec perspicacité, la nécessité de préciser et de compléter le Code français, moyennant, d'une part, la sanction de l'équité que renferment les contrats à titre onéreux, conclus sans dol ni violence, en tenant compte des estimations réciproques des intéressés et, d'autre part, moyennant la prévision de remèdes juridiques aux excès, toujours possibles, dans les conventions. A la suite de ces observations, notre code civil argentin fit un pas décisif dans le franchissement légal d'un vieil obstacle qui s'opposait même au développement de la civilisation. Vélez perfectionna ainsi la mise en pratique des suggestions de Grotius, comprises dans leur sens correct, conformément à l'enseignement de Pothier. Ce dernier, pour sa part, avait rectifié les hésitations de Grotius, grâce à la consultation directe, surtout à propos de ce point, du traité "*de Justitia et iure*" du célèbre scolastique P.L. de Molina S.J. (1535-1600).

Indiquons, brièvement, les perfectionnements ainsi introduits par Vélez, non seulement dans notre droit, mais dans celui de la civilisation humaniste toute entière. Ils ont souvent été sousestimés à cause des aveuglements idéologiques. Ce sont principalement les suivants : le premier perfectionnement consiste dans l'existence de la reconnaissance de la validité des contrats en vertu du consentement des intéressés, y compris à propos de différents points à propos desquels il y a eu spécialement des doutes, tels que la fixation dans le Code des taux d'intérêt dans les contrats de prêt, ainsi que de l'action en rescision des contrats d'achat et de vente pour la seule cause de non conformité avec les prix courants (voir notes, aux articles 622 et 943 ; articles 1198 (texte originel) et 1351 du Code civil argentin). Le second perfectionnement consiste dans l'admission en tant que relations juridiques *stricto sensu* des relations qui expriment des "obligations purement naturelles", "fondées sur le droit naturel et l'équité", avec toutes les conséquences que cela implique, sauf la limitation de leur invocation en justice à une "exception" (art. 515 -texte d'origine-, 518).

Le troisième est l'annulation de tous les actes juridiques - par conséquent, en premier lieu, les contrats- qui seraient contraires aux "bonnes moeurs" (*boni mores*), ce qui, en droit

romain, rendait inutiles les stipulations, conformément à ce qu'Ulpien soutint (105), en spécifiant ainsi règle générale qu'il avait lui-même énoncée, selon laquelle "les stipulations immorales n'ont pas de valeur juridique" (106). C'est ce qu'affirmèrent les Romains dans leurs écrits et même dans leurs lois (107) et les glossateurs en soulignèrent la supériorité par rapport aux richesses et la portée illimitée (108). Dans la civilisation humaniste, ultérieurement, l'on s'est référé aux usages observés et approuvés par les "hombres buenos", comme on disait en Espagne ; "*les hommes de bien*", "*les hommes d'honnêteté et de probité*", dont on parlait en France ; "*the free and lawfull men*" du système de *common law*. Il est évident que les "bonnes moeurs" incluent de façon primordiale l'équité ou égalité dans les contrats (articles 953 et 1167 du Code civil). De cette façon, ce bel acquis de la civilisation humaniste qu'exprime le concept de *boni mores* obtient sa sanction adéquate (cf. art. 6, 900 et 1172 du Code civil français). Le progrès capital ainsi obtenu s'étendit dans la civilisation grâce aux dispositions successives du Code Civil allemand (article 138) et du Code Fédéral suisse des obligations (articles 20 - 21). De nos jours, les recherches de solutions correctes aux conflits concernant en particulier la rétribution du travail s'orientent selon le cours que le progrès mentionné a fixé. C'est d'après cette même règle qu'il faudra continuer de chercher la solution aux questions qui se posent et qui n'ont pas encore été considérées de manière adéquate.

- IV -

Dans les analyses précédentes, le lecteur aura sans doute remarqué la tournure d'esprit, en particulier par rapport à la vie sociale, à laquelle la pensée de Grotius semble profondément attachée. A cet égard et pour terminer il nous paraît opportun de donner les indications suivantes.

27 - Dans l'état actuel des études de la philosophie du droit dans les Temps Modernes, le problème de l'origine et de la nature de la pensée de Grotius, dans ce domaine, se concentre principalement sur ses rapports avec la Scolastique. Les obstacles, accumulés depuis le XVIII^e siècle, qui ont gêné jusqu'à la perception des faits concernant ces rapports, se trouvent

(105) l. 61, Ulpianus, Tit. I De verborum obligationibus ; D. Libr. XLV.

(106) l. 26, Ulpianus, Tit. I De verborum obligationibus ; D. Libr. XLV.

(107) En particulier Cicéron, De officiis, III, 17 ut inter bonos bene agere oportet. V. Edouard Cuq, Manuel des institutions juridiques des Romains (1828), p. 382, note 4.

(108) V. Glos. moribus en l. magistro ; C., de possessionibus, Libr. X ; Glos. in S si, in Proemis, I.J. ; S si I. J., de suspecto tutorib. (C.I.C., Ed. J. Fehl, 1627).

maintenant éliminés objectivement, à la suite des vérifications scientifiques obtenues. D'autre part, ces vérifications permettent de comprendre le rôle important joué par les idées de Grotius dans l'histoire du droit et l'intérêt que de telles idées représentent actuellement, étant donné les problèmes posés.

Indiquons les principaux travaux qui, depuis l'époque de la première guerre mondiale, ont clarifié la nature des positions adoptées par Grotius, d'après ses sources, quant à la philosophie du droit.

J. Kolher, professeur hautement réputé de l'Université de Berlin, publia dans l'"Archive de la philosophie du Droit et de l'Economie", en 1916-1917, une étude, qui surprit à l'époque, sur "Les maîtres espagnols du Droit naturel aux XVIe et XVIIe siècles", avec des références particulières à Grotius (109). J. Brown Scott, dans son "Introduction" classique à l'édition du "Droit de la guerre et de la paix" faite par la Fondation Cargenie (1925), indiqua plusieurs points capitaux concernant les prédécesseurs idéologiques de cette oeuvre, en mentionnant spécialement Aristote et les thèses de ses adeptes scolastiques (110). E. de Hinojosa, le maître des études contemporaines de l'histoire du Droit espagnol, communiqua en 1911 son précieux mémoire sur "les précurseurs espagnols de Grotius" (111). Le professeur H. Thienne, dans son étude -d'une consultation indispensable- intitulé "la signification des grands jurisconsultes espagnols du XVIe siècle pour le développement du droit naturel" (1953), accentua encore plus l'importance de l'influence de la scolastique sur la doctrine de Grotius, en insistant sur le fait que cette influence se faisait sentir aussi dans le droit privé. L'auteur exprime la protestation que provoque, chez les juristes avertis, l'"image historique totalement fautive" des idées de Grotius devenue habituelle depuis le XVIIIe siècle (112). Enfin et pour ne pas prolonger davantage ces citations, nous devons mentionner tout spécialement les études de M. Feenstra, actuellement professeur à l'Université de Leyde, dont nous avons déjà parlé. Celui-ci a poursuivi les vérifications qui nous occupent, en les

(109) Joseph Kohler, Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts, in "Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie", vol. 10, 1916-1917.

(110) James Brown Scott, op. cit. vol. II (1925), p. XXXII-XXXVII.

(111) Edouard de Hinojosa, Los precursores españoles de Grotius, (Les précurseurs espagnols de Grotius), in "Annuaire historique du droit espagnol", t. VI, 1929, p. 220 et s.. Cet important mémoire qui fut soutenu devant l'Académie de Jurisprudence en 1911, conserve toute sa valeur. Il concerne principalement le droit international, tout en comportant de judicieuses appréciations d'ordre général sur le droit.

(112) Hans Thienne, Natürliches Privatrecht und Spätscholastik, in "Zeitschrift des Savignystiftung für Rechtsgeschichte", Germanistische Abteilung 70 (1953), p. 230-266. Tr. par J.M. Nacas, in "Revue de Droit privé", A.38, n° 148-149, juillet-août 1954.

enrichissant, surtout, par des analyses instructives sur les liens existant entre plusieurs positions fécondes de Grotius et de la Scolastique, dans le droit privé (113).

Les résultats de la critique interne de la pensée de Grotius exposée dans les travaux mentionnés, dans beaucoup d'autres concordants et même à notre avis, dans le présent travail, sont corroborés par l'extraordinaire abondance des références d'auteurs de la tradition aristotélico-augustinienne-thomiste qui émaillent les oeuvres de Grotius. Leur dénombrement en a été facilité par l'"Index des auteurs cités" ajouté à l'édition de la Fondation Carnegie déjà mentionnée (volume II, 1925) (114) et par l'essai d'organisation de ces citations contenu dans l'*editio maior* de B.J.A. de Kanter van Hattinge Trop (1939) (115). En résumé, dans le "Droit de la guerre et de la paix", Grotius cite les écrits d'Aristote 140 fois, auxquelles il faut ajouter 12 références aux paraphrases de l'"Ethique à Nicomaque" du pseudo Andronicus de Rhodes, et 8 aux commentaires de Michel d'Ephèse (fin du XIIe siècle, début du XIIIe). Saint Augustin est cité 170 fois et Saint Thomas d'Aquin, 40 fois, tandis que les références aux commentaires du Cardinal Cajetan (Thomas de Vio) à la Somme Théologique y figurent 24 fois. Le moraliste thomiste le plus illustre du XVe siècle, en particulier dans les matières juridiques et économiques, Saint Antoine de Florence O.P. (1389-1459) est cité 3 fois ; le maître de F. de Victoria O.P. (1483-1546), 56 fois (et 68 dans le "Droit de Saisie") ; le P. de Molina S.J., 21 fois ; le P.D. de Soto O.P., 30 fois, le P.J. de Azor S.J. (1559-1603), fin moraliste et jurisconsulte espagnol, 4 fois ; le P.L. Lessius S.J. (1554-1623), 34 fois. En ce qui concerne ce dernier, remarquons qu'actuellement on ne connaît une telle importance à son oeuvre que Barry Gordon, professeur à l'Université de Newcastle, Nouvelle-Galles du Sud, a compris qu'il devait désigner l'histoire de l'analyse économique, en intime relation avec le droit, antérieurement à la formation de l'économie politique, par ce titre donné à son oeuvre (1975) : "D'Hésiode à Lessius" (116). Poursuivons, en signalant que le grand jurisconsulte et canoniste espagnol proche de la tradition scolastique dont nous avons parlé,

(113) Robert Feenstra, Théorie sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius ; Impossibilitas and clausula "rebus sic stantibus". Some aspects of frustration of contracts in Continental legal history up to Grotius, in "Fata iuris romani" (1974), cit. supra, note 93. The world of H. Grotius (1583-1645), in "Proceedings of the International Colloquium organized by the Grotius committee of the Royal Netherlands Academy of Art and Sciences".

(114) Herbert F. Wrigth, Index of Authors cited, in "De iur. b. ar. p.", éd. de Carnegie End. por Int Peace, cit. vol. II (1925).

(115) H. Grotius, De iur. b. ac. p., ed. maior (1939), cit. supra note 2.

(116) Barry Gordon, Economic analyses before Adam Smith. Hesiod to Lessius, (1975).

D. Covarrubias y Leiva (1512-1577) est cité par Grotius dans le "Droit de la guerre et de la paix", 54 fois ; B. de Ayala (1543-1612), initiateur du droit organique de la guerre et des milices, 6 fois, etc. etc. ... Le P.F. Suarez (1548-1617) constitue, comme l'indique Thienne (117), un cas particulier. Grotius le cite 4 fois dans le "Droit de la guerre et de la paix" ; cependant, son influence considérable dans la pensée de l'auteur, n'est mise en doute par personne. Grotius l'a tenu en haute estime, en faisant de lui l'homme qui "est, dans la Philosophie à laquelle est actuellement reliée la Scolastique, d'une telle perspicacité que c'est à peine s'il a son pareil". C'est ainsi qu'il s'exprima dans une lettre au Chanoine (protestant) J. Cordesius, du 15 octobre 1633. Dans cette missive, Grotius manifeste aussi son mécontentement pour les corrections que l'on infligeait aux écrits des jésuites, en particulier ceux du P.L. Lessius, en raison des dangers qu'on leur attribuait, à cause de ceux du P. Meriana S.J.. On sait quelles louanges prodigua Grotius dans ses lettres à l'égard de plusieurs scolastiques et autres penseurs proches, par exemple, F. Vazquez, D. Covarrubias, D. Soto O.P. et, en particulier, Saint Thomas d'Aquin. De ce dernier il dit que personne ne se repentira de recourir à lui, sinon pour le lire en entier, du moins pour revoir la Deuxième partie de la Somme Théologique, principalement, où il traite de la justice et des lois (118). Finalement, dans le "Discours préliminaire" du "Droit de la guerre et de la paix", Grotius indique les progrès des scolastiques, "chaque fois qu'ils sont d'accord entre eux au sujet du comportement social", ainsi qu'également "leur perspicacité à découvrir ce qui mérite d'être écarté dans les doctrines des autres". Il fait l'éloge, enfin, de la modération dont ils donnent l'exemple. "Ils avancent des arguments -souligne-t-il- et ne se répandent pas en ces invectives qui commencent à envahir les Lettres et qui sont, à vrai dire, les avortons d'esprits impuissants" (111). Dans ce "Discours", certes, Grotius censure le style usuel des Scolastiques en lui faisant les reproches que méritent sans doute ses abus et ses impropriétés et en participant même à l'incompréhension des valeurs de ce style, des points de vue de la technique du raisonnement et de la didactique, valeurs qui sont aujourd'hui appréciées.

L'irritation de Grotius à l'égard des formes d'expression des Scolastiques ne troublait pas les idées que se faisaient ses contemporains sur son adhésion à la substance de la pensée dont ceux-là sont les maîtres. Les jugements étaient naturellement

(117) Hans Thienne, *op. cit.*, supra note 103.

(118) H. Grotius, *Cartas* à B. Aubery du Maurier, 13 mai 1615, à Willem de Groot (son frère), 30 novembre 1615 ; à J. de Cordes, 15 octobre 1633, in "Briefwissengling van H. Grotius", éd. par Dr. P.C. Molhuysen (1928 et s.), vol. I, n° 402, p. 384-387, n° 432, p. 424-426, vol. V, n° 1884, p. 191-196.

différents selon les courants auxquels appartenait les critiques. Par exemple, son illustre disciple écossais (à travers Puffendorf) G. Carmichael répétait ses réserves sur le style des Scolastiques, en prévenant qu'il prenait, cependant, chez eux tout ce qui lui paraissait bon (119). Dans le camp opposé, les légistes protestants des Princes, puis des Rois, de Prusse, combattaient avec acharnement Grotius en raison de la proximité de sa doctrine avec celle des Scolastiques, en philosophie du droit, cela sans manquer fréquemment d'usurper beaucoup de ses idées en les détournant à l'appui de l'absolutisme monarchiste. Souvenons-nous en particulier, entre autres, de J.A. Osiander (1622-1697) (120), de K. Ziegler (1621-1690) (121) et, surtout, de C. Tomasius (1655-1728) (122). Le reniement de Grotius par ce dernier, expressément à cause de ses "hétérodoxies" par rapport au luthéranisme, étant donné son inclination pour les Scolastiques, se manifesta notamment -avec par la suite une importante influence nocive- dans le domaine de l'égalité dans les contrats à titre onéreux.

A notre avis, afin de bien comprendre le lien existant entre Grotius et les Scolastiques, il faut prendre en considération les trois aspects suivants :

a) La tendance sur laquelle Grotius régle fondamentalement sa pensée philosophico-juridique, autant qu'il lui fut permis, est essentiellement la tendance qui anime la civilisation humaniste chrétienne, en particulier en ce qui concerne le droit. L'adhésion prédominante de Grotius à la Scolastique est due, certainement, à la conviction qu'il a de sa vérité, mais aussi, corrélativement, au fait qu'elle constitue l'expression la plus cohérente de l'idéologie qui nourrit cette civilisation. La large ouverture d'esprit de la part de Grotius à la philosophie des grecs, avant tout Aristote ; au droit des Romains ; aux écrits des Latins ; aux Pères de l'Eglise, principalement Saint Augustin ; aux Canonistes ; aux enseignements des Docteurs juifs

(119) Gerschomus Carmichael, Supplementa et observationes, in "S. Puffendorf, De officio hominis et civis juxta legem naturalem" (1724), p. VII-VIII.

(120) Johann Adamus Osiander, Observationes maximam pertem Theologicae in Libros tres de iure belli ac pacis, Hugis Grotii (1671) ; Typus legis moralis ex occasione dicti Jacobei Cap. IV (1671). L'auteur vilipende constamment Grotius parce qu'à la suite des Scolastiques, c'est-à-dire, les "Papistes", papizat, il tombe, comme eux dans le "Royaume des ténèbres" et par conséquent, propose des doctrines soit insubstantielles, soit hétérodoxes (par rapport à la confession de Habsbourg).

(121) Kaspar Ziegler Jurisconsultus, Dissertationes quator. De lesione ultra dimidium iuti pretii ejusque actione ex L. in C. de Rescicione venditionis (1667), p. 22-24. L'auteur, qui s'étend sur la reproduction d'insultes grossières à l'égard des Scolastiques, à cause de l'adhésion de Grotius à leurs idées, prétend qu'on ne sait plus à quelle religion appartient Grotius.

(122) Christian Thomasius, Institutiones jurisprudentiae divinae... (1688), Prolegomena, parag. 5, p. 3-4.

inspirés par le Monothéisme biblique, représente le cadre général à l'intérieur duquel la Scolastique apparaît aux yeux de Grotius.

b) La Scolastique à laquelle s'apparente la philosophie juridique de Grotius est, exactement, la Scolastique informée par la tradition que nous appelons aristotélico-augustinienne-thomiste à cause des enseignements qui la constituent fondamentalement et qu'elle a développés avec une force sans égale. Grotius ne s'entint certainement pas à la Scolastique scotiste, ni à la nominaliste, etc. Il n'y a pas lieu, non plus d'insister sur les différences entre les écoles qui développèrent la tendance scolastique exprimée, notamment les écoles des jésuites et des dominicains. Grotius a prêté principalement attention aux thèses fondamentales, où ces écoles convergent (123).

c) Il faut noter, dans l'oeuvre de Grotius, la confirmation et le renouvellement, non seulement en ce qui concerne la forme mais aussi la substance auxquels il s'attacha et qui donnèrent à sa doctrine l'efficacité théorique et historique qui fit de lui pour l'avenir un maître du droit.

Les observations qui ont été exposées au cours de ce travail et les références qui y ont été données d'autres observations concernant différents thèmes du droit privé, accréditent ce renouvellement. Il n'est donc pas acceptable de prétendre, comme on l'a fait, que "l'immense renommée du "Droit de la guerre et de la paix" est due, non pas à son originalité intrinsèque, mais à un concours heureux de circonstances extérieures" (124). A notre avis, son oeuvre fut certainement originale, au sens où nous l'avons dit (125).

(123) H. Grotius, *De iur. b. ac. p. Prologomena*, cit.

(124) Roger Labrousse, Il problema della originalità di Grocio, in "Revue internationale de philosophie de droit" A. XXVIII, janvier-mars 1954, p. 1-20.

(125) A l'époque de Grotius, les critiques réputés appréciaient hautement l'aspect signalé dans le texte. Le Père Ignace Schwarz, professeur et recteur d'universités allemandes renommées, dans son oeuvre "Institutiones juris publici universalis, naturae et gentium, ad normam moralistorum nostri temporis, maxime protestatum, Hufonio Grotii, Puffendorffii, Thomasio, Vitriarii, Heinecii, aliorumque recentissimum adornatae, et ad crisis revocatis eorum principiis, primum fusiore, tum suscitiorie methodo pro studio academico, praesertim catholico, accomodatae. pars prima elemento genuino comprehensa de iure naturae" (1760 III, p. 66 et s., dit ceci : "Il demande : Quel jugement méritent Grotius et son oeuvre sur le droit de la guerre et de la paix, de la part des orthodoxes (catholiques) ?" ; il répond : "Grotius qui était d'une intelligence vive, a grandement mérité honneurs et louanges de la part, même des protestants, en ce qui concerne la discipline du droit de la nature et des gens". "Il est manifeste -ajoute-t-il- que les éloges des orthodoxes (catholiques) ne doivent pas manquer à cette oeuvre. Qui nie le fait que dans cette discipline -qui plus qu'une autre doit être cultivée et exposée avec ordre et méthode- il brilla le premier, tel un phare ? Pour cette raison, un auteur religieux de notre siècle, le plus érudit, l'illustre Père François Schmier, dans la Préface de "Jurisprudentiae publicae universalis" qualifie l'oeuvre de Grotius d'illustre et lui attribue la première place, parce qu'il fut le premier à donner l'élan, d'une manière élégante et heureuse, avec intelligence et érudition, à cette discipline qui -cela est incroyable- était moribonde. Budde -conclut le Père Schwarz- dans son *Historia naturalis juris*", f.m. 27, affirme que

28 - L'ignorance de la filiation de la pensée philosophique-juridique de Grotius à l'égard de la Scolastique -ou ce qui n'est pas rare, l'affectation de cette ignorance- s'explique par des causes de natures différentes.

L'une d'elles est l'omission de l'indication d'une bonne partie des sources bibliographiques, dans les deux premières éditions du "Droit de la guerre et de la paix". De plus, ces éditions de l'oeuvre furent traduites en français et, par conséquent, diffusées, sans que la troisième édition, en latin, ou ses traductions, parvinssent toujours à modifier l'impression produite par les deux premières. D'autre part, le "Droit de saisie", où les sources sont abondamment citées, resta inconnu et inédit jusqu'en 1868 (126).

Sous un autre aspect, il est évident que l'aversion envers Aristote et les Scolastiques qui s'exprime dans les tendances antichrétiennes de la Culture de l'Illustration et dans les écrits de ses précurseurs (par exemple Galieni), a eu un effet important dans ce sens. Une des préoccupations de cette tendance était, en outre, de s'assimiler les auteurs représentatifs des progrès obtenus. A cet égard, se distingue Barbeyrac, dont les traductions de l'oeuvre maîtresse de Grotius sont aujourd'hui encore qualifiées de trahisons (127). Même dans sa traduction définitive de cette oeuvre, les références données sont sélectives et sa signification est altérée par les commentaires qui s'y ajoutent. La traduction de Pradier-Foderé est aussi incomplète en ce qui concerne cet aspect et, par endroits, inexacte, en raison d'interprétations étrangères citées.

L'effort pour réduire la pensée de Grotius au rationalisme idéaliste et à l'épicurisme politique des Temps Modernes a même entraîné des anachronismes et des amalgames curieux. Le "Droit de saisie" dans lequel Grotius affirma déjà ses positions fondamentales constantes est de plus de vingt ans antérieur au "Discours de la Méthode" et de beaucoup plus aux "Méditations métaphysiques" de Descartes. La supposition de G. Gurvitch selon laquelle la contribution de Grotius au "Droit social" a dépendu de certaines théories de Leibniz (128), oubliée, d'une part que cette contribution fut effective presque soixante ans avant le début de la parution des écrits philosophiques de Leibniz et, d'autre part,

"Grotius fut le premier à s'engager dans la voie où d'autres plus tard ont imprimé leurs pas".

(126) H. Grotius, *Jus praedae*, cit. supra, note 4.

(127) Sur la traduction de *De I. b. ac. P.* et les commentaires sur Barbeyrac, V. Marcel Thomann, *Introduction* in "Christian Wolff, *Jus naturae*" (1972) vol. I, p. XXXIV-XXXV.

(128) Georges Gurvitch, *L'idée de droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle* (1931) p. 365-391

que dans les doctrines de Grotius et de ses prédécesseurs scolastiques se trouvaient déjà les éléments dont Gurvitch attribue l'invention à Leibniz ; en vérité, ce dernier détourna ces éléments dans le sens d'un droit naturel contraire à celui de la *philosophia perennis*. Finalement, J.J. Rousseau, dans le "Contrat social", rapproche des conceptions aussi contradictoires que celles de Grotius et de Hobbes sur la condition des hommes et des animaux, par rapport à la société (129). Grotius soutenait évidemment la disparité essentielle de condition entre les uns et les autres, et Hobbes, par contre, leur parité. L'antagonisme sur ce point entre les doctrines de Grotius et de Hobbes est la ligne de partage des eaux de la philosophie sociale -y compris juridique- des Temps Modernes, même en ce qui concerne l'égalité dans les contrats.

29 - Concluons. En somme, la doctrine philosophico-juridique de Grotius consolida et renouvela, avec opportunité, la reconnaissance de la possibilité et de la nécessité de l'égalité dans les contrats à titre onéreux. En même temps, à propos d'autres matières bien connues -avant tout, le droit international public- cette doctrine, en ce qui concerne l'équité dans les contrats, a signifié un pas en avant d'une importance décisive dans le développement de la civilisation humaniste. Grâce à son enseignement, la conviction commune à cet égard, qui nourrit cette civilisation, fut affermie et précisée de manière féconde dans le domaine spécifiquement juridique, conformément aux possibilités et aux exigences des temps qui commençaient alors à se profiler. C'est ce même enseignement qui aida plus tard à dépasser des confusions que Grotius ne parvint pas à éviter en raison des conditions dans lesquelles se forma sa pensée. Ses éclaircissements sont actuellement utiles pour discerner les erreurs, en particulier au sujet de l'égalité dont nous traitons, occasionnées par les courants absolutistes qui se prévalent de raisons populistes, tout comme aux Temps Modernes, ils guidèrent les efforts qui s'opposèrent, dans l'économie, aux tentatives des absolutistes monarchistes et corporatistes. Enfin, les principes et les précisions capitales que Grotius contribua à établir et perfectionner à propos de notre thème -une fois considérés comme il se doit les corrections et les développements apportés depuis les prodromes de l'Époque contemporaine- sont d'une aide précieuse pour la poursuite des progrès, dans la théorie et dans la vie sociale, animés par la vérité et par le bien qui constituent la vocation de notre Époque.

(129) J.J. Rousseau, Le Contrat social ou Principes de droit public, Liv. I, chap. III, éd. Garnier 1975, p. 236-23.

II - DOSSIER

**ELECTION
A LA PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
(1988)**

**La campagne présidentielle de
M. François MITTERAND et
M. Jean-Marie LE PEN
sous l'angle du marketing politique (*)**

(*) Ce travail a été fait par des étudiants de première année, D.E.U.G. Droit, dans le cadre du cours : "Introduction à la Science Politique" - Faculté de Droit de l'Université de Toulon et du Var, année universitaire 1987-1988.

Le responsable de cet enseignement (et de cette initiative) M. Codaccioni a jugé opportun de profiter de l'élection présidentielle de 1988 pour étudier le marketing politique "sur le terrain".

Des étudiants ont accepté de faire ces enquêtes. Il est à noter que lors de la présentation de ces travaux en amphithéâtre, ceux-ci étaient accompagnés d'un montage audio-visuel. Les enquêtes concernant les candidats Mitterand et Le Pen, et qui datent donc d'avril 1988, sont présentés ici, pratiquement sans modification.

Mme Martine Hardy, assistante de gestion à l'I.U.T. de Toulon, spécialiste de Marketing et aussi de Marketing politique, a apporté sa précieuse contribution aux efforts des juristes ; qu'elle en soit vivement remerciée.

Nos remerciements s'adressent également à la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif qui a accepté d'accueillir cette modeste tentative.

CAMPAGNE de François MITTERRAND SOUS L'ANGLE DU MARKETING POLITIQUE (Election présidentielle 1988)

Alors que dès 1986, les attitudes des différents leaders politiques laissaient clairement apparaître leur "positionnement" en vue de l'élection présidentielle, le Président François Mitterrand n'a, quant à lui, à aucun moment, évoqué publiquement cette éventualité. Au-delà même de cette "discretion", l'homme laissait parfois entendre que, tant pour des motifs idéologiques voire quasi-philosophiques, il n'aspirait pas à "se porter candidat à sa propre succession" (journal "Le Monde" février 1986).

La première phase de cette campagne électorale aura donc été fortement marquée par le "mystère" entourant son éventuelle candidature. Interrogation parfaitement relayée par les médias : rappelons-nous pour exemple la "meute record" de journalistes participant à la promenade de Solutré.

Mais évidemment une bataille ne se gagne pas qu'en suscitant l'intérêt. Le candidat-président l'a parfaitement compris, il lance sa campagne effective quelques jours avant la date limite fixée par la Constitution.

I. - STRATEGIE DE PRE-CAMPAGNE

La structure de cette stratégie s'appuie sur trois modules. Le premier consiste en la personne même du Président : il préserve l'importance de la magistrature suprême et indique les thèmes qu'il juge fondamentaux pour l'avenir du pays. Le Parti Socialiste est l'indispensable appui logistique. Son rôle : réagir aux prises de positions du Chef de l'Etat, en les développant et en leur donnant une tournure partisane. Quant au troisième module, son but est de personnaliser la campagne et de placer la candidature de François Mitterrand dans une perspective historique.

A - Le P.S. : arme idéologique

Le Parti Socialiste avait deux difficultés à concilier : il était Parti d'opposition parlementaire et son chef de file n'était autre que le Président de la République. Il lui fallait également

mettre au point une structure suffisamment souple pour que les objectifs définis puissent s'appliquer, non seulement à François Mitterrand, mais aussi, à Michel Rocard, Laurent Fabius, voire Jean-Pierre Chevènement. Et cela, dans l'hypothèse où le Président sortant ne se représenterait pas.

Quant à l'importance de cette "arme idéologique", elle ne fait aucun doute. En l'état actuel du système politique français, aucun candidat ne peut espérer l'emporter sans le soutien d'un parti politique structuré (cf. Raymond Barre - Election 1988).

Le Parti Socialiste va donc entreprendre une action importante lors de cette pré-campagne. Celle-ci prend tout d'abord un aspect civique, avec une invitation lancée aux jeunes afin qu'ils s'inscrivent sur les listes électorales. Elle consiste également en une réaffirmation de l'adhésion du PS aux valeurs du triptyque républicain "Liberté, Egalité, Fraternité", et en une série d'affiches déclinant les slogans socialistes.

1 - Pour l'inscription sur les listes électorales :

Cette campagne fut conduite par Jack Lang, ancien ministre de la culture, entre octobre et décembre 1987.

Cet "appel au civisme" est appuyé par une série de deux affiches :

"Pour l'ouvrir, il faut s'inscrire" - "Pour l'Egalité, il faut s'inscrire"
Le crocodile qui apparaît sur ces deux affiches a, sur la première, la gueule ouverte. Sur l'autre, sa gueule est refermée sur une rose. Le logo "PS" n'est sur aucune des deux affiches, seule la rose peut paraître rappeler le symbole socialiste.

Les raisons d'une telle campagne sont multiples :

On ne peut dénier une valeur civique à cette action, mais il ne faut pas omettre de rappeler qu'elle s'adresse notamment à une catégorie de jeunes (- de 25 ans) fortement touchée par le chômage, tranche d'âge qui exprime un certain rejet pour la classe politique sans toutefois se désintéresser des grands mouvements de solidarité. Autant de raisons qui en font un réservoir privilégié pour les différents courants "égalitaristes" et donc plus ou moins proches du Parti Socialiste.

2 - Le triptyque républicain

Cette nouvelle série d'affiches reprend les thèmes républicains qu'elle exprime toujours suivant le même schéma. Option dynamique puisqu'elle s'exprime sous forme de dialogues. Une première affiche pose une question, une seconde y répond.

Premier dialogue

AFFICHE 1 : LIBERTE ?

Une télévision jetée dans une poubelle. Sur l'écran apparaît le visage de Michel Polac, avec en sur-impression l'intitulé de son émission "Droit de réponse". L'affiche est en noir et blanc, terne, triste. Elle fait référence au licenciement du journaliste de TF1. Ces éléments veulent faire ressentir la privatisation de l'ancienne chaîne publique en tant qu'atteinte au patrimoine public. Le licenciement de Michel Polac : Est-ce cela le pluralisme de l'audio-visuel . N'y a-t-il pas là atteinte au droit à l'information, à la liberté d'expression ?

AFFICHE 2 : LIBERTE CHERIE (réponse du PS)

Un homme, nu, court avec une rose à la main, portée haute. Le symbole du PS s'affiche désormais, il ponctue le slogan "Liberté chérie".

Le PS met en avant son logo, sa conception d'une valeur, et un homme débarrassé de toutes entraves pour l'exprimer. Cet homme représente le progrès, la liberté.

Notons qu'à l'opposé de la première affiche, celle-ci est en couleur afin de bien montrer la différence d'état d'esprit. L'image veut évoquer l'enthousiasme, la confiance, le mouvement. Remarquons enfin que le message s'en tient au général, il ne contient pas de revendications politiques précises.

Deuxième dialogue :

AFFICHE 1 : EGALITE ?

Cette affiche est construite sur le même schéma que la précédente. Elle représente, une guirlande de papier découpée dans des billets de banque. Cette découpe rappelle la silhouette d'individus, les teintes sont toujours ternes, fades.

Le but visé par cette affiche est de rappeler "l'image bourgeoise" de l'actuel gouvernement, de mettre en valeur les rapports qu'il entretiendrait avec les milieux d'argent, les classes aisées de la société. Est-ce cela l'égalité ? Les plus gros avantages au bénéfice du petit nombre, au détriment de la totalité.

AFFICHE 2 : EGALITE CHERIE

Trois jeunes enfants nus sont assis sur un banc. Ce sont une petite fille noire et deux garçons de peau blanche. Ils se tiennent par la main. Ils sourient, celui du milieu a une rose posée sur les genoux. l'affiche est en couleurs. Le logo du PS et le slogan "Egalité chérie" trône en haut de l'image.

Explications : L'égalité passe par le respect des différences. Par ailleurs, le fait que les trois enfants soient assis sur un banc, -et donc au même niveau- est là pour symboliser l'objectif d'égalité des chances au départ.

Troisième dialogue :

AFFICHE 1 : FRATERNITE ?

Sur un trottoir, la silhouette d'un homme mort est tracée à la craie. Une date : Décembre 86.

Les couleurs (noir et blanc) soulignent la violence et l'aspect morbide de la situation.

L'affiche fait référence à la mort de Malik Oussékine lors des manifestations estudiantines de décembre 1986. Le trottoir est désert, l'absence de vie souligne le sentiment d'indifférence et la consternation.

AFFICHE 2 : FRATERNITE CHERIE

Une femme nue et enceinte se tient debout sur la gauche de l'affiche. Elle tient contre sa poitrine une rose.

Même principe : Affiche en couleurs, logo socialiste et slogan. On oppose là, la violence de la répression policière entraînant mort d'homme, à la douceur de la femme qui va donner la vie. Elle représente l'avenir, la fraternité.

3 - Les affiches déclinant les slogans socialistes

Cette troisième série est bâtie sur le modèle de la précédente, mais les valeurs ne sont plus représentées en opposition à un événement, elles sont directement affirmées. C'est donc une campagne d'affirmation des propositions socialistes tournant toujours autour des pôles du triptyque républicain.

Les sept affiches sont présentées de la même manière. Elles reprennent toutes la main de l'homme de "Liberté chérie". C'est en quelque sorte le logo humanisé du Parti Socialiste. Les revendications sont politiques, on retrouve l'affiche de type classique.

B - Le module "génération Mitterrand"

Il s'agissait là de personnaliser la campagne, afin que l'opinion publique elle-même, plébiscite la candidature de François Mitterrand. Le but est atteint par différents moyens : d'une part des appels à François Mitterrand comme autant d'encouragements à se représenter, et d'autre part, l'affiche "Génération Mitterrand".

1 - Appels à sa candidature

Ces actions prennent deux formes :

* L'action collective de divers comités de soutien qui naissent dans le cadre des départements et l'action individuelle de nombreuses personnalités nationales (cf. phénomène du leader d'opinion).

* Appels pour qu'il se représente : ce sont des "comités de soutien à la candidature de Mitterrand", des "Conseils de la gauche" et quelques autres associations qui appellent de leurs vœux une nouvelle candidature Mitterrand. C'est un nouveau combat pour reconquérir le terrain perdu lors des élections législatives de 1986.

Ces associations sont composées de personnalités politiques ou "civiles" représentant un leadership dans un domaine représentatif et valorisant de la vie locale.

* Appels pour qu'il ne parte pas : beaucoup de personnalités occupant le devant de la scène médiatique vont intervenir en faveur d'un prolongement du "règne" mitterrandien. Il s'agit pour "Tonton" de ne pas "laisser béton" comme le dit le chanteur de variétés Renaud. D'autres artistes interviennent également, chacun suivant sa personnalité. Des écrivains et des journalistes contribuent à donner une dimension médiatique au phénomène. En effet, une importante littérature prend comme thème un aspect de la "tontomania". Positif, avec par exemple, Dominique Jamet, négatif pour ce qui concerne "les Sept Visages de F.M." selon Catherine Nay, et pouvant susciter une double lecture avec "Les Religions d'un Président" par Jean Daniel. L'opportunisme commercial des maisons d'édition enrichit ainsi le mouvement de personnalisation de la campagne.

De plus, certaines manifestations, comme le spectacle organisé à la salle "Zénith", à Paris, en mars 1988, ont favorisé cette exploitation médiatique.

Masse d'appels individuels ou collectifs, ces mouvements lancés par une élite, ont pour but de suggérer aux électeurs que seul l'actuel chef de l'Etat est en mesure de diriger la France.

2 - L'affiche "Génération Mitterrand"

Cette affiche a fait l'objet de deux séries : l'une exprimant une idée, l'autre en développant plusieurs.

En fait, le slogan "Génération Mitterrand" a très exactement capté le besoin, l'aspiration du plus grand nombre à une société moins froide, moins brutale, moins inquiétante (cf. les études de socio-styles du Centre de communication avancée

d'Havas). La vogue des "jeunes loups dynamiques", des managers performants, des leaders de la Société-qui-va-de-l'avant, n'a pas fait oublier, mais au contraire décupler, un immense besoin de se reconnaître dans un mouvement collectif, où la solidarité ne serait pas un vain mot. Le terme "Génération" trouve ici son plein emploi.

* L'affiche veut concentrer l'attention de la société sur un nom en lui associant une idée. "Génération Mitterrand" n'exprime aucune revendication politique, aucun programme, ne vante pas les mérites d'un homme ; l'affiche ne fait pas apparaître un quelconque logo politique : c'est une affiche qui suggère l'idée de solidarité, de protection, par le biais de la référence à un homme. Elle accrédite également l'idée que François Mitterrand marquera son temps.

Description : Sur un fond blanc se détachent deux mots en lettres massives, l'un en-dessous de l'autre : GENERATION MITTERRAND. A travers ces lettres, en transparence, une scène apparaît. Celle d'un très jeune enfant, dont la main est tenue par celle d'un homme mûr.

L'enfant représente l'avenir, l'homme âgé est la protection de cet avenir. François Mitterrand, candidat socialo-communiste en 1981, joue la carte du conservatisme, des valeurs établies. Le profil du patriarche renchérit l'image du "tonton".

* L'autre série d'affiches en comporte quatre. Elles ont un objectif plus directement politique, mais on en reste toujours au stade des concepts : "La France, on l'aime, unissons-là" - "L'Europe, on en parle, faisons-la" - "L'Egalité, on en parle, faisons-la" - "Le Progrès, on en parle, faisons-le".

Chaque objectif à atteindre est rattaché à une catégorie de personne : l'unité et le bébé, l'Europe et l'adolescent, l'égalité et la femme, le progrès et l'homme.

Elles reviennent au principe des affiches du Parti Socialiste, où l'Être humain n'est plus présenté comme une abstraction, mais en tant qu'Être concret, lié à des projets pour son pays. Par ailleurs, le fait que cette série d'affiches ne soit pas frappée du logo PS, veut donner à penser que le chef de l'Etat n'est pas -ou ne serait pas- seulement le candidat de la gauche socialiste.

C - Le module du Président

Les deux modules précédents ont donc pour finalité, nous l'avons vu, de créer un état de nécessité. De mettre la France en position d'attente. Cette action conjuguée va soulever le fort mouvement d'opinion attendu en faveur d'une nouvelle candidature de François Mitterrand, ce que certains appellent,

non sans ironie, la "tontomania". Ce sera là le moment charnière de la campagne : avant et après la déclaration de candidature.

1 - Avant la déclaration de candidature

Le Président va donc entretenir un long "suspense" quant à sa décision. Il s'est contenté, durant cette période, de définir par diverses déclarations le profil que devrait avoir le meilleur candidat. L'annonce tardive de candidature fait partie de la stratégie politique de François Mitterrand. Cela pour plusieurs raisons : l'absence de candidat socialiste dans la bataille électorale donne à penser que la campagne n'est pas encore commencée. Par ailleurs, sa passivité apparente met en valeur -sur le terrain de l'action politique- le combat que sont obligés de se livrer les deux candidats de la droite traditionnelle, dans une sorte de primaire à l'américaine. Le Président parie ainsi sur l'érosion du discours des leaders de la majorité qui reconnaissent eux-mêmes que la véritable campagne ne commencera que lorsque le candidat majeur de la gauche sera officiellement connu. Egalement, François Mitterrand prouve son respect pour la fonction présidentielle, en retardant au maximum sa déclaration de candidature. D'autre part, détail tactique mais qui a son importance : François Mitterrand a 72 ans, et son âge avancé ne lui permet plus d'assurer une longue campagne composée de meetings quasi-quotidiens. Rien de lui sert de concurrencer Jacques Chirac sur un terrain où celui-ci excelle.

2 - La candidature déclarée

C'est le mardi 22 mars 1988, à vingt heures sur une chaîne publique (A2) que le Président François Mitterrand annonce sa candidature aux Français. Le lendemain, une grande campagne d'affiches est lancée, ce qui prouve, s'il en était besoin, que la décision était prise depuis plusieurs semaines.

* La déclaration de candidature est faite sous forme de dialogue -contrairement aux autres candidats qui avaient usé du discours solennel-. Ce "oui" à la question du responsable politique d'Antenne 2, Paul Amar, est le coup d'accélérateur de la campagne. Le Président donne l'image d'un candidat volontaire, employant des mots et un ton qualifiés de vigoureux par les uns, d'agressifs par les autres. Il laisse ainsi entendre que la bataille sera rude et son implication complète.

* Le lendemain, l'affiche "La France unie" est sur tous les murs de la capitale. Elle met en évidence un homme et un mot d'ordre.

Description : L'homme, c'est François Mitterrand. Son nom n'est pas mentionné. Il se tient -comme tous les personnages

des affiches socialistes- sur la gauche de l'image. Le visage, de profil et éclairé ce face, est animé d'un léger sourire, le regard porté vers l'horizon. L'image du patriarche sort renforcé de cette affiche, où, tout en sérénité, on prêche l'union. On peut à ce sujet citer Alain Duhamel quand il parle de l'entrée en force de la morpho-psychologie dans la campagne politique : "J.M. Le Pen suit des cures d'amaigrissement pour présenter le profil idoine, J. Chirac bronze intelligent, R. Barre avance un menton clémenciste, et d'un clip à l'autre, François Mitterrand se laisse deviner en patriarche de l'Europe" (journal "Le Monde" 29/03.88).

Le slogan "La France unie" matérialise la grande idée de rassemblement que François Mitterrand va exploiter tout au long de la campagne.

II. - LE PRESIDENT EN CAMPAGNE

La campagne est donc effectivement lancée. François Mitterrand prend officiellement la direction des opérations. Lionel Jospin, secrétaire général du PS arrête son tour de France, l'équipe officielle prend le relais, alors que le candidat usera de divers moyens pour "faire passer son message".

A - Organisation générale

1 - Structure officielle

Cette équipe siège à Paris. Elle est dirigée par Pierre Bérégovoy, ministre de l'économie et des finances. Les membres sont des proches du Président, les plus en vue étant : Jack Lang, Michel Rocard, Yvette Roudy, Henry Nallet, Isabelle Thomas (l'un des leaders de la manifestation étudiante de décembre 86) ... ainsi que toute une kyrielle de "cerveaux", parmi lesquels Jean-Louis Bianco et Jacques Attali.

2 - Rôle de cette équipe

Elle a pour fonction de préparer -selon les vœux du Président- les différentes prestations de ce dernier. Elle est le porte-parole officielle, et règle les questions techniques qui peuvent surgir à propos de la campagne d'affichage, de l'organisation des meetings et des prestations télévisées.

B - Les moyens de sa campagne

1 - La lettre à tous les français

* Présentation : c'est le Président lui-même qui a présenté son "produit", le mercredi 6 avril 1988, sur les ondes radiophoniques de R.T.L.. Il est interrogé par Philippe Alexandre, responsable du service politique de la station. Les deux hommes ont abordé, point par point, les thèmes développés dans cette lettre. Le jeudi 7 avril, les français pouvaient lire dans deux titres nationaux (Libération et France-Soir) et 25 quotidiens régionaux, la lettre publiée sur six pages dans son intégralité.

* Originalité : toujours suivant le même principe, la date de parution a été tardive, bien après que les premières rumeurs aient filtré à son propos. On ressent donc encore cette volonté de placer l'opinion publique en position d'attente et de susciter le besoin. Par le contenu, François Mitterrand a su éviter deux pièges : celui de faire des propositions précises ou trop novatrices, ce qui l'aurait conduit à n'être perçu qu'en tant que leader de la gauche ; et celui de les faire trop vagues, prenant le risque de développer l'image du "Président attrape-tout" (Alain Duhamel "Le Monde" février 1988).

Le Président s'adresse aux Français dans un style accessible, alors que le titre s'avère très explicite : il ne s'adresse pas à une tranche particulière de l'électorat mais à l'ensemble des Français. L'idée de rassemblement est toujours aussi présente. Mais le texte est long et compact, qui le lira dans son intégralité ?

2 - Les interventions radio et télévision

Il use de la radio et de la télévision en variant les effets de style.

Le 22 mars 1988, il annonce sa candidature sur Antenne 2, lors du journal de vingt heures. Le ton est vif, acerbe parfois envers le gouvernement en place. On y parle de "paix civile menacée". C'est le Mitterrand d'avant 1981.

Le 24 mars 1988, il discute, dans "question à domicile" sur TF1, avec Anne Sainclair et Jean-Marie Colombani de sa candidature et du rôle qu'il estime devoir jouer dans cette élection et dans l'avenir. Dans ce cadre, il sera convivial ; il veut renforcer son image de rassembleur.

Le 6 avril 1988, c'est la présentation, sur R.T.L., de sa lettre à tous les Français. Il se veut constructif, conciliant, accessible à tous.

3 - Les interventions publiques

Nous pouvons distinguer trois types d'interventions : celles des leaders socialistes, celles du candidat, et enfin celle du Président.

* *Les meetings des leaders socialistes* : ces réunions sont réalisées afin d'éviter, chez le militant, la démobilisation que ne manque pas de provoquer l'idée de rassemblement que veut imposer le candidat des socialistes. Elles sont préparées par des leaders du PS, en coordination avec l'équipe officielle de campagne de l'avenue Franco-Russe. Là, le vocabulaire n'est plus celui du rassemblement mais celui du rassemblement autour des idées socialistes.

Il ne s'agit pas de porter haut le débat mais de conforter l'opinion des sympathisants et militants. On y rappelle les temps forts du septennat qui s'achève, on y parle des perspectives qu'entraînerait l'élection du "candidat du Parti Socialiste". Un clip vidéo est projeté (conçu par J. Séguéla), il contribue, au même titre que l'affiche "Génération Mitterrand", à placer la candidature du Président dans une perspective historique. Il s'agit d'un document peu ordinaire, rappelant, par le défilement de plans fixes, les grands moments de ces deux derniers siècles. L'image de François Mitterrand conclut cette énumération. Elle appelle une idée : Le candidat socialiste va dans le sens de l'histoire.

* *Les meetings du candidat* : exercice difficile puisque, à ce type de manifestation, ne se rendent souvent que des convaincus. Difficile car le langage du partisan s'accommode mal de celui du rassembleur. Exemple frappant de cette difficulté, ce passage de son discours de Rennes, le 8 avril 1988 : "Il y a des hommes excellents dans l'actuelle majorité" affirmera-t-il. Cette phrase provoquera déjà quelques sifflets, pourtant il continue, souriant "ne vous laissez pas emporter ; il ne faut pas s'en prendre aux hommes, il faut s'en prendre à l'esprit de système, à l'idéologie. Nous ne sommes pas les bons, ils ne sont pas les méchants". C'est -en meeting- une phrase d'une extraordinaire nouveauté, téméraire même. En pleine campagne, alors qu'une foule attend de son leader qu'il lui dise qu'elle a raison, lui, brise le ressort du manichéisme sur lequel s'appuie l'enthousiasme militant. Coup de fraîcheur pour le langage politique, même si le candidat ponctue son "nous ne sommes pas les bons, ils ne sont pas les méchants" par un "même s'ils considèrent qu'ils sont les bons et nous les méchants". Bouée de sauvetage lancée aux plus dogmatiques.

* *La visite officielle* : ce moyen offre l'avantage d'éviter les difficultés que pourrait rencontrer le candidat. La visite à Marseille. Du fait de la situation politique particulière de cette ville (développement des thèses extrémistes du Front National, municipalité socialiste en péril ...), la position de tous les candidats n'y est jamais confortable -Jacques Chirac y "comprendra" le racisme-. Pour éviter tout problème, François Mitterrand s'est rendu dans la cité phocéenne en tant que Président de la République. Il y a rencontré les différentes autorités locales, sans avoir à prendre positions sur des thèmes pouvant engendrer des polémiques, susceptibles d'être reprises sur un plan national. Par ce biais, François Mitterrand tire profit d'une certaine confusion entre le Président et le candidat.

Donc, pour François Mitterrand, le programme commun et les 110 propositions de 1981 semblent bien oubliés. Place à la "soft" idéologie et aux concepts consensuels, dans une campagne électorale souffrant -comme jamais auparavant- d'américanisation. Quelques symptômes sont en effet perceptibles : les points forts de cette première phase (avant le 1er tour) resteront moins les hommes que les moyens employés, avec, on peut le constater, une hypermédiation, une personnalisation très marquée, une simplification du discours politique et une approche toute professionnelle de l'organisation des meetings.

François Mitterrand, face aux autres candidats et notamment Jacques Chirac, semble bien négociier ce virage de la modernité -ne s'y aventurant qu'à petite vitesse- exploitant la modernité pour exporter son classicisme. Le cocktail que propose Jacques Chirac, modernité + modernisme, pourrait, lui, s'avérer déroutant ou inadapté aux habitudes hexagonales. Ainsi, pour reprendre une formule célèbre "trop de marketing, tuerait peut-être le marketing". La débauche de moyens, les plafonds financiers atteints et le côté clinquant de la campagne présidentielle 1988 pourraient finalement se retourner contre ceux qui auraient trop adhéré à ces nouveaux principes. Le message "conservateur de François Mitterrand pourrait s'en trouver valorisé. Grâce à sa forme classique -voire archaïque- la lettre aux Français sera peut-être le moyen-marketing le plus performant face aux procédés modernes de médiation, de par l'"originalité" de son utilisation politique.

Patrick SAVIDAN - Nicolas SADOUL

LA CAMPAGNE PRESIDENTIELLE de Jean-Marie LE PEN SOUS L'ANGLE DU MARKETING POLITIQUE

Le temps paraît loin où l'ancien lieutenant parachutiste pro-Algérie française, devenu Chef d'un parti d'extrême droite (Front National créé en 1972), recueillait aux élections un poignée de suffrages. Candidat à l'Elysée en 1974, il n'avait obtenu que 0,74 % des voix et il n'a pas eu assez de signatures pour se représenter en 1981. Loin le temps où son visage, barré d'un bandeau noir, faisait sourire. Depuis, il a rejoint la cour des grands.

Issu de la crise et des angoisses qu'elle engendre, le phénomène LE PEN c'est 10 % des suffrages aux élections législatives de 1986. Mais Jean-Marie Le Pen doit-il être pour autant considéré au même titre que les autres hommes politiques ? Au-delà de son discours, il y a un aspect qui le distingue fondamentalement, il s'agit du rapport de l'homme avec son parti : Le Front National c'est Le Pen et Le Pen c'est le Front National. Fondateur et Président de son mouvement, il en est aussi l'âme, la charpente et l'idole. En somme, il est le "chef" et c'est d'ailleurs ce que signifie "Le Pen" en breton.

Son programme politique se résume à cette formule : *La France et les Français d'abord*. L'engagement politique de Jean-Marie Le Pen est fondé, d'après lui, sur l'amour de son peuple. Son message lors de la campagne présidentielle de 1988 : *"Il est temps que le peuple parle et que les Français, de droit ou de gauche, votent comme ils le pensent au fond d'eux-mêmes"*.

Jean-Marie Le Pen se démarque de la droite traditionnelle et se présente comme le seul recours contre le socialisme. Comme les autres candidats, il doit utiliser tous les moyens du marketing politique dont il dispose pour convaincre, pour se rallier de nouveaux électeurs.

Jean-Marie Le Pen est parti premier dans la course à la présidence. En effet, il est en campagne depuis le 26 avril 1987. A cette époque-là, son affiche représentait une vague déferlante symbolisant l'ascension de son mouvement et avec comme slogan "Les Français à l'Elysée" qui fut d'ailleurs repris lors de la tournée des plages qui a suivi. Le chapiteau lepéniste pendant 21 meetings n'a abrité que 800 à 2 000 spectateurs venus écouter le leader du Front National. Même si ces parterres modestes ont pu faire croire à un certain échec, chaque soir, presse, radio, T.V.

locales, en "couvrant l'événement", en ont amplifié l'audience et l'importance. En faisant parler de lui, Le Pen a su tirer profit d'une scène politique désertée par ses concurrents.

Cela aura servi de répétition générale avant le déclenchement en décembre 1987 d'une nouvelle tournée baptisée deuxième vague et pour laquelle il a abordé un nouveau look. En effet, il est, parmi les candidats, celui qui a le plus profondément changé son image. Deux cures d'amaigrissement en Suisse lui ont fait perdre plus de quinze kilos. Le nouveau look Le Pen, c'est aussi une coiffure en arrière. Il a donc adopté le front dégagé de ceux qui aspirent aux plus hautes fonctions. Pour la deuxième phase de sa campagne, Jean-Marie Le Pen a choisi, en ce qui concerne sa tenue vestimentaire, de porter des chemises claires souvent blanches et en général des cravates et des costumes sombres.

Le Pen est entouré d'une poignée d'hommes qui vont contribuer à son changement d'image, pas des militants au sang chaud mais aussi des stratèges sortis des grandes écoles, efficaces et ambitieux. Ce sont les têtes pensantes de sa campagne, tels Bruno Mégret et Jean-Yves Le Gallou, qui vont se charger de la planification et aussi de donner les directives aux structures hiérarchisées du parti en vue de la propagande des idées "lepénistes".

Ce sont les sièges locaux du Front National qui organisent dans chaque ville la distribution des tracts par des bénévoles sympathisants et des militants. Par exemple, dans le Var, 1 million de tracts ont été distribués.

Ces tracts sont constitués de mots chocs qui frappent l'attention du lecteur et reprennent en grande partie les thèmes des dix priorités de son programme. Ces tracts sont ciblés selon la catégorie socio-professionnelles des quartiers (par exemple, dans les zones d'H.L.M. : tracts sur l'immigration ou sur la drogue ; dans les quartiers de cadres : tracts sur la défiscalité). Ainsi cette distribution peu coûteuse et efficace, est un élément primordial de la campagne de Le Pen au niveau local, le Front National étant un parti pauvre.

Parallèlement, on observe le même phénomène pour le choix des petites affiches qui se caractérisent par leur diversité selon les régions. Ce sont les fédérations départementales du Front National qui déterminent le contenu en fonction de l'environnement politique, économique, social et culturel. Par exemple, en Alsace, région de tradition profondément chrétienne, les affiches, sur un fond montrant l'accroissement des mosquées, reprennent la déclaration de Hussein Moussani, chef du Hezbollah libanais : *"Dans vingt ans, c'est sûr, la France sera une République Islamique"*.

Néanmoins, presque toutes ces affiches ont un point commun car elles se caractérisent par leur aspect national. En effet, elles sont toutes présentées par les couleurs bleu-blanc-rouge. La contre-affiche est la technique préférée des colleurs d'affiches de Le Pen qui, à peu de frais, servent la cause de leur candidat.

En ce qui concerne les grandes affiches, elles valent chacune 400 F ; quant aux panneaux les supportant, leur prix varie entre 2 000 et 6 000 F par semaine selon les emplacements. L'affiche "*Jacques ? ... Raymond ? ... François ? ... merci, on a déjà donné ! Jean-Marie Président*" symbolise bien selon Jean-Marie Le Pen la question-clé de cette élection : Comment ces hommes-là pourraient-ils faire demain ce qu'ils n'ont ni su ni voulu faire hier ?

A un mois du premier tour, Le Pen lance l'affiche primordiale de sa campagne pour montrer ses chances lors de la dernière ligne droite. Sur cette affiche, derrière Le Pen Président, des chevaux au galop représentent le combat du leader de la droite nationale. L'image du cheval, qui est un animal noble (aimé d'une majorité de Français) symbolise un esprit de compétition, de persévérance et surtout un esprit de vainqueur. Le Pen apparaît comme le cheval jeune, incarnant une force nouvelle, confronté aux vieux chevaux de retour.

Jean-Marie Le Pen compare la campagne présidentielle à une course de chevaux dans laquelle les favoris ne figureront pas nécessairement sur la ligne d'arrivée. L'outsider est le candidat non favori mais dont les chances de gagner ne sont pas négligeables. Le Pen se dit être l'outsider de la course présidentielle. Petite mise, gros rapport ! Au tiercé c'est souvent l'outsider qui crée la surprise. Si les résultats étaient acquis d'avance, on ne jouerait pas aux courses. On peut encore remarquer sur cette affiche, dessous "*l'outsider*", son attachement à la France "*Défendons nos couleurs*" ou "*aux couleurs de la France*".

Lors de la campagne officielle télévisée, au début de chacune de ses interventions, on voit des images au ralenti d'une course de chevaux reprenant le même slogan "*Le Pen Président*" et le thème de l'outsider.

Par ailleurs, pour terminer ses interventions de manière originale, on le voit écrire une phrase résumant l'esprit de son message du jour, par exemple : *Rendre la parole au peuple français* (instauration du Référendum d'initiative populaire) - *Refusons le déclin, vive l'avenir français !* - *Ensemble pour un avenir d'espoir* - *Pour une France française et européenne.*

L'élection présidentielle est spécifique car elle entretient une relation "personnalisée". Le Pen ne l'a pas négligée. Il a su se

donner le monopole d'un message simple, passionné, adapté aux angoisses d'aujourd'hui.

Jean-Marie Le Pen utilise un vocabulaire très différent de celui des autres hommes politiques. Beaucoup pensent que Le Pen est le seul à aborder les sujets tabous et à poser les vraies questions. Les problèmes de société sont un vivier où il puise inlassablement : immigration, insécurité, chômage, sida ... Par ces thèmes-là, Jean-Marie Le Pen fait peur d'autant plus qu'il apporte des chiffres pour appuyer son argumentation.

Les réponses de Le Pen peuvent être discutables, voire insupportables, peu importe : les questions sont posées. En effet, Le Pen a l'audace d'aborder les problèmes que les politiciens des autres partis, redoutant de rebuter leur électorat, ont peur de traiter.

Encore une particularité chez Jean-Marie Le Pen qui développe l'idée selon laquelle la providence veillerait sur lui dans cette campagne. Homme de foi, il fait souvent des références à Dieu et d'ailleurs il a terminé sa déclaration de candidature par "*Aidons-nous et j'en suis sûr Dieu nous aidera*".

Mais l'élément fondamental de la campagne de Jean-Marie Le Pen est relatif à la personnalité du candidat. Il possède un charisme, une éloquence, cet ascendant mystérieux qui draine les foules et subjugué les téléspectateurs. En effet, le charisme de Jean-Marie Le Pen est un atout naturel qu'il ne manquera pas d'exploiter notamment dans les débats télévisés où il révèle des qualités médiatiques reconnues en suscitant franche sympathie ou franche antipathie. Un certain public est sensible à sa spontanéité, son improvisation et sa facilité de langage.

Le Pen ne se tient jamais à son discours écrit et manie en virtuose l'art de la formule "qui fait mouche". Il utilise ses talents d'orateur, ses critiques, son ironie pour convaincre un maximum de personnes, tout comme ses métaphores, habiles et faciles, qui tournent en dérision ses adversaires politiques.? Ajoutez à cela une culture historique classique qui lui permet en toute occasion de glisser une référence susceptible de flatter la salle. Et c'est grâce à sa forte personnalité, son charisme, qu'il est le seul à s'être fait un prénom dans cette campagne.

Mais c'est dans ses meetings que Jean-Marie Le Pen dévoile le plus ses grands talents d'orateur en parlant sans aucune note devant des foules enthousiasmées.

Le rituel des meetings de Jean-Marie Le Pen est toujours le même. 2 500 personnes en moyenne, à part ses deux spectaculaires One Man Show qui ont terminé sa campagne et qui ont réuni 20 000 personnes à Marseille et près de 15 000 personnes au Zénith. Jean-Marie Le Pen est le seul homme politique qui fasse payer ses meetings (la place 30 F).

Avant le grand show Le Pen, dix minutes de temps de parole sont accordées à plusieurs responsables départementaux. Sur l'air de Nabucco de Verdi, le fameux "Choeur des Esclaves", Jean-Marie Le Pen pénètre sur la scène. Face à la foule qui l'acclame aux cris de "Le Pen Président", le leader du Front National répond par un geste qu'il affectionne : les bras tendus avec les poings serrés. Le Pen va droit au but, il connaît les foules. Bête de scène, il a le pouvoir de déclencher ferveur et passion dès son apparition. C'est uniquement "Jean-Marie" que sympathisants et militants veulent voir, entendre et acclamer.

Le meeting va commencer retransmis sur un grand écran à l'américaine. Micro baladeur accroché en revers de sa veste, la silhouette allégée, à l'aise dans un costume de bonne coupe, Jean-Marie Le Pen se promène de long en large sur la scène aménagée selon un décor permanent bleu-blanc-rouge. Il se présente à la manière des télévangélistes américains.

Son discours dure environ deux heures. De Jeanne d'Arc à De Gaulle en passant par les Poilus de 1914, Le Pen embrasse à la tribune tout un passé qu'il entend incarner -cela plaît, cela marche-. Il est tour à tour familier et disert, filant l'anecdote, faisant rire la foule aux éclats, la cajolant, la flattant puis soudain pathétique, tragédiant, pontifiant, courroucé, dramatique, il rend l'assistance toute entière attentive et anxieuse pour enfin lui indiquer la seule voie salvatrice et la soulever d'enthousiasme.

Par exemple à Marseille, le 17 avril 1988, Jean-Marie Le Pen argumente sa position sur l'immigration par *"Ce n'est pas parce que l'on aime les Français que l'on hait les étrangers, mais charité bien ordonnée commence par soi-même"*.

A Paris, le 21 avril 1988, il improvise sur l'actualité en renvoyant gauche et droite dos-à-dos, à propos du probable débat télévisé Mitterrand-Chirac entre les deux tours : *"Ils ont institué un débat sur le débat, qui pourrait déboucher sur un autre débat dans lequel ils pourraient débattre en débatteurs qu'ils sont"*.

L'ensemble du personnage fait de Jean-Marie Le Pen, parmi les hommes politiques actuels, le meilleur orateur, le plus fougueux, le plus mordant, le plus véhément, parfois le plus inattendu.

Voici encore un fait déterminant de la campagne de Le Pen, ce sont les réunions par thème, animées par un député du Front National, qui se succèdent à un rythme accéléré. Partout en France, le quadrillage électoral se veut méthodique. Ainsi, une dizaine d'élus du Front National (Stirbois, Mégret, Martinez entre autres) animent une quarantaine de dîners-débats chaque semaine devant des auditoires de 200 à 300 personnes. Même si Jean-Marie Le Pen reconnaît l'importance de ce travail fourni au

service d'une ambition élyséenne, indéniablement c'est lui qui dirige la manoeuvre et décide de tout.

D'ailleurs, il a produit de manière originale, un petit livret d'informations intitulé "*Passeport pour la victoire*", confectionné par son Etat-Major de campagne. Celui-ci comporte sa vie, ses idées, son programme, ses extraits de discours, des interventions du Front National à l'Assemblée Nationale, des conseils pour les sympathisants afin de faire propager le message du candidat à la Présidence de la République.

Malgré tous ces efforts, les adversaires de Jean-Marie Le Pen et les médias essaient de lui donner une mauvaise image de marque. Selon lui, Le Pen a dû faire face à un véritable complot de désinformation de la part des médias.

A ce propos, il faut se rappeler les deux affaires malencontreuses qui lui ont porté préjudice. Un mot prononcé lors d'une interview a provoqué un "tollé" dans les médias. L'affaire du "détail" ainsi que les déclarations de son ex-femme dans Play-Boy ont fait chuter Jean-Marie Le Pen dans les sondages le faisant passer de 10 à 6 % d'intentions de vote. De même, à cette époque-là, il avait l'incertitude de ne pas pouvoir réunir les 500 signatures nécessaires à sa candidature. Les autres candidats ont également voulu le marginaliser en le présentant comme dangereux et sans importance.

Cependant, à l'orée du premier tour, il est présenté par les observateurs de la campagne comme le grand perturbateur du jeu politique traditionnel.

En effet, une longue campagne d'informations dans tous les coins de France a permis d'une part, avec des cadres de haut niveau, de conforter son mouvement et d'autre part, de pouvoir diffuser largement et en profondeur ses idées, ses thèmes et son programme, ce qui a servi à la valorisation de l'image du candidat.?

A la veille du scrutin du 24 avril 1988, Jean-Marie Le Pen a la certitude d'obtenir un score supérieur à ce que lui prévoient les sondages et il dit avec conviction : "*L'arbre du Front National commence à avoir des racines bien profondes et il ne sera pas facile de l'abattre*".

II - ACTUALITE DOCTRINALE

ANTHROPOLOGIE ET HISTOIRE DU DROIT

(A propos du livre de Norbert ROULAND :
Anthropologie juridique)

Présentation par Paul OURLIAC

L'anthropologie demeure pour les juristes une terre inconnue ; ils savent bien qu'il existe d'autres droits que celui qu'ils pratiquent, bien d'autres sociétés que la leur, mais cette diversité même suffirait à décourager les plus intrépides.

L'isolement convient d'ailleurs à une nouvelle science ; elle affirme son existence en ignorant ceux qui l'on précédée, en édifiant une nouvelle logique, en parlant un autre langage. En affirmant son autonomie l'anthropologie abandonne à l'ethnologie l'étude des sociétés dites traditionnelles ; elle étend son champ d'action à toutes les civilisations. Notre propre société peut elle-même être l'objet d'observation et de réflexion, sur ses structures, leur passé et leur avenir. Le discours peut paraître nouveau mais son objet n'est pas différent de celui du droit, de l'histoire ou de la sociologie ; simplement, en devenant juriste, l'anthropologue veut, comme le sociologue, joindre au droit l'étude du fait, comme l'historien remonter dans le temps pour rechercher l'origine et la signification d'une règle de droit. La "nouvelle histoire fréquente volontiers les laboratoires d'anthropologie sociale ; les "mondes lointains" rejoignent les "mondes anciens" pour capter l'éternel dans le temporel. Parce que l'anthropologie est sans frontières, elle est naturellement conquérante ; parce qu'elle est interdisciplinaire, elle impose ses méthodes à toutes les sciences sociales ; mais elle peut aussi profiter de leur acquis. Evans Pritchard lui recommandait de se mettre à l'école des historiens, d'emprunter leurs habitudes de la critique des textes et leur perception de la relativité (*Les anthropologues face à l'histoire*, 1974). Plus qu'une hégémonie, il faut souhaiter une coexistence offrant à l'histoire de nouveaux horizons, mais reconnaissant les mérites qu'elle a acquis.

I. - **L'anthropologie juridique** que publie Norbert Rouland répond à cette attente. L'auteur est juriste, formé à la stricte discipline du droit romain ; sa curiosité naturelle l'a conduit chez les Inuit du Nouveau-Québec ; il n'a pas craint d'emprunter les formes du roman pour rendre vie à la civilisation romaine. Les sujets changent, mais il s'agit toujours pour lui de "se plonger concrètement au sein de la société qu'il observe" (p. 15). L'éloignement rend cette étude plus facile. Paradoxalement, nous sommes de mauvais observateurs de la société dans laquelle nous vivons : nous sommes liés à elle par un réseau d'habitudes, de comportements, de références qui instituent une sorte de droit divin de l'ordre établi. Nous pouvons discuter telle ou telle solution de notre droit, mais nous ne remettons en cause ni sa structure, ni ses fondements ; la loi nous paraît être l'expression de la volonté générale ; la vérité s'attache à la force jugée ; l'autorité de l'Etat nous paraît nécessaire et nous lui confions notre protection.

Ce sont justement ces axiomes que l'anthropologie juridique remet en cause. Elle pose d'ailleurs plus de questions qu'elle n'en résout ; elle est un état d'esprit, une science encore imparfaite, tout en ayant une "vocation totalisante", qui se ressent de ses origines ethnologiques.

Il fallait beaucoup d'habileté et de courage pour faire entrer cette science dans le cadre d'un manuel. L'exposé est précis, lucide, appuyé sur une très riche bibliographie et il sera pour le lecteur français un remarquable instrument de travail. Les juristes et les historiens seront reconnaissants à l'auteur, comme il le leur promet, de leur "indiquer des pistes", mais aussi de parler la même langue qu'eux. Son ambition qui apparaît dans les titres donnés aux trois parties du manuel est de leur proposer un nouveau mode de penser : penser l'altérité, penser la diversité, penser la modernité.

Penser l'altérité, c'est à la fois porter un nouveau regard sur l'"autre, découvrir la réalité "au sens de totalité indépendante de l'homme" (p. 29), mais aussi abandonner ces présupposés que constituent l'évolutionnisme et l'ethnocentrisme. La critique atteint les tenants de moins en moins nombreux d'un droit strictement positif ; elle atteint aussi par ricochet la philosophie des Lumières dans sa croyance à un droit rationnel et universel. En revanche, l'idée, brillamment défendue, d'un pluralisme juridique rejoint tout ce qui a été écrit depuis Montesquieu par les historiens du droit (p. 76). Gurvitch le remarquait déjà, le moyen âge est naturellement pluraliste : chaque peuple a sa loi et on ajoute, dans les Pyrénées, chaque maison a sa coutume.

Penser la diversité, c'est d'abord la rechercher et l'observer, dans le temps pour l'histoire, dans l'espace pour l'anthropologie (ou l'ethnologie). Il y a, paraît-il dix mille droits différents et la recherche française s'est surtout attachée aux coutumes des sociétés africaines dites traditionnelles. Ce n'est pas un mince mérite que de donner en quelque deux cents pages une synthèse de ces recherches. Pensée mythique, maîtrise du temps, des hommes et de la terre, confusion de l'idéal et du vécu commandent les relations de parenté, les systèmes fonciers ou les liens contractuels. Il y a des sociétés agressives ou violentes, d'autres plus pacifiques mais toujours le règlement des conflits est ritualisé. Chaque société a sa structure propre mais il n'y en a pas qui soit "indifférente au droit", et "considèrent sa naissance comme un malheur". On connaît les problèmes dits d'acculturation, nés à l'époque coloniale et aggravés par la décolonisation : il s'agit du conflit qui a existé à bien d'autres époques entre deux systèmes juridiques, l'un importé, moderne et tenu pour plus rationnel, l'autre traditionnel, coutumier, connu et compris de tous. Il faut relire l'article de Jean Hilaire sur *Nos ancêtres les Gaulois* et le livre lourd de réflexion de Kouassigan, *Quelle est ma loi ?* (cités p. 388) et se demander avec eux si l'Afrique ne découvre pas le droit de l'Occident quand l'Occident le répudie.

Penser la modernité, c'est poser le problème de l'objet et de la légitimité de la recherche anthropologique. Le postulat auquel on peut souscrire est que toutes les sociétés, traditionnelles ou modernes, ont en commun certains mécanismes, ce que prouvent bien les quelques exemples qui sont retenus. Les mythes demeurent l'âme de nos pensées et de nos actions ; la propriété, la liberté, la loi, la volonté populaire, l'Etat sont des mythes. Notre conception de la famille évolue ; la vérité biologique tend à l'emporter sur les présomptions du Code civil ; les manipulations biologiques peuvent rappeler les manipulations de parenté du droit africain. Notre individualisme doit s'accommoder de l'existence de groupes qui en viennent à se substituer à l'Etat. Les sociétés modernes découvrent le pluralisme judiciaire et la "justice informelle".

Les "pistes" ainsi ouvertes sont innombrables. Chaque chapitre est suivi d'un état des questions ; l'invitation est faite au lecteur d'"aller plus loin" et c'est en y répondant qu'on peut mieux marquer le profit qu'il a retiré de sa lecture.

II. - La première réponse est celle de l'histoire du droit. L'anthropologie, est-il dit, est fille de l'histoire (p. 151) et l'on cite quelques ancêtres célèbres, Sumner Maine, Bonfante, Henri Lévy-Bruhl. On peut en ajouter bien d'autres, car, s'il est vrai qu'en France, sous l'influence des pères fondateurs, Esmein surtout, on a privilégié l'histoire de l'Etat et des services publics, on ne peut oublier l'oeuvre accomplie par l'histoire du droit privé. La seule chaire qui lui était consacrée, à Paris, fut illustrée par l'enseignement de Meynial et de Petot. On est, aujourd'hui encore, étonné de la prescience anthropologique qui apparaît dans le manuel de Brissaud publié en 1904, dans les études de Jobbé-Duval ou de Planiol sur la Bretagne, dans les nombreux travaux qui ont été consacrés aux coutumes, à la famille, à la propriété, aux successions, à la féodalité. Cf. Lévi-Strauss pouvait dire récemment, citant Esmein et Meynial, que le moyen âge "fascine depuis longtemps les anthropologues ... Toutes sortes d'expériences sociales se font jour dont la plupart resteront abortives. C'est le temps des essais et des erreurs".

L'ancien droit romain peut exercer la même fascination. Pierre Noailles l'enseignait à Paris vers 1930 et on ne peut reprendre ses livres et plus encore ses cours, sur le mariage ancien, sur les tabous de la parenté, sur les *mores majorum*, sans être frappé par leur modernité. Combien aussi peuvent être précis pour les ethnologues les travaux consacrés par les archéologues aux dieux d'Athènes et de Rome. L'échange des femmes Inuit (p. 80) ne peut que rappeler l'enlèvement des Sabines et les jumeaux Dogons (p. 187) les Dioscures ou la fondation de Rome.

Cet appel de l'histoire, Norbert Rouland le ressent à chaque page. La propriété africaine, la famille et le lignage, le système de preuves et de vengeance, la diversité des coutumes et leur codification rappellent bien des pratiques médiévales ; ce sont elles qui, bien souvent, peuvent éclairer le droit africain. L'ordalie par exemple, est moins un mode de preuve que la demande faite à Dieu de dire le droit. Pour la pensée médiévale, la paix passe avant la justice et c'est le "pouvoir" qui doit l'imposer. Les biens de famille sont naturellement inaliénables alors que le retrait lignager suppose au contraire une vente. Chaque pays a sa conception propre de la famille et de la succession, communautaire ou lignagère. La propriété est conçue comme une saisine de fait et quelques coutumes dissocient, comme en Afrique, la propriété de la terre et celle de l'arbre. La romanisation imparfaite de la Gaule, l'adoption à partir du XII^e siècle du droit romain sont bien des phénomènes d'acculturation. Autant que l'anonymat des relations sociales, l'acte écrit, par le secret qu'il implique pour un testament ou un contrat, permet à l'individu de s'affranchir de la tutelle de sa famille ou de ses

voisins. Les classifications proposées pour le droit africain peuvent être précisées par la connaissance du droit médiéval : le droit des Pyrénées (Val d'Aran, Béarn) est l'exemple parfait d'une structure "semi-élémentaire" ; le droit de vengeance coexiste avec la justice publique ; l'organisation politique demeure communautaire et presque tribale ; l'autorité des comtes limite, sans toujours y parvenir, le recours à la guerre privée. Le droit franc, malheureusement bien mal connu en France, pourrait permettre des corrélations plus précises encore.

On peut souhaiter une collaboration des historiens du droit et des anthropologues et le livre de N. Rouland en prépare la voie ; mais une intercompréhension, au sens que les dialectologues donnent à ce mot, est-elle possible ? Laissons les reproches habituels de conservatisme, d'ethnocentrisme, d'évolutionnisme mal compris faits aux historiens. Lévi-Strauss en a fait bonne justice : "Les croyances, les coutumes et les institutions que l'ethnologue observe déployées et qu'il appréhende en ordre disjoint, le médiéviste les saisit sur place et sous forme de succession". Là où l'ethnologue note des écarts, l'"historiens perçoit des transitions". Les uns et les autres recherchent ou observent les faits et on peut leur reconnaître la même objectivité (p. 164) ; mais la logique diffère : l'anthropologie, plus encore en France que dans les pays anglo-saxons, se reconnaît "totalisante" ; pourtant "derrière toute théorisation, la plus rigoureuse soit-elle, il y a un choix philosophique" (p. 67). Comme ces choix diffèrent, l'histoire de l'anthropologie devient celle des systèmes qui se sont succédés.

Cette attitude peut être stimulante pour l'historien ; elle doit l'inciter à ne plus traiter les phénomènes juridiques comme discontinus ; mais il gardera toujours cette sorte de modestie ou de timidité qui l'empêche de remonter à des causes premières ou à des principes inconnus. L'exemple parfait de cette attitude est donnée par l'oeuvre de Jean Yver. Partant d'une réflexion sur les ressemblances des anciennes coutumes et sur leurs diversités, il est parvenu à expliquer les unes et les autres. Dans chaque province, le peuplement, l'état social, les vicissitudes politiques créent un "climat juridique" qui lui est propre par sa précision, sa prudence et sa portée. Le titre même du compte-rendu qu'en a donné E. Leroy Ladurie (*Annales*, 1972, p. 825-846) "Système de la coutume, structures familiales et coutumes d'héritage" suffit à exprimer un point de vue différent : les faits qu'avaient relevés Yver s'ordonnent en structures ; le particularisme normand est rapporté à des modèles que l'on veut généraux ; et sous ce nouvel éclairage disparaissent au contraire les particularités de la géographie coutumière comme le problème essentiel de l'origine de ce droit.

III. - Quant au droit positif et spécialement au droit privé, N. Rouland note justement leur manque d'intérêt et "leur volonté d'autarcie par rapport aux sciences humaines" (p. 40). Leur indifférence, sinon leur hostilité à l'histoire suffirait à le prouver (une indifférence d'ailleurs partagée par la sociologie juridique). Les réformes successives des programmes depuis 1954 marquent bien l'importance toujours plus grande donnée à la technique (p. 116). On en revient à l'exégèse alors que les tribunaux doivent connaître des principes généraux du droit ou du droit communautaire.

On comprend l'ambition, reprise après beaucoup d'autres par les anthropologues, de fonder une véritable science du droit qui serait une critique du droit existant et qui supposerait évidemment qu'on le connut assez pour en découvrir le fort et le faible. En 1819, on avait pensé comparer le droit du Code civil et le droit naturel et créer des chaires d'histoire philosophique du droit. Châteaubriand répondait qu'"enseigner la philosophie des lois, c'est enseigner l'incrédulité des lois ... Personne ne saura les lois chacun pourra faire *l'Esprit des lois*" (*Oeuvres complètes*, XXIX, 3).

On ne propose plus aujourd'hui une référence au droit naturel, mais à une réalité juridique que l'anthropologie permettrait de découvrir et de formuler. Penser la modernité, c'est en effet une remise en cause, souvent bien difficile, d'idées universellement reçues, les déclarations des droits de l'homme par exemple. Elles dévient, pour exalter les droits de l'individu et la domination de l'Etat, toute existence aux groupes et aux associations et heurtent la tradition africaine foncièrement communautaire. La liberté n'existe pour l'individu que dans le groupe qui le protège. On rejoint presque Burke et Maistre pour affirmer que l'homme abstrait, coupé de sa famille, de son milieu, de ses origines n'a jamais existé. Aux droits de l'homme, il faut substituer avec la Charte africaine de 1981 le "droit des peuples qui doit nécessairement les garantir".

Penser la modernité, c'est encore découvrir les mythes qui inspirent notre ordre social. Quelques directions sont indiquées (p. 414) qui permettraient de mieux connaître ce que beaucoup savent déjà, que l'état de droit n'est pas le droit de l'Etat, que la loi n'est pas issue de la volonté générale ni même d'un vote du Parlement. Pour ne prendre qu'un exemple, depuis quarante ans, les textes des lois agricoles ont été imposés par des groupes et il est arrivé, avant de voter, que les Chambres interrompent leur séance pour obtenir leur accord. L'application de ces textes est laissée à des commissions où les mêmes groupes attribuent les exploitations agricoles et les subventions en jugeant des mérites

des "candidats" (le mot même est bien révélateur). Si l'affaire est portée devant les tribunaux, il faut quatre à cinq ans pour qu'elle soit jugée et il a fallu parfois plus de dix ans pour découvrir le juge compétent. Les arrêts rendus, par leur brièveté, sont souvent des oracles et, par leur enchevêtrement, les textes sont des énigmes. La loi a d'ailleurs perdu son caractère de permanence et d'universalité ; ce sont des commissions départementales qui la "modulent". La propriété, le contrat n'ont plus leur ancienne signification : quand l'Afrique découvre la propriété, les exploitants français demandent : "La propriété pour quoi faire ?".

Combien actuelle paraissent l'idée d'Emmanuel Lévy, jadis tournées en dérision, que le droit et la propriété ne sont que des croyances. Combien profondes les idées du doyen Hauriou qui soutenait, contre les disciples de Durkheim, que le droit est pluraliste et la réalité si complexe que le "droit doit transfigurer le réel tout en s'attachant à lui". "Le groupe social se crée lui-même une race, une langue, un système de crédit". Combien serait injuste d'oublier l'oeuvre d'Ed. Lambert qui a pressenti la naissance des droits corporatifs, "en rivalité avec les droits édifiés par des juristes", nés dans les "milieux où la rationalisation du commerce est la mieux assurée" disposant avec le contrat-type et l'arbitrage de "moyens efficaces de défendre leur autonomie".

Ce sont de tels ancêtres que devrait adopter l'anthropologie juridique. Il ne s'agit pas, en effet, pour elle d'être un carrefour où se rencontrent d'autres disciplines, histoire, sociologie, droit comparé, sciences politique, administrative et pénale, pour trouver un langage commun, mais de "comprendre le fonctionnement de toutes les sociétés en rapportant les discours et les pratiques juridiques aux logiques et modes de pensée qui les sous-tendent et déterminent" (p. 395). En somme, explorer le visible et l'invisible pour "repenser la diversité et l'organiser" (p. 400). Tout en se défendant d'être un nouvel Evangile, l'anthropologie juridique serait l'expression "de la révolte de l'homme contre l'absurdité de sa condition" (p. 478).

On attendait Lévi-Strauss et on trouve Camus. Une sorte d'angoisse existentielle apparaît dans la conclusion. L'anthropologie douterait-elle d'elle-même ; elle veut aider l'homme dans sa marche historique vers la conscience et la liberté, résoudre les contradictions qui existent entre la fin et les moyens, mais peut-elle abandonner le domaine qui était le sien, celui du fait, du connu, du défini.

Paul OURLIAC

— Droit civil et droit professionnel

- Olivier LALIGANT, « La Révolution française et le droit d'auteur »
- Gérard BARBEROUX, « Les pièges de l'ouverture.
L'accès du notariat au grand marché juridique »

— Philosophie du droit

- Manuel RIO, « Grotius et l'égalité dans les contrats à titre onéreux »

II - Dossier

- « La campagne présidentielle (1988) de F. Mitterrand
et J.-M. Le Pen sous l'angle du marketing politique »

III - Actualité doctrinale

- Norbert ROULAND, « L'anthropologie juridique »
Présentation par P. OURLIAC.

DROIT PROSPECTIF

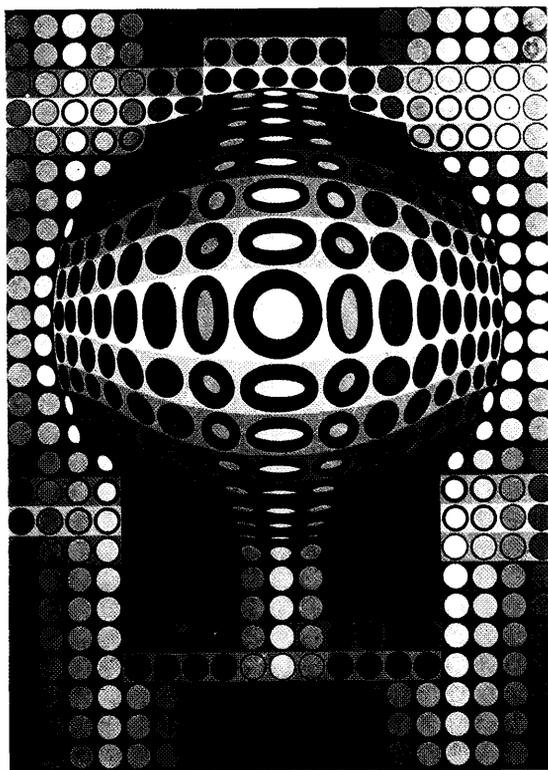


TABLE DES MATIÈRES

— Editorial

I - Études

— Théorie juridique

— Jean-Christophe GALLOUX, « De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant »

— Droit comparé

— Wolfgang GRAF VITZTHUM, « L'intégration de l'Europe et le fédéralisme en Allemagne »

Suite page 4 de couverture.





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

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

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

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1989-3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIV - 38 (14ème année - 38e 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. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

EQUIPE DE REDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1989

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 280 F

Abonnement étranger : 340 F
Numéro (France) : 85 F

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

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

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL515

I - ETUDES

THEORIE JURIDIQUE

- Jean-Christophe GALLOUX, "De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant"521

DROIT COMPARE

- Wolfgang GRAF VITZTHUM, "L'intégration de l'Europe et le fédéralisme en Allemagne"553

DROIT CIVIL

- Françoise RINGEL, "Le consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe"571

- Olivier LALIGANT, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur"587

LIBERTES ET DROITS DE L'HOMME

- Anne ENSMINGER, "Un refrain des rues et des lois : les disques privés de stationnement interdit" 639

- Jean-Claude RICCI, "Laïcité, Vieux débat ou question nouvelle ? Les rapports Eglise-Etat en France" 705

- Mamiko UENO, "Les Droits de l'homme et le régime parlementaire démocratique" - Les dispositions de la Constitution japonaise et la réalité 723

II - ACTUALITES DOCTRINALES

- Roland DUMAS, **L'opposition sous l'Ancien Régime** (Présentation par Norbert ROULAND)..... 741
- Yann PACLOT, **Recherche sur l'interprétation juridique** (Présentation par E. PUTMAN)..... 747
- Laurent LEVENEUR, **Situations de fait et droit privé** (Présentation par E. PUTMAN)..... 751

LE TEMPS DES REMISES EN CAUSE...

Le droit, matière vivante par excellence, ressent fortement tout ce qui peut affecter le rythme des activités sociales, leur contenu ou leur philosophie. En cette dernière décennie du siècle nombreux sont les signes de remises en question, de bouleversements... ils ont un retentissement direct sur le droit.

M. GALLOUX en apporte une éclatante démonstration en étudiant une des questions les plus délicates engendrées par l'évolution des techniques bio-médicales, lorsqu'il s'interroge sur "*la nature juridique du matériel génétique du corps humain et du vivant*".

La construction de l'Europe à une cadence qui va s'accéléralant a des conséquences diverses, on le sait, y compris sur certains aspects, parfois inattendus, du droit interne des Etats : M. GRAF VITZTHUM le montre bien en examinant la question de "*L'intégration de l'Europe et du fédéralisme en Allemagne*".

Pareillement, le domaine, pourtant jusqu'ici bien délimité, de la police, connaît d'importants changements qu'atteste, par exemple, l'apparition de "*Disques privés de stationnement interdit*" qu'étudie Mme ENSMINGER.

D'autres outils de la présente livraison attestent la force de ces remises en cause et l'étendue de leur champ : le rôle du consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe (Mme RINGEL), les rapports délicats qu'entretiennent les droits de l'homme et la construction classique du parlementarisme démocratique (M. UENO), l'état des rapports entre les églises et l'Etat, en France, en matière de laïcité, à l'heure où la notion même de laïcité est soumise, dans les conditions que l'on sait, à un certain révisionnisme (M. RICCI).

M. LALIGANT examine les conditions d'application du système de droit d'auteur à la protection du parfum, attestant par là l'évolution d'un secteur important de la théorie juridique.

Certes, on trouvera dans cette série d'études, plus de questions que de réponses, mais la quête du "pourquoi" n'est-elle pas l'invincible passion du chercheur ?

R. R. J. 1989-3
Pages 517 à 738

I - ETUDES

THEORIE JURIDIQUE

DE LA NATURE JURIDIQUE DU MATERIEL GENETIQUE OU LA REIFICATION DU CORPS HUMAIN ET DU VIVANT

Par

Jean-Christophe GALLOUX

Centre de recherche en droit public - Université de Montréal

INTRODUCTION

1. Le développement considérable que connaît la génétique depuis la révélation par Watson et Crick de la structure fine de l'hérédité (1), a souvent été compris par les juristes comme un défi lancé à leur discipline. En effet l'avènement de l'"ère de la génétique" (2) paraît avoir sapé la confiance que la communauté juridique avait déposé en son système de droit (3). Elle semble se résigner dans l'attente d'un consensus éthique qui lui fournirait des bases de réflexions nouvelles ou d'un nouveau discours. Cette attitude nous semble outrée dès lors que les juristes n'ont pas encore mesuré toute l'importance et l'étendue des changements apportés par cet âge technologique. De nombreux domaines intimement liés aux progrès de la génétique n'ont fait l'objet que

(1) Watson et Crick sont les inventeurs de la "double hélice", structure qu'emprunte l'acide désoxyribonucléique (ADN), le constituant fondamental du vivant : voir J.B. Watson et F. Crick, "La double hélice", éd. Laffont, Paris, 1984. Dans sa structure primaire l'ADN est un polymère formé de l'union covalente de maillons élémentaires (des nucléotides à désoxyribose) dont les bases nucléiques, au nombre de quatre toujours identiques, sont l'adénine (A), le thymine (T), la guanine (G) et la cytosine (C) ; dans sa structure secondaire (l'ADN existe sous la forme d'un brin double, sauf chez les virus), elle est constituée de deux fibre anté-parallèles associées à l'aide de liaisons non covalentes suivant les (seules) combinaisons A-T ou T.A. et C.G. ou G.C. ; ainsi les deux fibres sont-elles complémentaires : elles dessinent une échelle dont les couples A-T ou C-G forment les barreaux.

(2) Voir Marcel Blanc, "L'ère de la génétique", Ed. de la Découverte, Paris, 1986.

(3) Comp. : F. Terré in "L'enfant de l'esclave", Ed. Flammarion, Paris, 1987, pp. 74 et s., qui parle de perplexité.

de rares études doctrinales (4). Le débat juridique ne se limite pas, loin s'en faut, aux seules questions certes complexes, de la procréation humaine : il concerne l'ensemble du vivant auquel l'homme appartient, nonobstant la place particulière qu'il y occupe et que le droit lui reconnaît. Le seul véritable défi lancé au système juridique met en cause son habileté à saisir de manière globale et cohérente les divers problèmes suscités dans le champ technique de la science de l'hérédité, et de les rendre cohérents aux constructions actuelles qui le constituent (5). Cette approche suppose le recours à une analyse juridique autonome, utilisant les catégories traditionnelles du droit et une conceptualisation des questions techniques en vue de les rendre pertinentes à une appréhension juridique (6). C'est au prix d'un tel travail que s'appréciera l'impact réel de ces connaissances et de ces développements technologiques sur le système de droit. A notre sens, l'examen en droit du matériel génétique peut illustrer à la fois les caractères possible et nécessaire de cette démarche ; il donne par ailleurs un éclairage nouveau sur les enjeux éthiques et métaphysiques d'un "droit de la génétique" (7).

2. Le matériel génétique représente le véhicule de l'hérédité. Il peut se définir en compréhension comme une structure biochimique spécifique assurant des fonctions informatives particulières, parmi lesquelles figure sa réplication invariante. En extension, il s'entend de façon verticale du gène, du génome et du génome collectif (8), et s'étend de façon

(4) Ainsi en va-t-il du droit de l'environnement où les contributions doctrinales demeurent rares. Voir Marie Angèle Hermitte, "Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature", in "L'Homme, la nature et le droit" sous la direction de B. Edelman et de M.A. Hermitte, Ed. Christian Bourgeois, Paris, 1988, pp. 238-286 ; J.-C. Galloux, "Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique", Thèse Droit, Bordeaux I, 1988, pp. 441 et s.

(5) Sur la cohérence du discours juridique et sa nécessité, voir F.A. Hayek, "Law Legislation an Liberty", tome 1, "Rules of Order", Ed. U. of Chicago, Chicago, 1973 ; sur la nécessité d'une systématisation du droit, comme base du travail doctrinal, voir Chaim Perelman, "Droit, logique et épistémologique" in "Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique", Ed. L.G.D.J., Paris, 1984, p. 57.

(6) Sur les carences de la conceptualisation dans la doctrine française contemporaine, voir Christian Atias, "Epistémologie juridique", Ed. P.U.F., Paris, 1985, p. 92.

(7) A notre connaissance, M. le professeur Jacques Robert a été le premier-auteur à utiliser cette expression in "La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit", R.D.P., 1984, p. 1288. Voir également Deutsch, "Das recht der gentechnologie", Zeitschrift für Rechtspolitik, vol. 20, 1987, pp. 305-310.

(8) Le gène se définit comme la séquence ordonnée d'ADN codant pour la synthèse d'une protéine ; il porte l'information nécessaire à l'expression d'un caractère héréditaire particulier. Génome : ensemble des chromosomes ou de l'information génétique comprise dans une cellule (hormis dans les cellules sexuelles (et certaines cellules sanguines) qui ne portent que la moitié de la garniture chromosomique d'une cellule somatique). Génome collectif : ensemble du patrimoine génétique d'une population donnée.

horizontale à tous les existants qualifiés de vivants. L'examen de cet objet ouvre l'accès à l'intégralité du domaine du vivant et par conséquent, de la génétique puisque le matériel héréditaire constitue l'essence même du vivant. Il apparaît comme le préalable à toute analyse juridique dans le champ technique de la génétique car le matériel génétique demeure au centre de tous les comportements humains qui s'y situent. C'est lui que l'on transmet au cours de la procréation et qui se trouve altéré dans l'hypothèse d'un dommage génétique (9) ; c'est le même matériel que l'on qualifie ou que l'on sélectionne dans le cadre des réglementations eugéniques (10) ; c'est encore lui dont on ordonne la destruction dans le génocide (11).

La question de la *nature* juridique du matériel génétique à laquelle nous bornerons la présente étude, se trouve au coeur de cette problématique, et la plus récente actualité judiciaire nous en illustre la pertinence : une séquence génique est-elle susceptible de propriété par exemple (12) ? La jurisprudence et la doctrine ont depuis longtemps esquissé, à travers maints domaines, un statut du vivant : il convient d'en rassembler et d'en systématiser les solutions.

3. L'étude en droit du matériel génétique est rendue difficile par sa discrétion textuelle : telle l'Arlésienne de l'Opéra, il réside au centre de l'intrigue juridique mais demeure toujours caché. Hormis les rares occasions dans lesquelles il se démasque, comme nous en proposent les divers scénarios des "nouvelles techniques de la reproduction", l'appréhension de notre objet par le droit se trouve médiatisée par des catégories diverses qui tout à la fois le dérobent aux yeux de l'analyse et nuisent au succès d'une synthèse : animaux, végétaux, meubles et parfois même personne humaine l'accueillent tour à tour. Tout effort de clarification et de rationalisation doit s'appuyer en premier lieu sur la confrontation du matériel génétique aux catégories fondamentales du droit : celles des choses et des personnes.

4. La division du monde juridique en deux séries distinctes, les choses et les personnes, relève de l'expérience

(9) Sur le concept de dommage génétique et sa prévention en droit positif, voir J.-C. Galloux, thèse, cit., pp. 398-440.

(10) Les articles L. 162-12 et L. 162-13 du Code de la santé publique relatifs à l'avortement "thérapeutique", visant pour l'essentiel les maladies héréditaires graves qui trouvent leur origine dans des défauts du message génétique.

(11) C'est le génome collectif à une ethnie qui se trouve alors visé.

(12) Voir l'étonnante affaire *Moore v. Regent of University of California*, Cal. Rptr 494, Cal. aff. 2 Distr. 1988, 21 juillet, dans laquelle un patient réclamait les bénéfices de l'exploitation d'un brevet pris sur des séquences géniques découvertes dans des échantillons tissulaires qui lui avaient été prélevés dans le cadre d'un traitement anticancéreux.

première (13) ; sans elle le droit ne pourrait se concevoir (14). Cette "Summa divisio" du droit emporte deux corollaires : les catégories de la réalité juridique sont spécifiques et exclusives. Elles sont spécifiques dans la mesure où elles dénotent des existants d'essence ou de nature particulière (15), et elles sont contradictoires (16) : un existant ne peut être à la fois chose et personne et le passage d'une catégorie à l'autre ne se conçoit qu'à moins d'enlever toute permanence à l'essence de ces êtres, ce que le droit n'admet pas (17). Elles sont exclusives en ce sens que le droit n'offre aucune place à une catégorie tierce : ce n'est là que l'application traditionnelle du principe du tiers exclu que notre système juridique reprend (18).

Le matériel génétique appartient-il au monde des choses ou à celui des personnes ? La question peut paraître brutale dans sa formulation comme dans ses conséquences : de la solution qui lui sera donnée dépend de fait la nature juridique du corps humain en particulier et du vivant en général.

Nous observerons que la connaissance désormais acquise des mécanismes intimes de l'hérédité et la maîtrise plus résolue qu'elle offre à l'homme sur son environnement, viennent confirmer la nature réelle du vivant et du corps que le droit avait pressentie et amorcée depuis des temps immémoriaux : elles parachèvent leur réification.

(13) Elle est unanimement reconnue en doctrine. Voir par exemple : Pierre Catala, "La transformation du patrimoine dans le droit civil français", R.T.D. Civ. 1966, p. 185, n° 1 ; Henri Battifol, "Problèmes contemporains de la notion de biens", Archives de la philosophie du droit, 1979, p. 16 ; F. Terré, "L'enfant de l'esclave", op. cit., p. 114 ; J.-L. Baudouin et C. Labrusse, "Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles", P.U.F., Paris, 1987, p. 185 ; Pierre Raynaud, "L'enfant peut-il être un objet de droit", D. 1988, ch. XVI, p. 109, note 1.

(14) Le droit tend à attribuer aux personnes la part des choses qu'elles méritent ; voir en ce sens, Michel Villey, "Philosophie du droit", tome 1, "Les fins du droit", n° 25-36 ; Chaïm Perelman, "Cinq leçons sur la justice" in "Droit moral et philosophie", Ed. L.G.D.J., pp. 1-58 ; Aurel David, "Le bon partage des biens", Ed. Université d'Ottawa, 1980.

(15) En les distinguant le droit reconnaît une nature assez dissemblable à ces deux catégories d'existants pour qu'il ne fournisse pas de critère immédiat à cette dichotomie ; le droit n'en propose pas de définition précise : voir par ex. Christophe Grzegorzczak, "Le concept de bien juridique : l'impossible définition", Archives de philosophie du droit, 1979, pp. 279 et s.

(16) En ce sens : "Entre le monde des choses et le monde des personnes l'opposition reste irréductible", Jean Carbonnier, "Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association", thèse Bordeaux 1932, Préface J. Bonnecase, p. 202.

(17) En ce sens, Aurel David, "Structure de la personne humaine", P.U.F., Paris, 1955, p. 44.

(18) Le droit positif ne reconnaît pas l'existence des "personnes potentielles", concept purement éthique : v. Comité consultatif national d'éthique, "Recherche biomédicale et respect de la personne humaine", Paris, décembre 1987 ; Raynaud, art. précit., n° 19, p. 112.

Cette conclusion s'impose à quelque niveau que l'on analyse le matériel génétique, c'est-à-dire sous les deux aspects selon lesquels les scientifiques le décrivent habituellement. Sous son aspect corporel, tangible, en sa structure biochimique qui s'incorpore au sein de chacune des cellules qui composent les êtres vivants ; comme sous son aspect incorporel, intangible, en cette information encodée dans le support biochimique de la chaîne ADN (19). Ces deux aspects, complémentaires d'une même réalité, ressortissent exclusivement à la catégorie des choses.

- I -

LA NATURE JURIDIQUE DU MATERIEL GENETIQUE

APPREHENDE SOUS SON ASPECT CORPOREL

5. Le matériel génétique est un objet incorporé dans son état naturel. Cette constatation d'évidence contribue à résoudre aisément la question de la nature en droit du matériel héréditaire des organismes vivants non humains. Pour l'homme, elle renvoie alors au statut du corps et permet d'examiner d'une manière radicale la réification qu'il subit.

A - LE MATERIEL GENETIQUE COMME UN ELEMENT DU CORPS

1 - L'incorporation chez les êtres vivants non humains

6. Le fait que le matériel génétique soit par nature inclus dans chacune des cellules que compte un être vivant se définit en une incorporation à celui-ci. L'incorporation, qui est au demeurant un fait juridique, nous autorise à attribuer au matériel génétique la qualification que l'objet auquel il s'unit reçoit en droit. Cette conclusion découle de l'application de la théorie de l'accession interprétée a fortiori (20). Le règne vivant n'offre

(19) Sur le concept en biologie "d'information génétique", voir par exemple : François Bouvier, "L'information génétique ; concepts de la biologie moderne", Ed. Privat, Toulouse, 1980 ; Richard Dikerson, "Les doubles hélices d'ADN et les informations génétiques", *Pour la Science*, février 1984, p. 20 ; la succession des bases nucléiques : A.T.C.G. (voir supra, note 1) forme un véritable code, appelé "code génétique" qui constitue "l'information génétique" ; le "message" inscrit sur les fibres ADN, permet d'assembler les protéines, les constituants biologiques élémentaires du corps des êtres vivants.

(20) "Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire...", art. 551 du C. civ. ; a fortiori tout ce qui est déjà uni ou incorporé à la chose appartient au propriétaire, c'est-à-dire suit le régime juridique de la chose principale ; si le

aucune exception à ce principe que viennent confirmer les récents développements de la synthèse génétique.

7. Le statut juridique des plantes, tel qu'il résulte de la classification sommaire du Code civil (21) ou de textes plus spécifiques du droit rural et du droit de l'environnement (22), est sans ambiguïté : il s'agit de choses parfois de biens quand elles demeurent attachées à un fonds (23) ou lorsqu'elles procurent une utilité d'un point de vue économique. Il en va de même du matériel héréditaire qu'elles convoient ou qu'elles libèrent sous forme de pollens ou de semences. L'appréhension directe de ces dernières par le système juridique nous le confirme (24).

8. La solution n'apparaît pas différente pour les animaux. L'animal du droit s'apparente à l'animal-machine de Descartes : moteur, monture, nourriture et compagnon, mais surtout richesse. Chose sans maître, bien meuble ou immeuble par destination selon son degré de liberté et d'autonomie (25), il demeure soumis au caprice de son propriétaire... ou du chasseur. Protégé en raison de sa rareté ou de la compassion que ses souffrances inspirent aux hommes (26), il n'en reste pas moins chose aux yeux du droit, comme les supports de son hérédité. Les rares dispositions qui le visent ne proposent pas une autre qualification (27).

Dans l'infiniment petit, aux confins des mondes animal et végétal, les micro-organismes n'échappent pas à ce statut réel (28) encore qu'il soit impropre dans le cas des être unicellulaires, de parler d'incorporation du matériel génétique puisque dans cette hypothèse le "corps" se limite à l'enceinte cellulaire au sein de laquelle se tient le matériel héréditaire.

régime est identique, partant, leur nature juridique (réelle) est la même ; voir par exemple : Philippe Kaigl, "Acquisition de la propriété par union ou incorporation", Jurisclasseur, art. 551-552, 1982.

(21) Cette classification, héritée d'une civilisation rurale vise pour l'essentiel des récoltes, les coupes de bois et les plantations : art. 520, 521, 522 à 555, 668 à 673 du C. civ.

(22) Par exemple, la liste des espèces végétales protégées : voir arrêté du 20 janvier 1982 ; ou les mesures de protection des végétaux en droit rural, comme les forêts : art. L. 331-7, R. 331-7 et 177 du Code rural.

(23) Art. 520 du C. civ.

(24) Art. 524, 2102 du C. civ. notamment.

(25) Art. 524 et 528 du C. civ. ; sur l'ensemble de la question voir J.-C. Galloux, thèse précitée, pp. 196-198.

(26) Pour la protection des animaux menacés de disparition : voir la Loi du 10 juillet 1976 ; en ce qui a trait à la répression des mauvais traitements et des actes de cruauté envers les animaux : voir art. 453 et R38-12 du Code pénal.

(27) Voir Loi du 25 décembre 1966 et le décret n° 48, 599 du 27 mars 1948 (article 308 du Code rural) organisant l'insémination artificielle et la circulation des semences des animaux domestiques ; pour la monte des étalons, voir Décret n° 76-1025 du 8 novembre 1976.

(28) Le commerce des levures, des mous et des vaccins (qui contiennent des germes viraux ou bacillaires) est le signe d'une réification incontestable.

9. Par l'effet en quelque sorte inverse, biologiquement sinon juridiquement, du croît (29) l'accession joue du matériel génétique vers l'organisme auquel il donne naissance : l'appropriation de la semence emporte celle de l'animal ou de la plante dont elle naît. La propriété industrielle rend compte de manière évidente ce phénomène qui nous révèle l'identité de nature juridique du matériel héréditaire et des organismes vivants. L'appropriation directe de *l'information génétique* modifiée grâce aux techniques du génie génétique (30) conduit à l'appropriation par voie du brevet de l'organisme qui en aura été engendré (31). Le droit positif l'a organisée dans le domaine végétal (32), la jurisprudence et la pratique l'ont élaborée pour les micro-organismes (33) mais l'interdiction de cette accession subsiste au regard des animaux dits "supérieurs" (34).

Si les supports de l'hérédité tombent intégralement dans le domaine des choses par voie d'incorporation ou d'accession chez les êtres vivants, l'incorporation prend chez l'homme une dimension spécifique.

2 - Le matériel génétique et le corps humain

10. Le matériel génétique humain ne joue pas un rôle différent des matériels héréditaires reconnus dans les autres espèces. Il convient toutefois de préciser son importance vis-à-vis du corps humain dans la mesure où pour de nombreux auteurs, ce dernier se confond avec la personne (35). Ce point sera discuté

(29) Art. 547 du C. civ.

(30) Soit l'ensemble des techniques visant à modifier le patrimoine génétique des cellules.

(31) Voir sur l'ensemble de la question : J.-C. Galloux, "La brevetabilité en matière de génie génétique ; une approche européenne", mémoire LL.M., Institut Universitaire Européen, Florence, 1988.

(32) Par la Loi n° 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales ; voir également M.A. Hermitte, "Histoires juridiques extravagantes : la reproduction végétale" in "La gestion des ressources naturelles d'origine agricole", sous la direction de J.-C. Fritz et Ph. Kahn, Ed. Litec, Paris, 1983, pp. 249 et s.

(33) Voir notamment : Michel de Haas, "Brevet et médicament en droit français et en droit européen", Ed. Litec, Paris, 1981, n° 617 et s., p. 303 et s. ; J.-C. Galloux, mémoire précité, pp. 15 et s.

(34) Voir art. 7c de la Loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'inventions, mod. par la Loi du 13 juillet 1978 ; question écrite n° 27,677 du 6 juillet 1987, J.O. Déb. A.N. 2 novembre 1987, p. 6080 ; cette prohibition sera limitée en cas d'adoption du Projet de directive du Conseil des Communautés Européennes, "Concernant la protection juridique des inventions biotechnologiques", doc. com. (88) 49 final/Syn. 159, Bruxelles, 21 octobre 1988.

(35) En ce sens, R. Nerson, "Les droits extra patrimoniaux", Ed. Pichon-Durand-Aubias, Lyon, 1939, p. 357 ; H. Perret, "La personne humaine dans l'ordre du droit", in "Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye", Ed. Biere, Bordeaux, 1967, p. 589 ; X. Dijon, "Le sujet de droit en son corps ; une mise à l'épreuve du droit subjectif", Thèse droit Louvain, 1982, n° 983 ; J. Carbonnier, "Droit civil", tome 1,

ultérieurement, aussi nous emploierons jusque-là le terme "personne corporelle" pour désigner le complexe corps/personne. Deux enseignements biologiques méritent d'être soulignés pour leurs conséquences juridiques : le matériel génétique fait l'identité de la personne corporelle et dirige son comportement ; le matériel génétique est nécessaire et suffisant à en assurer la genèse.

11. Après des millénaires d'errements et d'explications fantastiques (36), le processus de la génération humaine se trouve désormais explicité : nous savons de façon catégorique que chaque parent contribue pour moitié et de manière aléatoire à fournir au nouvel être sa garniture génétique. La cellule initiale se développe par divisions successives puis par différenciation des tissus (37) avant d'atteindre le stade terminal de sa croissance à l'âge adulte, soit une vingtaine d'années après sa fécondation. On remarquera qu'a priori une double condition semble nécessaire à l'apparition de la personne corporelle : un lot génique complet et "l'initialisation" du processus de développement individuel ou ontogénique. Dès lors, l'intégralité du matériel génétique prime les modes de fécondation, voire la fécondation elle-même ; il est nécessairement et exclusivement à l'origine de la personne corporelle.

Peu importe le lieu et la manière dont les deux gamètes parentales fusionnent, l'enfant qui en sera résulté naîtra comme personne. L'hypothèse ultime de l'enfant ectogénétique (38) ne modifie en rien cette affirmation : l'établissement des liens de parenté avec les fournisseurs des éléments génétiques ou avec la mère parturiente n'est pas une condition nécessaire, si elle demeure toutefois utile à la situation sociale du produit de la conception. De cet "enfant orphelin" que les nouvelles techniques de reproduction permettent d'engendrer (39) à "l'enfant copie", il n'y a qu'un pas : celui de l'affranchissement de la fécondation. Il

"Introduction", P.U.F., Paris, 1971, p. 179 ; H. Ph. Vissert'hooft, "Les actes de disposition concernant le corps humain", Arch. Philo. droit, 1979, p. 88 ; "Sciences de la vie, de l'éthique au droit", Etude du Conseil d'Etat, Ed. La documentation française, Paris, 1988, p. 15 ; G. Cornu, "Droit civil", Précis Domat-Montchrestien, 1987, tome 1, n° 479.

(36) Voir Jean Rostand, "Esquisse d'une histoire de la biologie", Ed. Gallimard, Paris, 1965.

(37) "... à partir d'une seule cellule en émergent des milliers, des milliards, en lignées spécialisées, selon un ordre parfait dans le temps et dans l'espace, voilà qui défie l'imagination", F. Jacob, "La logique du vivant", Ed. Gallimard, Paris, 1970.

(38) C'est-à-dire dont la gestation s'est déroulée hors du corps de la mère ; voir Jean Rostand, "Maternité et biologie", Ed. Gallimard, Paris, 1966, p. 118 ; John Fletcher, "The Ethics of Genetic Control. Ending Reproductive Roulette", Ed. Prometheus, N.Y., 1988, pp. 40 et s.

(39) Puisqu'il ne pourra être rattaché qu'à un seul auteur en cas d'insémination avec donneur : sur une illustration récente, Toulouse, 21 septembre 1987, D. 1988, p. 184.

éprouve la suffisance du matériel génétique à expliquer la personne corporelle.

13. L'homme "créateur de sa propre évolution" pourrait bientôt entamer une fascinante régression qui le conduirait à se contenter d'une reproduction par simple réplication à l'instar de la plupart des plantes et des micro-organismes. La parthénogénèse n'apparaît plus comme une entreprise théoriquement impraticable. Par des techniques appropriées (40) chacune des milliards de cellules qui composent le corps humain peut se voir appelée à un destin individuel. Des chercheurs ont récemment "fabriqué" des jumeaux homozygotes, des "clones" chez des mammifères supérieurs (41). Des enfants pourraient être conçus selon des techniques similaires. N'a-t-on pas aperçu là une alternative heureuse à l'insémination hétérologue, ou à la lutte contre la transmission des maladies héréditaires graves (42) ? La sexualité et donc la procréation, n'est qu'un mode de perpétuation assurant une plus grande variabilité individuelle (43). Mais en aucun cas la procréation ou la sexualité ne sont une condition de la différenciation individuelle et partant, leur absence est indifférente à l'apparition d'une personne corporelle. Un "enfant cloné", comme un jumeau homozygote partagera avec un autre un génome identique.

14. Le matériel génétique confère à la personne, hors les cas précédents, sa véritable identité biologique. L'unicité génomique qui se conjugue alors avec l'individualité, s'exprime clairement dans le fonctionnement du système immunitaire (44). Le droit admet l'importance de cette identité génétique pour les

(40) Comme la substitution nucléaire, l'opération microchirurgicale consistant à prélever le noyau de l'oeuf fécondé et à le remplacer par celui d'une cellule somatique ; les premières expériences ont été réussies sur la grenouille ; voir R. Briggs et Parkes, 38, Proc. Nat. Acad. Sci., U.S.A., 455, 1952.

(41) Le clonage des mammifères était tenu il y a peu pour irréalisable : "Des vaches clonées : une première mondiale", La Presse (Montréal), 29 janvier 1989, pp. B1-B4.

(42) En ce sens, J. Rostand, op. cit., p. 40 ; F. Pizzuli, "Assexual reproduction and genetic engineering : a constitutional assesment of the technology of cloning", Southern California L.R., vol. 47, 1974, p. 477 ; George P. Smith, "Intimations of immortality : clones, cryons and the law", Un. of South Wales L.J., vol. 6, 1983, p. 123 ; J. Fletcher, op. cit., p. 40 et s. ; le Comité Consultatif National d'Ethique considère ces techniques comme n'ayant aujourd'hui aucune valeur scientifique : Avis du 15 décembre 1986 ; ce qui n'a pas empêché des instances internationales de les condamner : Recommandation R. 1046, (1986) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, point 14.

(43) Voir A. Langaney, "Le sexe et l'innovation", Ed. Seuil, Paris, 1979.

(44) Notamment les plus connus : le système HLA et le système ABO ; voir J.M. Robert, "Génétique", Ed. Flammarion, Paris, 1983, pp. 183 et s. ; voir également Philippe Caspar, "Les fondements de l'individualité biologique", Communio, vol. IX, 1984, n° 6, pp. 84 et s.

dans d'organes (45), comme parfois pour la définition du sexe dans les questions d'état (46). La composition génomique est en passe de devenir, logiquement, le moyen le plus sûr de l'identification personnelle, notamment en police criminelle (47). L'affirmation en droit de la filiation de la primauté de la vérité biologique renforcera encore le rôle de l'identité génétique. Le droit public même voit émerger le principe parallèle de la non dénaturation de cette identité, promue au rang de patrimoine (48). Le droit contemporain assimile donc le rôle du matériel génétique.

15. Le matériel génétique contrôle et assure la maintenance corporelle. Le potentiel de division cellulaire génétiquement programmé, nouveau ciseau des Parques, veille à la condition mortelle de l'homme : ce potentiel épuisé, les cellules vieillissent et meurent, et bientôt l'individu avec elles. Pourtant, la prédisposition génétique des individus à la maladie demeure un sujet de controverse quant aux applications auxquelles elle pourrait conduire en droit du travail ou en droit de la santé (49). Tout aussi nuancée se présente l'attitude du droit au regard de l'affirmation d'un contrôle purement génétique des comportements humains : il n'est pas encore prêt à reconnaître à la personne le bénéfice d'une fatalité génétique qui éluderait chez elle toute notion de responsabilité. Les péripéties judiciaires du "chromosome du crime" en font foi (50). Le droit postule encore

(45) Les articles 1 et 2 de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, autorise le prélèvement sur le mineur dans la mesure où le bénéficiaire est un frère et une soeur, c'est-à-dire une personne ayant un système immunitaire plus compatible ce qui diminue les risques de rejet du greffon.

(46) La composition chromosomique 46XY ou 46XX détermine le sexe génétique et habituellement, l'orientation sexuelle phénotypique et psychologique de l'individu ; si dans certaines décisions, les tribunaux se sont appuyés sur l'immutabilité de la formule génétique pour refuser des changements d'état à des individus transsexuels, (voir Magali Hecht, "Essai sur quelques aspects des rapports entre le droit privé et la biologie", thèse Droit, Toulouse, 1980, p. 22) ; il me semble plus que cela soit le cas après l'arrêt du 3 mars 1987 de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, Bull. civ., n° 79, p. 59 qui ne pose comme condition à la modification légale que l'existence d'un changement véritable dû à une évolution naturelle.

(47) Voir par exemple : George F. Sensabaugh, "Forensic Biology : is Recombinant DNA Technology in its Future ?", *Journal of Forensic Sciences*, vol. 31, 1986, p. 393.

(48) Recommandation 934 (1981) de l'Ass. Parlementaire du Conseil de l'Europe ; voir G. Cohen-Janathan, "Droits et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques", in "Etudes offertes à Claude-Albert Colliard", Ed. Pedone, Paris, 1983, pp. 141-143 ; Horst Langes, "Ethical aspects of genetic engineering : can we contemplate political action", *European Digest*, 1985, n° 50, pp. 129-131.

(49) Sur l'ensemble de cette question, voir le rapport établi par l'Office of Technology Assessment (OTA), "The role of genetic testing in the prevention of occupational diseases", GPO, Washington, 1983.

(50) Le caryotype 47 XXY serait en effet beaucoup plus fréquent dans la population criminelle que dans la population de référence ; de là à ce qu'il expliquât le comportement criminel, il y a un pas que certains ont franchi : voir par exemple :

la primauté de la liberté et la volonté humaine sur "l'empire des gènes" (51).

16. Ces dernières analyses nous révèlent une attitude contradictoire du droit : il reconnaît d'une part la nécessité et la suffisance du matériel génétique dans la genèse de la "personne corporelle", et il affirme d'autre part l'irréductibilité de la personne à cette sphère corporelle. Cette contradiction s'évanouit si le droit ne confond pas la personne et le corps. C'est bien la solution qu'il propose a contrario, en réifiant le corps humain. L'examen de la nature du matériel génétique humain met en lumière cette démarche et l'achève.

B - LA REIFICATION DU CORPS (52)

17. Le droit contribue, sans toujours se l'avouer, à une lente construction de la "personne corporelle". S'il est vrai que le corps n'existe pas en tant que tel dans la réglementation positive (53), il serait excessif et téméraire d'en déduire qu'un tel statut ne saurait exister (54). Bien au contraire, il se dessine au fil des démembrements que le droit opère et qui peu à peu découvrent la nature réelle du corps. L'appréhension du corps par le droit a suivi trois directions parallèles : il s'est d'abord saisi de ce qui est périphérique ou extérieur au corps, puis de ce qui paraît régénérable pour atteindre enfin à ce qui demeure vital.

1 - Les choses extérieures

18. Le corps humain, comme tout organisme vivant, ne fonctionne qu'à la faveur d'échanges multiples avec son milieu : les flux jouent dans les deux sens et embrassent des objets variés dont le droit s'est saisi très tôt.

Alan M. Dershowitz, "Karyotype, predictability and culpability" in "Genetics and the Law", Plenum Press, N.Y. 1976, p. 63.

(51) F. Morin, "La vie de la vie", tome II, "La méthode", Ed. Seuil, Paris, 1980, p. 131.

(52) Nous nous attachons à discuter ici non pas de la catégorie des actes juridiques qui peuvent être accomplis sur le corps humain et de leur régime, mais seulement de la nature de l'objet, sur lequel ils portent ; il est regrettable que la doctrine contemporaine ait tendance à inverser l'ordre dans lequel ces deux questions sont examinées ; ce qui réduit souvent l'analyse à une série de sophismes, où le légitime désir de protection de la personne prime une démarche rationnelle et cohérente.

(53) Voir "Sciences de la vie : de l'éthique au droit", op. cit. p. 13.

(54) Voir Dominique Thouvenin, "La référence au contrat de soins dans les expérimentations sur l'homme" in "Ethique médicale et droits de l'homme", Actes Sud, Paris, 1988, p. 125.

19. **Les excréta.** Leur abandon naturel relève de ces contingences quotidiennes qui ont rarement mobilisé la réflexion du juriste. Les excréments sont entrés dans le commerce juridique en raison de leur utilité agricole en recevant la qualification de "res derelictae" (55). Celle-ci a pu être contestée à l'urine qui, appropriée par le premier inventeur, pouvait révéler après analyse bien des secrets intimes auxquels des individus peu scrupuleux prétendaient accéder sous le prétexte de cet abandon (56).

Le droit accorde plus d'attention au lait à des fins évidentes de santé publique : il en réglemente la vente dans le cadre du contrat de nourrice, signe définitif de sa nature réelle (57).

20. Le caractère probant de ces exemples n'est pourtant pas décisif : les excréta n'appartiennent pas au corps mais constituent de simples accessoires facilement détachables et destinés par nature à en être détachés, dont le régime juridique serait précisément adapté à cette amovibilité (58). Toutefois, on peut raisonnablement poser que les excréta demeurent des choses car leur situation par rapport au corps n'a pas modifié leur nature, de sorte que l'on peut désormais affirmer que la limite entre les choses et les personnes en droit passe à l'intérieur du corps humain.

21. **Les choses périphériques.** Ongles et cheveux sont choses vendables et à tout le moins disponibles. Peu importe la justification juridique de ce régime (59) ; nul ne s'est avisé jusqu'à présent de découvrir la présence de la personne dans un cheveu prélevé pour des besoins d'enquête ! Pourtant les cheveux portent un matériel génétique (60) : et s'il devenait un jour possible de le cloner ?....

(55) Voir B.M. Dickens, "The control of living body materials", Un. of Toronto L.J., vol. 27, 1977, p. 182 ; le précédent historique de l'empereur Vespasien et des édicules dont il fleurit Rome afin de collecter l'urine humaine destinée aux foulons, reste célèbre. Pour une application nord-américaine plus récente : Venner v. State, 354 A.2d. 483 (Maryland, 1974).

(56) Voir New England Journal of Medicine, n° 286, 1972, p. 111 ; Robinson, "The detection of drugs in biological fluids", Medical Science Law, vol. 16, 1976, p. 91.

(57) P. Ancel, "L'indisponibilité des droits de la personne : une approche critique des droits de la personnalité", Thèse droit Dijon, 1978, n° 176 ; B.M. Dickens, art. cit., p. 153 pour la Common law.

(58) En ce sens, G. Sarvonat, "Le principe d'inviolabilité du corps humain", Thèse droit Poitiers, 1951, pp. 19 à 21.

(59) Le régime de disponibilité de ces objets se justifierait par l'atteinte bénigne et momentanée que leur détachement suppose : voir R. Domages, "Le corps humain dans le commerce juridique", Thèse droit Paris, 1956, n° 43 et 90 ; A. Decocq, "Essai d'une théorie générale des droits sur la personne", Ed. L.G.D.J., Paris, 1960, n° 40 ; en un sens proche : "Sciences de la vie...", op. cit., p. 43.

(60) Voir Russel Higuchi, Cecilia H. Von Beroldingen et al., "DNA typing from single hairs", Nature, vol. 332, avril 7, 1988, pp. 543-546.

22. **Les démembrements.** Les produits de biopsies, ablations et amputations sont des objets parfois restituables (61), mais le plus souvent détruits une fois accompli le but thérapeutique ou diagnostic en vue duquel ils ont été séparés du corps. Ce sont des choses éliminées à titre de déchets et non de cadavres, et leur statut n'est pas régi dans le cadre des autopsies. Les lignées cellulaires cultivées après leur prélèvement sont pareillement des choses. Si l'absence de but thérapeutique ou diagnostic permet aux tribunaux de sanctionner une atteinte à l'intégrité corporelle elle ne modifie pas la qualification réelle de l'objet de l'acte. Quant au placenta, on le considère abandonné par la mère lors de la naissance, de sorte qu'approprié par l'hôpital comme une chose sans maître, il est ensuite cédé aux industries pharmaceutiques (62).

Le statut des incorporations permet d'une manière inverse de mesurer la profondeur de la réification du corps.

23. **Les incorporations.** Leur statut vérifie décisivement l'hypothèse selon laquelle la barrière du corps n'est pas celle de la personne : les choses incorporées sont et demeurent des choses (63).

Orthèse et prothèses sont des choses et même des biens quelle que soit la fonction qu'ils assurent (64) : coeur, rein, pancréas ou implants cornéens. Ils ne changent pas de *nature* selon le lieu de leur dépôt, quoiqu'il en modifie leur *régime* (65). Cette constatation vaut pour les corps étrangers volontairement ou involontairement incorporés qui ne jouent aucun rôle

(61) T.G.I. Avignon, 24 septembre 1985, G.P. 1986, 1.91, note Ph. Bertin ; la restitution peut même s'ordonner sous astreinte : T.G.I. Paris, 3 juin 1969, D. 1970, p. 136, note P.J.

(62) Voir M.L. Rassat, "Le statut juridique du placenta humain", J.C.P., 1976, II, n° 2777 ; "Sciences de la vie...", op. cit., p. 43.

(63) Contra : Cass. civ. 1e, 11 décembre 1985, Bull. Civ., n° 348, p. 313. V. infra, note 65.

(64) Voir J.M. Auby, "Le statut des objets et appareils en droit de la santé", Rev. Trim. Droit Sanitaire et Social, 1986, p. 1 et s. ; ils sont saisissables dans les conditions énoncées par l'article 592-2 du Code de procédure civile.

(65) En ce sens, A. Decocq, op. cit., n° 43 : "Il est évident que les instruments de prothèse... ne redeviennent des objets dans le commerce qu'à partir du moment où ils ne jouent plus aucun rôle pour la conservation de la vie humaine. Dès que la séparation d'avec le corps est acquise, rien ne s'oppose à ce que ces instruments de prothèse forment l'objet de conventions" ; la décision de la 1ère Chambre civile du 11 décembre 1985, précitée, exprime, maladroitement, le changement de régime juridique, notamment l'indisponibilité et l'insaisissabilité, qui résulte de l'incorporation d'une prothèse ; toutefois la qualification personnelle d'une prothèse dentaire nous paraît surréaliste et remet en cause le principe de permanence des catégories de la "summa divisio" que commande une logique élémentaire ; sur une meilleure application de ces principes par la même chambre dans une espèce en tout points semblables : Cass. civ. 1e, 9 octobre 1985, Bull. civ., n° 251, p. 225.

physiologique (66). C'est également un problème de régime de disposition qui a conduit à distinguer les tissus régénérables et les sécrétions du reste des éléments corporels (67).

2 - Les tissus et produits régénérables

24. **Les tissus stricto sensu.** En l'absence de produits de synthèse, le sang et ses dérivés ont quitté le rang des symboles pour celui des produits de première nécessité médicale. C'est la raison pour laquelle la Loi en a réglementé le commerce (68). La personne doit consentir à en délaisser des échantillons aux fins d'expertise (69) mais nul n'apercevrait dans ces quelques centimètres cubes prélevés la personne elle-même.

La distinction du phénomène de la régénération cellulaire et de la disparition brutale et instantanée de la personne dans la mort, a fait ressentir au juriste une différence intuitive de structure entre la personne et son corps, qu'il a concrétisée en réifiant d'autres parties corporelles régénérables comme la moelle et la peau (70). Le critère de la régénéralité n'indique donc pas la frontière entre les choses et les personnes.

25. **Les gamètes.** Sperme et ovules ne répondent pas à la définition de l'organe ou du tissu (71), ce sont des produits du corps. A la difficulté de les placer dans une catégorie connue du droit, s'ajoute leur finalité procréative : la doctrine hésite à leur conférer une nature personnelle que l'oeuf fécondé ne possède pas, comme une nature réelle qui ne rendrait pas compte de leur spécificité biologique. La pratique médicale a indubitablement

(66) Par exemple, les objets divers oubliés dans le corps des patients lors d'interventions chirurgicales ou les produits frauduleusement dissimulés dans les voies ou les cavités naturelles : voir Welti et R. Mittleman, "The body packer syndrom, toxicity following in gestion of illicit drugs packaged for transportation", J. of Forensic Sc., 1981, p. 493.

(67) Voir Loi du 22 décembre 1976 et son décret d'application du 31 mars 1978 ; la qualité régénérative comme constituant le critère d'un régime de disposition à titre onéreux ou gratuit, est particulièrement évident dans l'article 20 du Code civil québécois.

(68) Le mot "commercium" désigne les rapports juridiques que les personnes ont entre elles relativement à l'utilisation des biens et non, contrairement à une opinion répandue, le signe de l'évaluation pécuniaire d'un bien.

(69) Dans les conflits relatifs à la filiation, le juge pourra ordonner en vertu des dispositions de l'article 160 du Nouveau Code de procédure civile, l'examen et donc le prélèvement de sang : voir, par exemple, TGI Meaux, 29 janvier 1988, J.C.P. 1988, II, 21078 ; en matière pénale, cet examen est devenu courant dans la lutte contre la délinquance routière.

(70) La transplantation de ces tissus se trouve régie par la Loi du 22 décembre 1976.

(71) Sur la définition du tissu : voir Jean Racadot, article "Tissu" in "Encyclopedia Universalis", tome 18, 1985, p. 6 ; voir également TGI Créteil, 1er août 1984, dec. cit.

réifié les gamètes humaines désormais cessibles, stockables et distribuables comme remède à la stérilité des couples (72).

La jurisprudence disponible ne propose pas une analyse différente (73) : les gamètes sont choses hors du commerce, mais toutefois des choses (74). On a cru trouver dans la formule "forces génétiques" (75), une expression commode qui retrace les qualités de "ce dépôt inaliénable et sacré, les potentialités de l'univers" qui "seraient un peu à la personne ce que la force atomique est aux choses" (76).

26. Si l'image est évocatrice, elle reste juridiquement floue et scientifiquement inexacte (77). Il n'y a aucune "force" dans une gamète mais seulement de l'information qui ajoutée à l'information convoyée par l'autre gamète avec laquelle elle s'unira, formera un patrimoine informationnel doté de totipotence (78) Cette information ne présente pas de spécificité par rapport à celle recelée par toute cellule somatique (79). Ce sont les "forces génétiques" de la cellule de moelle qui lui permettent de synthétiser des globules blancs, et d'autres "forces génétiques" de la cellule pancréatique qui lui permettent de synthétiser l'insuline : l'embryogénèse, à l'instar des diverses fonctions organiques ou métaboliques, n'est que l'exécution du programme héréditaire. Entre ces "forces" n'existe qu'une différence

(72) En ce sens C. Labrusse, "La procréation artificielle : questions de droit ?", *Projet*, n° 195, 1985, p. 120.

(73) Voir TGI Créteil, 1er août 1984, J.C.P. 1984, n° 20 321.

(74) L'extracommercialité est d'abord une subdivision de la catégories des choses : voir Baudry-Lacantinerie, "Traité de droit civil", tome 1, n° 248 ; Aubry et Rau, tome II, n° 171 ; "Un kilogramme de sel vendu ou donné reste une chose et la donation ne saurait lui donner la qualité de personne", A. David, *op. cit.*, p. 15 ; dans le même sens : X. Labbé, "L'insémination pratiquée après la mort du donneur", G.P., 1984, II, p. 401 et s. ; R. Theret, "L'insémination artificielle de la femme et le droit", Thèse droit Paris XIII, 1978.

(75) Une partie de la doctrine reprend cette expression : C. Labrusse, "Don et utilisation de sperme et d'ovocytes : le point de vue d'un juriste" in "Actes du Colloque, Procréation génétique et droit", Ed. Actes Sud, 1986, p. 255 ; J. Rubellin-Devichi, "Congélation d'embryon, fécondation in vitro, mère de substitution : le point de vue d'un juriste", *op. cit.*, p. 307 ; "Sciences de la vie : de l'éthique au droit", *op. cit.*, p. 64, n° 14 notamment.

(76) G. Cornu, "Droit civil", tome II, "La famille", Ed. Montchrestien, Paris, 1984, n° 306, pp. 423-424.

(77) Sur la dénonciation de la confusion entre force et information : voir E. Marin, in "L'unité de l'homme", tome III, "Pour une anthropologie fondamentale", Ed. Seuil, Paris, 1978, p. 280 ; "L'information est information, ni masse ni énergie", Norbert Wiener, "Cybernetics", Ed. Hermann, N.Y., 1948 ; H. Laborit, "La nouvelle grille", Ed. Gallimard, Paris, 1974, p. 28.

(78) C'est-à-dire que la cellule initiale a la faculté de régénérer l'être complet : ce phénomène est bien connu dans le règne végétal où les cellules du méristème présentent cette qualité.

(79) Au contraire, les cellules sexuelles sont haploïdes, c'est-à-dire qu'elles portent la moitié du lot chromosomique des cellules somatiques : la moitié de l'information génomique serait-elle plus précieuse que sa totalité ?

quantitative et non pas de nature, en ce sens que l'embryogénèse représente l'exécution complète du programme génétique. Pourquoi les juristes entourent-ils d'un halo de mystère un processus moléculaire désormais connu et qu'ils ont parfaitement qualifié en d'autres hypothèses (80) ? En définitive, la seule question pertinente au juriste s'énonce ainsi : dans quelle mesure l'aspect incorporel, informationnel du matériel héréditaire de l'homme ressort-il au monde des personnes ?

Avant d'y répondre, examinons la dernière catégorie des éléments corporels ; elle confirmera notre hypothèse initiale : par-delà les choses extérieures et les choses régénérables, le droit considère que les parties vitales du corps humain ne constituent pas des éléments de la personne. Le corps humain tombe tout entier dans le domaine des choses.

3 - Des choses vitales au principe de vie

27. Au fur et à mesure de la pénétration du médecin dans le corps humain, le droit lui a assigné des limites au prélèvement des éléments physiologiques : ne point mettre en jeu la vie du patient et ne lui infliger que des risques proportionnels au bénéfice escompté. A contrario, lorsque tout danger vital est écarté, tout devient prélevable : ainsi le cadavre est-il une chose.

28. **Le statut des organes dans le donneur vivant.** La loi du 22 décembre 1976 n'excluant aucun tissu ou organe particulier de son champ, il faut admettre qu'elle les considère tous a priori comme objets possibles d'une transplantation (81). Nous avons conclu précédemment au statut réel du sang et des organes régénérables : la logique impose que le même statut régit les organes transplantés, la loi ne faisant à leur égard aucune distinction. Car en quoi seraient-ils la personne ? "Cette pauvre Jeanne, avec un bras étranger, un sein étranger, une peau étrangère, un coeur étranger est-elle encore la Jeanne qu'il a aimée ?... L'objet de l'amour de Pierre, la personne de Jeanne ne sont pas mesurés par des kilogrammes, par des mètres carrés, ni même le nombre d'organes conservés ou transplantés" (82). L'interchangeabilité des organes entre les hommes, avec des

(80) Sur la notion de matière "biologiquement active" : cf. infra, n° 49.

(81) En ce sens, B. Dubo, "La transplantation d'organes", Thèse droit Lille, II, 1978, p. 99 ; le texte n'exclut en son article cinq que le sang et les cornées qui font l'objet de dispositions particulières de sorte que les produits humains et tissus régénérables entrent dans son champ : en ce sens, A. Charaf El Dine, "Les prélèvements d'organes (commentaire de la Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976)", Rev. trim. drt sanitaire et social, 1978, p. 445.

(82) Jean Bernard, "Et l'âme demande Brigitte", Ed. Buchet-Chatel, Paris, 1987, p. 116.

machines voire avec des organes animaux, démontre leur caractère mécanisable et bien peu personnel. Les seuls buts qui importent juridiquement restent la conservation de la vie humaine et le respect de l'intégrité de l'individu.

29. L'ensemble des conditions exposées par la loi, la jurisprudence et la doctrine relativement à la licéité des actes pratiqués sur le corps humain, montre qu'ils ne se "distinguent en rien quant à leur validité des autres types de conventions" (83) que connaît le droit. Mais l'analyse de la qualité des objets en cause se trouve souvent éludée au profit de celle du régime qui les gouverne, et que commande les notions clé d'ordre public et de bonnes moeurs : en définitive la notion de vie fait écran à l'affirmation de la chute du corps dans le domaine des choses. La solution consiste alors à procéder à l'étude séparée du corps sans vie, à isoler l'une et l'autre.

30. **Le cadavre.** La mort emporte la personne avec les manifestations vitales du corps. A son égard les réponses du droit et de la logique concordent : le cadavre est une chose. La loi admet (84), comme la doctrine (85), la disposition complète du cadavre pourvu qu'elle ne contrarie pas les bonnes moeurs et l'ordre public (86). Si le cadavre fait l'objet d'une protection, celle-ci s'explique par les sentiments qui demeurent attachés au témoignage d'une personne disparue.

31. Le droit pénal, lorsqu'il ne le ravale pas au rang de pièce à conviction (87), n'envisage la protection du cadavre qu'au travers de la notion de sépulture (88), c'est-à-dire avec le dessein de sauvegarder le respect qui lui est manifesté par le biais d'un culte (89). D'ailleurs le délit est constitué sans que la dépouille mortelle ne soit touchée (90). La persistance du sentiment familial

(83) P. Ancel, thèse cit., n° 196.

(84) Article 3 de la Loi du 15 novembre 1987 sur la liberté des funérailles ; article 2 de la Loi du 22 décembre 1976.

(85) En ce sens : A. Decocq, op. cit., n° 68.

(86) Et non parce que cette disposition constituerait une atteinte à la personne : voir P.J. Doll, "Le droit de disposer du cadavre à des fins thérapeutiques ou scientifiques", *R.S. Crim.*, 1971, p. 64 ; Claire Geffroy, "Le secret dans la vie privée et dans la mort", *J.C.P.* 1974, I, 2604, n° 9.

(87) Telle est la finalité de l'incrimination de recel de cadavre prévue à l'article 259 du Code pénal.

(88) Art. 360 du Code pénal.

(89) Il n'y a profanation qu'à l'issue des premiers apprêts funéraires : voir Cass. civ., 20 juin 1896 D. 1897 I, p. 29 ; X. Labbé, "La condition juridique du cadavre", thèse droit Lille III, 1981, p. 83 ; R. Merle et A. Vitu, "Traité de droit criminel, droit pénal spécial", Ed. Cujas, Paris, 1982, n° 2044, p. 1648 ; v. également R. Dierkens, op. cit., p. 132.

(90) Voir X. Labbé, thèse cit., p. 72.

et religieux n'affecte, une fois encore, que la qualification de choses hors du commerce (91); le cadavre est une chose néanmoins et la réglementation des autopsies, qui d'une manière similaire au droit pénal relaie les croyances et les attitudes sociales relatives à la mort, n'en dispose pas autrement.

32. Un même respect interdit l'autopsie lorsque la famille s'y oppose ou que le défunt avait manifesté cette opposition (92).

CONCLUSION - 33. Le cadavre est une chose, dans son intégralité et dans le moindre de ses éléments; ces mêmes éléments considérés dans un corps vivant sont aussi des choses: le corps est une chose en toutes circonstances. Il est le support de la personne, il ne se confond pas avec elle, il la révèle au droit (93). Le matériel génétique appréhendé corporellement lui est indissolublement lié et en rend compte d'une manière nécessaire et suffisante.

Toutefois, cet aspect corporel ne restitue pas l'aspect incorporel, informatif du matériel héréditaire. Par ailleurs, entre le cadavre et le corps vivant qui révèle la personne s'interpose un phénomène qu'il convient de circonscrire et que l'information génétique signifie: la vie. Information et vie en ce matériel héréditaire humain, seraient-ils en quelque façon pertinents à la personne humaine?

- II -

LA NATURE JURIDIQUE DU MATERIEL GENETIQUE

APPREHENDE SOUS SON ASPECT INCORPOREL

34. L'information génétique que l'individu utiliserait sans en librement disposer bien qu'il en détienne le support corporel et la vie dont le retrait hors du corps détermine la disparition de la personne paraissent les derniers lieux où la réification de l'homme ne se serait pas encore opérée. Doit-on ériger ces notions en limites infrangibles entre les choses et la personne? La

(91) Voir par exemple: Trib. civ. Seine, 20 décembre 1932, G.P. 1933, I, p. 323.

(92) Hors les cas prévus par les articles 74 et 81 du Code de procédure pénale. Voir également, Arrêtés des 5 juillet et 4 août 1950; art. 477 du Code de la sécurité sociale.

(93) En ce sens, notamment: René Dekkers, "Aspects philosophiques" in "Travaux de l'Association Henri Capitant", 1976, p. 1. N.-J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme" in "Bioéthique et droit" sous la direction de R. Draï et M. Harichaux, Ed. P.U.F., Paris, 1988, pp. 267 et s.

complexité de la question requiert un examen attentif à la lumière des connaissances scientifiques que le droit, qui a pénétré avec le génie génétique au sein de l'intimité de la structure vivante, ne peut plus feindre d'ignorer. Notre analyse se portera donc du général au particulier, des concepts généraux de vie et d'information à leur application à l'homme.

A - LA NATURE JURIDIQUE DE LA VIE ET DE L'INFORMATION EN GENERAL

35. Le vocabulaire juridique n'a pas encore donné aux mots vie et information le sens précis et scientifique que leur maniement nécessite pour la compréhension de notre civilisation technologique. Leur emploi dans le sens le plus commun engendre un flou juridique qu'il nous appartient de dissiper.

1 - L'approche conceptuelle de la vie et de l'information

36. **L'information.** Elle a fait l'objet de nombreuses tentatives de définition tant en doctrine (94) que dans les textes positifs (95). Mais toutes sont nées de la nécessité de régler le "marché de l'information" développé concomitamment à l'arrivée massive des nouveaux moyens de communication et de reproduction de l'information ; le concept importait moins que les actions dont l'information était l'objet (96). Ces études ne nous enseignent donc pas ce qu'est l'information en soi. Pourtant notre système juridique nous indique que cette notion recouvre une réalité plus vaste qu'on ne l'aurait imaginé : l'univers des secrets (97) et des formes (98) notamment. Les juristes doivent unir sous un même concept les réalités diverses que le droit appréhende tandis que les scientifiques s'affrontent à plusieurs définitions recouvrant des réalités diverses.

37. "Il n'existe pas un concept d'information mais des théories de l'information" qui "recouvrent des champs divers dont

(94) En particulier : Pierre Leclercq, "Essai sur le statut juridique des informations" in "Les flux transfrontières de données", Ed. Doc. française sous la direction d'Alain Madec, Paris, 1982, p. 122 ; Pierre Catala, "Ebauche d'une théorie de l'information", *Informatica e Diritto*, 1983, p. 17 ; J.M. Auby et R. Ducos-Ader, "Droit de l'information", Ed. Dalloz, 1976, Paris, n° 1, p. 1. E. Mackaay, "La possession paisible des idées, toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ?", *Droit de l'informatique*, 1986/2, p. 75.

(95) Arrêté du 22 décembre 1981 (Jorc 17 janvier 1982) ; Loi du 29 juillet 1881, article 27 et Loi du 29 juillet 1982 notamment.

(96) En ce sens : A. Lucas, "Le droit de l'information", Ed. P.U.F., Paris, 1987, n° 140, p. 353.

(97) Voir M.P. Lucas de Leyssac, "Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?", *D.* 1985, chr. p. 49, n° 37 et 38.

(98) Voir article 425 et s. du Code pénal, art. 10 de la Loi du 14 juillet 1909.

les concepts de base sont aussi abondants et polymorphes que l'imagination des chercheurs" (99). Pour le droit, qui accorde la réalité révélée par les autres secteurs de la connaissance humaine à ses fins propres autour du sujet du droit, l'information peut se définir en cohérence avec les analyses précédentes, comme la forme ou l'état particulier de la matière ou d'une énergie susceptible de signification chez un agent juridique.

38. L'information génétique telle qu'elle apparaît dans la double structure de l'ADN est une information véritable (100) à l'instar d'autres informations biologiques convoyées par les liquides physiologiques ou les hormones par exemple. Elle s'en distingue toutefois par quatre qualités essentielles : la *permanence* que lui confère la pérennité de son support par le biais de la transmission héréditaire, et qui marque la dimension de son espèce (phylogénique) au sein de tout individu ; l'*invariance* qu'assurent des mécanismes complexes de réparation du message héréditaire ; l'*auto-reproductibilité* ; la *téléonomie*, car l'information a pour fin d'élaborer des structures qui assureront sa permanence et sa reproduction invariante. En bref, l'information génétique est porteuse de vie.

39. La vie. La vanité du recours incantatoire au caractère sacré de la vie s'observe à ce que ce principe ne vaut que pour la vie humaine (101), et plus précisément que pour l'existence individuelle prise au-delà de la naissance (102). "Ce n'est pas la vie en soi que nous respectons : la vie d'un bacille lactique ou d'une cellule de topinambour ne nous inspire d'autre respect qu'utilitaire. Si la vie des animaux supérieurs et de l'homme suscite en

(99) Jean-Pierre Lancy, "Théorie de l'information et économie", Ed. Economica, Paris, 1982, pp. 5 et 7. A une approche purement mathématique et quantitative de l'information attribuée à Fischer (R.A. Fisher, "On the mathematical foundation of theoretical statistics", Phil. Trans. Royal Soc., A. 222, 1921, pp. 309-368), ont succédé d'autres approches qui, chacune, ont adopté le cadre théorique à la spécificité de leur domaine, cette extension affaiblissant corrélativement le concept d'information. Shannon et Weaver (voir Shannon et Weaver, "The mathematical theory of communication", Ed. Un. of Illinois Press, 1949), Brillouin (voir Léon Brillouin, "La science de l'information", Ed. Masson, Paris, 1959) y ajoutant la notion d'ordre, les cybernéticiens celles de finalité (voir Norbert Wiener, op. cit.) comme dans la théorie des systèmes (voir Ludwig Von Bertalanffy, "General system theory", Ed. Penguin Press, London, 1971 ; H. Atlan, "Entre le cristal et la fumée", Ed. Seuil, Paris, 1979, pp. 44 et s.).

(100) Voir en ce sens, Jeanne Dubouchet, "Information biologique et entropie", Archives de philosophie, tome 38, 1975, pp. 79 et s.

(101) Sur l'ensemble de la question, voir Edward Keyserkingk, "Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie, du point de vue de l'éthique de la médecine et du droit", Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1980, pp. 9 et s. notamment.

(102) Voir Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 sur l'IVG : le foetus est indubitablement vivant au sens biologique et commun du terme.

nous une émotion particulière et par là des impératifs éthiques, c'est en vertu d'une organisation psychique ou morale" (103).

Pareillement, les modèles vitalistes, comme les matérialismes mécanistes ou dialectiques qui ont tourné à la faillite épistémologique (104), en s'achoppant aux notions d'ordre et de finalité (105) ne fournissent pas d'éléments réalistes de réflexion au juriste. A l'heure actuelle, seules les théories systémiques du vivant offrent de tels éléments pour une approche de la notion de vie, qui ont ceci d'intéressant de lier intimement cette notion au concept d'information génétique.

40. La vie se présente d'emblée comme un phénomène singulier : "Tout être vivant reste en quelque sorte branché en permanence sur le courant général qui emporte l'univers en direction du désordre. Il en représente une sorte de dérivation locale et transitoire qui entretient l'organisation et lui permet de se reproduire (106). Cette organisation qui plutôt que de se dégrader se conserve et se reproduit réalise ses fins grâce à l'apport d'information, une valeur d'un ordre comparable à celui de l'entropie négative (107). Ainsi se trouve établi le rapport entre l'information génétique et le vivant.

41. La vie dont on ne sait si elle débute avec l'ADN (108) ou avec la cellule (109), s'organise en niveaux divers qui s'intègrent les uns aux autres en systèmes de complexité croissante. L'être vivant se définit par l'ensemble des relations existant entre les éléments qui le constituent. La vie de l'individu, système autonome et complet, se distingue de la "vie" entendue comme principe structural de l'ADN : l'aspect d'invariance et de pérennité reconnu à l'information génétique et à la "vie" ne peut rendre compte des aspects individuel et existentiel de l'individu, variable et historique. Ces deux acceptions du mot vie rappellent les deux dimensions du vivant : phylogénique (l'espèce) et ontogénique (l'individu) ; dimensions non pas contradictoires mais complémentaires (110).

(103) Hamburger, "Progrès de la médecine et responsabilité du médecin", in Travaux du Ve Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, p. 297.

(104) Voir G. Canguilhem, op. cit., pp. 132 et s. ; J. Monod, op. cit., pp. 57-58.

(105) Voir J. Monod, "Le hasard et la nécessité ; essai sur la philosophie naturelle et la biologie moderne", Ed. Seuil, Paris, 1970, pp. 46 et s. ; G. Canguilhem, "La connaissance de la vie", Ed. Hachette, Paris, 1952, pp. 116 et s.

(106) F. Jacob, "La logique du vivant", Ed. Gallimard, Paris, 1970, p. 273.

(107) L'entropie pouvant être définie d'une façon triviale comme le désordre, le principe des dégradations successives d'un état physique ; Léon Brillouin, op. cit., pp. 120-123.

(108) En ce sens : H. Spaltenstein, "La vie et l'organisme : proposition d'une solution", *Fundamenta Scientiae*, vol. 7, n° 2, 1986, pp. 267 et s.

(109) En ce sens : Danchin, "Ordre et dynamique du vivant", Ed. Seuil, Paris, 1978.

(110) En ce sens : E. Morin, "La vie de la vie", op. cit., tome III, pp. 111-112.

42. La notion de vie n'est donc pas un concept pratiquement utilisable : seules les *entités vivantes* et le *matériel génétique* peuvent être décrits. Les premières se définissent comme des systèmes ouverts portant une information génétique dont elles sont issues et qui est leur produit tout à la fois, et qui sont aptes à communiquer avec leur environnement.

2 - L'analyse juridique de la vie et de l'information génétique

43. L'information génétique est une chose. Cette proposition vient de ce que l'information est une chose et que les êtres vivants sont des choses.

44. Notre définition en droit de l'information, quoique plus systématique n'invalide pas les analyses juridiques traditionnelles. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître l'existence d'un objet spécifique dénommé information et son caractère réel (111). Les controverses doctrinales portent plutôt sur le caractère appropriable des informations d'une façon générale ou particulière (112), c'est-à-dire sur leur qualification de bien. Or un bien est d'abord une chose, sauf dans l'hypothèse où par bien on entend un droit (113). Une hésitation subsiste peut-être quant aux informations qui pouvaient être des "éléments de la personne" (114) : elle sera examinée ultérieurement.

45. Il aurait été sans doute plus expédient de conclure au caractère réel de l'information génétique du seul fait qu'elle soit liée à des supports qualifiés de choses ou parce qu'elle se trouve incorporée à des êtres vivants considérés comme des choses. On remarquera à cet égard que le potentiel génétique des plantes et des animaux, c'est-à-dire leur information génétique, se trouve protégé par le droit, qu'il s'agisse du matériel de reproduction des végétaux d'intérêt culturel (115) ou de la semence des animaux d'élevage (116). La preuve de la réification définitive de l'information génétique en elle-même est enfin administrée par le droit des brevets : une séquence génétique nouvelle d'intérêt

(111) Voir Pierre Leclercq, art. cit., p. 122 ; P. Catala, art. cit. *ibid.*, ; E. Mackaay, art. précit. ; M. Vivant, "A propos des biens informationnels", J.C.P. (Cahiers du droit de l'entreprise) 1984, n° 14 200.

(112) Voir par exemple, M.P. Lucas de Leyssac, art. cit., n° 11, p. 45 ; Gassin, "Le droit pénal de l'informatique", D. 1986, ch. V, p. 35 ; Jean Devèze, "Le vol de biens informatiques", J.C.P. 1985, I, n° 3210.

(113) Voir J.-C. Galloux, thèse cit., pp. 150-169 sur les concepts de chose et de bien.

(114) P. Leclercq, art. cit. p. 122.

(115) Voir art. 3 de la Loi du 11 juin 1970, précitée.

(116) Voir Loi du 25 décembre 1966 et le décret n° 48-599 du 27 mars 1948.

industriel est brevetable (117). La pratique des offices de brevets, non plus que la doctrine spécialisée ou les tribunaux n'ont invalidé cette solution (118) qui se situe dans le droit fil de la logique juridique.

46. La vie est un fait juridique. La vie des êtres vivants ne fait pas l'objet d'une considération spéciale de la part du droit. Elle lui apparaît ainsi qu'un simple fait juridique, une réalité saisie comme telle sans qu'aucune signification ne lui soit attribuée. Le droit tend même à définir la vie sur le modèle systémique précédemment dégagé : elle n'est que l'activité potentielle ou réelle d'un système organique.

47. La classification juridique, nous l'avons remarqué, ne reproduit pas la division immédiate de l'animé et de l'inanimé (119) : le poisson, immeuble dans son étang, sera meuble à l'étal, comme l'épi croissant et bientôt moissonné (120). A aucun moment, le droit n'aperçoit dans l'être vivant un principe sacré qu'il aurait à charge de respecter (121).

48. Les protections variées dont les êtres vivants sont les bénéficiaires tant dans le droit de l'environnement pour les espèces sauvages (122), qu'en droit commun (123) ne démentent pas l'affirmation précédente : la vie se trouve protégée non pas en vertu d'une hypothétique valeur intrinsèque mais en raison de la valeur que lui accordent les hommes pour son utilité. La mort de l'organisme s'analyse d'abord et surtout en une perte économique justiciable de dommages et intérêts (124) ; car la chose vivante

(117) Voir par exemple brevet déposé par l'Institut Pasteur, PCT FR 80 00 133 revendiquant le gène codant l'antigène de surface du virus de l'hépatite B, ou le brevet américain PCT US 85/01832 revendiquant le gène permettant la dégradation de la lignite.

(118) Voir Noël Byrne, "Plants, animals and industrial patents", IIC, vol. 16, 1985, pp. 1-18 ; Peter A. Rauch et Hans-Rainer Jaenichen, "Novelty and inventive step in inventions having proteins or DNA sequences as their subject matter", JPTOS May 1988, n° 5, pp. 313 et s. ; OMPI doc. Biot/CE/III/2 Geneve, 1987, pp. 23-24 ; Scripps Clinic v. Genentech Inc., District Court California, July 20 1987, 3 USPQ 2s. 1481/1498.

(119) Du moins pas dans le droit français ni dans les droits occidentaux contemporains ; pour les droits anciens ou coutumiers : voir Paul Ourliac et J. de Mallafosse, "Histoire du droit privé", Ed. PUF/Thémis, tome II, "Les biens", Paris, 1971, n° 18.

(120) Art. 520 et suivants du Code civil.

(121) Le cas de l'espèce humaine fait bien entendu exception ; mais il n'est pas examiné dans le cadre de ce paragraphe.

(122) Voir nombreuses mesures réglementaires de protection des espèces sauvages prises en application de la Loi du 10 juillet 1976 : voir J.-C. Galloux, th. cit., pp. 449 et s.

(123) Cf supra, note 26.

(124) Sur une singulière espèce "d'euthanasie" d'un animal de compagnie : voir Cass. civ. 1ère, 8 juillet 1988, G.P. des 30-31 mars 1988, p. 15 obs. F.C.

possède une valeur certaine non pas par cela même qu'elle vit, mais parce que vivant elle est apte à accomplir certaines tâches. Le même paradigme patrimonial et utilitariste préside à la protection des espèces sauvages : elles constituent le "patrimoine biologique national" (125). Les organismes vivants demeurent dans l'optique du droit, des choses animées d'un mouvement et douées d'une certaine autonomie (126). Rechercher dans ce mouvement une valeur autre qu'économique ou utilitaire relève de "l'aberration" (127). La vie, si ce mot prend encore un sens, est bien un simple fait juridique (128).

49. En son dernier état, l'analyse juridique a adopté l'explication systémique de la vie en même temps qu'elle paraît rejeter la pertinence du mot vie. C'est ainsi que les microorganismes susceptibles de dépôt en vertu de la Convention de Budapest (129) auprès des Autorités internationales de dépôt dans le cadre de la procédure du brevet, seront exigés non plus vivants mais "biologiquement actifs" (130). Ces solutions valent-elles pour la vie et le matériel génétique humain ?

B - LA NATURE JURIDIQUE DE LA VIE ET DE L'INFORMATION GENETIQUE HUMAINE EN PARTICULIER

50. Nous ressentons intuitivement au travers de l'unité du monde animé une profonde identité de nature entre l'information génétique humaine, la vie humaine et celles des autres créatures vivantes. La confirmation de cette intuition s'accompagne inévitablement d'une mise à l'épreuve de la notion de personne.

1 - Le paradoxe de l'humain en droit

51. Les impératifs de cohérence et de rationalité auxquels le système juridique se trouve soumis, lui imposent une double solution à certains égards paradoxale : l'information génétique

(125) Michel Prieur, "Droit de l'environnement", Ed. Dalloz, Paris, 1984, p. 369.

(126) N'est-ce pas le sens de l'article 1385 du Code civil ?

(127) J. Carbone commentant Cass. civ. 1ère, tome IV, n° 90, p. 335.

(128) A rapprocher : "Plus mes connaissances sur la vie progressent, plus cette question s'éloigne et s'éteint ; elle devient même un non sens : la vie est un fait de la nature", François L'Hermite, "Le cerveau et la pensée, ou la matière et l'esprit", Revue des Sciences morales et politiques, 1981, p. 765.

(129) Selon le traité de Budapest signé le 28 avril 1977 et auquel la France a adhéré, le dépôt d'un microorganisme auprès d'une Autorité de dépôt agréée remplit la condition de description à laquelle une invention est soumise dans le cadre de la procédure d'examen du brevet.

(130) Voir OMPI "Compte-rendu du Comité d'experts sur les inventions biotechnologiques et la propriété industrielle", La propriété industrielle, 1983, p. 62 ; OMPI doc. Biol./CE/IV/2 1988, p. 28.

humaine est une chose et la vie humaine, plus précisément l'existence humaine, un fait juridique.

52. **La nature réelle de l'information génétique humaine.** Dans quelle mesure l'information génétique humaine pourrait-elle constituer "un élément de la personne" (131) ? Ce ne peut être en raison de son incorporation, puisque cette situation est sans conséquence sur la nature de l'existant (132). Aussi bien, il ne reste qu'à comparer l'information génétique humaine à celle des autres organismes afin de déceler entre elles les différences éventuelles qui apparaîtraient déterminantes à la notion de personne.

53. Le biologiste comme le juriste demeurent frappés par les similitudes que présentent les divers types d'informations génétiques : celles de l'homme répondent à la fois aux critères de la définition générale de l'information, et à ceux de la définition particulière de l'information génétique. Ne pourrait-on pas immédiatement conclure à leur nature réelle, d'autant plus qu'en bonne logique, cette conclusion se déduit de ce qu'elles sont à l'origine d'une autre chose : le corps ? En l'état actuel des connaissances scientifiques il serait téméraire d'affirmer que l'intégralité de l'information génomique humaine est destinée à la genèse du corps. Un raisonnement inductif ne s'avère pas plus convaincant (133). Observons donc les différences relevées entre ces informations héréditaires humaines et non humaines.

54. D'un point de vue qualitatif il est désormais acquis, même en l'absence d'un déchiffrement complet du génome humain (134), que l'information génétique présente une structure universellement partagée parmi les êtres vivants (si l'on excepte les différences mineures dues au processus de l'évolution" (135). Ces dissemblances, si minimes qu'elles n'interdisent pas les

(131) Cf. supra, note n° 114.

(132) Cf. supra, sur le critère de l'incorporation.

(133) On ne peut sans risque généraliser à partir de la constatation que la plupart des informations génétiques sont des choses : "Peu importe le grand nombre de cygnes blancs que nous puissions avoir observé, il ne justifie pas la conclusion que tous les cygnes sont blancs", Karl Popper, "La logique de la découverte scientifique", Trad. N. Thyssen, R. et Ph. Devaux, Ed. Payot, Paris, 1982, p. 23.

(134) Un gigantesque projet du déchiffrement du génome humain est en discussion aux Etats-Unis : voir par exemple, Elisabeth M. Short, "Proposed ASHG position on Mapping/Sequencing the human genome", *Am. J. of Human Genetics*, vol. 43, n° 1, 1988, p. 101. Mais l'Europe n'est pas en reste : voir J.-L. Nothias et Ch. Vincent, "Pour une politique du séquençage du génome humain", *Biofutur*, n° 65, 1988, pp. 19 à 21.

(135) Ainsi, un gène codant une protéine comparable dans plusieurs espèces, présentera une différence de quelques nucléotides : voir Susumu Ohno, pp. 8-10 ; "L'évolution des gènes", *La recherche*, vol. 11, 1980.

transferts génétiques interspécifiques, ne nous semblent pas déterminer une diversité de nature pertinente à la notion de personne. Il en va de même pour les fonctions assurées par l'information génétique.

55. Les capacités cérébrales de l'homme auxquelles on attribue parfois son entière humanité, son "intelligence" ou sa "conscience", ne résultent pas de l'apparition d'une information originale dont les autres espèces seraient dépourvues. Notre système nerveux n'est pas d'un genre nouveau, mais la forme la plus achevée et la plus complexe d'un système commun à notre phylum (136). Il viendrait alors que toute différence repose sur des critères quantitatifs.

56. On a pu sérieusement avancer que 90 % et plus, de l'information génétique humaine est commune aux simiens : la personne se retrouve-t-elle toute entière dans ces 10 % ? Or parmi ces 10 % d'informations, certaines sont à l'origine du corps dont nous connaissons la nature réelle et celle-ci emporte par conséquent la nature réelle de ces informations. Force nous est alors de constater que nous ne disposons plus d'aucun critère rationnel qui nous aide à distinguer les informations "personnelles" des informations "réelles", qui permettrait en définitive de séparer la personne de sa gangue réelle. Si l'on renverse la question, elle prend un relief plus inquiétant : doit-on réduire la personne à quelques spécificités génétiques (137) ? Qui décidera de ces "seuils de personnalité ?" (138). L'information génétique humaine tombe toute entière dans le domaine des choses sauf à donner de la personne une définition biologique, sans que la biologie puisse fournir des critères juridiquement pertinents... N'est-il pas plus sage d'abandonner à la biologie ce qui lui appartient : le matériel génétique ? Le droit n'y trouve qu'une chose, la cause du corps qui révèle la personne.

57. La vie comme existence est un fait juridique. A l'image des autres systèmes vivants, l'homme est un système ouvert. La vie humaine se confond avec l'*existence humaine*, une individualité apte à se maintenir, à se reproduire et à communiquer. La mort ferme le système et le restitue à la loi universelle de la dégradation. S'il perd son intégrité en un instant, il en va autrement des niveaux d'organisation qui le constituent.

(136) En ce sens, voir F. L'Hermite, art. cit., p. 754.

(137) La personnalité pour certains "bioéthiciens" se joue déjà au chromosome près : "Les individus atteints du syndrome de Down (trisomie 21) ne sont pas des personnes", John Fletcher, "The right to die", *Atlantic Monthly*, April 1968, p. 64.

(138) Et comment fixer de tels seuils, tant est grande la variabilité génétique humaine ?

Ils se ferment les uns sur les autres, les uns après les autres : la médecine et le droit prennent acte de ce phénomène paradoxalement immédiat et étendu de la mort (139). En fait, seul compte pour le droit l'*existence* de ce système global (140) ; la vie quant à elle, poursuit son destin d'un individu à l'autre. Elle se nourrit d'une histoire qu'elle emprisonne dans ses structures tandis que la personne liée à un système particulier ne constitue qu'une apparition temporelle et transitoire : il n'y a de personne pour le droit ni avant la vie, ni avant l'existence.

58. Ainsi la "vie" de tissus cultivés ou greffés d'origine humaine ne saurait se confondre avec l'existence du système biologique global humain (141) auquel le droit accroche le masque de la personnalité. La "vie" de ces tissus n'est autre que "l'activité biologique" triviale causée immédiatement par le matériel génétique. L'existence globale est le résultat fragile d'un réseau complexe d'interactions qui signifie la personne. Le Comité Consultatif National d'Ethique n'a-t-il pas pressenti cette distinction en condamnant la manipulation de l'existence en quoi consiste de jouer avec le temps de congélation d'un embryon (personne "potentielle", mais personne), alors que la manipulation de la vie, dans le temps et dans les formes qu'elle peut engendrer, semble permise lorsqu'il s'agit de gamètes ou de cellules somatiques (142).

59. La vie n'est ni appropriée ni réifiée : elle n'est rien d'autre que ces faits biologiques d'activité ou d'existence que le droit interprète factuellement en leur donnant à chacun des conséquences juridiques diverses : un processus biologique maîtrisable par le biais d'une structure et d'une information réifiées ; une existence biologique qui révèle la personne. Cette conclusion abrupte suscite plus d'interrogations qu'elle n'en aura résolue : proclamer la nature réelle de l'ensemble du matériel génétique et partant, du corps humain, revient à rechercher un

(139) C'est ainsi qu'un neurone disparaît plus vite qu'une cellule de peau après la mort ou que les cheveux ou les ongles poussent aux cadavres jusqu'après leur enterrement ; les cadavres au stade de la mort cérébrale vivent suffisamment pour continuer d'irriguer les organes.

(140) Sur une illustration de la confusion des notions de vie et d'existence : voir Trib. Narbonne, 15 novembre 1871, S. 1872, 2, p. 189 et Montpellier, 25 juillet 1872 cité par G. Del Vecchio, "Sur les principes généraux du droit", Revue critique de législation, tome 45, 1925, p. 174.

(141) Contra, W. Graf Vitzthum, "La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche", Droit prospectif, 1986, p. 77.

(142) Voir avis du Comité consultatif national d'éthique du 15 décembre 1986, "Relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques", Paris.

nouveau paradigme de la personne et de ses rapports au corps et à la nature.

2 - Vers un nouveau paradigme de la personne humaine

60. "Un paradigme perdu : la nature humaine" écrivait E. Morin (143) : en serait-il de même de la personne en droit ? Cette idée hante indubitablement les juristes qui combattent avec la dernière énergie "le spectre de la réification du corps" (144) ou la réification du matériel génétique, contre, selon nous, toutes cohérences juridique et cognitive. Est-ce la meilleure façon de défendre l'existence, l'intégrité et la dignité des personnes que d'affaiblir la rationalité de leur système de protection ? L'analyse juridique doit rester fidèle à sa tradition et affirmer ensemble une conception métabiologique de la personne et son unité fondamentale au corps, en l'être humain.

61. **La personne métabiologique.** Le concept de personne n'appartient pas à l'appareil conceptuel des sciences ou de la biologie : il est en particulier au droit, à la morale, à la philosophie et à la métaphysique. On ne peut donc sans se contredire donner de la personne une définition purement biologique (145), voir génétique. En revanche, la personne selon le droit est une personne incarnée : "La notion de personne est issue de cette rencontre entre le masque manifeste en le voilant" (146). Voici l'ambiguïté de la notion juridique de personne : le droit ne saisit que sa manifestation réelle et volontaire. La présence biologique de la personne remplit le besoin de certitude juridique : le droit a besoin de percevoir (per sonare) la personne par l'intermédiaire de ces "émetteurs" (147) que sont le visage et le corps humain. Quand la source s'éloigne de la bouche qui profère, le droit conclut à la disparition de la personne ; entre la fécondation et la naissance, le signal passe de l'indifférenciation à la perceptibilité.

62. Mais si la personne n'est pas son corps, si elle se trouve seulement médiatisée par lui, comment et quand apparaît-elle ? Appartient-il seulement au juriste d'y répondre ?

(143) E. Morin, "Un paradigme perdu : la nature humaine", Ed. Seuil, Paris, 1973.

(144) Etude du Conseil d'Etat, précitée p. 43.

(145) En ce sens notamment : Comité Consultatif National d'Ethique, avis du 15 décembre 1986, précité, point 15.

(146) Michel Prieur, "Visage et personne : contribution à l'établissement du statut ontologique de la représentation", *Revue de métaphysique et de morale*, juillet-septembre 1982, p. 314.

(147) "La personne n'est jamais perçue par les autres personnes que comme une terminaison, un canal, en fait un émetteur", René Escarpit, "Théorie générale de l'information et de la communication", Ed. Hachette, Paris, 1976, p. 43.

Assurément la personne n'est pas la pensée : ces processus d'élaboration d'information semblent aussi tributaires de l'information structurante des gènes et des contingences environnementales (148). Pourtant la liberté humaine ne saurait se réduire à un bruit qui perturberait l'ordonnement du système, ou à un choix aléatoire entre des combinaisons possibles. Elle est davantage ordonnée à un *sens* qu'imprime la personne. Le droit en tant qu'il prône la liberté comme fondement de la personne partage nécessairement cette vue. La personne ne réside-t-elle pas en cette finalité ultime ? Ainsi la cellule deviendrait-elle le support de la personne, sans changer de nature, avec l'apparition simultanée de l'individualité et du sens, lorsque se différenciant du soma elle entame la genèse de ce qui est déjà un être humain.

63. **L'unité fondamentale de l'être humain.** La révélation de la nature duelle de l'homme, d'un point de vue juridique, est inséparable de la constatation de son unité fondamentale : la doctrine n'a jamais démenti ce point (149). Les deux natures s'appellent l'une l'autre comme la forme -l'information- appelle la matière (150). Cette reconnaissance conduit, et doit encore conduire le système juridique, à en assurer la défense contre toutes les tentations dualistes qui tantôt réduiraient l'homme à sa seule dimension personnelle, méprisant ainsi l'importance de son incarnation et partant, du matériel génétique ; ou qui tantôt exalteraient sa condition réelle au détriment de la sphère personnelle (151). Le lien essentiel qui attache la personne à son corps, s'il fut toujours une liberté, peut désormais se traduire en droit, en conséquence des nouveaux pouvoirs que la science a conférés à l'homme.

64. Les relations de la personne à son hérédité représentent sans doute les plus essentielles, en ce que le matériel génétique la dote de la licence d'agir sur le monde matériel que constitue le corps et de la faculté de reconnaissance juridique qu'il détermine. Les plus essentielles enfin, puisque la transmission naturelle du matériel héréditaire donne à la personne l'occasion d'exprimer le plus humain des sentiments comme la plus profonde des solidarités : la perpétuation de l'espèce. Cet atta-

(148) Voir F. L'Hermite, "Le cerveau et la pensée ou la matière et l'esprit", art. cit., pp. 761-762 ; Jérôme Lejeune, "L'origine de l'intelligence", Revue des sciences morales et politiques, 1979, p. 319.

(149) En reprenant toutefois la distinction comparable du corps et de l'esprit : R. Savatier, "Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie", D. 1948, ch. IX, p. 35 ; H. Ph. Visser't Hooft, art. cit., pp. 89 et s. ; Etude du Conseil d'Etat, op. cit., p. 15.

(150) Thomas d'Aquin, "Somme théologique", III-I q. 79 a.

(151) En ce sens : X. Dijon, op. cit., n° 1964, pp. 720-721.

chement ne fournirait-il pas le modèle des rapports des personnes à la nature ? "Mon corps, mon corps tout simple mais complet me fait comprendre qu'à nous deux, nous pourrions rebâtir une petite partie du temple que la nature nous a donné" (152).

CONCLUSION

65. Le matériel génétique, quelle que soit son origine animale, végétale ou humaine, et à quelque niveau qu'on l'appréhende, matériel ou informationnel, est une chose. Cette solution rend l'analyse des problèmes juridiques posés par la génétique cohérente au savoir scientifique, et cohérente à notre système de droit fondé sur des catégories spécifiques. Elle confirme la nature fondamentalement métabiologique et non conventionnelle de la personne. Attribuer une nature personnelle au matériel génétique humain revient à rompre l'unité fondamentale du vivant, et à donner de la personne et des choses une définition circonstancielle dont l'incorporation serait le critère. Cette démarche peu rationnelle ouvre à un danger d'arbitraire dans le droit (153). Elle livre enfin la personne à un réductionnisme biologique, conséquence inévitable de la négation de sa dimension métaphysique (154).

66. La qualification réelle n'implique aucune dévalorisation du vivant (155). Elle n'implique pas plus son appropriation ou son commerce : les catégories fondamentales de la chose commune et des choses hors du commerce nous le rappellent. Elle ne nie pas la valeur du matériel génétique et du corps humain. Elle consacre plutôt l'idée que la valeur s'apprécie non dans la nature de la chose, mais en relation avec l'intimité et la nécessité du lien qui unit la chose à la personne. C'est donc au stade du régime juridique de ces "choses génétiques" que le droit devra promouvoir la défense du vivant et la protection de la dignité de l'homme.

(152) Jean-Louis Barrault, "Le corps humain, cet instrument", Revue des sciences morales et politiques, 1984, p. 588.

(153) Sur la rationalité juridique comme remède fondamental à l'arbitraire : voir Chaim Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit", op. cit.

(154) Comp. Konrad Lorenz, "L'homme dans le fleuve du vivant", Ed. Flammarion, Paris, 1981, p. 172.

(155) "Une goutte d'eau... portée à l'homme qui meurt de soif dans le désert garde toute sa valeur. Il s'agit d'une matière qui n'est plus tout à fait matérielle", A. David, op. cit., p. 157.

DROIT COMPARE

L'INTEGRATION DE L'EUROPE ET LE FEDERALISME EN ALLEMAGNE

Par

Wolfgang GRAF VITZTHUM
Professeur à l'Université de Tübingen - R.F.A.

Introduction

Les nécessités et les limites de l'engagement européen

Première Partie

**Le rôle du système fédéral dans le contexte de la Constitution
allemande et de la politique communautaire**

1. **Fédéralisme, Etat fédéral, régionalisme**
2. **Les problèmes fédéraux et parlementaires de l'engagement
européen**

Deuxième partie

**La répercussion de l'intégration européenne sur le système fédéral
allemand**

1. **Recul du fédéralisme et moyens d'action de la C.E.**
2. **Mesures nationales pour les Etats fédérés visant à regagner
du terrain**

Conclusion

L'aspect émotionnel du fédéralisme

INTRODUCTION

LES NECESSITES ET LES LIMITES DE L'ENGAGEMENT EUROPEEN

Le fédéralisme allemand a gagné une nouvelle dimension à cause de l'engagement européen des Etats. L'environnement, la lutte contre la criminalité, le commerce, l'approvisionnement en énergie, la sécurité extérieure, le transport sont des domaines exemplaires où il faut prendre des décisions allant au-delà des frontières nationales. Sans cela, de nombreux problèmes resteraient irrésolus. Le fait que des instances de décision supérieures se superposent aux structures fédérales internes devient un phénomène normal.

Une Europe politiquement intégrée et dotée d'une structure parlementaire est indispensable ; elle ne représente pas une utopie, si toutefois on néglige de penser en catégories étatiques. L'article 72, al. 2 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire de la Constitution de la R.F.A., décrit complètement ces contraintes de coopération et leurs effets au niveau national, européen et international. A la suite de ces effets, l'on retrouve partout le même schéma : les compétences internes ou fédérales des Etats fédérés (les "Länder") sont transférées à l'Etat fédéral central (le "Bund"), celles de l'Etat fédéral central glissent vers la C.E. (ou ont par exemple été transmises à l'O.T.A.N. pour des questions de sécurité).

Le droit et la politique constitutionnels doivent reconnaître cet engagement supranational de l'Etat fédéral et s'y adapter. Nos réflexions actuelles sur le fédéralisme allemand doivent rendre compte de cet aspect supranational. En modifiant le sujet de la réunion des publicistes allemands à Kiel en 1964, nous posons la question de la conservation et de la modification des structures constitutionnelles fédérales au sein des organisations internationales et des Communautés européennes.

A cet égard, il faut tenir compte de la division de la nation allemande en deux Etats et du principe constitutionnel impératif de la réunification, situation constitutionnelle qui est le résultat de conflits mondiaux entre des systèmes politiques.

De 1648 en passant par 1815 et de 1919 jusqu'en 1949, l'évolution de la Constitution allemande et avec elle la structure fédérale considérée d'un point de vue juridique et institutionnel ont été fortement imprégnées par une influence et une détermination venant de l'extérieur, ce qui n'était pas le cas pour la France, l'Italie ou les Etats-Unis. Après la deuxième guerre mondiale, le fait de récupérer un pouvoir étatique autonome et de

prendre la relève du régime de l'occupant en Allemagne allait de pair avec l'intégration dans des pactes internationaux et des communautés supranationales. Des droits importants de souveraineté passaient presque directement de la main de l'occupant à des institutions internationales ou européennes ; ces droits ne pouvaient que quasi-fictivement avoir appartenu à la République fédérale.

Dans une première partie, j'aimerais parler du rôle qui incombe au système fédéral aux niveaux national et communautaire. La deuxième partie de mon exposé sera consacrée aux répercussions qu'exerce l'intégration européenne sur le système fédéral allemand.

PREMIERE PARTIE

LE ROLE DU SYSTEME FEDERAL DANS LE CONTEXTE

DE LA CONSTITUTION ALLEMANDE ET DE LA

POLITIQUE COMMUNAUTAIRE

1. Fédéralisme, Etat fédéral, régionalisme

Vu la multitude de ses apparitions, il n'existe aucune notion générale convaincante du fédéralisme. Dans la perspective de l'Etat fédéral, on admet généralement : qu'il faut qu'il existe plusieurs unités politiques étatiques rassemblées en permanence.

Dans cette "dual form of government", les unités ne connaissent de principe aucune subordination entre elles. Il existe une égalité (et une indépendance) dans l'exercice des activités autonomes. Mais s'agissant des relations extérieures, c'est en général l'Etat fédéral central qui seul détient la compétence ; en fin de compte, ce n'est qu'ainsi que l'on peut garantir la souveraineté et l'unité d'une république fédérale. La centralisation du pouvoir compétent pour la conclusion d'accords internationaux augmente en principe la force de négociation et l'unité de la politique intérieure et de la politique extérieure.

L'Etat fédéral central et les Etats membres d'une fédération sont obligés à une loyauté mutuelle, dite "loyauté fédérale" (Bundestreue), et le cas échéant même à une obéissance mutuelle. Ils sont attachés à des objectifs et des valeurs communs. Il faut une Constitution (centrale) écrite et un minimum d'homogénéité garanti par des articles constitutionnels. De plus, il est nécessaire d'avoir une institution (par exemple Conseil fédéral,

Cour constitutionnelle) qui veille au respect de cette division propre à l'Etat fédéral doté de centres (homogènes) de décision doubles.

Du point de vue normatif, un Etat fédéral se compose de plusieurs unités dotées d'une autorité étatique originaire ainsi que de compétences substantielles. C'est évidemment tout à fait autre chose qu'un Etat centralisé comme il existe en France, même si celui-ci vit en ce moment une vague de décentralisation régionaliste. Mais le fait que ces Etats membres de la fédération possèdent un pouvoir d'action autonome doublé d'une indépendance financière semble plus important que leur autorité étatique.

Dans sa substance, le régime fédéral fixé par l'article 20, al. 1er, de la Constitution allemande s'oppose selon l'article 79, al. 3, de la Constitution à une modification constitutionnelle ultérieure. Cet article 79, al. 3, énonce textuellement : "Est inadmissible un amendement de la présente Loi fondamentale qui affecte la division de la Fédération en Länder, le principe de la participation des Länder à la législation ou les principes énoncés aux articles 1 et 20".

Mais en même temps, la Constitution considère comme étant toute naturelle la nécessité de résoudre des problèmes à dimension internationale par une répartition internationale des tâches. Elle préfère la coopération à l'autarcie et au repli de l'Etat sur soi-même. L'article 24 de la Constitution allemande prévoit que la Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales. Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective et consentir à cet effet des limitations de souveraineté. Cette importante transmission de pouvoirs étatiques affecte les compétences des Länder ; tout de même, la Constitution ne la soumet pas à l'approbation passant par le Conseil fédéral, organe par lequel les Länder participent à la législation et à l'administration de la Fédération.

Le régime fédéral possède deux raisons fonctionnelles :

- la raison fédérale, qui veut garantir le plus possible l'autonomie des Etats membres de la Fédération ;
- la raison unitaire, qui vise à intégrer aussi complètement que possible des Etats membres à l'Etat fédéral central et son ordre démocratique, social et légal.

A la différence avec le régionalisme, qui donne à toutes les régions le même statut (par exemple la garantie pour les communes d'un pouvoir d'administration autonome), le fédéralisme donne aux Etats fédérés la possibilité de créer leur propre Constitution. Les régions sont des collectivités administratives autonomes ayant parfois un pouvoir énorme -mais

elles ne sont ni des Etats en tant que tels ni des Etats membres. Par conséquent, leur champ d'action politique est, en principe, plus réduit.

Après avoir esquissé la notion et la fonction du fédéralisme, je traiterai de façon plus approfondie l'engagement européen de l'Etat fédéral allemand.

2. Les problèmes fédéraux et parlementaires de l'engagement européen

L'existence de l'Etat fédéral prévue par la Constitution allemande est fortement marquée par l'insertion des Etats fédérés (les Länder) dans des structures européennes. La C.E. s'établit de plus en plus aux côtés de la structure fédérale nationale : nous pouvons constater un double enchevêtrement du fédéralisme national et de la création supranationale d'une communauté. Le système qu'il amène s'approche d'une espèce de "construction fédérale à trois niveaux" : les Etats fédérés, l'Etat fédéral central, la C.E.. Un système, toutefois, qui manque de balance. D'un côté, il faut prendre en considération que l'activité des Etats fédérés ne se limite pas à leur propre territoire. Leur coopération au niveau de l'Etat central, au niveau européen et international cause des problèmes parlementaires. D'un autre côté, l'enchevêtrement politique au niveau européen conduit à une prépondérance du pouvoir exécutif, d'autant plus que le droit dérivé des organisations internationales prend une importance croissante face au droit originaire des traités.

Ainsi, l'on peut dire que de par le Conseil des ministres, les pouvoirs exécutifs confédérés sont les maîtres de la C.E.. Le fédéralisme des pouvoirs exécutifs existe au niveau européen comme il existe déjà au niveau national. Cependant, l'ordre constitutionnel au niveau de l'Etat fédéral central ainsi qu'au niveau de chaque Etat fédéré ne tient pas compte de ce changement dans la structure des compétences. D'ailleurs, les initiatives qui voulaient assurer par voie constitutionnelle l'information des Parlements (c'est-à-dire du Bundestag et des Parlements des Länder) sur l'activité internationale des pouvoirs exécutifs n'ont pas abouti. Mais il est permis de se demander s'il n'y a pas parfois manque de volonté, au sein des Parlements, d'ajuster les Constitutions et les lois ou de développer des initiatives législatives. Le manque d'information ne peut pas tout expliquer.

En ce qui concerne les problèmes pour le régime fédéral au niveau national -le point principal de mon sujet- la question suivante se pose : dans quelle mesure le développement de plus en plus intensifié de la C.E. menace-t-il la substance même des Etats

fédérés (des Länder) -car même des tâches jusqu'à maintenant classiques des Länder sont aujourd'hui réglementées par voie communautaire ? Que restera-t-il du fédéralisme allemand après la "Révolution silencieuse", comme le Président de la Commission européenne *Jacques Delors* nomme le marché unique de 1992 ?

Il y a déjà un quart de siècle que la question de *Günter Dürig* -qui est l'un des grands constitutionnalistes allemands- allait dans la même direction : "Est-ce qu'on peut à partir de Bruxelles et au moyen de directives et de règlements, sortir de ses gonds la structure fédérale ? Je crains, disait-il, que le camp fédéraliste vivra encore une crise de cette intégration européenne et que la Cour constitutionnelle devra encore s'en occuper. Les Länder se limitent à ne regarder que Bonn comme leur adversaire fédéral. Ce point de vue est démodé. C'est Bruxelles qui menace de plus en plus le fédéralisme allemand".

Ces soucis sont justifiés en ce que le droit communautaire ne contient lui-même aucun mécanisme pour amortir ou compenser les pertes de compétence que subissent les Länder à cause de l'intégration communautaire. Une telle compensation communautaire qui, en même temps, n'entraverait guère le fonctionnement de la C.E. n'est pas encore en vue. Mais la discussion à ce sujet ne vient d'être qu'amorcée.

Or, il y a notamment parmi les nouvelles dispositions communautaires sur l'environnement (article 130 R Traité C.E.E.) le "principe du niveau d'action approprié". La Communauté agit dans la mesure où les objectifs sont censés mieux être réalisables au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres. Il n'y a pas de hiérarchie des tâches entre les compétences en matière d'environnement de la Communauté et celles des Etats membres.

Les mesures communautaires (cf. article 130 S Traité C.E.E.) n'empêchent pas d'éventuelles mesures de protection renforcées de la part des Etats membres. Mais les tâches principalement conférées à la Communauté gagnent rapidement en importance. Il s'agit, par exemple, de toutes les mesures contre la pollution de l'air, parce qu'on se trouve en face de problèmes dépassant les frontières nationales. Les Etats membres gardent des tâches dans des limites régionales, par exemple la pollution des lacs, l'aménagement régional. Combien de liberté d'action restera-t-il à long terme pour les Etats fédérés allemands, qui sont compétents en matière de protection de l'environnement, selon ce que prévoit la Constitution fédérale ?

Le bilan de l'intégration européenne paraît négatif pour le fédéralisme allemand. Les Länder ne jouent aucun rôle principal dans les décisions prises au niveau communautaire. Au contraire, les Etats fédérés sont par exemple confrontés à des restrictions communautaires quand ils subventionnent l'Economie locale ou

régionale. Même dans le domaine de la culture, champ d'activité central des Länder, l'activité communautaire prend des dimensions continentales ou même cosmiques -l'on n'a qu'à penser à la télévision par satellites.

DEUXIEME PARTIE

LA REPERCUSSION DE L'INTEGRATION EUROPEENNE

SUR LE SYSTEME FEDERAL ALLEMAND

1. Recul du fédéralisme et moyens d'action de la C.E.

Récemment, le Ministre de l'Economie d'un des Etats fédérés allemands s'est plaint de l'ingérence de la Commission européenne dans ses affaires intérieures. En effet, l'interdiction de l'article 92 du Traité C.E.E. d'accorder à l'Economie locale des aides qui pourraient fausser la concurrence au niveau communautaire entre en collision avec le mécanisme compliqué d'aide national prévu par l'article 91a de la Constitution allemande pour les tâches communes de la Fédération et des Länder. En 1986/87 encore, le Conseil fédéral défendait vis-à-vis de Bruxelles ce mécanisme national qui devait atténuer les disparités du développement économique entre les différents Länder et régions allemands. Mais aujourd'hui, il est clair que ces disparités économiques régionales seront résolues plutôt au niveau communautaire et que les moyens nationaux ne joueront qu'un rôle secondaire.

Deuxièmement, l'action économique communautaire risque de renforcer le bureaucratisme communautaire. Elle joue dans des domaines très variés, comme le montrent les litiges autour de la législation allemande sur les additifs alimentaires. Adieu les bières produites exclusivement d'eau, de houblon, de malt et d'orge et bienvenue aux bières de riz, de soja, colorées et avec des agents conservateurs. Le "pays des milles saucissons" sera confronté au saucisson italien ou autre sans que ces derniers ne doivent répondre à la législation allemande. Dans la mesure où ceci ne nous amène pas par exemple à des dangers de santé ou à la bière communautaire de goût uniforme et fade, il n'y a pas de mal !

Par contre, dans le domaine de la culture, les compétences expresses de la Communauté sont rares. Cela s'explique par l'orientation d'abord profondément économique du Traité C.E.E.. Pourtant, même l'Acte unique européen n'a pas créé de compétences communautaires sur le plan de la culture. Mais les

compétences dans le domaine économique, notamment en ce qui concerne la liberté d'établissement ou la liberté de circulation, ont des incidences croissantes sur le domaine culturel.

Ainsi, en dépit des lacunes dans les Traités, la C.E. développe de plus en plus des activités culturelles directes. En matière de la formation et de l'enseignement, domaine législatif des Länder selon la Constitution allemande, il faudrait par exemple évoquer l'arrêt *Gravier* de la Cour de Justice des Communautés, qui a esquissé un cadre très large pour la compétence de la C.E. en ce qui concerne la formation professionnelle. L'arrêt *Lawrie-Blum*, qui accorde à la C.E. une compétence au sujet de l'accès à la fonction publique, s'attaque également au fond du régime fédéral, compte tenu du fait que tous les Länder disposent de propres systèmes administratifs. Dans les domaines de l'enseignement et de la science ainsi que dans la politique d'aides régionales et la politique de la santé, le champ d'action de la Communauté européenne s'étend continûment au dépens des Länder et il en découle une centralisation renforcée. Si les Länder perdaient aussi dans le domaine culturel leur propre pouvoir d'action, la substance même de la structure fédérale prévue par la Constitution allemande serait remise en question.

Il est vrai que les torts sont partagés. Dès le début, les Länder n'ont pas assez insisté sur la conservation de leurs propres compétences. De plus, ce n'est que rarement qu'ils arrivent à se mettre d'accord entre eux. Souvent, selon l'orientation politique de leurs gouvernements, ils forment des groupes opposés et font - selon le cas - cause commune avec l'Etat fédéral ou la C.E. ou avec les deux.

Le cas actuel de l'activité communautaire dans le domaine de l'audio-visuel démontre que les Länder commencent à se rendre compte de leur grand embarras. Le litige devant la Cour constitutionnelle fédérale au sujet de la directive de la C.E. sur la télévision a attiré l'attention sur ce domaine. Au départ, il y avait un livre vert de la Commission portant le titre futuriste "télévision sans frontières". Les Länder visent maintenant à défendre leurs intérêts dans ce domaine devant la Cour constitutionnelle fédérale. Mais leur véritable adversaire est l'Europe des Douze, dont la Commission tente de surmonter les barrières nationales de l'audio-visuel, et non pas la République fédérale, qui ne fait qu'agir sur la base du droit communautaire.

En dépit de leur aspect culturel et décentralisé, Bruxelles soumet les émissions audio-visuelles internationales au régime du Traité C.E.E. : "L'économie de la culture" est le slogan à l'issue duquel on ne voit plus qu'une prestation de service au sens du Traité C.E.E.. Mais quel est, en fait, l'élément prépondérant : l'économie ou la culture ? Pour la R.F.A., c'est le Secrétaire

d'Etat du Ministère fédéral de l'Economie qui participe aux négociations à Bruxelles sur la directive traitant de la télévision sans frontières. Le Ministre fédéral de l'Education nationale et le Président de la Commission des différents Ministres de l'Education dans les Länder n'y participent pas.

Pourtant, il s'agit là non seulement de questions de politique industrielle mais principalement aussi de questions de politique culturelle dans le domaine de l'audio-visuel. Le droit communautaire ne peut fournir qu'un fondement très restreint pour une action européenne dans le domaine culturel. Ce point de vue est maintenant partagé par le Gouvernement fédéral allemand.

Laissant de côté la problématique centrale qu'est la sauvegarde du fédéralisme, l'on peut se demander si les adversaires d'une action communautaire dans ce domaine peuvent fournir des arguments convaincants. On oppose au "Free flow of information" -c'est-à-dire au principe de la libre circulation de l'information- le principe de la conservation de l'identité culturelle nationale garni d'une pointe d'antiaméricanisme. Ainsi, l'on voudrait délimiter des territoires culturels nationaux réservés. L'argumentation rappelle celle de l'U.N.E.S.C.O. au sujet d'un "Nouvel ordre mondial de l'information". Du côté allemand, les adversaires argumentent avec la fonction démocratique de l'audio-visuel territorial ou selon l'article 5 de la Constitution allemande, qui garantit la liberté de l'information. Souvent, l'on entend également la thèse selon laquelle l'autonomie dans la législation nationale sur l'audio-visuel serait sans base justificative si un Etat ne pouvait juridiquement pas obliger les chaînes à transmettre dans une partie importante de leurs émissions la diversité des opinions et de la culture nationales.

Dans le domaine culturel, la Constitution allemande fédérale et les différentes Constitutions des Länder sont très ouvertes vers l'Europe et le monde. En principe, elles ne permettent pas l'instauration de barrières tarifaires dans le cadre d'une politique nationaliste de l'audio-visuel. Il est sûr que la civilisation allemande, malgré son rayonnement global, était toujours régionalisée. Mais c'était justement cette diversité à la fois régionale et transnationale qui avait créé l'identité nationale culturelle allemande. Cependant, l'identité culturelle des Länder réside également en l'ouverture vers les civilisations européenne et internationale. Cette ouverture peut menacer l'autonomie politico-culturelle des Länder, mais l'on pourrait très bien s'imaginer que d'autre part, elle contribuera à un épanouissement renforcé des cultures régionales, dont les Etats fédérés seraient les maîtres.

Nous avons vu que la C.E. s'approprie notamment dans le domaine économique -pris au sens très large- des compétences

qui appartenait originairement aux Länder allemands. Le droit dérivé de la C.E., c'est-à-dire les règlements, directives et décisions arrêtés par la Commission ou le Conseil des ministres, écarte les compétences des Länder. En principe, les différents Etats fédérés allemands n'ont pas le droit de participer directement aux décisions prises au niveau communautaire. L'"Accord de Lindau", "gentlemen's agreement" conclu entre l'Etat fédéral central et les Etats fédérés, qui garantit à ces derniers un tel droit de participation lors de la conclusion de conventions de droit international, ne s'applique pas pour la C.E.E.

Ce sont surtout les Länder allemands qui perdent dans l'intégration communautaire. La situation des différents Etats fédérés allemands et celle de la République fédérale comme Etat central ne sont pas comparables. L'Etat fédéral central dispose d'une multitude de droits et de compétences. S'il en perd quelques-uns au profit de la C.E.E., il pourra s'en consoler. Par contre, les Länder se voient rapidement attaqués dans leurs droits et compétences essentiels qui sont moins nombreux et moins diversifiés. Or, des progrès dans l'intégration communautaire, par exemple dans les domaines de la politique extérieure ou de sécurité, auraient pour conséquence que même l'Etat fédéral central subirait à l'avenir des pertes de compétences substantiels. Mais ceci est loin d'apaiser les Länder, qui subissent ces pertes déjà aujourd'hui.

L'article 24 de la Constitution allemande -comme nous le savons déjà- prévoit la possibilité de transférer des pouvoirs de souveraineté étatiques à des organisations internationales. Mais un tel transfert n'est admis que dans la mesure où celui-ci ne met pas en question les traits fondamentaux et l'identité de la Constitution allemande ainsi que les structures qui constituent la République fédérale. La perte de garanties constitutionnelles doit être compensée par la création de positions juridiques similaires ; compensation d'autant plus délicate à préciser que la Cour constitutionnelle allemande admet que l'on renonce à certaines garanties nationales au profit de la communauté avec d'autres Etats.

Il se pose donc pour la R.F.A. le problème permanent de savoir si le droit communautaire entre en collision avec la Constitution allemande ou non. La Cour constitutionnelle fédérale a de plus en plus abaissé les barrières constitutionnelles face à l'intégration communautaire. Dans la mesure où le droit communautaire a la primauté même sur le droit constitutionnel national, il ne peut y avoir -a priori- de réserves constitutionnelles à prendre. Ceci vaut également dans l'hypothèse où le droit communautaire dérivé n'est pas en harmonie avec les droits fondamentaux qu'énonce la Constitution. Dans sa décision du 22

octobre 1986 ("Solange II"), la Cour constitutionnelle fédérale part du principe que notamment la Cour de Justice des Communautés européennes garantit au niveau communautaire une protection suffisante des droits fondamentaux que la Constitution fédérale allemande juge inaliénables ou intangibles.

Dans sa décision, la Cour constitutionnelle admet que l'intégration européenne ne porte pas nécessairement préjudice aux garanties des droits fondamentaux qu'établit la Constitution allemande ; cependant, il est permis de se demander s'il en est de même pour la garantie du fédéralisme, qui est également un élément central du régime constitutionnel allemand. L'article 79 al. 3 de la Constitution, nous le savons, interdit tout amendement constitutionnel qui entrave la participation des Länder aux activités politiques ; mais est-il vrai que la division de la République en Länder et leur participation politique représentent des principes aussi sacro-saints que les droits fondamentaux ? S'agit-il là également de principes essentiels auxquels se réfère la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande ? Sinon, pour protéger le patrimoine politique des Länder, devrait-on revenir à une jurisprudence maintenant dépassée de la Cour qui jugeait l'application du droit communautaire sur la base des exigences du fédéralisme allemand (décision du 29 mai 1974 "Solange I") ?

Pour l'un de mes confrères, le professeur *Christian Tomuschat*, le principe fédéral, parmi les éléments constitutionnels que précise l'article 79 al. 3 de la Constitution allemande, est celui qui possède la légitimation politique la moins forte. Il se fonde sur la prémisse selon laquelle le centralisme et le fédéralisme forment des principes équivalents face aux individus qui doivent vivre dans ces structures étatiques. Mais cette prémisse est-elle juste ? N'y a-t-il pas de différence à faire, comme on doit la faire entre par exemple démocratie et dictature ou Etat libéral non interventionniste et Etat libéral à tendance sociale ? Je pense que oui et que la prémisse de l'équivalence des principes du fédéralisme et du centralisme est fautive. L'Etat fédéral central -et cela vaut également pour les différents Etats fédérés de la République- est un des modèles de valeur auquel les individus se réfèrent. Ce modèle disparaît si l'Etat perd la plupart de ses compétences et si ces fonctions sont reprises par des institutions supranationales. La Constitution interdit de porter atteinte au fédéralisme dans la mesure où une action entravant l'exercice des droits fondamentaux ne sera plus couverte par les exigences de l'article 79 al. 3. Bruxelles ne pourra remplacer ni Bonn ni par exemple Stuttgart.

De façon générale, l'on ne pourra que très difficilement admettre la protection de la structure fédérale allemande au

niveau communautaire. On pourra encore moins admettre qu'une quelconque protection, si toutefois elle existe, réponde aux exigences de garantie que préconise la Constitution allemande. La Cour constitutionnelle fédérale n'a pas encore contrôlé la comptabilité entre le droit communautaire et le principe du fédéralisme allemand. Un tel contrôle pourrait amener la Cour à créer une sortie de secours pour le cas où l'intégration communautaire dénaturerait la structure fédérale allemande.

2. Mesures nationales visant à regagner du terrain pour les Etats fédérés

Aux yeux de la C.E., le fédéralisme ne joue aucun rôle. Le partenaire de Bruxelles est le Gouvernement fédéral à Bonn et non pas les gouvernements des Länder à Brême ou à Munich. A Bruxelles, c'est en général la délégation de Bonn qui décide dans quelle mesure on intégrera les représentants des Länder dans des négociations communautaires. En fin de compte, c'est toujours l'Etat fédéral central qui se prononce.

Les Etats fédérés de l'Allemagne ne sont pas membres de la C.E.. Seule la République fédérale, c'est-à-dire l'Etat fédéral central, a qualité d'Etat membre. Les Länder se voient confrontés à des faits accomplis et sont plus ou moins contraints à accepter ce qui a été discuté et décidé au niveau de la Communauté européenne. L'accroissement des compétences communautaires a indirectement pour conséquence d'élargir le champ d'action pour l'Etat fédéral central allemand. Quand la Communauté agit dans le domaine des compétences des Länder, l'Etat fédéral central obtient au moins la possibilité d'y participer et cela dans un domaine qui normalement lui serait interdit.

L'histoire de l'appartenance de la R.F.A. à la C.E. est également l'histoire de la tentative d'intensifier la participation communautaire des Länder. L'objectif de cette tentative est d'intégrer les Länder au niveau national dans les discussions et négociations internes qui précèdent les discussions à prendre au sein du Conseil des ministres. L'on veut compenser les pertes de compétence qu'ont subi les Länder à l'issue des traités européens en les informant et en les consultant largement sur les activités européennes -une idée d'ailleurs ancienne qui n'est pas particulièrement originale ou effective.

L'accord de participation le plus récent reprend la participation indirecte des Länder par le Conseil fédéral allemand, qui constitue la deuxième chambre du Parlement allemand et où sont représentés les gouvernements des onze Länder allemands. Mais parler à Bruxelles avec deux (ou si vous voulez avec douze) voix serait contraire au traité C.E.E., à la Constitution allemande

et surtout à la raison. Il me semble qu'un tel système de participation, s'il est en accord avec la Constitution allemande, sera plus un palliatif qu'une véritable compensation. Sur le plan interne, l'on ne peut plus compenser ce déficit de compétences qui a été fixé par des traités internationaux et accepté très largement par la Constitution. Même une modification de l'article 24 de la Constitution allemande n'apporterait plus de grande amélioration dans l'état actuel des choses.

C'est une danse bizarre qu'exécutent en ce moment les Länder, l'Etat fédéral central et la C.E. face à la participation du Conseil fédéral dans les activités communautaires, participation au niveau national qui a été créée parallèlement à la ratification de l'Acte unique européen de la R.F.A.. D'un côté, le nouveau régime national de participation, qui repose sur un accord entre le Conseil fédéral et le Gouvernement fédéral, oblige ce dernier à informer et à entrer en dialogue avec le Conseil fédéral et de ce fait indirectement avec les Gouvernements de tous les Etats fédérés. Bonn doit maintenant sérieusement prendre en considération les déclarations ou les propos des Länder. Il faut voir comment ce nouveau système de participation se développe dans les détails. On peut déjà affirmer que les Ministres fédéraux auront des difficultés supplémentaires à résoudre à Bruxelles. Toutefois, cette nouvelle procédure n'est pas révolutionnaire.

A côté de ceci, les Länder prennent des initiatives autonomes. Ils ouvrent leurs propres représentations à Bruxelles, ce qui rappelle par exemple les agents généraux qu'installent les Etats fédérés australiens ou canadiens à Londres. Naturellement, les personnes qui dirigent ces bureaux de liaison ne sont pas des représentants diplomatiques des Länder. Mais des conflits sont inévitables si d'une part, les Länder entravent, par le biais de la majorité au Conseil fédéral, la réalisation de normes communautaires et si d'autre part, chaque Land cherche individuellement -et au dépens des autres- à obtenir le plus possible d'aides communautaires. Le parquet à Bruxelles ne se prête pas à de telles luttes. Les Länder ne peuvent agir comme l'industrie et ses groupes de pression. Ce serait contraire à leur responsabilité et leur caractère étatiques. Le fait d'être un Etat entraîne des charges et des responsabilités particulières dont on ne peut se défaire. Améliorer l'information par ces bureaux de liaison ne peut nuire. Mais des activités diplomatiques autonomes seraient contraires à la Constitution allemande.

L'interaction entre leur représentation permanente et individuelle à Bruxelles et la participation des Länder par le biais du Conseil fédéral pourraient affaiblir la position du gouvernement fédéral allemand à Bruxelles. En somme, ceci

pourrait préjudicier à la position de la République fédérale entière.

En mai 1988, les chefs de gouvernement des Länder et le Président de la Commission, *Jacques Delors*, se sont entretenus à Bonn. Lors de ces entretiens, le Président a déclaré respecter le caractère étatique des Länder, sauvegarder leur autonomie d'activité et reconnaître les principes de subsidiarité et de fédéralisme comme des principes régulateurs pour la C.E.. A Bruxelles, les initiés font déjà état d'un renversement de tendances dans la philosophie communautaire. L'on se réfère à des expressions telles que subsidiarité, principe de prise en considération (des intérêts des Etats fédérés, des régions, des structures traditionnelles).

Mais naturellement, les recherches actuelles n'ont pas encore abouti à des résultats concrets. Et il est vrai qu'au niveau communautaire, aucun autre Etat membre, la Belgique comprise, ne possède une structure fédérale qui soit comparable à celle que crée la Constitution fédérale allemande.

Le cas échéant, les Länder devront se défendre encore plus contre les dictats de Bruxelles. Ils devraient -si cela n'est pas déjà fait- créer des Ministères pour les affaires fédérales et européennes et instaurer des groupes de travail interministériels pour les affaires communautaires. De plus, il faudrait encourager l'envoi de fonctionnaires des Länder dans l'administration communautaire de Bruxelles.

Parallèlement à ces problèmes de l'intégration européenne des Etats fédérés allemands, il existe une deuxième lignée de problèmes qui concerne les autres activités internationales des Länder. Il s'agit par exemple du jumelage entre le Palatinat et le Rwanda qui se fonde sur un échange de lettres entre le Ministre des affaires étrangères du pays africain et le Ministre-président de l'Etat fédéré allemand. En ce qui concerne la coopération avec des pays avoisinants, on peut citer l'exemple de la coopération entre le Bade-Wurtemberg et la région presque avoisinante Rhône-Alpes.

CONCLUSION

L'ASPECT EMOTIONNEL DU FEDERALISME

En résumé, on peut constater que l'intégration des structures fédérales allemandes dans des structures de décision supranationales va de pair avec l'harmonisation des objectifs matériels du droit fédéral, du droit communautaire européen et du droit international public universel. La triple protection des droits de l'homme, du citoyen et des Allemands en fournit l'exemple. Leur transfert à des niveaux supranationaux ne fait que refléter la nécessité de réaliser les tâches publiques de protection à l'échelle internationale. La réalisation autonome de ces tâches est remplacée par la coopération et la participation dans des institutions européennes ou internationales. Cela pourra disperser certains doutes au sujet de l'avenir du fédéralisme. Il faut que celui-ci réponde aussi bien au besoin de décisions à prendre au niveau national qu'au besoin très net de régionalisation et de décentralisation.

Cependant, il y a encore plus car il existe un aspect tout autre de l'intégration. Le fédéralisme assure les bases émotionnelles de l'Etat. Cet attachement émotionnel ne réussit, selon la tradition allemande et contrairement à la tradition française, que si l'Etat est décentralisé, c'est-à-dire composé de plusieurs unités ressenties par le citoyen comme lui étant proches et lui appartenant. Il faut qu'il s'agisse d'unités qui se soient développées de façon organique. Car une unité créée artificiellement n'assurera pas cet attachement émotionnel.

Selon le point de vue allemand, la "Machine de Bruxelles" ne peut remplacer les Länder. Les langues régionales, les drapeaux, les Parlements, la proximité, les armoiries, les honneurs régionaux ne sont pas superflus ! Ce sont plutôt des éléments qui aident à comprendre et à accepter la réalité étatique ; aucune entité politique intéressée à sa propre survie ne peut renoncer à ces moyens d'intégration.

La construction bruxelloise ne peut remplacer le sentiment instinctif d'appartenir à une plus petite unité mais qui a évolué de façon historique. Elle ne peut arrêter la tendance à la décentralisation et à la recherche de la sécurité que peut donner une unité plus réduite mais saisissable. Les Länder avec leur histoire parfois centenaire dans le milieu européen sont plus aptes à obtenir l'attachement des citoyens que ne l'est un Etat central anonyme et surtout une institution supranationale à caractère artificiel. Ils peuvent donc devenir des éléments d'une Allemagne

à nouveau réunie ou d'une Europe régionalisée d'inspiration fédérale.

L'uniformité de l'Europe et la variété de l'Allemagne peuvent se compléter. Si la Communauté ne comportait pas d'éléments variés, y compris le fédéralisme allemand, elle resterait sans racines ; elle serait inapte à survivre à des modifications de l'Histoire. L'on ne peut organiser une identification avec une structure supranationale. Bruxelles a pour ainsi dire besoin de la Bavière. Comme la forêt a besoin d'arbres. Car seuls les arbres possèdent des racines.

BIBLIOGRAPHIE

ESCHENBURG,

Der dreistufige Bundesstaat, dans : Etudes offertes à Wilhelm Hennis, éd. Klett-Cotta, 1988, p. 349 et s.

HRBEK/THAYSEN (éds.),

Die Deutschen Länder und die Europäischen Gemeinschaften, éd. Nomos, 1986

MAGIERA/MERTEN (éds.),

Bundesländer und Europäische Gemeinschaft, éd. Duncker & Humblot, 1988.

SCHARPF/REISSERT/SCHNABEL,

Politikverflechtung, 1976.

TOMUSCHAT,

Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, éd. de Gruyter, 1978, p. 7 et s.

VITZTHUM,

Le fédéralisme allemand, Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 1988, p. 615 et s.

VITZTHUM,

Die Bedeutung des gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, éd. de Gruyter, 1988, p. 7 et s.

DROIT CIVIL

LE CONSENTEMENT DES EPOUX DANS LA PROCEDURE DE LA REQUETE CONJOINTE

Par

Françoise RINGEL

*Assistante à la Faculté de Droit et de Science Economique
de l'Université de La Réunion*

"La requête conjointe illustre de façon spectaculaire la percée actuelle de l'autonomie de la volonté dans la réglementation des rapports de famille" (1). Le consentement mutuel se traduit par l'obligation faite aux époux de régler ensemble les effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux du divorce dans une convention soumise à l'homologation judiciaire, qui est le corollaire de l'accord sur le principe du divorce. La requête conjointe implique en conséquence non seulement la volonté commune des époux de rompre le lien matrimonial, mais aussi la connaissance et l'acceptation des conséquences que créera le divorce dans leurs vies respectives. La nature contractuelle du "divorce-convention" mérite d'être soulignée (2), mais il faut se garder d'en tronquer l'originalité en masquant son aspect institutionnel (3). Le divorce sur requête conjointe présente un

(1) Chapelle (A.), "Les pactes de famille en matière extra-patrimoniales", Rev. trim. dt. civ., 1984, p. 420.

(2) Cf. Revel (J.), "Les conventions entre époux désunis. Contribution à l'étude de l'ordre public matrimonial", J.C.P. 1982.I.3055. Chapelle (A.), art. préc., p. 421. Lafond (J.), "L'homologation par le J.A.M. des conventions des époux en matière de divorce sur requête conjointe", J.C.P. 1977, éd. Not., p. 103 et s. Nerson (R.), "Le divorce par consentement mutuel ; illusions et réalités", Rev. trim. dt. civ., 1976, p. 350.

(3) La conception de la législation de 1975 est très différente de l'esprit qui présidait au divorce par consentement mutuel établi par la loi du 20 septembre 1792, (voir en ce sens "Demars-Sion, "Libéralisation du divorce, l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792", Rev. trim. dt. civ. 1980, p.

caractère judiciaire auquel les époux ne peuvent se soustraire ; l'homologation des accords prévus par les parties, c'est-à-dire les accords de règlement est une nécessité. La volonté des époux n'est pas souveraine. Leur consentement présente des aspects spécifiques à tous les stades de la procédure (I) qui ont logiquement entraîné, à quelques nuances près, l'irrévocabilité de ce consentement une fois la convention homologuée (II).

I - UN CONSENTEMENT SPECIFIQUE

Conscient du fait que cette forme de divorce peut intervenir dans un climat psychologique particulier, le législateur a voulu éviter "l'achat de la liberté" par l'un des époux en entourant la procédure d'un certain nombre de garanties pour éviter toute décision irréfléchie. Le consentement des époux est "progressif" (A), "dirigé" (B) et "contrôlé" (C).

A - Un consentement progressif

Le consentement des époux s'opère en plusieurs étapes. La première se traduit sous forme d'une requête initiale qui comprend en annexe une convention temporaire réglant les mesures provisoires pour la durée de l'instance et un projet de convention définitive, sous peine d'irrecevabilité (N. c. proc. civ., art. 1091). La seconde étape est destinée à permettre aux époux de se ménager un temps de réflexion ; ils doivent en effet renouveler leur requête dans un délai de trois mois à compter de la première audition (4). Leur volonté n'est prise en considération que "si elle se réaffirme après ce délai de réflexion et de persévérance" (5). Les époux ont pu mettre à profit ce délai pour modifier ou compléter le projet initial. Ils ont pu notamment bénéficier des conseils de l'avocat et, généralement d'un notaire. Enfin, la dernière étape est constituée par la présentation de la requête réitérée qui doit comprendre, sous peine d'irrecevabilité (N. c. proc. civ., art. 1097), un compte-rendu d'exécution de la convention temporaire et une convention définitive portant règlement complet des effets du divorce.

Au cours de ces étapes, le juge a un rôle actif non négligeable.

237) et par le Code de 1804 (cf. Roughol-Valdeyron (D.), "Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon", Rev. trim. dt. civ., 1975, p. 482.

(4) Il s'agit de l'audition qui clôture la première phase, marquée par l'invitation faite aux époux par le juge d'avoir à présenter leur requête dans les délais prévus à l'article 1095 (N. c. proc. civ.).

(5) Cornu, "Droit de la famille", Précis Domat, 1984, p. 472.

B - Un consentement dirigé

Le pouvoir directif du juge dans la procédure de la requête conjointe se manifeste dès le début de la procédure (6). Certes, il ne peut qu'accorder ou refuser l'homologation ; il ne dispose pas du pouvoir de décider une modification, mais il ne faut pas se cacher que le refus d'homologation constitue un moyen de pression évident, qui n'a pas échappé au législateur. C'est ainsi que le juge peut "faire supprimer ou modifier les clauses de la convention temporaire qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants" (N. c. proc. civ., art. 1093, al. 2). En conséquence, si les époux ne suivent pas sur ce point les conseils du juge, il refusera de donner force exécutoire à la convention et pourra éventuellement rejeter dès cette première étape, la requête conjointe. La même remarque s'impose en ce qui concerne le projet de convention définitive. Les époux doivent être informés que "l'homologation de la convention, et en conséquence le prononcé du divorce, seront subordonnés à telles conditions ou garanties qu'il estime utiles, *notamment* quant à la garde des enfants et aux prestations et pensions après divorce" (N. c. proc. civ., art. 1094, al. 2. L'adverbe "notamment" laisse supposer que les deux exemples cités par le législateur ne sont pas exclusifs d'autres données). Ce pouvoir directif du juge dans l'élaboration de ce type de divorce ne remet pas en cause la nature contractuelle de la requête conjointe. Le juge ne dispose pas d'un pouvoir de substitution à la volonté des époux ; il ne peut davantage modifier indirectement le contenu de la convention sous couvert d'une homologation conditionnelle ou partielle (7), mais il peut refuser l'homologation en ajournant sa décision jusqu'à présentation d'une convention modifiée (N. c. proc. civ., art. 1100, al. 1). Dès lors, on ne peut nier le droit de regard du juge à ce stade de la procédure. A ce pouvoir directif s'ajoute un pouvoir de contrôle.

C - Un consentement contrôlé

Toute la procédure de la requête conjointe a été aménagée pour permettre au juge d'exercer des contrôles qui portent sur trois points : un contrôle en la forme, un contrôle de la volonté, un contrôle du contenu des accords de règlement (8).

(6) Voir Nerson (R.), *Obs. Rev. trim. dt. civ.*, 1980, p. 565 et s.

(7) Cf. Balensi (I.), "L'homologation judiciaire des actes juridiques", *Rev. trim. dt. civ.* 1978, p. 65.

(8) Cf. Raynaud (P.), "Les divers visages du divorce 1976", *D.* 1976, *chron.* p. 141.

1° - Le contrôle en la forme

Le juge doit vérifier que les prescriptions légales relatives à la forme et au caractère complet et définitif des accords ont été observées. Ce contrôle s'opère dès le début de la procédure. Le projet de convention définitive annexé à la requête initiale sous peine d'irrecevabilité (N. c. proc. civ., art. 1091) doit contenir l'accord des époux sur les questions expressément prévues par le législateur (9). Il s'agit :

- de la forme, du montant et des modalités d'exécution de la prestations compensatoire (10) ;
- du projet d'état liquidatif du régime matrimonial étant entendu qu'il appartient aux époux d'indiquer éventuellement qu'il n'y aura pas lieu à liquidation ;
- de l'accord sur la garde, le droit de visite, le montant et les modalités d'exécution de la contribution du parent non-gardien, s'il existe des enfants mineurs issus du couple.

Un contrôle du même type est effectué lors de la requête réitérée où doit figurer en annexe la convention définitive portant règlement complet des effets du divorce sous peine d'irrecevabilité (N. c. proc. civ., art. 1097 préc.). Elle doit comprendre un état liquidatif du régime matrimonial passé en la forme notariée si la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière (N. c. proc. civ., art. 1097). Le J.A.M. doit refuser d'homologuer une convention qui ne satisfait pas à ces conditions (11). Par ailleurs, la liquidation doit permettre de procéder au partage des biens communs ou indivis et comporter les attributions (12). De la même façon, les époux ne peuvent décider de maintenir leurs biens dans l'indivision pour éluder l'obligation légale d'un règlement complet et définitif des conséquences du divorce (13).

(9) Bien qu'il ne s'agisse que d'un "projet", les époux ne peuvent remettre à plus tard les décisions à prendre sur ces points essentiels, cf. T.G.I. Strasbourg, 26 mars 1979, D. 1981, p. 12.

(10) Les époux doivent préciser, le cas échéant, qu'il n'y aura pas lieu au paiement d'une prestation compensatoire.

(11) Cass. civ. 28 mars 1979, D. 1980, p. 297.

(12) Notamment le juge ne peut homologuer une convention qui contient "un simple aperçu liquidatif". Cf. Cass. civ. 21 mars 1983, Bull. II, n° 85, p. 17. En l'espèce, les stipulations devaient être soumises à l'accord des parents de l'un des époux. Voir Breton (A.), "Divorce et partage", Mélanges Hebraud, 1981, p. 125 et s.

(13) Les époux peuvent toutefois convenir exceptionnellement que certains biens déterminés seront maintenus dans l'indivision pour des raisons sérieuses ; notamment pour éviter la vente d'un bien dans une mauvaise conjonction économique. Cf. Nîmes, 9 mars 1983, G.P. 1983.II, p. 410. Voir Lafond (J.), "Convention d'indivision et divorce sur requête conjointe", J.C.P. (éd. Not.), 1984.I., p. 1.

2° - Le contrôle de la volonté

L'article 232 alinéa 1 du Code civil précise que "le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a donné librement son accord". Ce type de contrôle, indispensable, permet d'éviter que l'un des conjoints n'use de moyens de pression pour amener l'autre à donner un accord purement formel afin d'échapper aux inconvénients d'un divorce fondé sur la faute ou sur la rupture de la vie commune. La procédure de la requête conjointe a été aménagée de façon telle qu'il est difficilement concevable qu'une cause d'annulation puisse échapper au juge, tant en ce qui concerne le principe de divorce (art. 232 al. 1 du Code civil), que les accords de règlement qui lui sont indivisiblement liés (art. 232 al. 2 du Code civil) (14). En ce qui concerne les vices d'erreur, de violence et de dol, il est certain que le consentement à la convention réglant les conséquences du divorce est inséparable du consentement au divorce proprement dit. Le juge doit donc s'assurer que chaque époux a voulu les accords qu'il a signés et qu'il en a compris la portée. Il peut remplir cette mission dès le début de la procédure en examinant avec les conjoints le projet de convention lors des comparutions personnelles (art. 1094 et 1099 nouveau Code de proc. civ.). Il peut alors attirer leur attention sur les stipulations qui pourraient paraître désavantageuses pour l'un d'entre eux. Le Doyen Cornu traduit en ces termes ce que doit être à ce stade le rôle du juge : "Sur les documents dont il est saisi, le juge fait aux parties les observations nécessaires : il relève le cas échéant les insuffisances de l'état liquidatif, marque la nécessité d'un acte notarié lorsque la liquidation porte sur un bien soumis à publicité, exige des justifications si les époux déclarent qu'il n'y a pas lieu à liquidation ou sur tel élément de l'état liquidatif (relevé des comptes, valeur des biens, etc...), envisage comment les imperfections peuvent être raisonnablement réparées pour qu'il n'y ait pas d'irrecevabilité à déclarer" (15).

Enfin et surtout le juge exerce un contrôle au fond du contenu des accords.

(14) Cf. Nerson (R.), *Obs Rev. trim. dt. civ.*, 1980, p. 565 et s. et note Massip sous T.G.I. Paris 18 mai 1981, D. 1982, p. 487.

(15) Cornu, *Droit civil, La famille, Précis Domat*, 1984, p. 471.

3° - Le contrôle au fond des accords de règlement

Le juge doit s'assurer que la convention "préserve suffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux" (art. 232, al. 2 du Code civil). Il doit d'une part apprécier la licéité des accords de règlement et refuser d'homologuer une convention comprenant les stipulations contraires à des dispositions impératives ou d'ordre public ; d'autre part, se livrer à un contrôle d'opportunité de ces accords. Dans cette optique, il peut ajourner sa décision jusqu'à présentation d'une nouvelle convention (art. 1100 nouveau Code proc. civ.).

a) En ce qui concerne les époux

Le contrôle d'opportunité se ramène au fond à un contrôle d'équité en application d'un pouvoir modérateur destiné à éviter des déséquilibres manifestes (16). C'est en ce sens que l'article 278 alinéa 2 du Code civil permet au juge de refuser l'homologation si la convention relative à la prestation compensatoire fixe "inéquitablement" les droits et obligations des époux. Le juge dispose d'une marge de manoeuvre justifiée par le fait qu'il ne connaît pas par hypothèse les raisons du divorce. Ainsi, les déséquilibres apparents ne relèvent pas forcément de "l'inéquité", mais ils doivent en tout état de cause attirer l'attention du juge pour une protection renforcée du consentement des époux dans cette hypothèse (17). Sa démarche est d'ailleurs facilitée du fait que ce type de contrôle repose essentiellement sur des données objectives, et peut en conséquence intégrer le dépistage de la lésion. Mais la tâche du juge n'est pas toujours facile, car il peut exister des formes insidieuses ; lorsqu'il existe une répartition inégale de biens correctement évalués, le juge est à même d'en titrer les conséquences, mais certains biens ont pu être sur -ou sous-évalués, si bien qu'il existe alors une répartition de biens inégalement évalués, difficilement décelable par le juge. Ce dernier peut toutefois consulter le notaire lorsque le projet de convention a été élaboré avec le concours de celui-ci (18). De plus, il a toujours la possibilité d'entendre un expert s'il l'estime opportun (N. c. proc. civ., art. 27).

(16) Voir Carbonnier (J.), *Droit civil, Thémis*, 12e éd. p. 180. - Revel (J.), "Les conventions entre époux désunis", *J.C.P.* 1982. I. 3055, n° 30. - Il en existe d'autres exemples dans la législation de 1975, notamment les articles 240, 280, 280 I al. 2 du Code civil.

(17) Voir Chapelle (A.), art. préc., p. 434.

(18) Cf. art. 1094, al. 3 nouveau Code proc. civ. ; la présence du notaire est d'ailleurs obligatoire lorsque les biens à partager comprennent des immeubles soumis à publicité foncière (art. 1097 al. 2 nouveau Code proc. civ.).

Ce contrôle d'équité se double d'un contrôle de la licéité des dispositions de la convention. Plusieurs questions de ce type sont apparues à propos de la prestation compensatoire établie à l'article 278 précité :

- Les époux fixent le montant et les modalités de la prestation compensatoire. Cependant, la question du seuil de leur liberté se pose. Peuvent-ils notamment éluder les dispositions légales relatives à la prestation compensatoire imposées pour les divorces contentieux (19) ? La réponse, affirmative, doit être nuancée. La nature contractuelle de la requête conjointe incite à penser que les époux peuvent écarter les règles du droit commun. Dans cette optique, l'article 278 alinéa 3 du Code civil les autorise à écarter le caractère forfaitaire de la prestation qui est pourtant l'un de ses aspects fondamentaux. Les époux peuvent même aller jusqu'à substituer à la prescription compensatoire une véritable pension alimentaire (20). Néanmoins, il est évident que le juge accentuera son contrôle sur les accords qui dérogent à une règle légale ; on retrouve alors le problème du refus d'homologation si l'accord de règlement semble inéquitable (21).

- Les époux ont la possibilité de décider qu'il n'y aura pas lieu au versement d'une prestation compensatoire ; ils peuvent aussi librement en déterminer la forme, rente ou capital, contrairement aux dispositions de l'article 276 du Code civil (22). Lorsque les époux décident que la prestation sera effectuée en capital, ils peuvent en fixer les modalités, nonobstant la liste limitative prévue à l'article 275 du Code civil (23). Si au contraire, ils choisissent la rente, ils peuvent éluder les dispositions des articles 276 alinéa 1 du Code civil relatives à l'indexation obligatoire (24), et 276 alinéa 1 pour admettre que la rente ne passera pas aux héritiers. Là encore, le contrôle du juge permet

(19) Voir Roujou de Boubee (M.E.), "La prestation compensatoire après divorce", Mélanges Marty, 1978, p. 1006 et s.

(20) Cf. Cass. civ. 25 janvier 1984, Bull. civ. II, n° 13.

(21) Une disposition interdite par une règle légale peut être justifiée par la conjoncture ou trouver une contrepartie dans une obligation imposée à l'un des époux.

(22) "A défaut de capital ou si celui-ci n'est pas suffisant, la prestation compensatoire prend la forme d'une rente".

(23) Ainsi, ils peuvent décider que la prestation compensatoire s'effectuera par l'abandon par l'un des époux d'un bien personnel en pleine propriété. Cf. Cass. civ. 18 mars 1981, G.P. 1981. II, p. 75. De la même façon, un époux peut abandonner un bien indivis, ou toute ou partie de ses droits dans la communauté.

(24) Dans cette hypothèse, l'absence d'indexation peut d'ailleurs trouver une contrepartie dans d'autres dispositions de la convention. Cf. Massip (J.), "Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux". D. 1979, chron. p. 119, n° 12, et note G.P. 1983. I, p. 167.

d'assurer la protection du créancier, en refusant éventuellement l'homologation.

- Enfin, les époux peuvent convenir que la rente cessera en cas de remariage ou de concubinage du conjoint créancier. La question est plus discutable parce que contraire au principe d'ordre public de la liberté nuptiale. Mais l'argument doit être écarté dans la procédure de la requête conjointe, car les motifs qui déterminent une telle stipulation ne sont pas forcément illicites. Le remariage du créancier peut en effet modifier suffisamment sa situation dans le sens d'une amélioration pour qu'il n'y ait rien d'anormal à en prévoir l'éventualité (25). Par ailleurs, la possibilité offerte par la loi d'écarter le caractère forfaitaire de la prestation dans la requête conjointe, ou d'admettre qu'elle pourra faire l'objet d'une révision permet de supposer des solutions différentes de celles admises pour les divorces contentieux (26). En conséquence, il semble logique d'autoriser dans cette hypothèse l'arrêt de la prestation en cas de remariage ou de concubinage du créancier (27).

b) En ce qui concerne les enfants

Le contrôle du juge s'intègre dans sa mission générale de sauvegarde des intérêts des enfants mineurs établie à l'article 247 alinéa 3 du Code civil. Il semble justifié qu'il puisse vérifier en ce sens la conformité des accords de règlement pour éviter la conclusion de dispositions privilégiant l'intérêt personnel des époux, ou de l'un d'entre eux, au détriment des enfants (28). De tels accords doivent être, d'une part, licites. Notamment, l'obligation pour les parents d'entretenir les enfants est d'ordre

(25) Voir en ce sens, Cass. civ. 16 janvier 1985, sol-impl. G.P. 1985, Paw. 211, note Grimaldi ; v. également Cornu, op. cit., p. 211. - Vidal (J.), art. cit., p. 815. - Contra : T.G.I., La Rochelle 19 octobre 1977. G.P. 1978. I, p. 154, note Brazier. - Grenoble 20 mai 1981. J.C.P. 1983. III. n° 20086 note De La Marnierre.

(26) Dans ce cas, la Cour de cassation admet que "lorsque la prestation compensatoire qui a un caractère forfaitaire prend la forme d'une rente, celle-ci, si elle peut être attribuée pour une durée inférieure à la vie de l'époux créancier, ne peut être assortie d'une condition" : Cass. civ. 2 mai 1984, Bull. II, n° 76, p. 55 ; D. 1984, p. 579, note Lindon et Benabent ; 19 février 1986, D. 1986, I.R. 115 ; 4 février 1987, Quot. jur. 5 novembre 1987, n° 123.

(27) Voir en ce sens : Massip (J.), chron. préc., D. 1979, n° 12. - Benabent, note D. 1978. I. R., p. 435. - Boyer (Y.), "La révision de la prestation compensatoire". D. 1980, chron. p. 263 et s. - Nerson (R.) et Rubellin-Devichi, Obs. Rev. trim. dt. civ. 1983, p. 528. - Contra : Weill et Terré. Précis Dalloz, La Famille, n° 451. - Durrande (S.), "Le contentieux de la prestation compensatoire", D. 1983, chron. p. 200.

(28) La Cour de cassation censure les décisions qui omettent de constater que la convention préserve suffisamment les intérêts des enfants. Cf. Cass. civ. 4 mars 1981, Bull. II, n° 45, p. 31 ; D. 1982. I.R., p. 37. - Cass. civ. 17 décembre 1984, J.C.P. 1985. IV, p. 77.

public. En conséquence, ils ne peuvent prévoir dans la convention que l'époux qui n'a pas la garde, ne contribuera pas aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant (29). D'autre part, le juge se livre à un contrôle d'opportunité des décisions prises par les parents. Le problème essentiel se situe au niveau de la garde de l'enfant. Sur ce point, les juges avaient admis la possibilité pour les époux de prévoir, dans la convention, la garde conjointe de l'enfant (30). Cette pratique a été consacrée par la loi du 22 juillet 1987, laquelle très discutée en doctrine (31), trouve son domaine privilégié dans la requête conjointe puisque l'accord des époux est à la source du choix de l'exercice en commun de l'autorité parentale (32). Néanmoins, les pouvoirs du juge sont loin d'être inexistantes, comme d'ailleurs pour les autres modalités de cet exercice. Il lui est toujours loisible de refuser l'homologation ou d'ajourner sa décision jusqu'à présentation d'une convention modifiée conformément à l'article 1100 nouveau du Code de procédure civile, si les époux n'ont pas justifié leur choix en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Les garde-fous et les mécanismes protecteurs mis en place par la législation de 1975 ont très logiquement entraîné l'irrévocabilité du consentement des époux, qui se manifeste par l'intangibilité de la convention une fois homologuée (II).

(29) Une telle disposition serait non seulement contraire à "l'intérêt de l'enfant", mais aussi aux articles 286, 288 et 293 du Code civil. Cf. Douai, 27 mars 1980, D. 1981. I. R., p. 383.

(30) Voir Cass. civ. 21 mars 1983, J.C.P. 1984. II, n° 20163, note Dekeuwer ; Nerson (R.) et Rubellin-Devichi, obs. Rev. trim. dt. civ., p. 91. Nicolas-Maguin (V.M.S.), "A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés", D. 1983, chron. p. 111. - Cornu (G.), La Famille - précis Domat, 1984, n° 326 et 416. - Fulcheron (H.), "Autorité parentale et parents désunis", éd. du C.N.R.S. 1985.

(31) Voir De La Manierre (E.S.), "Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires", G.P. 1987. II, chron. p. 638. - Morancais-Demeester (M.L.), "Vers l'égalité parentale", D. 1988, chron. p. 7 ; Raymond (G.), "De la réalité de l'absence de couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental", J.C.P. 1987.I., n° 3299 ; Rubellin-Devichi (J.), Obs. Rev. trim. dt. civ. 1987, p. 790 et s. ; Zenati (F.), ... même revue, p. 805 et s. ; Dekeuwer-Defossez (F.) et Vauville (F.), "Droits de l'homme et droits de l'enfant". D. 1988, chron. p. 137 ; Legeais (R.), "Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale", A.L.D. 1988, comm. 1 ; Dorsner-Dolivet (A.), "Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale", A.L.D. 1988, com. 103 ; Nicolas-Maguin (M.F.), "Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987", D. 1988, chron. p. 307.

(32) L'autorité parentale suit en effet le droit de garde conformément à l'article 372-2 qui dispose "qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre".

II - L'IRREVOCABILITE DU CONSENTEMENT

Le principe, récemment affirmé, trouve de solides appuis juridiques (A). Il connaît cependant certaines limites (B).

A - L'affirmation du principe

Les conditions dans lesquelles se forme le consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe, les multiples contrôles opérés a priori sur leurs accords de règlement permettaient d'exclure toute possibilité d'un contentieux a posteriori. Pourtant, le problème s'est rapidement posé en pratique de savoir si la convention homologuée pouvait être remise en cause, à la demande unilatérale d'un conjoint, indépendamment du jugement d'annulation, par une action en nullité en application des principes généraux du droit des contrats.

La question très débattue en doctrine, a été soulevée non seulement à propos des vices du consentement, mais surtout en cas de partage lésionnaire (33). L'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1987 (34) a mis fin aux querelles doctrinales et à une jurisprudence controversée (35), en admettant que l'action en

(33) Cf. en faveur de la recevabilité de l'action : Breton, "Divorce et partage", Mélanges Hebraud, p. 125 et s. - Lindon (R.) et Bertin (P.), J.C.P. 1979. I, n° 2962 ; 1981. I, n° 3021 ; 1982. I, n° 3082. - Nerson (R.) et Rubellin-Devichi (J.), Obs. Rev. trim. dt. civ. 1980, p. 566 et s. ; 1983, p. 530. - Balensi (Y.), "L'homologation des actes judiciaires", Rev. trim. dt. civ. 1978, n° 41 à 54. - Coupet (L.), "Etudes offertes à Pierre Kayser", 1979, p. 255 à 260. - Vidal (J.), "Les conventions du divorce", Mélanges Raynaud, p. 805 et s. - Rubellin-Devichi (J.), "La liquidation du régime matrimonial et le divorce par consentement mutuel". Rapport aux Journées de l'Association "Famille et Droit", Paris, mai 1983. Labrusse-Riou (C.), "Droit de la famille", t. 1, éd. Masson, p. 332 et 361. - Contra : Cornu (G.), "Les régimes matrimoniaux", 3e éd. P.U.F., p. 237. - Carbonnier (J.), "La famille et les incapacités", Thémis éd. 1983, p. 183. - Weill (A.) et Terré (F.), "Les personnes, la famille, les incapacités", Précis Dalloz, n° 451. - Guimbellot (R.), "La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ?". D. 1981, chron. p. 277. - Chapelle (A.), "Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale", Rev. trim. dt. civ. 1984, p. 433. - Massip (M.), note sous T.G.I. Nanterre 17 octobre 1979. D. 1980, p. 297 et confirmé par Versailles, 19 novembre 1980. D. 1981, p. 460 et Obs. sous Paris 9 décembre 1982. G.P. 1983. II, p. 565. - Brazier, note sous T.G.I. Nanterre préc. G.P. 1979.II, p. 549. - Benabent, Obs. D. 1980. I.R., p. 73. - Lafond (J.), "Convention de divorce sur requête conjointe et rescision pour lésion". G.P. 1988. I, p. 5.

(34) Cass. civ. 6 mai 1987. G.P. 1987. I, p. 136 ; D. 1987, p. 138.

(35) Cf. en faveur de la recevabilité de l'action : T.G.I. Le Mans 3 avril 1979. J.C.P. 1979. II. 19230 ; G.P. 1979. II, p. 549, note Brazier. - Lyon 28 novembre 1979, G.P. 1981. I, p. 47, note Brazier. - Dijon 24 février 1982, J.C.P. 1983. II, n° 19963, note Aynes, Rev. trim. dt. civ. 1983, p. 529. Obs. Nerson et Rubellin-Devichi. - Contra : T.G.I. Nanterre 17 octobre 1979 et Versailles 19 novembre 1980 préc. - T.G.I. Paris 18 mai 1981. D. 1982, p. 487, note Massip. - T.G.I. Aix-en-Provence 1er août 1981, J.C.P. 1982. II. 19762. - Paris 9 décembre 1982, G.P. 1983. II, p. 565 note J.M. ; Rev. trim. dt. civ. 1983, p. 530. Obs. Nerson et Rubellin-Devichi.

rescision pour lésion n'est pas recevable à l'encontre d'une convention sur requête conjointe. L'arrêt trouve son fondement essentiel dans le caractère indissociable de l'homologation de la convention définitive et du prononcé du divorce. Il s'appuie de façon convaincante sur la décision attaquée qui soulignait le caractère contractuel de cette forme de divorce tout en observant que "la convention homologuée est irrévocable et cette irrévocabilité se justifie d'autant plus que la procédure prévue par la loi a précisément pour finalité de protéger les époux et de faire en sorte que leur consentement s'exprime en toute connaissance de cause et en pleine liberté... Admettre que le partage, qui est un des éléments de cette convention, puisse faire l'objet d'une action en rescision serait le dissocier arbitrairement de la convention, ce qui ne correspond ni à la volonté des époux (pour lesquels partage et convention constituent un tout indivisible), ni à la volonté du législateur". Ainsi, l'accord sur les incidences patrimoniales et personnelles du divorce forme un tout qui fait l'objet d'une homologation globale. La solution, séduisante, trouve d'ailleurs de solides appuis juridiques :

- D'une part, il n'est pas douteux que la convention, une fois homologuée, acquiert force obligatoire. Dans la mesure où l'acte a fait l'objet d'un contrôle préalable par le juge sur des points déterminés, la décision, sans perdre son caractère gracieux, présente un caractère juridictionnel qui lui confère l'autorité de la chose jugée (36). En conséquence, ce qui a fait l'objet d'une vérification personnelle du juge ne peut être attaqué que par les voies de recours admissibles contre sa décision (37). Hormis, cette hypothèse, le jugement d'homologation étant prononcé après contrôle de la réalité du consentement des époux et du respect des intérêts de chacun, doit être considéré comme purgeant tous les griefs qui peuvent être adressés à la convention. Et il n'y a pas lieu de distinguer artificiellement entre les vices d'ordre subjectif et la lésion (38), même si,

(36) Cf. Balensi (Y.), art. préc. Rev. trim. dt. civ. 1978, n° 41 à 54. - Guimbellot (R.), chron. préc. D. 1981, p. 278. - Vidal (J.), art. préc., p. 815.

(37) Encore a-t-il fallu attendre le décret du 12 mai 1981 (art. 1103 nouveau Code proc. civ.) pour officialiser la possibilité d'un pourvoi en cassation contre la décision d'homologation. Il est vrai que la Cour de cassation avait déjà admis la recevabilité du pourvoi avant cette date. Cf. Cass. civ. 28 mars 1979. J.C.P. 1979. II, n° 19231, note Lindon ; D. 1980, p. 297, note Massip. Le nouveau texte a également admis les créanciers des époux à former tierce-opposition contre le jugement d'homologation (art. 1104 nouveau Code proc. civ.). Enfin, le recours en révision est également possible lorsque la décision du juge a été surprise par la fraude d'un époux. Cf. Lindon et Bertin, "La convention définitive dans le divorce sur requête conjointe", chron. préc. J.C.P. 1981. I. 3021, n° 10 à 13. - Cf. Ch. mixte 6 décembre 1985, J.C.P. 1986. II, n° 20646.

(38) Comme le suggère certains auteurs - Cf. Vidal (J.), art. préc., p. 817 et s.

sur ce dernier point le contrôle du juge est plus délicat. Quelle que soit sa forme, le vice du consentement se trouve purgé par la décision du juge, qui si elle ne change pas la nature contractuelle de l'acte homologué, lui donne une force obligatoire très supérieure à celle d'une simple convention privée.

- D'autre part, cette opinion se trouve renforcée du fait qu'il existe par nature une indivisibilité entre l'homologation de la convention et le prononcé du divorce, voulue par la législateur (N. c. civ., art. 232, al. 2), et consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1987. Il est certain que la convention de règlement et le principe du divorce forment un tout indissociable ; dès lors, ou bien le juge homologue la convention et prononce le divorce, ou bien il refuse d'homologuer et il ne le prononce pas. Mais dans le premier cas, il faut admettre que le juge se trouve à l'abri de toute contestation, dès que les voies de recours sont épuisées ou les délais expirés. Il n'est pas admissible en effet qu'une action en nullité dirigée contre la convention puisse, par voie indirecte, priver d'effet une décision dotée de l'autorité de la chose jugée.

Le principe désormais solidement établi, d'éviter une remise en cause des accords, une fois la convention homologuée, n'est cependant pas absolu. Il connaît certaines limites liées au fait que sa stricte application risquerait parfois d'entraîner des inconvénients plus graves que ceux qu'il tend à éviter.

B - Les limites du principe

Il existe des hypothèses où les possibilités de révision sont une manifestation de la volonté des époux, prévue d'ailleurs par le législateur, aux articles 279 alinéa 2 (39) et 279 alinéa 3 du Code civil (40). Il ne s'agit pas là de véritables exceptions au principe de l'intangibilité de la convention puisque dans le premier cas, en raison de l'accord des deux parties, la révision ne pose pas de difficultés particulières ; dans le second cas, la faculté de révision a été prévue initialement dans la convention. Elle est une manifestation de la volonté commune des époux au moment de son élaboration, et la demande unilatérale de révision n'en constitue qu'une application.

(39) L'article 279 alinéa 2 du Code civil prévoit que la convention homologuée peut être modifiée par les époux d'accord, par une nouvelle convention, également soumise à l'homologation judiciaire.

(40) L'article 279 alinéa 3 permet aux époux de "prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement imprévu dans ses ressources et ses besoins, demander au juge de réviser la prestation compensatoire".

En revanche, il peut arriver que les accords des époux soient unilatéralement révisés, en fonction de leur objet, pour adapter la convention aux changements intervenus depuis le divorce. Il s'agit :

- En premier lieu, de la possibilité de réviser la prestation compensatoire, lorsque les époux n'ont pas utilisé la faculté d'intégrer à leur convention un mécanisme de révision pour imprévision, en application de l'article 279 alinéa 3 du Code civil. L'article 273 du même code, qui fixe les règles de droit commun relatives aux prestations compensatoires interdit les manipulations sauf si "l'absence de révision devait avoir, pour l'un des conjoints, des conséquences d'une exceptionnelle gravité". Le problème s'est posé de savoir si l'exception, fondée sur un souci d'équité, était applicable à la requête conjointe. L'arrêt de la Chambre civile du 6 février 1985 (41), a mis fin aux hésitations de la doctrine et des tribunaux (42), en admettant que cette faculté, qui était réservée aux époux divorcés par voie contentieuse pouvait s'étendre aux divorces gracieux, lorsque les époux ont omis de prévoir la clause de révision de l'article 279 alinéa 3 du Code civil. Il s'agit d'une exception au principe de l'effet définitif des dispositions conventionnelles relatives aux époux, qui peut être discutée compte tenu de l'assise contractuelle des accords de règlement. La théorie générale des contrats n'admet pas en effet la révision pour imprévision en l'absence d'un texte précis qui l'organise. Or, sur ce point, l'article 279 alinéa 2 du Code civil est formel : la convention homologuée ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre époux, elle-même soumise à homologation. La solution, critiquable sur le plan du droit, doit néanmoins être approuvée au regard de l'équité, d'autant que le risque de voir se développer un contentieux de ce type après divorce apparaît dérisoire, compte tenu des critères très restrictifs qu'implique "l'exceptionnelle gravité", condition de la révision (43).

(41) Cass. civ. 6 février 1985. Bull. civ. II, n° 31 ; Rep. Defrenois, 1985, art. 33581, p. 994, Obs. Massip.

(42) Cf. : en faveur de l'action en révision : T.G.I. La Rochelle 29 juin 1977, G.P. 1977. II, p. 680 ; Poitiers 1er mars 1978. D. 1980. I. R., p. 75, Obs. Benabent ; Durrande, chron. cit. D. 1983, p. 197 et s. ; Vidal (J.), art. cit., p. 822 et s. - Contra : Poitiers 7 mai 1979. D. 1980, p. 507, note Massip ; J.C.P. 1980. II. 19448, note Lindon ; Paris 22 avril 1982, G.P. 1982. II, p. 403, note Massip ; Nerson (R.) et Rubellin-Devichi (J.), Obs. Rev. trim. dt. civ. 1980, p. 569 et même revue 1983, p. 527 ; De Poulpiquet (J.), chron. J.C.P. 1977. I., n° 2856 ; Chapelle (A.), art. préc. o. 431.

(43) La mesure de sauvegarde ne peut jouer que dans l'hypothèse où l'absence de révision laisserait le demandeur en révision dans "un état d'indigence et de quasi-

- En second lieu, les dispositions qui concernent le sort des enfants sont révisables en fonction de leur objet. La justification du principe de l'effet provisoire des dispositions conventionnelles dans ce domaine est simple ; toutes les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont prises en fonction de "l'intérêt de l'enfant" et doivent en conséquence primer la convention (44). La règle est établie à l'article 292 du Code civil, qui autorise l'un des époux ou le ministère public à demander au J.A.M. (art. 247 al. 2 du Code civil), les modifications nécessaires lorsqu'elles sont justifiées par des "motifs graves", établis par le demandeur en révision (45). Ce critère restrictif se conçoit aisément puisqu'il s'agit de remettre en cause les accords des époux pris au moment du divorce, sous le contrôle du juge, et qui offraient en conséquence la garantie de conformité à l'intérêt de l'enfant. Les juridictions du fond apprécient souverainement la gravité des motifs invoqués, par une décision motivée (46).

Dans la même optique, les dispositions de la convention homologuée relatives à la contribution due pour l'entretien et l'éducation des enfants par l'époux non-gardien sont révisables en fonction des besoins des enfants et des ressources du débiteur. Dans cette hypothèse, l'obligation qui est d'ordre public se justifie par ailleurs par le caractère alimentaire de la pension qui implique sa variabilité. En conséquence, ni l'autorité de la chose jugée, ni la convention des parties ne peuvent y faire obstacle. Le J.A.M. statue d'ailleurs sur ce problème sans formalité conformément à l'article 247 alinéa 3 du Code civil, et il n'existe pas en ce domaine de critères restrictifs destinés à en limiter la portée. La Cour de cassation l'a affirmé le 21

dénuement". Cf. civ. 11 mars 1981. G.P. 1981. II., p. 268 (en l'espèce, l'épouse créancière était incapable de travailler pour raison de santé) ; T.G.I. Arras, 20 novembre 1980, J.C.P. 1981. IV, p. 390 (en l'espèce l'époux débiteur, gravement malade, fut admis à réduire la prestation compensatoire jusqu'à l'amélioration de son état). Par contre, la baisse des revenus par suite du chômage ou de la mise à la retraite n'entraîne pas forcément la remise en cause de la prestation compensatoire. - Cf. Civ. II, 18 juin 1986. D. 1987. S, p. 87, car l'appréciation de "l'exceptionnelle gravité" doit s'effectuer uniquement au regard de la situation de celui qui l'invoque. (Voir en ce sens Cass. civ. II, 6 janvier 1988. J.C.P. 1988. IV, p. 93), et relève en tout état de cause de l'appréciation souveraine des juges du fond. - Cf. Cass. civ. 11 juillet 1983. D. 1985. I. R., p. 174. - Contra : Paris 14 mai 1985. D. 1987. S., p. 48 ; Paris 27 juillet 1982. D. 1983. I. R., p. 453.

(44) Cf. Civ. 17 décembre 1984, J.C.P. 1985.IV, p. 77.

(45) Cf. Civ. 12 novembre 1980, G.P. 1981, p. 53.

(46) Cf. Civ. 18 juin 1981. G.P. 1982. I, p. 44, note Viatte ; D. 1982. I.R., p. 37. Obs. Benabent ; Rubellin-Devichi, Rev. trim. dt. civ. 1983, p. 524 ; Civ. 20 juillet 1983. Bull. II, n° 154, p. 106. La Cour de cassation se montre libérale dans l'appréciation de la notion de gravité. Il suffit que le juge mentionne les éléments de fait dont ressort l'opportunité de la modification.

avril 1982 : "En cas de divorce prononcé sur demande conjointe, aucune disposition légale ne supprime ni ne soumet à des conditions particulières le droit pour les parties de demander au juge de modifier, en considération des changements intervenus, le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs, mise par la convention homologuée à la charge de celui des parents qui n'en a pas la garde" (47).

- Enfin, c'est dans un autre esprit que doit être résolu le problème de la révocabilité de la convention autorisant l'épouse à conserver l'usage du nom de son conjoint. La réforme de 1975 a changé radicalement les solutions antérieures (48), en donnant à l'accord conclu par les époux sur ce point un caractère obligatoire destiné à éviter une remise en cause unilatérale, préjudiciable pour le conjoint (49), la règle s'applique avec d'autant plus de force dans la requête conjointe que la disposition sur le nom s'intègre dans un ensemble destiné à fixer le statut des époux, une fois la convention homologuée. Il serait illogique de donner à l'accord sur le port du nom, un régime dérogatoire qui fragiliserait l'équilibre reconnu au règlement amiable des conséquences du divorce. Seule une faute dans l'utilisation du nom serait de nature à engager la responsabilité de l'épouse, et à fonder une révocation de l'accord conclu sur ce point (50). Mais dans ce cas, la règle est générale et s'applique à tous les accords passés sur le nom, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au divorce, ainsi qu'aux accords conclus à l'occasion d'un divorce contentieux (51). La limite

(47) Civ. 21 avril 1982. G.P. 1983. I, p. 173, note J.M. ; D. 1983, p. 98, note Flora. - Voir sur la modification de la pension alimentaire due aux enfants par l'époux qui n'en a pas la garde, compte tenu des changements intervenus après divorce : Civ. 3 mars 1983. Bull. II, n° 64 ; D. 1983. I. R., p. 281 ; J.C.P. 1983. IV, p. 155 ; Paris 30 juin 1982, G.P. 1982. II, p. 440 ; Civ. 17 octobre 1985, D. 1987. Som. p. 43 ; Civ. 4 mars 1987, D. 1987. Som. p. 227.

(48) Cf. Civ. 20 février 1964. D. 1965, p. 209, note Foulon-Piganiol ; Paris 25 mai 1971, D. 1972, S. p. 37. - Voir Lebris (R.F.), "L'effet du divorce sur le nom des époux", D. 1965, chron. p. 141.

(49) Cf. art. 264 al. 3 du Code civ. - Cf. Paris 9 mars 1979, D. 1979, p. 471, note Massip. - Voir Breton (A.), "Le nom de la femme divorcée", Mélanges Rodière, 1981, p. 17 et s.

(50) Lorsque notamment l'épouse porte atteinte à la réputation du nom et à la personnalité de son titulaire. Cf. Paris 9 mars 1979, préc. ; T.G.I. Paris 10 février 1981. D. 1981, p. 443, note Lindon ; J.C.P. 1981. II. 19624, note Huet-Weiller ; Nerson (R.) et Rubellin-Devichi (J.), Obs. Rev. trim. dt. civ. 1981, p. 623.

(51) Sauf à réserver l'hypothèse du divorce pour rupture de la vie commune lorsqu'il est demandé par le mari. L'épouse conserve alors de "plein droit" la possibilité d'utiliser l'usage du nom, sans qu'il soit nécessaire qu'un accord intervienne sur ce point entre les époux (cf. art. 264 al. 2 du Code civ.). La règle est applicable, même si une demande reconventionnelle fondée sur l'article 241 a abouti au prononcé du divorce pour faute. Cf. civ. 4 juin 1986. J.C.P. 1987, n° 20751, note Benabent.

qui apparaît n'est alors qu'une application de la théorie générale de l'abus de droit.

CONCLUSION

Le rôle reconnu au consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe démontre la nature hybride de cette forme de divorce, constamment tirillée entre sa nature contractuelle et ses composantes institutionnelles. Il ne s'agit pas de faire une critique systématique des principes solidement établis désormais en la matière, et qui ne présentent de ce chef qu'un intérêt rétrospectif, mais d'attirer l'attention sur les rôles respectifs que doivent remplir les conseils et le juge avant la décision d'homologation. La pratique a démontré que les mécanismes rigoureux, institués par le législateur, pour éviter les contentieux après-divorce n'ont pas toujours bien fonctionné.

Il s'avère urgent de renforcer les garanties en cours de procédure, avant la date fatidique de l'homologation. C'est la mission des avocats et des notaires, contrôlés par le juge, de mettre en garde les parties sur le caractère définitif de leurs dispositions lorsque le divorce est prononcé, et de se donner surtout les moyens d'éviter des injustices irréparables pour l'avenir (52). Dans le cas contraire, les époux pourraient bien se désintéresser de cette procédure qui semblait pourtant prioritaire dans l'esprit de la législation de 1975.

(52) Consulter sur ce problème l'étude très détaillée de Lafond (J.), art. cit. G.P. 1988, p. 5.

**PROBLEMATIQUE DE LA PROTECTION DU
PARFUM PAR LE DROIT D'AUTEUR**

Par

Olivier LALIGANT

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

*Chargé du Séminaire de Recherche en Propriété littéraire
et artistique à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence*

SOMMAIRE

Introduction.....	n° 1 à 3
I - Les termes de la question de la protection	
du parfum par le moyen du droit d'auteur	n° 4 à 8
A) Les avantages du recours au droit d'auteur	n° 5
B) Les incidences de la spécificité du parfum sur la protection par le droit d'auteur	n° 6 à 8
a) Détermination de la protection effective- ment utilisable.....	n° 7
b) Détermination de la position du droit positif à l'égard de cette protection.....	n° 8
II - Les conditions de mise en jeu de la protection	
du parfum par le moyen du droit d'auteur	n° 9 à 15
A) Le parfum, oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur	n° 10 à 12
a) Le parfum considéré lui-même, indépendamment de son support.....	n° 11
b) Le parfum considéré en tant qu'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur	n° 12
B) Le parfum, oeuvre de l'esprit protégé par le droit d'auteur.....	n° 13 à 15
a) Le parfum et les conditions positives de la protection.....	n° 14
b) Le parfum et la condition négative de la protection.....	n° 15
Conclusion.....	n° 16

INTRODUCTION

1. - **Importance et pillage du parfum.** - Nul ne saurait contester que les grands parfums français ont contribué et contribuent encore largement au renom de la France, ainsi qu'à sa prospérité économique. Avec la Haute Couture, notamment, la Parfumerie française a fait longtemps de la France le symbole du raffinement et a puissamment servi le rayonnement de notre culture à l'étranger (1). Parallèlement elle a occupé et elle occupe encore une place importante dans l'économie nationale. A diverses reprises, en effet, "la balance commerciale annuelle de la France n'a été bénéficiaire que grâce au solde très largement créditeur de la Parfumerie" (2). Et, on l'ignore ou on l'oublie, "ce soutien à l'économie française, la Parfumerie l'apporte sans une défaillance depuis près d'un siècle" (3).

Mais comme il en va malheureusement de toute activité commerciale ou industrielle hautement rentable, les créations de la Parfumerie font l'objet d'une concurrence redoutable et bien rarement loyale. En effet, "jusqu'ici, tous les beaux parfums créés ont été outrageusement et impunément copiés de multiples fois dès leur apparition sur le marché" (4). Ainsi, à l'heure actuelle, peut-on dénombrer sur le marché français plus de 150 parfums dont beaucoup "sont des copies plus ou moins démarquées les uns des autres" (5). Ce qui a coûté cher et coûte très cher encore à la Parfumerie française puisqu'aux alentours de 1980, de grandes Maisons comme Dior ou Chanel dépensaient déjà annuellement 500.000 francs pour essayer d'endiguer le pillage des créations qu'elles commercialisaient (6). De cet état de choses, il n'est pas douteux que les modes traditionnels de protection juridique du parfum soient, en raison de leurs insuffisances, partiellement la cause...

(1) Sur l'ensemble de la question, v. not. le bel ouvrage de M. Edmond Roudnitska, "Le Parfum", P.U.F., 2^e éd., 1987, p. 109 et s.

(2) Ibid., p. 120.

(3) Ibid., p. 120.

(4) Ibid., p. 76.

(5) Ibid., p. 122.

(6) Information tirée de l'ouvrage "Le droit du parfum" de M. J.-P. Pamoukdjian, ouvrage de référence paru à la L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome CLXXIV, 1982, p. 159.

2. - **Les modes traditionnels de protection juridique du parfum, et leurs insuffisances.** - Dans l'opinion courante, la Parfumerie est plus une science qu'un art, et ceci parce qu'elle utilise comme matériaux des produits odorants, naturels ou synthétiques, obtenus, les uns comme les autres, par des méthodes scientifiques. Il est donc naturel que les modes de protection juridique classiquement envisagés soient, à titre principal (7), sous-tendus par le souci d'assurer la protection d'un savoir-faire technique, ou plus largement d'une "idée" (8). A cet égard, il importe de distinguer entre, d'une part, les diverses protections de type non privatif du savoir-faire, relevant toutes du droit commun, et, d'autre part, la protection de type privatif offerte par le droit des inventions brevetables, protection relevant d'un droit d'exception, puisque, il ne faut pas l'oublier, la situation normale des idées est de n'appartenir à personne, d'être de libre utilisation...

I - LES DIVERSES PROTECTIONS DE TYPE NON PRIVATIF DU SAVOIR-FAIRE IMPLIQUE PAR LA CREATION D'UN PARFUM, ET LEURS INSUFFISANCES. - Pour protéger le savoir-faire technique, dit encore Know-How, deux voies sont envisageables : la voie pénale et la voie civile.

1°) *La voie pénale.* - Le droit pénal permet certes d'agir contre celui qui a porté atteinte au secret dans lequel est tenue la formule du parfum, notamment sur le fondement de l'article 418 du Code pénal qui prévoit et réprime la divulgation du secret de fabrique. Mais il ne faut pas trop attendre de la protection instituée par ce texte. En effet, les personnes visées par celui-ci sont uniquement celles qui ont eu connaissance du secret en raison de leurs fonctions dans l'entreprise, et encore à condition qu'il s'agisse d'un "directeur, commis ou ouvrier", c'est-à-dire de quelqu'un lié par un contrat de travail. Autrement dit, échappent à cette incrimination, non seulement, en cas de contrat de sous-traitance, très fréquent en parfumerie, le sous-traitant lui-même

(7) A côté de ceux-ci peut certes être encore mentionnée une protection indirecte, accessoire, dans le droit des marques. Mais la protection n'est que "périphérique" puisqu'il n'est pas possible d'assurer par ce moyen l'exclusivité du parfum à son créateur ou à une entreprise déterminée, mais seulement d'assurer l'exclusivité du nom sous lequel le parfum est commercialisé, ou plus largement l'exclusivité du signe qui accompagne la commercialisation du parfum. Ce qui ne veut pas dire que cette protection soit négligeable comme l'a montré récemment encore le procès qui opposa Mme Annick Goutal, titulaire des droits afférents à un parfum dénommé "Passion", à un puissant groupe américain qui avait proposé à Liz Taylor de lancer un parfum dénommé lui aussi "Passion", puisque ce groupe, au terme d'un procès retentissant, fut contraint de rebaptiser son parfum "Elisabeth Taylor's Passion".

(8) Au sens, certes fort imprécis, qu'a ce terme en "propriété intellectuelle" dans l'opposition traditionnellement faite entre forme et idée.

et le salarié de celui-ci, mais également, et dans toutes les hypothèses, le tiers bénéficiaire de la divulgation illicite.

Par ailleurs, seuls les salariés en fonction dans l'entreprise au moment de la communication peuvent en principe être poursuivis, l'alinéa 1° de l'article 418 du Code pénal faisant en effet référence à "la fabrique où il est employé". Or, dans la branche de la parfumerie, la question se pose avec acuité, car les salariés créateurs de parfums sont fortement sollicités par les entreprises concurrentes, notamment américaines, et beaucoup se laissent tenter par leurs propositions (9).

2°) *La voie civile.* - Le droit pénal réprimant, c'est par le droit civil que peut être recherchée la réparation du dommage. Mais, il faut le rappeler, c'est un principe en droit français, et dans la plupart des droits du monde, que les idées n'appartiennent à personne, qu'elles sont de libre utilisation. Le fait de "copier" un parfum dénué de toute protection privative n'est donc a priori que l'exercice d'une liberté : la liberté du commerce et de l'industrie. Une liberté peut cependant être légitimement restreinte par le jeu d'un contrat, et il y a là un premier moyen pour assurer, au civil, une protection du savoir-faire impliqué par la création d'un parfum. Mais le droit civil offre encore une autre protection possible : la responsabilité civile délictuelle, le "copieur" causant en effet un dommage et devant le réparer si ses agissements sont susceptibles de s'analyser comme une faute. Cette responsabilité délictuelle est naturellement fondée sur l'article 1382 du Code civil et prend généralement entre entreprises la forme d'une action en concurrence déloyale.

a) La protection contractuelle. - Dans la plupart des cas, la conception d'une formule de parfum, puis sa fabrication, sont confiées par les Maisons de Parfumerie à des sous-traitants (10). C'est dire que les situations contractuelles possibles sont fort diverses. Mais qu'il s'agisse de contrats régissant les relations au sein de l'entreprise ou des contrats régissant les relations d'entreprise à entreprise, la protection ne peut s'organiser qu'autour de quelques obligations qui,

(9) Sur l'ensemble de la question, v. not. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 188-189.

(10) Il ne s'agit là que des deux situations de base, une Maison de Parfumerie pouvant en réalité confier la conception de la formule à un sous-traitant, mais assurer elle-même la fabrication ; ou encore confier la conception de la formule et la fabrication à un seul et même sous-traitant ; ou encore confier la conception de la formule à un sous-traitant et la fabrication à un autre. Précisons, en outre, qu'assez souvent l'entreprise de création de parfums est en même temps une entreprise de matières premières pour la parfumerie et qu'alors celle-ci n'accepte de créer un parfum pour une Maison de Parfumerie qu'à charge pour cette dernière de s'approvisionner exclusivement chez elle d'une certaine quantité de matières premières pendant un temps déterminé (cf. infra. Première partie. B).

classiquement, tendent à empêcher la divulgation et l'exploitation du savoir-faire (11). Et bien que cette protection ne soit pas à négliger, et qu'elle soit même améliorable au plan de la rédaction et de la prévision, il n'en demeure pas moins qu'elle a des limites inhérentes à sa nature même : limites qui tiennent, d'une manière générale, à l'effet relatif des conventions, et, d'une manière particulière, à la nature assez illusoire de la protection découlant des clauses en vertu desquelles le salarié est tenu, postérieurement à la cessation de son contrat de travail et pour un temps déterminé (12) à une obligation de non utilisation des formules et procédés en vigueur chez son ancien employeur.

b) La protection extra-contractuelle. - La responsabilité civile délictuelle est l'autre voie qu'il est possible d'emprunter pour tenter d'assurer la protection du savoir-faire impliqué par la création d'un parfum. Il s'agit d'une voie complémentaire de la précédente puisqu'elle permet d'étendre, sous certaines conditions, le champ de la protection à des tiers qui, a priori, ne sont astreints à aucun comportement particulier. Cette responsabilité délictuelle, qui prend généralement entre entreprises la forme d'une action en concurrence déloyale, suppose par sa mise en jeu la réunion de trois éléments traditionnels : la faute, le dommage et le lien de causalité.

La difficulté, bien évidemment, réside dans la faute, puisque, rappelons-le, le fait de "copier" un parfum qui ne fait l'objet d'aucune protection privative est en principe licite : il n'y a là que l'exercice d'une liberté, la liberté du commerce et de l'industrie (13).

Dès lors, c'est seulement dans la manière dont est réalisée "la copie" que peut être recherchée et découverte la faute. Autrement dit, c'est la façon dont le savoir-faire a été obtenu, et non l'action elle-même de l'obtenir, qui peut être tenue pour fautive. Certes, dans l'hypothèse, assez étroite, où le tiers, étranger à l'obligation de secret, a obtenu le savoir-faire du détenteur du savoir-faire lui-même et où ledit tiers a participé aux menées qui ont abouti à la violation du secret, la preuve de la faute n'est pas trop malaisée, car il est traditionnellement admis que le fait de prendre part à un agissement illicite consistant dans la violation d'une obligation contractuelle est une faute. En

(11) Sur l'ensemble de la question, v. not., J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 186 à 189.

(12) Pour nombre de parfums, cette durée -qui est généralement de 2 à 4 ans- est beaucoup trop limitée... Que dire alors pour des parfums qui sont de grands succès, tels n° 5 de Chanel, lancé en 1925 ; pour Shalimar de Guerlain, de la même époque ; pour Femme de Rochas, sorti vingt ans plus tard ; pour Dior et Diorissimo, lancés respectivement trois et quinze ans après Femme de Rochas...

(13) Ainsi, par exemple, le fait de reconstituer un parfum non privativement protégé à partir de sa simple odeur, par "le nez", ne serait être considéré comme fautif...

revanche, dans l'hypothèse, beaucoup plus large et beaucoup plus fréquente, où le savoir-faire n'a pas été obtenu du détenteur du savoir-faire lui-même, la faute peut seulement être recherchée dans le fait de pénétrer une entreprise et ses secrets, et hormis le cas où cet agissement constitue une faute pénale, bien rarement pourra être établie la faute en l'état actuel de notre droit. Force est ainsi d'admettre qu'il n'y a pas beaucoup à attendre de l'action en concurrence déloyale (14).

II - LA PROTECTION DE TYPE PRIVATIF DU SAVOIR-FAIRE IMPLIQUE PAR LA CREATION D'UN PARFUM AU MOYEN DU DROIT DES INVENTIONS BREVETABLES, ET SES INSUFFISANCES. - Si l'analyse théorique permet de conclure à l'applicabilité du droit des inventions brevetables, l'examen de la pratique révèle qu'en matière de parfum, cette protection est, en fait, totalement inadéquate (15).

1°) *Applicabilité du droit des inventions brevetables au savoir-faire lié à la création d'un parfum.* - Lorsqu'a été mise au point la formule d'un parfum, création composée de diverses matières premières, est-il possible de faire breveter cette simple composition de produits ? A cette question, il est possible de répondre de manière positive dès lors que ledit savoir-faire répond aux exigences posées par l'article 6 de la loi du 2 janvier 1968, telle que modifiée par la loi du 13 juillet 1978, c'est-à-dire dès lors que ledit savoir-faire, d'une part s'analyse comme invention et, d'autre part, apparaît comme une invention nouvelle, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle.

a) La notion d'invention. - Sous ce terme l'article 6, paragraphe 1° de la loi de 1968 telle que modifiée par la loi de 1978 vise en réalité la seule invention technique. Autrement dit est seulement susceptible de constituer l'objet du droit des inventions brevetables, l'idée, la découverte, "concourant dans son objet, son application et son résultat à la production de biens ou de résultats techniques". A cet égard aucune difficulté ne semble devoir être rencontrée, le savoir-faire lié à la création d'un parfum ayant indiscutablement un caractère technique.

(14) V. not. dans le même sens M. Magnin, qui considère que l'action en concurrence déloyale n'offre pas "une solution satisfaisante pour la protection du Know-How" (in Know-How et Propriété Industrielle, Librairies Techniques, 1974, n° 381, p. 205), v. également R. Fabre, "Le Know-How, sa réservation en droit commun", Litec, 1976, n° 213, p. 130. V. encore J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 189.

(15) Sur l'ensemble de la question, v. l'analyse très fouillée de M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 190 à 208.

b) Les traits caractéristiques de l'invention. - Cela étant, il faut que la composition de parfum apparaisse comme une invention "nouvelle", comme une invention "impliquant une activité inventive", et enfin comme une invention "susceptible d'application industrielle".

La composition de parfum ne peut être considérée comme nouvelle, selon l'article 6 paragraphe 1° de la loi de 1968 telle que modifiée par la loi de 1978, que "si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique". Et, ajoute le paragraphe 2 du même texte, "l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen". Or, comme en matière de parfum tout est gardé secret, qu'aucune formule n'est rendue accessible au public (le public s'entend ici de toute personne qui n'est pas tenue au secret), il est clair que cette exigence se trouve satisfaite sans aucune difficulté.

La composition de parfum doit encore impliquer "une activité inventive". Cette exigence soulève en revanche plus de difficultés, car, aux termes de l'article 10 de la loi de 1968 telle que modifiée en 1978, "une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour l'homme de métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique". En effet, ainsi que le souligne M. J.-P. Pamoukdjian, à la différence de la plupart des pseudo-parfums que sont les eaux de toilette (16), seuls "les vrais parfums ou extraits (ou dérivés d'extraits), c'est-à-dire ceux qui font l'objet d'une recherche approfondie" (17) ne découlent pas d'une manière évidente de la technique pour un homme de métier.

La composition de parfum doit, enfin, être "susceptible d'application industrielle". Et dispose l'article 11 de la loi de 1968 telle que modifiée en 1978, "une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle, si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie". Sans s'arrêter à la question de savoir si cette exigence est véritablement une exigence différente de celles déjà examinées, il paraît certain, pour ce qui est des compositions de parfum, que cette exigence ne soulève aucune difficulté. En effet, il est évident que les compositions de parfum sont nécessairement fabriquées, ou plutôt reproduites, en milieu industriel.

(16) Pour ne rien dire de la plupart des eaux de Cologne et des eaux de Lavande.

(17) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 194.

2°) *Inadéquation de la protection offerte par la droit des inventions brevetables à l'égard du savoir-faire impliqué par la création d'un parfum.* - S'il est clair qu'a priori, rien ne s'oppose à ce qu'une composition de parfum puisse faire l'objet d'un brevet d'invention, force est de constater que, "à ce jour, aucun parfumeur n'a fait breveter sa formule, sauf de rares exceptions au XIXe siècle" (18). A cela, il est, principalement, deux raisons...

La première de ces raisons est que le fait de breveter une formule obligerait à la divulguer, le brevet impliquant nécessairement une publication intégrale de la formule de parfum, c'est-à-dire des éléments entrant dans la composition de celui-ci et de leurs proportions respectives. Or, une telle publication, non seulement entraînerait une foule de contrefaçons, mais encore et surtout faciliterait grandement celles-ci.

La seconde de ces raisons est que si la contrefaçon était décelée -et il n'est pas facile, on va le voir, de la déceler- sa preuve se heurterait à des difficultés extrêmes découlant du fait que le parfum ne peut à l'heure actuelle être défini par sa formule chimique, car le nombre réel de constituants moléculaires entrant dans sa composition est immense et que toutes les molécules y entrant ne sont pas identifiées (19). Ainsi -première difficulté- on sait que l'étendue de la protection conférée par le brevet dépend des revendications expresses qui y figurent. Or, en matière de parfumerie, les revendications expresses susceptibles d'être formulées ne peuvent à l'heure actuelle porter que sur les produits entrant dans la composition de parfum, ainsi que sur leurs proportions respectives, mais point sur la liste de toutes les molécules entrant dans la composition, avec leurs proportions respectives, car "un bon nombre sont encore actuellement non identifiées" (20). Ensuite -autre difficulté- en supposant que la formule du contrefacteur ait pu être reconstituée, comment déterminer s'il s'agit d'une contrefaçon ou d'une formule nouvelle lorsque l'on sait que "20 ou 30 % de constituants différents peuvent bouleverser profondément la structure olfactive du produit et qu'il en est de même pour toute modification de proportions" (21) et qu'en outre, en matière de composition de parfum, une différence de détail "est souvent l'élément capital

(18) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 195.

(19) En effet, "le nombre des matières premières entrant dans une composition est de l'ordre de 10 à 15, mais comme certaines d'entre elles sont déjà des mélanges, le nombre des constituants moléculaires réels est immense : plusieurs centaines au moins, même en négligeant les traces" (J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 197). Par ailleurs, "il existe un nombre incalculable de substances chimiques possédant une odeur propre et seulement 400 000 sont connues à ce jour" (J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 197).

(20) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 200.

(21) Ibid., p. 201.

distinguant très nettement un produit d'un autre" (22). Enfin - dernière difficulté, et non la moindre- la spécificité des odeurs ne peut être rattachée à des constitutions chimiques déterminées. Ce qui veut dire que des constitutions chimiques analogues donnent "des odeurs semblables ou des odeurs différentes "et aussi que des constitutions chimiques très différentes donnent "des odeurs à peu près identiques" (23). Ainsi un "concurrent" un peu habile ne manquera pas de jouer de ces particularités pour obtenir une identité ou une similarité d'odeur tout en utilisant des ingrédients différents, des molécules différentes, voire des proportions différentes. Et dans ces conditions engager une action en contrefaçon contre ledit "concurrent" serait une entreprise vouée à l'échec.

3. - Un mode de protection inemployé : le Droit d'auteur. - Les insuffisances des modes traditionnels de protection invitent à se demander si, au lieu de vouloir protéger le savoir-faire impliqué par la création du parfum, il ne vaudrait pas mieux envisager de protéger le parfum en tant qu'oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur.

L'absence quasi complète de jurisprudence (24), l'ancienneté et la brièveté de la plupart des rares analyses doctrinales existantes (25) ne sont certes pas, de prime abord, très encourageantes (26). Mais l'évolution récente du droit d'auteur (27), et notamment de son objet (28), ainsi que l'importance croissante du poids économique de l'industrie aromatique (29), nous paraissent autant d'invites à se pencher à nouveau sur la question de savoir si le parfum est ou non susceptible d'être considéré comme une oeuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur.

Or, à cet égard, deux facteurs nous paraissent la base obligée de toute réflexion : la spécificité du parfum, dont nous avons pu déjà mesurer l'importance lors du bref examen des possibilités de protection offertes par le droit des inventions brevetables et, par ailleurs, l'approfondissement ces dernières années de la recherche menée par les spécialistes du droit d'auteur sur l'objet même de cette discipline (30), qui permet une

(22) Ibid.

(23) M. Pieron, "La sensation", P.U.F., p. 56. v. également J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 201.

(24) Cf. infra, I^o Partie, B.

(25) Hormis l'importante étude, en 1982 de M. J.-P. Pamoukdjian, spécialiste de droit commercial, sur "Le droit du Parfum", précitée.

(26) Cf. infra, I^o Partie, B.

(27) Dont la loi du 3 juillet 1985 est un signe net.

(28) Cf. infra, I^o Partie, B.

(29) Ibid.

(30) Cf. not. Y. Cherpillod, "L'objet du droit d'auteur", éd. Cédidec, Lausanne, 1985.

meilleure présentation de la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur.

Aussi nous paraît-il indispensable de commencer par bien préciser les termes dans lesquels se pose la question de la protection du parfum par le moyen du droit d'auteur (I), puis, cela étant, de voir si le parfum peut réellement satisfaire aux conditions de mise en jeu de la protection offerte par le droit d'auteur, telles qu'elles apparaissent aujourd'hui (II).

I - LES TERMES DE LA QUESTION DE LA PROTECTION DU PARFUM PAR LE MOYEN DU DROIT D'AUTEUR

4. - Avant de préciser les incidences de la spécificité du parfum sur la protection offerte par le droit d'auteur (B), il convient de souligner les avantages du recours au droit d'auteur (A).

A - Les avantages du recours au droit d'auteur

5. - Ces avantages dont les principaux sont seulement évoqués ici, découlent tous de ce que le droit d'auteur est constitué d'un ensemble de droits subjectifs qui confèrent, parce qu'il s'agit de droits subjectifs la protection la plus large qui soit, et parce qu'il s'agit de droits subjectifs ayant pour fin de protéger les oeuvres de l'esprit, une protection particulière instituée en considération des intérêts des auteurs de ces oeuvres, et cela même en l'absence de toute atteinte.

En effet, du seul fait de la création de l'oeuvre -et l'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute communication au public (31), du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur (32)- le créateur est investi, sans formalité aucune, du droit d'auteur (33). Ainsi le droit d'auteur dans son ensemble, c'est-à-dire attributs moraux mais aussi attributs patrimoniaux (34), naît, non pas d'un acte

(31) Les termes utilisés par le législateur sont en réalité "divulgarion publique", mais ils doivent être pris là au sens de "communication au public" (v. not. en ce sens S. Strömholm, "Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave", Stockholm, P.A. Norstedt et Söners Forlag, vol. II, t. 2, n° 196, p. 203).

(32) A. 7 de la loi du 11 mars 1957.

(33) A. 1 de la loi du 11 mars 1957.

(34) En effet, les attributs du monopole d'exploitation de l'oeuvre et la propriété corporelle de celle-ci existent tous -contrairement à une opinion assez répandue dans la doctrine contemporaine- dès la création de l'oeuvre : pour la démonstration de ce point, voir notre ouvrage "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", Coll. Bibl. de droit privé, Tome CLXXVI, L.G.D.J., 1983, n° 32, p. 88 à 91, ainsi que p. 93 à 94.

juridique comme l'accomplissement d'une formalité, ainsi qu'il en va dans le droit des inventions brevetables, mais d'un simple fait juridique : la création de l'oeuvre. Ensuite, autre avantage, étant investi du droit d'auteur, le créateur se trouve par le fait même investi, originellement du moins (35), de l'ensemble des attributs de ce droit, c'est-à-dire des prérogatives patrimoniales qui assurent un contrôle sur la communication de l'oeuvre au public (36) pendant toute la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort, mais également des prérogatives extrapatrimoniales assurant une protection des plus importants intérêts moraux liés à la communication de l'oeuvre au public (37), et cela sans aucune limitation de durée. Ce qui est très supérieur à ce que peut offrir le droit des inventions brevetables, et particulièrement intéressant pour une création qui se révèle un grand succès, tel n° 5 de Chanel créé en 1925 ! Enfin, autre avantage, tant que l'oeuvre n'a pas fait l'objet d'une divulgation (38), celle-ci reste soumise à un régime juridique très particulier, dérogoire du droit commun, et ayant pour conséquence d'éviter que l'oeuvre ne se trouve "mise en circulation" indépendamment de la volonté de l'auteur (39).

A ces avantages s'en ajoutent d'autres -les seuls peut-être que retiendront les entreprises (40) : les avantages qui sont

(35) Est à l'origine investie du droit d'auteur la personne physique qui réalise la création de l'oeuvre. Elle seule, en effet, a vocation de principe à se voir attribuée le droit d'auteur comme l'affirme d'ailleurs l'a. 1° de la loi du 11 mars 1957 lorsqu'il dispose que l'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de la création, du droit d'auteur. D'où il résulte, par exemple, que le fait que l'auteur soit lié par un contrat de travail et qu'il ait exécuté son oeuvre dans le cadre de ce contrat n'empêche pas que le droit d'auteur naisse sur sa tête. Certes les attributs afférents au monopole d'exploitation de l'oeuvre se trouveront transmis de plein droit à l'employeur par le seul effet du contrat de travail, mais non les prérogatives qui constituent le droit moral, celles-ci étant incessibles. Et au cas où ledit employeur serait une personne morale, celui-ci devrait désigner, en cas d'action en justice sur le fondement des dispositions de la loi du 11 mars 1957, la personne physique ayant créée l'oeuvre qu'il entend faire protéger, puisque, corollaire du principe de l'attribution du droit d'auteur au créateur de l'oeuvre, une personne morale ne peut -hormis l'hypothèse d'une oeuvre collective (ce que n'est pas un parfum)- être titulaire du droit d'auteur.

(36) Droit de reproduction et droit de représentation, notamment, qui constituent le monopole d'exploitation et qui sont respectivement consacrés aux articles 27 et 28 de la loi du 11 mars 1957.

(37) Droit de divulgation et droit de représentation, respectivement consacrés aux articles 19 et 32 de la loi du 11 mars 1957, ainsi que droit à la paternité de l'oeuvre et droit au respect de l'oeuvre, consacrés tous deux à l'article 6 de la loi de 1957.

(38) Pour les nombreuses difficultés soulevées par la notion de divulgation, voir notre ouvrage précité, n° 8 à 74, p. 43 à 226. Plus précisément, pour une étude critique des analyses classiques de la divulgation, cf. n° 11 à 33, p. 53 à 94, et pour la présentation d'une nouvelle analyse de la notion de divulgation ainsi qu'une tentative de définition de celle-ci, cf. n° 34 à 36, p. 95 à 103.

(39) Pour le développement de cette question, voir notre ouvrage précitée, 83 à 93, notamment, p. 260 à 326.

(40) Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'il n'y a pas si longtemps, le recours à la loi du 11 mars 1957 a été motivé, pour beaucoup, par la possibilité de disposer d'une action en contrefaçon pour assurer la protection du logiciel. Et même, on peut

attachés aux actions en justice sanctionnant les divers attributs du droit d'auteur (41), ainsi que l'action en contrefaçon, sanction majeure du monopole d'exploitation ... Action dont le succès, sans pour autant être facile, est plus à portée. La preuve d'une ressemblance suffisante de forme -le droit d'auteur protège la forme et non l'idée- était en effet plus facile à rapporter puisqu'il est généralement admis qu'il y a ressemblance de forme suffisante à partir du moment où les traits caractéristiques de la forme protégée se retrouvent dans l'oeuvre contrefaisante (42).

B - Les incidences de la spécificité de parfum sur la protection par le droit d'auteur

6. - La spécificité même du parfum oblige, avant toute autre chose, à déterminer les possibilités effectives de protection par le moyen du droit d'auteur. Et cette spécificité même nous permet aussi de mieux comprendre la situation du droit positif à cet égard.

a) Détermination de la protection effectivement utilisable

7. - Avant d'aller plus loin, il convient de souligner que si le droit d'auteur était susceptible d'offrir une protection au parfum considéré en tant qu'oeuvre de l'esprit, en tant qu'ensemble de formes, ne devrait pas, théoriquement, entrer en ligne de compte la manière dont lesdites formes seraient exprimées -des mots et des chiffres sur du papier, ou des odeurs dans l'air (43)- puisque l'a. 2 de la loi du 11 mars 1957 dispose que le droit d'auteur protège les oeuvres de l'esprit qu'elle qu'en

aller jusqu'à affirmer, comme l'a dit excellemment le Professeur Michel Vivant que "c'est cet aspect là, et quasiment lui seul qui a suscité cette quête farouche d'une reconnaissance du logiciel comme oeuvre relevant de la loi de 1957" (in "Lamy, droit de l'informatique", par M. Vivant, Ch. Le Stanc, L. Rapp et M. Guibal, éd. Lamy, 1989, n° 985, p. 632).

(41) Nous croyons, partageant là une opinion souvent défendue (cf. not. à ce sujet Paul Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", Coll. Philosophie du Droit, Dalloz, 1963, n° 7, p. 54 à 60 et n° 18, p. 130-131, ainsi que Pierre Kayser, "Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 41, p. 500 à 503) que toutes les fois qu'on a un droit subjectif, on a aussi, du fait même qu'on a un droit de cette sorte une action en justice qui vient le garantir (cf. notre ouvrage précité, n° 167, p. 471-472 ainsi que n° 220 à 236, p. 569 à 601, pour l'action sanctionnant le droit moral de divulgation : l'action en contestation de divulgation).

(42) Autrement dit, en matière de parfum, à partir du moment où les traits caractéristiques de la forme olfactive -et plus précisément encore du thème principal de celle-ci, à savoir les notes de coeur (cf. à ce propos infra)- se retrouvent dans l'oeuvre contrefaisante.

(43) De la même manière qu'une composition musicale peut être exprimée soit par des signes inscrits sur une partition, soit par des sons tirés d'un instrument.

soit la "forme d'expression", entendons par là le mode d'expression. Ainsi n'y aurait-il théoriquement pas à distinguer entre, d'une part, le texte de la formule, ensemble de mots et de chiffres pouvant s'analyser comme une "oeuvre littéraire", apparaissant comme constituée de formes visuelles (44) et d'autre part, le parfum en tant que composition olfactive, ensemble d'odeurs pouvant s'analyser comme une oeuvre "artistique", apparaissant comme constituée de formes olfactives (45). Pourtant il est nécessaire, en pratique, de faire cette distinction, car, nous l'avons vu, le parfum ne peut en l'état actuel de la science être défini par sa formule chimique et qu'en conséquence "la formule" du parfum comporte uniquement en réalité l'énonciation des matières premières entant dans sa composition, ainsi que leurs proportions respectives. Et rien d'autre ! Ce qui signifie qu'à la différence de la partition sur laquelle est transcrite l'intégralité de l'oeuvre musicale, "la formule" ne donne pas du parfum, composition odoriférante, une transcription complète. La raison de cet état de choses est que "si la plupart des composants participent au thème principal de la forme olfactive, leur proportion n'y est pas constante puisqu'ils n'ont pas tous la même volatilité" (46). Autrement dit, "la proportion de chaque composant, qui figure sur la formule, n'est qu'une proportion apparente qui sera en constante évolution au cours du déroulement du film olfactif" (47). Et c'est pourquoi "profanes, critiques et même compositeurs peu avertis" ne peuvent "à la simple lecture d'une formule deviner les mouvements divers, les fusions, les oppositions, les transferts, les mutations, qui s'opèrent au sein du mélange" (48). Que "la formule" du parfum ne permette pas de se faire une idée du déroulement du parfum, c'est-à-dire de l'ensemble des formes olfactives de celui-ci, met bien en lumière que, même dans l'hypothèse très douteuse où le texte de la formule serait considéré par les tribunaux comme une oeuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur (49)

(44) C'est-à-dire destinées à provoquer des sensations visuelles : sur les sensations et les perceptions, v. not. Ed. Roudnitska, op. cit., p. 12 à 18.

(45) C'est-à-dire destinées à provoquer des sensations olfactives et agissant essentiellement, par conséquent, sur le système olfactif.

(46) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 37.

(47) Ibid., p. 38.

(48) Ibid., p. 38.

(49) Que "la formule" du parfum puisse être protégée par la loi du 11 mars 1957 en tant qu'oeuvre "littéraire" est en effet fort douteux, car il faudrait pour cela qu'elle satisfasse à l'exigence d'originalité. Certes, la jurisprudence a fait bénéficier de la protection du droit d'auteur des tableaux synoptiques, des répertoires, des formulaires même. Mais c'était parce qu'ils avaient dans la présentation ou dans la méthode de classement une certaine originalité. En notre matière, on voit mal en revanche comment la simple énumération des matières premières entrant dans la composition du parfum, et de leurs proportions respectives, pourrait être dotée d'une mise en forme originale...

d'insurmontables difficultés de preuve ne manqueraient pas de surgir en cas de poursuite en contrefaçon, car la comparaison des deux "formules" serait insusceptible, pour les raisons indiquées ci-dessus, de faire apparaître la moindre imitation. Difficultés qui n'existeraient pas, avec cette force du moins, si la comparaison portait sur deux formes olfactives...

Des possibilités de protection offertes par le droit d'auteur, il ne reste donc, en fait, que celle relative au parfum en tant que composition odoriférante. Mais, pour pouvoir en bénéficier, encore faut-il que le parfum considéré comme un ensemble de formes olfactives puisse s'analyser comme une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957...

b) Détermination de la position du droit positif à l'égard de cette protection

8. - Lorsqu'on examine le droit positif, force est de reconnaître que jurisprudence et doctrine, dans l'ensemble, ne se sont pas prononcées d'une manière très favorable sur la question de savoir si le parfum pouvait être considéré comme une composition de formes olfactives, composition susceptible, à ce titre, d'être protégée par le droit d'auteur.

I - La jurisprudence. - La question n'a donné lieu, à notre connaissance, qu'à une seule affaire publiée : l'affaire S.A. Fabrique de Produits de Chimie Organique de Laire contre Société Parfums Marcel Rochas. Contrairement à ce que pouvait laisser croire l'intitulé de sa raison sociale, la société de Laire - d'une manière d'ailleurs très traditionnelle dans le monde du parfum (50)- cumulait deux types d'activités fort différentes : la création de parfums et la vente de matières premières pour la parfumerie, essences naturelles et produits de synthèse. Par un contrat du 18 juin 1953, elle s'était engagée à remettre à la Maison de parfums Marcel Rochas la formule d'un parfum, créé par elle et dénommé "Sirdar", en contrepartie de l'obligation pour la Maison Rochas d'acheter exclusivement chez elle les produits nécessaires à sa fabrication, et cela pendant dix ans au moins à compter de la date de la remise de la formule. Le contrat fut parfaitement exécuté puisque le 1er janvier 1958, date de la remise de la formule, au 1er janvier 1968, la société Parfums Marcel Rochas acheta les produits, et notamment certains composants spécifiques, nécessaires à la fabrication du parfum"

(50) En effet, nous apprend M. Pamoudkjian (op. cit., p. 186), les quatre plus importantes entreprises de création, sur le marché du parfum, sont également des maisons de matières premières et, à elles seules, ces entreprises réalisent la création d'environ 70 % des parfums de marque.

Sirdar". En mars 1960, mise en confiance par ces bonnes relations contractuelles, la société de Laire, après un accord purement oral et un échange de lettres juridiquement imprécises, commis l'imprudence de communiquer à la Maison de Parfums Marcel Rochas, en contrepartie d'une obligation d'approvisionnement exclusif en produits, la formule d'une autre de ses créations, appelée "Aja 63". Mais, un an plus tard, des divergences apparurent sur la portée du contrat, la Maison Marcel Rochas considérant qu'elle s'était seulement engagée, cette fois-ci, à l'acquisition de 2.000 kg de produits, qu'elle avait exécuté cette obligation et qu'elle était donc désormais tout à fait libre de continuer à reproduire, si bon lui semblait, l'Aja 63... A la suite de quoi la société de Laire l'assigna devant le Tribunal de commerce de Paris en soutenant, notamment, qu'une composition odoriférante était une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, qu'elle bénéficiait en conséquence d'un droit privatif sur cette création et que la reproduire sans son consentement constituait une contrefaçon. Malheureusement, dans sa correspondance avec Rochas, la société de Laire avait elle-même qualifié le parfum "Aja 63" d'invention, invention se matérialisant par une formule et à ses dires insusceptible d'être brevetée (51). Par ailleurs, dans ses conclusions, la société de Laire, comble de maladresse, ne fit pas exclusivement porter son argumentation sur l'aspect artistique de sa création et, qui plus est, omit de désigner la personne physique qui en était l'auteur. Le Tribunal de commerce de Paris, par un jugement du 7 janvier 1974, rejeta l'argumentation de la société de Laire en se fondant sur l'absence de forme artistique, "susceptible objectivement d'être techniquement décrite" (52), de la composition odoriférante. La Cour de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1975, confirma le jugement et fonda quant à elle sa décision, d'une part, sur la nature de l'objet du contrat, qui lui parut être la cession d'un procédé permettant, en mélangeant des éléments obtenus par des procédés industriels, d'obtenir un produit également industriel (53) et, d'autre part, sur l'absence de désignation de l'auteur, personne physique, qui les aurait marqués de sa personnalité (54).

(51) Cf. notamment le texte de la lettre de la société de Laire à Rochas en date du 8 juin 1961 et cité dans la décision de la Cour de Paris du 3 juillet 1975, G.P. 1976, 1. 43.

(52) Trib. de commerce de Paris, 7 janvier 1974, décision citée par M. J.-L. Crochet, "Parfumerie et droit d'auteur. Quelques réflexions sur l'arrêt de Laire c. Rochas", in R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 458-459, ainsi que par M. Pamoukdjian, op. cit., p. 210.

(53) Comme le souligne M. J.-P. Pamoukdjian (op. cit., p. 215), la Cour de Paris s'est laissée influencer dans son raisonnement par l'activité principalement industrielle de la société de Laire.

(54) Paris, 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.43.

II - La doctrine. - Les réactions y ont été variées... Quelques voix se sont bien élevées, certes, contre les solutions jurisprudentielles : celle de M. Roudnitska, un des très grands créateurs de parfums de notre époque (55), ainsi que celles de MM. Crochet (56), Bassard (57) et Pamoukdjian (58), spécialistes de droit commercial. Mais, il faut le reconnaître, les juristes de la Fédération de la Parfumerie eux-mêmes (59), auxquels se sont joints MM. Calvo et Morelle (60), se sont prononcés contre l'idée que le parfum, en tant que composition odoriférante, pouvait être considéré comme une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 et ils ont ainsi approuvé les tribunaux d'avoir statué en ce sens. Quant aux spécialistes de droit de la propriété littéraire et artistique, tels Henri Desbois, ou MM. Robert Plaisant, André Françon et Claude Colombet, ils n'ont point fait connaître leur opinion.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà souligné, la méconnaissance par les juristes, en général, de la nature véritable de la création en matière de parfums (61), l'ancienneté et la brièveté de la plupart des analyses doctrinales existantes (62), l'évolution du droit d'auteur ces dernières années, et notamment l'extension récente de son objet (63), ainsi d'ailleurs que l'importance croissante du poids économique de l'industrie aromatique, dont une des manifestations est l'intégration progressive des entreprises de parfumerie au sein de quelques grands groupes financiers (64) seuls capables, à l'heure actuelle, d'investir suffisamment en matière de recherche, sont autant d'invites à se pencher à nouveau sur la question de savoir si le parfum en tant que création odoriférante est ou non susceptible de s'analyser comme une oeuvre de l'esprit, est ou non susceptible de bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur. Question d'autant plus importante qu'il semble y avoir en la matière une singulière méconnaissance des possibilités offertes par le droit d'auteur, puisque, récemment encore, M. Maurice Roger, P.D.G. des Parfums Dior, parlant du nouveau parfum

(55) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 76 et s.

(56) J.-L. Crochet, art. préc., R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 458 et s.

(57) A. Bassard, "La composition d'une formule de parfum est-elle une oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 ?" R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 461 et s.

(58) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 212 et s.

(59) Aux dires de M. Roudnitska, op. cit., p. 78.

(60) J. Calvo et G. Morelle, note sous Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1.43.

(61) Méconnaissance encore déplorée, en 1987, par M. Roudnitska dans la 2ème édition de son ouvrage "Le parfum", op. cit., p. 3.

(62) Hormis, bien évidemment, l'importante étude de M. J.-P. Pamoukdjian.

(63) Logiciels, banques de données, etc.

(64) Cf. not. à ce propos, J.-L. Peytavin, "Onze milliards de dollars", in Revue Autrement, n° 92, septembre 1987, "Odeurs, l'essence d'un sens", p. 160 et s.

"Fahrenheit", déclarait : "il n'existe pas, dans notre spécialité, de propriété artistique, ni industrielle" (65).

II - LES CONDITIONS DE MISE EN JEU DE LA PROTECTION DU PARFUM PAR LE MOYEN DU DROIT D'AUTEUR

9. - Lorsque l'on veut essayer de répondre à la question de savoir si le parfum, en tant que composition odoriférante, est ou non susceptible de bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur, il apparaît immédiatement que si la loi du 11 mars 1957 prétend -inexactement d'ailleurs- avoir vocation à protéger "toutes les oeuvres de l'esprit" (66), elle ne dit pas ce qu'il faut entendre par là, c'est-à-dire qu'elle ne fournit pas de critère des oeuvres protégeables par le droit d'auteur et qu'elle ne dit pas non plus quelles caractéristiques doivent présenter lesdites oeuvres pour pouvoir être protégées par le droit d'auteur. En effet, toute réflexion sur l'objet du droit d'auteur nous paraît devoir obligatoirement passer par deux interrogations : la première concernant l'objet protégeable et la seconde concernant l'objet protégé.

C'est dire que deux observations nous paraissent être le point de départ obligé de toute réflexion sur la question qui nous occupe : d'une part, s'il est vrai que le législateur n'a pas dit formellement le parfum "protégeable" par le droit d'auteur, il n'a pas non plus exclu formellement la possibilité de cette protection ; d'autre part, même si le législateur était venu déclarer formellement le parfum protégeable par le droit d'auteur, cela ne voudrait pas dire que le parfum soit nécessairement "protégé" par le droit d'auteur. Ainsi doit-on tout d'abord se demander si le parfum est protégeable par le droit d'auteur et, ensuite, se demander quels traits caractéristiques doit-il présenter pour pouvoir être protégé par le droit d'auteur. Ce qu'il convient de faire en examinant tout d'abord "le parfum, oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur" (A) et ensuite "le parfum, oeuvre de l'esprit protégé par le droit d'auteur" (B).

(65) Interview publiée par la Revue Paris-Match, numéro du 16 septembre 1988.

(66) Art. 2 de la loi du 11 mars 1957.

A - Le parfum, oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur

10. - Les dispositions de la loi du 11 mars 1957 susceptibles d'aider à répondre à la question de savoir si le parfum est protégeable par le droit d'auteur sont rares... Du rapprochement des articles 1 et 29, il résulte toutefois que le parfum protégeable par le droit d'auteur ne peut être qu'une chose immatérielle (a) et que cette chose immatérielle doit s'analyser comme une oeuvre de l'esprit au sens donné à cette expression au droit d'auteur (b).

a) Le parfum considéré en lui-même, indépendamment de son support

11. - L'auteur, qu'il soit artiste, écrivain ou compositeur prétend à la protection d'une valeur toute autre que celle de l'objet matériel qui constitue le support de son oeuvre. La valeur dont il réclame la protection est en effet ce qu'il a créé, qui est une chose impalpable, incorporelle, immatérielle. Aussi ne doit-on pas confondre la chose matérielle, support de l'oeuvre, et l'oeuvre considérée en elle-même, c'est-à-dire considérée en tant que création intellectuelle indépendamment de son support. Et c'est ce que rappelle la loi du 11 mars 1957 à l'article 29 où elle déclare que le droit d'auteur est indépendant de l'objet matériel sur lequel l'oeuvre se trouve fixée.

Ainsi, le parfum protégeable par le droit d'auteur ne peut-il être qu'une chose immatérielle, à savoir la composition olfactive considérée en elle-même, indépendamment de son support, c'est-à-dire indépendamment des matériaux utilisés par le compositeur de parfum : produits chimiques naturels et de synthèse, tous substances physico-chimiques (67). M. Roudnitska, compositeur de parfum de grand renom (68) et par ailleurs auteur d'ouvrages importants en matière d'esthétique (69) a donc tout à fait raison d'opposer les odeurs, qui constituent la "matière" du parfum, et les produits chimiques, naturels et de synthèse, qui en sont les "matériaux" (70). Et il est regrettable que dans l'affaire de Laire c. Parfums Marcel Rochas, les magistrats de la Cour de Paris n'aient pas fait cette distinction et qu'ils aient été ainsi

(67) Sur les matériaux en parfumerie, v. not. Roudnitska, op. cit., p. 24-25, ainsi que p. 36 à 44.

(68) "Femme", de Rochas ; "Eau Sauvage" et "Diorissimo" de Dior, notamment.

(69) Ed. Roudnitska, "L'esthétique en question", P.U.F., 1977, et de nombreux articles dans les revues professionnelles.

(70) sur la distinction entre "matière" (donnée mentale) et "matériau" (donnée physico-chimique), v. not. Roudnitska, "L'esthétique en question", p. 41 et s., et "Le parfum", p. 24 et s.

amenés à affirmer -tant en raison de la maladresse des conclusions que de l'absence d'information réelle sur la composition des parfums à l'époque (71) - que le parfum n'est qu'un produit industriel (72).

b) Le parfum considéré en tant qu'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur

12. - Démontrer que le parfum est une oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur implique tout d'abord de définir ce qu'il faut entendre par oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 et demande ensuite d'établir que cette définition s'applique bien au parfum... Tels sont donc les points qu'il nous faut envisager successivement...

I - Définition de l'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. - La loi du 11 mars 1957, si elle dit bien que le droit d'auteur a vocation pour protéger les oeuvres de l'esprit, ne dit pas ce qu'il faut entendre par là. Aussi convient-il de rechercher les éléments susceptibles de servir à l'élaboration d'une définition de l'oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957. Puis, cela étant fait, il faudra essayer d'en dégager une définition....

1°) *Eléments susceptibles de servir à l'élaboration d'une définition de l'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur.* - Les quelques indications apportées à cet égard par la loi du 11 mars 1957 se révèlent à l'examen partielles ou trompeuses. Il n'est donc, en fin de compte, pas d'autre méthode que de procéder par approches successives....

a) En déclarant à l'article 1er que "l'auteur" d'une "oeuvre de l'esprit" jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa "création", du droit d'auteur, le législateur suggère déjà que l'objet protégeable au titre du droit d'auteur doit être le produit, le résultat, d'une activité intellectuelle de l'homme (73). La

(71) Comme le souligne M. Roudnitska, il faut reconnaître qu'en 1975, l'ignorance à l'égard des créations olfactives était générale. Ce n'est qu'ultérieurement, en effet, que parurent divers ouvrages importants susceptibles d'éclairer les esprits : en 1977, "L'esthétique en question", de M. Roudnitska ; en 1980, un autre ouvrage de M. Roudnitska, "Le parfum" ; en 1982, "Le droit du parfum", de M. J.-P. Pamoukdjian ; en 1987, enfin, la seconde édition de l'ouvrage "Le parfum" de M. Roudnitska.

(72) Paris, 3 juillet 1975, aff. préc., G.P. 1976.1.44.

(73) D'où il résulte qu'un objet qui n'est en rien issu d'une activité intellectuelle de celui qui s'en prétend "l'auteur" (ainsi qu'il en va par exemple pour certains "ready-made" ou pour certaine production du hasard) ne saurait être considéré comme une oeuvre de l'esprit au sens de la loi de 1957. En effet, l'élection par celui qui s'en prétend "l'auteur", élection dans laquelle est certes intervenue une considération esthétique, ne saurait en elle-même en faire une oeuvre protégeable par le droit d'auteur, car l'objet existait déjà en tant que tel avant son élection et celui qui s'en

généralité de l'expression autorise ensuite à affirmer -et l'examen de la jurisprudence tend à le confirmer- qu'il suffit que l'activité intellectuelle de l'homme intervienne seulement pour partie dans cette réalisation (74) et, par ailleurs, que point n'est besoin que cette réalisation soit le produit direct d'une activité intellectuelle consciente, voire maîtrisée (75). Ainsi ce que l'on peut appeler l'exigence de "réalisation" se ramène-t-elle, somme toute, à une simple exigence de participation intellectuelle d'une personne physique (76).

b) Déclarer que par oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur, il faut entendre une réalisation procédant, au moins pour partie, d'une activité intellectuelle de l'homme n'est toutefois pas assez précis... En effet, tout produit d'une activité intellectuelle de l'homme n'est pas protégeable par le droit d'auteur puisqu'en vertu d'un principe, qui n'est d'ailleurs nullement propre au droit d'auteur, mais général en droit français, la situation normale des "idées" est de n'appartenir à personne, d'être de libre utilisation pour tous....

Ce qui est donc protégeable par le droit d'auteur, ce n'est pas l'idée produite par l'activité intellectuelle de l'homme, mais la forme sous laquelle l'esprit de l'homme a décidé de manifester cette idée, étant précisé que par idée au sens du droit d'auteur, on ne peut entendre qu'un élément intellectuel de l'oeuvre imaginé (77) ou découvert (78) par l'auteur, et non un projet à l'origine de l'oeuvre (79) ou un élément intellectuel ne résultant

prétend l'auteur n'y a rien ajouté.

(74) En revanche, un apport, si faible soit-il, est suffisant pour faire d'un objet une oeuvre protégeable au titre du droit d'auteur. Ce qui, d'ailleurs, ne veut nullement dire que ladite oeuvre sera protégée par le droit d'auteur (cf. à ce propos infra).

(76) La question s'est notamment posée à propos de certaines oeuvres réalisées à l'aide d'ordinateurs, oeuvres dans lesquelles le travail de l'auteur s'est limité au choix initial de quelques paramètres sans que la version finale de l'oeuvre soit prévisible au stade de la programmation (la question se pose également, mais en des termes différents, pour les oeuvres d'un enfant, d'un fou, d'un possédé). Mais, en réalité, cette question n'a pas à se poser, car au plan de la notion d'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur, cette activité intellectuelle est suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il y a oeuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957. Que cette oeuvre soit effectivement protégée est une toute autre question...

(76) Cf. à ce propos, Y. Cherpillod, op. cit., n° 216, p. 128-129.

(77) Autrement dit, une "invention" au sens exact du terme, l'invention étant en effet "l'action de trouver, grâce principalement au travail de l'imagination, quelque chose qui n'existait pas" (P. Foulquié, Dictionnaire de la langue philosophique, P.U.F., 5^e édition, 1986, p. 384).

(78) Autrement dit, une "découverte" au sens exact du terme, la découverte étant en effet "l'action de découvrir une chose cachée ou ignorée, mais préexistante" (P. Foulquié, op. cit., p. 154) et se distinguant par là de l'invention qui, elle, a pour objet une chose qui n'existe pas.

(79) Ainsi l'idée entendue au sens de donnée initiale qui préside à la genèse de l'oeuvre, c'est-à-dire étendue au sens de "germe de l'inspiration", de "point de départ de l'inspiration" ne peut se rattacher à l'oeuvre que l'auteur a en définitive réalisée, car, de par son caractère abstrait, général, elle est susceptible de se

pas de l'activité intellectuelle de l'auteur, mais appartenant au fonds commun de l'histoire humaine (80). Mais se pose alors immédiatement la question de savoir ce qu'il faut entendre par "forme" au sens du droit d'auteur... Et à cette question, il n'est pas facile de répondre...

Certes, pour déterminer ce qui relève de la forme la doctrine française, à la suite d'Henri Desbois, recourt habituellement à une analyse du processus de création, qu'elle décompose en trois étapes : d'abord celle de la conception, où les idées à traiter, après avoir été arrêtées, sont concrétisées au point de vue, par exemple, des personnages, des péripéties de l'action, du lieu et de l'époque des événements ; ensuite celle de "la composition", où les idées, principales et secondaires, sont reliées entre elles selon un certain plan ; enfin celle de "l'expression", où les idées sont développées jusque dans leurs moindres détails (81). Et sur la base de ces observations, il est traditionnellement considéré par la doctrine française que la notion de "forme" englobe, non seulement "l'expression", mais également "la composition", car le plan d'une oeuvre requiert lui aussi, à l'instar des développements, une mise en forme (82).

A cette présentation, qui n'est d'ailleurs pas sans mérite, il est toutefois déjà possible de reprocher (83) l'impropriété des termes utilisés. Désigner "le plan" de l'oeuvre par le terme

rapporter à plusieurs réalisations totalement différentes (comp. Y. Cherpillod, op. cit., n° 169, p. 96) et, pour cette raison, elle se définit plus par référence à la personne de l'auteur, c'est-à-dire comme une idée de l'auteur, que par référence à l'oeuvre, c'est-à-dire comme une idée matérialisée dans l'oeuvre... Ainsi A. Lalande se trompe-t-il, selon nous, lorsqu'il déclare que le terme "idée" est pris en droit d'auteur au sens de "préconception dans l'esprit" de l'oeuvre à réaliser, c'est-à-dire au sens de "projet, dessin" (A. Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., 15^e édition, 1985, p. 447).

(80) Contrairement à de nombreux représentants de la doctrine française, nous ne pensons pas que l'on puisse qualifier d'idée en droit d'auteur, les faits historiques pris en eux-mêmes, les connaissances acquises au fil de l'histoire, les croyances nées au cours des siècles, les éléments de la nature pris en eux-mêmes, les sentiments et les passions qui agitent l'âme humaine, les situations dans lesquelles les êtres humains se trouvent placés quelles que soient les lieux et les temps, car il ne s'agit pas d'idées produites par l'activité intellectuelle de l'auteur, mais d'éléments appartenant au fonds commun de l'humanité et qui, à ce titre, sont des matériaux à la libre disposition de tous (v. dans le même sens Y. Cherpillod, op. cit., n° 179, p. 102).

(81) V. not. à ce propos Henri Desbois, "Le droit d'auteur en France", Dalloz, 3^e édition, 1978, n° 21, p. 27-28, ainsi que n° 22 à 30, p. 28 à 38, et n° 30 bis à 35, p. 36 à 46, pour les oeuvres littéraires ; n° 58 à 90, p. 66 à 97, pour les oeuvres artistiques ; n° 106 à 109, p. 118 à 121, et n° 112 à 123, p. 124 à 137, pour les oeuvres musicales.

(82) Ibid. V. également pour ce qui est de la doctrine étrangère, Y. Cherpillod, op. cit., n° 36 à 88, p. 32 à 58, ainsi que n° 142 à 152, p. 83 à 91.

(83) Autre reproche adressé par Y. Cherpillod à cette approche : sa perspective erronée. "Les étapes (idée, composition, expression) que l'on croit déceler sont fictives" fait-il en effet observer (op. cit., n° 43, p. 36) et le véritable objet de l'étude doit être, non le processus de création, mais l'oeuvre telle qu'elle est perçue (op. cit., n° 51 à 57, notamment, p. 41 à 44).

"composition" est en effet impropre, car la signification de ce terme est beaucoup plus large, la composition désignant à la fois la manière de former un tout en rassemblant ses divers éléments constitutifs et le résultat de cette action, c'est-à-dire l'ensemble d'une oeuvre, comme il en va d'ailleurs dans l'expression usuelle en droit d'auteur de "composition musicale" et en esthétique de "composition artistique" (84). Pareillement désigner "les développements" de l'oeuvre par le terme "expression" est impropre, car là encore la signification de ce terme est beaucoup plus large, une oeuvre de l'esprit du moment qu'elle est exprimée par son auteur, c'est-à-dire qu'elle est sortie de son for intérieur pour être extériorisée (85) l'est nécessairement dans toutes ses composantes -idée, plan, développements- et pas seulement dans certaines d'entre elles...

Mais il y a plus, car à ce reproche, il faut en ajouter un autre, plus important : l'absence de définition. Dire que la notion de forme englobe non seulement les développements de l'oeuvre, mais également le plan de celle-ci -ce qui est globalement exact- ne constitue pas pour autant, en effet, une définition de "la forme" au sens du droit d'auteur. Pour combler cette lacune, les définitions de la forme en esthétique (86) ou en philosophie (87) ne sont pas d'un grand secours, car elle sont établies en considération de fins qui ne sont pas juridiques. Ainsi pour définir "la forme", au sens du droit d'auteur, n'est-il pas en définitive qu'une seule voie possible : rechercher si dans les deux grandes catégories de formes protégeables par le droit d'auteur,

(84) Ainsi René Huyghe définit-il très justement la composition en disant qu'elle est "la mise en oeuvre convergente" de tous les moyens dont dispose l'artiste, depuis le sujet jusqu'au dernier des moyens plastiques (in "De l'art à la philosophie, Flammarion, 1980, p. 113).

(85) Exprimer vient étymologiquement de "ex" et "premere" : presser hors de

(86) Ainsi selon Etienne Souriau, par exemple, il faut nommer formes "toutes les quiddités perceptuelles, quelles qu'elles soient" (in "L'avenir de l'esthétique", Alcan, 1929, p. 179, cité par Edmond Roudnitska dans "L'esthétique en question", P.U.F., 1977, p. 44). mais sans qu'il soit même besoin de préciser ce qu'il faut exactement entendre par là, il suffit de constater que le propos d'Etienne Souriau est d'étudier les formes et non de définir la forme.

Quant à un auteur aussi fin que René Huyghe, celui-ci utilise le terme "forme" tantôt au sens de "contour", tantôt au sens de "dessin", tantôt même au sens de "état de la matière" (op. cit., p. 14 et s., ainsi que p. 113 et s.).

(87) Ainsi, par exemple, pour L.-M. Morfaux, la forme c'est "l'ensemble des traits extérieurs qui caractérisent un objet" (in "Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines", éd. Armand Colin, 1980, p. 132) ; pour P. Foulquié, la forme c'est "la modalité particulière sous laquelle se présente ou s'exprime une chose" et plus spécifiquement en esthétique, c'est "la structure qui donne consistance à l'objet esthétique" (in "Dictionnaire de la langue philosophique", P.U.F., 5^e édition, 1986, respectivement p. 287 et 288) ; pour A. Lalande enfin, la forme, au sens traditionnel, c'est ce qui s'offre à la matière, étant toutefois souligné que dans le cadre de cette opposition forme-matière, qui est aussi celle d'intérieur- extérieur et d'esprit-lettre, "tantôt, la forme, c'est l'intérieur et c'est l'esprit et "tantôt, au contraire, la forme c'est l'extérieur et c'est la lettre" (in "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", P.U.F., 15^e édition, 1985, p. 370).

"les développements" et "le plan" -que l'on pourrait peut-être aussi désigner, respectivement, par les termes "forme apparente" et "forme sous-jacente" (88)- il n'existe pas un dénominateur commun, susceptible de servir de base à une définition... Mais il importe au préalable de distinguer la forme de ses éléments constitutifs. En effet, les éléments constitutifs d'une forme ne sont pas cette forme (89), que ces éléments apparaissent comme des éléments de nature physico-chimique (90), c'est-à-dire matérielle -par exemple, papier, marbre, couleurs, etc (91)- ou comme des éléments d'une nature autre que physico-chimique (92), c'est-à-dire mentale (93), ou plutôt immatérielle -par exemple éléments appartenant au fonds commun de l'humanité, emprunts licites à des oeuvres protégées, emprunts à des oeuvres tombées dans le domaine public, procédés, souvenirs visuels,

(88) Ces expressions inspirées de la distinction de Kolher entre "forme externe" et "forme interne" (Kolher, "Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz", Mannheim, 1892, cité et analysé par Y. Cherpillod, op. cit., n° 17 et s., p. 24 et s.) nous paraissent préférables, car, en épistémologie comme en philosophie, le terme "externe" renvoie à "forme", à "matière", à "lettre", et le terme "interne" à "contenu", à "fond", à "esprit" ou "idées" (cf. not. à ce propos L.-M. Morfaux, op. cit., p. 120 ; P. Foulquié, op. cit., p. 287 ; A. Lalande, op. cit., p. 330, ainsi que p. 370).

(89) Insistons, à la suite de Y. Cherpillod (op. cit., n° 51 et s., p. 41 et s.), sur le fait que l'objet de l'analyse doit être, non le processus créatif, mais l'oeuvre telle qu'elle existe objectivement, et plus précisément ici la forme telle qu'elle existe objectivement.

(90) Ces éléments sont qualifiés par Edmond Roudnitska de "matériaux" ou "données physico-chimiques". En effet, nous dit-il, "toute donnée physico-chimique déjà déterminée, qu'une activité reçoit et élabore ultérieurement, c'est le matériau de cette activité" (in "L'esthétique en question", p. 41).

(91) Lesquels, avant leur utilisation, ont déjà eux-mêmes une forme.

(92) Ces éléments sont qualifiés par Edmond Roudnitska de "matière" ou "donnée mentale". En effet, nous dit-il, "toute donnée mentale déjà déterminée, qu'une activité reçoit et élabore ultérieurement, c'est la matière de cette activité" (op. cit., p. 41), étant souligné que par "matière", il faut entendre "tout objet de pensée" (ibid.).

(93) Il est vrai que la composition, chez le véritable créateur, est mentale. Léonard de Vinci disait déjà de la peinture qu'elle est "cosa mentale". Il est courant que les compositeurs de musique travaillent de tête. Etienne Souriau souligne à ce propos que beaucoup de nos contemporains ignorent et ont peine à concevoir que la composition se fasse "tout entière en pensée et directement par écrit, sans audition" et il en donne en exemple Bach et Berlioz (in Préface à "L'esthétique en question", d'Edmond Roudnitska, p. 6-7). Il en va de même d'ailleurs pour les compositeurs de parfums, comme Edmond Roudnitska nous le révèle dans de fort belles pages (in "L'esthétique en question", p. 168 et s., et "Le parfum", p. 45 à 49, et p. 68 à 89). Mais cela ne se rencontre que chez les plus grands, et de toute façon, il y a toujours plus ou moins comparaison, à un moment ou à un autre, avec le son tiré d'un instrument ou avec l'odeur issue d'un mélange de produits chimiques. De plus, en raison de la pluralité de sens attachée au mot "matière", qui est utilisé par Roudnitska pour désigner les données mentales de la forme, et aussi en raison de la grande diversité desdites données mentales, nous préférons conserver le terme "élément constitutif de base" pour les désigner, et cela en dépit du fait qu'il s'agit de données d'une nature autre que physico-chimique. Ainsi préférons-nous opposer les éléments constitutifs de base de nature matérielle et de nature immatérielle.

auditifs, etc (94)... Cela précisé, il devient possible de se demander en quoi consiste, dans une oeuvre littéraire, artistique et musicale (95), "les développements" et "le plan"... Or lorsqu'on analyse en quoi consistent les développements, ou forme apparente, il apparaît qu'ils sont constitués, dans une oeuvre littéraire, par l'agencement des termes, puis des phrases ; dans une oeuvre musicale, par la combinaison des mélodies (96) et des rythmes ; dans une oeuvre artistique, par l'amalgame des lignes et des couleurs s'il s'agit d'une peinture, par la corrélation de l'espace et des reliefs s'il s'agit d'une sculpture, par l'enchaînement des images, elles-mêmes constituées par un sujet, une exposition, une profondeur de champ, s'il s'agit d'une oeuvre cinématographique, par la combinaison des pas et des figures s'il s'agit d'une oeuvre chorégraphique, etc... Et lorsqu'on analyse en quoi consiste le plan, ou forme sous-jacente, il apparaît qu'il est toujours constitué, sans qu'il importe de distinguer selon qu'il s'agit d'une oeuvre littéraire, musicale ou artistique, par l'ordonnancement, la combinaison des parties principales ou secondaires de l'oeuvre, le plan étant toujours, en effet, la disposition selon un certain ordre des parties d'un ensemble, le terme "ensemble" désignant tout ce qui peut s'analyser comme une unité en raison d'au moins un dénominateur commun et de relations internes entre ses composants. Ainsi apparaît-il, tout d'abord, qu'il n'y a pas de différence de nature entre le "plan" et les "développements", mais seulement différence de degré, car ce qui varie des "développements" au "plan", c'est l'étendue de ce qui peut s'analyser comme une unité : par exemple, phrase ou chapitre dans une oeuvre littéraire. Ainsi apparaît-il, ensuite, que la forme au stade des "développements", de la forme apparente, comme au stade du "plan", de la forme sous-jacente, est toujours une combinaison, une conjugaison. Mais tantôt, c'est une combinaison, une conjugaison, des éléments constitutifs de base de l'oeuvre (97), comme il en va dans la forme apparente, et tantôt, c'est une combinaison, une conjugaison, des parties principales ou secondaires de l'oeuvre, comme il en va dans la forme sous-jacente... Dès lors, on peut définir "la forme", au sens du droit d'auteur, comme ce qui naît de la combinaison ou de la conjugaison d'éléments de nature physico-chimique et de nature mentale. Et ce qui est essentiel, c'est que la forme est une somme,

(94) Lesquels, également, ont eux-mêmes, nécessairement, une forme, avant leur utilisation.

(95) Au sens très particulier qu'ont ces termes en droit d'auteur.

(96) La combinaison de deux ou plusieurs mélodies est appelée harmonie, étant rappelé qu'entrent dans la composition musicale la mélodie, l'harmonie et le rythme.

(97) Éléments constitutifs de base qui peuvent être, rappelons-le, soit de nature matérielle, soit de nature immatérielle (ce qu'Edmond Roudnitska exprime par l'opposition matériau-matière) : cf. à ce propos supra.

une résultante... Au terme de cette analyse, il est clair que ce que l'on peut appeler l'exigence de "réalisation de formes" peut se formuler comme une exigence de conjugaison d'éléments d'ordre matériel et d'ordre mental par une personne physique.

c) Déclarer que par oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur, il faut entendre une réalisation de formes est-il suffisant ? A considérer la loi du 11 mars 1957, il semble que oui, puisque celle-ci précise dans son article 2 que ses dispositions "protègent les droits des auteurs sur *toutes* les oeuvres de l'esprit".

Observons toutefois que définir l'objet protégeable, en droit d'auteur, comme une réalisation de formes procédant d'une activité intellectuelle conduit à inclure dans la notion d'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur les interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires et musicales. Ce qui d'ailleurs, de prime abord, semble tout à fait naturel puisque la loi du 11 mars 1957 reste malgré tout une loi concernant au premier chef les oeuvres artistiques, littéraires et musicales au sens habituel de ces termes.... Et c'est d'ailleurs ce que certains représentants de la doctrine moderne, dont M. Robert Badinter notamment, ont fait en soutenant que l'interprétation d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale était une "oeuvre" au sens du droit d'auteur, car il s'agissait d'une véritable création d'ordre esthétique, particulièrement digne, par conséquent, des préoccupations du législateur de 1957 (98). Et, en conséquence, ils ont affirmé que l'interprète devait se voir reconnaître la qualité d'auteur d'une oeuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et à ce titre pouvait prétendre à la protection de la loi de 1957... Et la Cour de cassation, dans un arrêt Furtwangler, a semblé abonder en ce sens lorsqu'elle a affirmé que l'interprète jouit d'un droit "sur *l'oeuvre* que constitue son interprétation" (99). Mais, il faut y prendre garde, l'expression est ambiguë et d'ailleurs elle n'a pas été reprise par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985 qui parlent d'interprétation ou de prestation, mais pas d'oeuvre... Au demeurant, l'élaboration par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985 d'une réglementation particulière, voisine du droit d'auteur, démontre qu'une interprétation n'est pas une oeuvre au sens du droit d'auteur, puisque, précisément, elle n'est pas susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, mais par un droit voisin du droit d'auteur, dont il est expressément précisé, qui plus est, qu'il ne peut porter atteinte aux droits des auteurs, en ce sens qu'aucune disposition de cette réglementation particulière "ne doit

(98) V. not. Robert Badinter, "Le droit de l'artiste sur son interprétation", J.C.P., 1964.I.1844, n° 2.

(99) Cass. civ., 4 janvier 1964, D. 1964, 321.

être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires" (100).

Ce qui incite à réfléchir sur ce qui oppose ces deux sortes de réalisations intellectuelles, puisque, indiscutablement, il y a réalisation intellectuelle dans les deux cas... Sans entrer dans le détail d'une analyse qui n'a pas sa place ici, disons qu'à la réflexion, il semble que l'opposition profonde qui existe entre "oeuvre" et "interprétation d'une oeuvre" réside dans le fait que l'interprétation est indissociable de l'oeuvre interprétée (101). En effet, à la différence de toute oeuvre dérivée -anthologie, traduction, adaptation- qui constitue une "autre" oeuvre et qui a ainsi une existence autonome, indépendante de l'oeuvre préexistante, l'interprétation n'est pas une autre oeuvre, mais seulement l'oeuvre dans une perspective différente (102). Là est la raison essentielle de l'impossibilité pour une interprétation d'être considérée comme une oeuvre au sens du droit d'auteur (103) et, en conséquence, de l'impossibilité à inclure dans l'objet protégeable au titre du droit d'auteur les interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales... Au terme de cette analyse, il est clair qu'il convient d'ajouter aux exigences précédentes une exigence d'autonomie...

2°) Essai de définition de l'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. - De l'ensemble des observations qui précèdent, que résulte-t-il ? De la première série de celles-ci, il résulte que par oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur, il faut entendre une réalisation issue de l'activité intellectuelle de l'homme, sans qu'il importe que cette réalisation en soit issue directement, ni que cette activité intellectuelle soit conscience, voire maîtrisée... De la seconde série d'observations, il résulte que cette réalisation doit être une réalisation de formes, étant souligné que par "forme", il faut entendre tout ce qui naît

(100) Article 25 de la loi du 3 juillet 1985.

(101) Au plan de la forme, il y a bien combinaison de la forme de l'oeuvre à interpréter avec la forme de l'interprétation. Mais cette combinaison étant matériellement indissociable, il en résulte un certain particularisme au plan de la communication de l'oeuvre au public, et plus précisément au plan de l'exploitation. En outre, considérer les interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales comme des oeuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 aurait eu pour conséquence de multiplier les auteurs, et, partant, les possibilités de conflits.

(102) Même la traduction, qui à première vue paraît la plus proche de l'interprétation, est en réalité bien différente, car une traduction, aussi fidèle soit-elle (et cette fidélité est plus une fidélité à l'esprit qu'à la lettre lorsqu'il s'agit d'une oeuvre romanesque ou poétique) est toujours, nécessairement, une transposition dans une autre langue, c'est-à-dire dans un autre univers (et c'est la raison pour laquelle la fidélité doit être à l'esprit, et non à la lettre).

(103) Ainsi qu'on l'a fait remarquer souvent les interprètes seraient réduits au silence s'il n'y avait pas d'oeuvres à interpréter, alors que tel n'est pas le cas des auteurs, au sens qu'a ce terme dans la loi de 1957....

de la combinaison ou de la conjugaison de données physico-chimiques et de données mentales, notamment... De la troisième série d'observations, il résulte enfin que cette réalisation de formes doit être dotée d'une existence autonome, c'est-à-dire d'une existence propre, indépendante...

Ainsi l'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur peut, selon nous, se définir comme une réalisation de formes dotée d'une existence autonome.

II - Applicabilité, au parfum, de la définition de l'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. - Il convient maintenant de démontrer que le parfum satisfait aux trois exigences inhérentes à la notion d'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur.

1°) *Le parfum est-il une réalisation, c'est-à-dire le produit d'une activité intellectuelle de l'homme ?* A cette question, il est possible de répondre par l'affirmative (104), et de la manière la plus catégorique. M. Edmond Roudnitska a en effet magistralement montré que le parfum est le produit non seulement d'une activité intellectuelle, mais également d'une activité intellectuelle demandant tout particulièrement une grande maîtrise de nombreuses facultés intellectuelles (105). En effet, nous dit M. Roudnitska, "notre recherche, purement intellectuelle, est le fruit d'une laborieuse expérience n'ayant rien à voir avec la science ni avec l'industrie. Nous composons avec un bloc de papier et un crayon (...), et de mémoire" (106). Il n'y a donc dans cette démarche rien d'industriel, mais une véritable création de l'esprit puisque le compositeur doit, qui plus est, embrasser dans la même vision "non seulement des qualités, mais inévitablement les intensités et les durées correspondant à ces qualités" (107). Effectivement, poursuit M. Roudnitska, il ne faut pas perdre de vue ceci : "Quand nous combinons les produits odorants A, B, C, D, etc., les proportions de chacun d'eux vont être commandées par ce que nous savons de leurs affinités, de leurs atomes

(104) MM. Calvo et Morelle ont bien soutenu qu'il faut "dénier au parfum sa qualité d'oeuvre de l'esprit" (note sous Paris 3 juillet 1975, affaire de Laire c. Marcel Rochas, G.P. 1976, 1, p. 46, 1^{re} colonne). Mais ils ne définissent pas ce qu'il faut entendre par oeuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et, ne distinguant pas, qui plus est, entre oeuvre protégeable et oeuvre protégée, ils ont été amenés à développer des arguments qu'il n'y a pas lieu de critiquer ici.

(105) Edmond Roudnitska a parfaitement montré dans tout un chapitre consacré à la genèse de l'oeuvre d'art que l'activité intellectuelle en matière de création de parfums implique une rigoureuse et ininterrompue éducation du goût, de l'imagination, de l'intelligence, de l'intuition, de l'invention et enfin de la capacité à se servir du hasard (in "Le parfum", P.U.F., 2^e édition, 1987, p. 50 à 67).

(106) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 79.

(107) Ibid., p. 22.

crochus, c'est-à-dire de leur potentiel d'harmonisation réciproque, mais nous devons compter aussi avec les intensités de chaque composant, avec les interactions de ces intensités et avec la courbe d'évolution dans le temps de ces mêmes intensités, c'est-à-dire avec la durée de perception de chaque composant (108). C'est dire que "pour décider intuitivement que dans notre formule de trente ou cinquante termes c'est telle proportion de chaque composant qui va faire que notes, affinités, intensités, moments d'efficacité, durées, etc., s'imbriqueront heureusement pour réaliser l'effet que nous recherchons, nous n'aurons d'autre secours que notre imagination s'appuyant sur nos expériences passées, c'est-à-dire sur notre juste compréhension des nombreuses combinaisons olfactives déjà tentées et sur la mémoire fidèle de ces essais. Nos milliers de composants utilisables représentent des milliards de combinaisons possibles. Le savoir requis par cette pratique est énorme ; fondé sur une multitude de souvenirs olfactifs entraînant une infinité d'images et de combinaisons d'images, il est forcément intuitif" (109).

Cette activité mentale, on le voit, ne peut être que le fruit d'efforts personnels, et il faut même ajouter d'efforts personnels dont le profane mesure mal l'extrême difficulté. En effet, ajoute Edmond Roudnitska, alors que le compositeur de musique dispose, pour exprimer la valeur des attributs des sons (hauteur, intensité, durée), d'un signe particulier pour chacun d'eux qui lui permet de les régler avec précision, "avec *un seul* chiffre en face de chaque composant, nous devons tenir compte de sa qualité, de son intensité, de sa durée, de ses affinités, et nous subissons sa volatilité dont nous devons estimer l'influence qu'elle aura sur les autres volatilités et celle qu'elle-même subira de leur part" (110). Aussi, conclut Roudnitska, "nous brassons mentalement des centaines d'odeurs et chaque fois que nous en introduisons une dans une formule c'est sous son multiple aspect que nous devons considérer son avenir, c'est-à-dire son comportement à l'égard des autres composants et le rôle qu'elle jouera dans l'ensemble. Qui douterait après cela que le parfum soit bien une construction de l'esprit" (111).

Il est clair, ainsi, que le compositeur de parfum "disposant de nombreux matériaux divers autorisant d'infinies combinaisons, une technique de composition tendant à exclure le hasard de sa

(108) Ibid.

(109) Ibid., p. 22-23. V. également, dans le même ouvrage, le passage relatif à la méthode en composition olfactive où Edmond Roudnitska précise que si l'intuition est une faculté primordiale en la matière, celle-ci "n'est pas un miracle, mais une étincelle qui ne faillit que si on a accumulé une charge suffisante de connaissances, d'expériences, de réflexions, de méditations" (op. cit., p. 47).

(110) Ibid., p. 94.

(111) Ibid.

pratique exige l'acquisition d'un immense savoir, la connaissance approfondie de quelques centaines de ces matériaux parmi les milliards possibles, et surtout une bonne mémorisation d'une multitude de combinaisons entre eux. Ce n'est possible qu'après un long entraînement et une persévérante éducation de l'intuition sans laquelle l'aléatoire dominerait" (112). Et, en conséquence, il n'est pas discutable que le parfum, composition olfactive, répond parfaitement, et même au-delà, à l'exigence de réalisation.

2°) *Le parfum est-il une réalisation de formes ?* Pour répondre à cette question délicate, plusieurs points doivent être précisés et tranchés...

a. - Avant toute autre chose, il faut commencer par préciser les données à la base de cette réalisation de formes. En effet, M. Edmond Roudnitska a longuement insisté, à juste titre, sur l'impérative nécessité qu'il y a à distinguer de la composition olfactive les éléments constitutifs de celle-ci, à savoir, d'une part, les produits odorants naturels et les produits de synthèse (113), qui étant des données physico-chimiques sont qualifiés par lui de "matériaux" (114) et, d'autre part, les odeurs (115), qui étant des données mentales sont qualifiés par lui de "matière" (116). Et, précise à ce propos Edmond Roudnitska, "la matière de la parfumerie, ce n'est pas le solide, le liquide, ni même la vapeur, agents de la stimulation qui à travers un appareil sensoriel extrêmement complexe va finalement engendrer dans le cortex cérébral un état de conscience que nous nommons odeur ; la matière de la parfumerie est cette odeur elle-même, c'est-à-dire l'idée générale que nous appliquons à ce fait de conscience et qui définit le concept *odeur*. Nous pouvons même dire que cette matière, c'est l'ensemble de nos souvenirs olfactifs puisqu'en fait, c'est avec des souvenirs que nous travaillons" (117). Il s'agit donc bien, ainsi que le souligne M. Roudnitska, "d'une matière abstraite" (118) et celui-ci a d'ailleurs particulièrement insisté sur le fait que le compositeur de parfums travaille essentiellement de mémoire (119) : "on vérifie, mais on ne compose pas avec

(112) E. Roudnitska, "L'univers du parfum", in *Revue Autrement*, "Odeurs, l'essence d'un sens", n° 92, septembre 1987, p. 80.

(113) V. not. à ce propos Ed. Roudnitska, "Le parfum", op. cit., p. 39 à 44.

(114) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 24, ainsi que p. 26-27.

(115) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 26-27, ainsi que p. 45 et s., et p. 68 et s.

(116) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 24 à 27.

(117) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 26.

(118) Ibid.

(119) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 52. V. également à ce propos p. 78-80 ; p. 89 ; p. 92 à 94. M. Roudnitska a notamment souligné l'impossibilité de contrôle matériel immédiat. Le musicien, dit-il, a un avantage sur nous en ce qu'il "peut vérifier immédiatement ses accords en chantonnant ou en pianotant, alors que nous ne pouvons le faire qu'après une laborieuse pesée (deux à trois heures) des composants énumérés dans la formule, une mise en solution alcoolique quelques jours plus tard

l'odorat", dit-il dans une formule aussi ramassée qu'heureuse (120).

b. - Ces précisions étant données, il est véritablement possible de passer à la question de savoir si le parfum, composition de produits odorants divers, est une réalisation de formes. Or la forme au sens du droit d'auteur devant se définir, ainsi que nous l'avons montré, comme ce qui naît de la combinaison de données physico-chimiques et de données mentales, notamment, se demander si le parfum est une réalisation de formes olfactives, c'est donc se demander si le parfum est la résultante de la combinaison, de la conjugaison, de matériaux odorants et de données mentales essentiellement constituées par les souvenirs olfactifs du compositeur, puisque chaque matériau possède une forme propre que sa mémoire olfactive a enregistrée (121). Or, à cette question il est possible de répondre par l'affirmative, et de la manière la plus nette qui soit grâce aux précieuses informations de M. Roudnitska. En effet, dit-il, "lorsque nous composons, nous pensons à associer, à combiner des qualités en vue de réaliser une certaine forme" (122), puisque "ce sont bien des formes que nous conjuguons, que nous combinons, dans le but d'obtenir une nouvelle forme résultante" (123). Qu'est-ce à dire, plus concrètement ?

En premier lieu, cela signifie que le compositeur de parfums, lorsqu'il entreprend la réalisation d'un parfum, se fonde sur un "choix olfactif délibéré et ordonné" de composants dont il détermine les proportions pour en faire un "tout harmonieux et signifiant", c'est-à-dire un tout "ayant une forme caractéristique" et "plaisante". Pour le compositeur, en effet, les matériaux "donnent séparément naissance à des formes olfactives singulières" qui s'inscrivent dans sa mémoire, et par la pensée celui-ci évoque ces formes, imagine "de les conjuguer, de les combiner, pour construire avec elles des ensembles olfactifs qui donneront lieu à un phénomène global, le parfum, qui sera très différent d'une simple addition de ses éléments" (124). D'où il résulte qu'il s'agit moins de mélanger des matériaux, des produits odorants, que de "les conjuguer", de telle sorte qu'ils "concourent à réaliser une forme olfactive qui aura telles et telles caractéristiques" (125).

du concentré ainsi obtenu et une suffisante macération de cette solution. Ce que représente plusieurs semaines d'attente" (op. cit., p. 94).

(120) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 89.

(121) Cf. à ce propos Ed. Roudnitska, op. cit., p. 27.

(122) Ibid., p. 22.

(123) Ibid., p. 28.

(124) Ibid., p. 93.

(125) Ibid., p. 46-47.

Ainsi "composer, ce n'est pas seulement mélanger, c'est d'abord penser forme" (126).

En second lieu, cela signifie qu'en la matière, penser forme, c'est réaliser "une pure construction de l'esprit" (127), car un parfum constitue toujours une combinaison, "une structure autonome", qu'il serait erroné "de rattacher à une forme olfactive pré-existante, dans la nature ou ailleurs" (128), d'autant que même lorsqu'un parfum paraît inspiré d'odeurs de la nature, ce ne l'est qu'au prix "d'une stylisation qui réduit l'odeur en question au rôle de prétexte", et que par ailleurs sont la plupart du temps utilisés "des matériaux qui n'ont rien à voir avec (quand elle existe) l'essence de la plante considérée" (129). Ainsi, par exemple, *Diorissimo* de Christian Dior (130), est-il une "évocation, qui n'est pas que florale, du parfum d'une botte de muguet, car s'y marie tout un contexte de sous-bois, de rosée, de nature agreste". Mais, "comme il n'existe pas d'essence extraite du muguet, ni rien d'approchant dans la nature, cette composition a dû être créée de toutes pièces à partir d'éléments hétérogènes n'ayant aucun rapport direct avec l'odeur du muguet. Il s'agit d'ailleurs moins d'une reproduction que d'une stylisation. La forme muguet ne fut qu'un prétexte pour réaliser par des accords complexes et pour transposer sur le plan du parfum, un contrepoint fleuri, de verdure et de fraîcheur, évoquant la nature, le printemps, la jeunesse" (131). Et que dire alors des réalisations qui sont des compositions parfaitement abstraites, (comme par exemple, n° 5 de Chanel ; *Arpège* de Lanvin ; *Mitsouko* et *Shalimar* de Guerlain ; *Femme de Rochas* ; *Eau Sauvage*, *Diorella* et *Dior-Dior*, de Christian Dior, etc), qui constituent la plus grande partie des créations d'aujourd'hui, la raison en étant que l'on dispose à l'heure actuelle "d'un nombre considérable de matériaux qui n'ont jamais été rencontrés dans la nature" (132) et que ces sortes de réalisations, pures constructions de l'esprit qu'il faut inventer du tout au tout, sont les plus stimulantes pour l'esprit d'un compositeur de parfums parce qu'elles exigent, par excellence, "l'invention" (133) et "l'art des proportions heureuses" (134).

(126) Ibid., p. 48.

(127) Ibid., p. 71.

(128) Ibid., p. 72.

(129) Ibid., p. 70.

(130) Création de M. Roudnitska.

(131) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 33.

(132) Ibid., p. 72.

(133) V. not. à ce propos les pages que M. Roudnitska y consacre dans son ouvrage "Le parfum", p. 62 à 65.

(134) V. pareillement Ed. Roudnitska, op. cit., p. 76, ainsi que p. 100.

En troisième lieu, cela signifie que, pour aboutir à un tout "harmonieux et signifiant" (135), le compositeur de parfums doit encore déterminer les proportions des matériaux, des composants, de telle sorte que de leur combinaison résulte une forme harmonieuse et signifiante. Or un parfum est essentiellement "une harmonie d'accords simultanés" (136), laquelle se déroule toutefois dans le temps. En effet, "si la plupart des composants participent au thème principal de la forme olfactive, *leur proportion n'y est pas constante* puisqu'ils n'ont pas tous la même volatilité". Et de ce jeu subtil, qui échappe à beaucoup, "le compositeur doit se rendre maître car c'est ce jeu qui conditionne la forme olfactive et son comportement dans le temps. Il s'ensuit que les proportions choisies pour chacun des constituants de la formule doivent tenir compte de leur note spécifique, de leur intensité propre, et bien sûr de leur durée de perceptibilité, mais aussi et surtout de leur volatilité et des fluctuations que celle-ci va subir sous l'effet des autres volatilités qui la stimuleront ou la freineront suivant le cas" (137). Ainsi composer, c'est plus que combiner trente ou cinquante produits odorants, c'est décider de la proportion de chacun de ceux-ci en considération de tous ces facteurs. Autrement dit, composer, c'est certes penser "à associer, à combiner des qualités en vue de réaliser une certaine forme", mais c'est encore le faire "en embrassant dans la même vision, comme le musicien, non seulement des qualités, mais inévitablement les intensités et les durées correspondant à ces qualités" (138).

A tous ces titres, il apparaît que les arrangements olfactifs sont basés sur le jeu des qualités odorantes associées, conjuguées, et que ceux-ci donnent lieu à un ensemble complexe, le parfum, qui est très différent d'une simple addition de ses éléments, puisque, nous venons de le voir, "dans une composition olfactive, chaque composant n'est pas signifiant par lui-même", mais le devient "par ses rapports avec les autres et surtout avec l'ensemble" (139). Ainsi se trouve largement établi que le parfum, composition de produits odorants divers, est une réalisation de formes, de formes olfactives (140).

(135) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 93.

(136) E. Roudnitska, op. cit., p. 37.

(137) Ibid., p. 37-38.

(138) Ibid., p. 22.

(139) Ibid., p. 92-93.

(140) Ainsi encore ne peut-on que déplorer l'analyse erronée des magistrats de la Cour de Paris lorsque ceux-ci, dans l'arrêt qu'ils rendirent le 3 juillet 1975 sur le litige de *Laire c. Parfums Marcel Rochas*, affirmèrent que l'objet de ce litige n'était pas la reproduction illicite d'une oeuvre de l'esprit protégeable au titre de la loi du 11 mars 1957, mais seulement l'utilisation "d'un procédé permettant, en mélangeant dans des proportions données des essences naturelles, des produits synthétiques et des composants spécifiques, tous éléments obtenus eux-mêmes par divers procédés

c. - A cela il a été toutefois objecté que quand bien même le parfum serait une réalisation de formes olfactives, il ne saurait être considéré comme une réalisation de formes protégeables par la loi du 11 mars 1957, car les seules réalisations de formes protégeables par ce texte seraient les réalisations de formes visuelles et les réalisations de formes auditives. Selon MM. Calvo et Morelle, en effet, "il est difficile de concevoir des oeuvres de l'esprit faisant appel, à titre principal, au goût, au toucher ou à l'odorat", car "traditionnellement (...) les oeuvres de l'esprit font appel à la vue et à l'ouïe" et que pour tout ce qui fait appel à l'odorat, au goût et au toucher "l'on pourrait, à la rigueur, parler d'impressions, de sensations, mais non d'oeuvres" (141). Mais à cela il est facile de répondre que ce qui fait appel à la vue ou à l'ouïe commence *aussi* à provoquer des sensations, visuelles ou auditives, car s'il n'en était pas ainsi comment pourrait-on en avoir la perception (142) ? Mais l'objection de MM. Calvo et Morelle ne repose pas seulement sur une ignorance des mécanismes de la perception, elle repose également sur une méconnaissance de la notion d'oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. En effet, dès l'article 2 de la loi du 11 mars 1957, il est indiqué que les dispositions de la loi s'appliquent à "toutes" les oeuvres de l'esprit et dès la première phrase de l'article 3, qui donne une série d'exemples d'oeuvres de l'esprit, il est précisé que "sont considérées *notamment* comme des oeuvres de l'esprit au sens de la présente loi"... Certes, la lecture de l'article 3 révèle que les exemples donnés se rapportent à des oeuvres perceptibles par la vue et par l'ouïe, mais il a toujours été admis que la liste de l'article 3 n'est qu'illustrative, d'une part en raison de l'adverbe "notamment" et d'autre part en raison du texte de l'article 2 qui dispose que la loi a vocation à protéger "toutes les oeuvres de l'esprit". La Cour de Paris, dans son arrêt du 3 juillet 1975, ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisque celle-ci a affirmé nettement, et à juste titre, "que si l'art. 3 de la loi du 11 mars 1957 ne cite comme exemple d'oeuvres de l'esprit que des oeuvres perceptibles par la vue ou par l'ouïe, la présence de l'adverbe notamment ne permet pas d'exclure a priori celles qui

industriels, d'obtenir un produit également industriel" (Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1., p. 44, 2^e colonne).

(141) J. Calvo et G. Morelle, note sous Paris 3 juillet 1975, G.P. 1976.1., p. 46, 1^e colonne.

(142) V. not. à ce propos, d'une manière générale, L.-M. Morfaux, "Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines", op. cit., p. 264-265 ; P. Foulquié, "Dictionnaire de la langue philosophique", op. cit., p. 525-526 ; A. Lalande, "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", op. préc., p. 753-754. V. également à ce propos, d'une manière plus particulière et plus approfondie, Ed. Roudnitska, "L'esthétique en question", op. cit., p. 139 à 167, ainsi que "Le parfum", op. cit., p. 12 à 18.

pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens" (143). Ainsi ne saurait-on admettre comme une objection valable que les réalisations de formes olfactives ne peuvent être considérées comme des réalisations de formes protégeables par le droit d'auteur.

d. - Au terme de cette analyse, il est donc possible d'affirmer que le parfum, composition de produits odorants, répond à l'exigence de réalisation de formes, puisqu'il est bien la résultante d'une combinaison de divers éléments : en l'espèce, des données physico-chimiques et des données mentales.

3°) *Le parfum est-il une réalisation de formes dotée d'une existence autonome ?* A cette question, il est aisé de répondre. Toute réalisation de formes, dès lors qu'elle ne s'analyse pas comme une interprétation d'oeuvre artistique, littéraire ou musicale, au sens de la loi du 3 juillet 1985, est en effet dotée, ipso facto, d'une existence propre, indépendante. Or comme le parfum n'est pas, bien évidemment, une interprétation d'oeuvre artistique, littéraire ou musicale au sens de la loi du 3 juillet 1985, il remplit ipso facto -cela va même sans dire- l'exigence d'une réalisation de formes dotée d'une existence autonome... Et il peut donc être considéré comme une oeuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur... Ce qui ne signifie nullement qu'il puisse être considéré comme une oeuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur...

B - Le parfum, oeuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur

13. - Qu'une oeuvre de l'esprit soit protégeable par le droit d'auteur ne signifie nullement que celle-ci soit ipso facto protégée. En effet, pour pouvoir bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur, elle doit encore répondre à certaines exigences, présenter certaines caractéristiques... Mais lorsqu'il s'agit de les déterminer, il apparaît que la loi du 11 mars 1957 n'offre, une fois encore, qu'un secours très limité...

Certes, il résulte bien de son article 2 que certaines caractéristiques de l'oeuvre sont indifférentes, en ce sens que celles-ci n'ont pas à entrer en ligne de compte et même ne doivent pas entrer en ligne de compte. Il en va ainsi du genre, du moyen d'expression (144), du mérite (145) et de la desti-

(143) Paris, 3 juillet 1975, affaire de *Laire c. Parfums Marcel Rochas*, G.P. 1976.1., p. 44, 2^e colonne.

(144) L'expression utilisée par le législateur est en réalité "forme d'expression", mais il vaut mieux dire "moyen d'expression" ou "modalité de l'expression", car ce que le législateur a voulu signifier c'est qu'il importait peu, au plan de la protection, que l'oeuvre ait été exprimée, par exemple, de manière verbale ou de manière écrite...

(145) Qu'il s'agisse, par exemple, d'une oeuvre majeure ou d'une oeuvre mineure est

nation (146) de l'oeuvre. Il en va également ainsi -mais à ce propos la loi est muette- du caractère esthétique de l'oeuvre, encore que l'opinion contraire ait eu d'illustres partisans et soit encore parfois soutenue en doctrine comme en jurisprudence (147). D'où, pour ce qui est du parfum, l'absence totale d'intérêt, dans la perspective qui est ici la nôtre, de tout développement tendant à démontrer que celui-ci présente ou ne présente pas un caractère esthétique (148). Ainsi que, corrélativement, l'absence d'intérêt de toute considération relative à la valeur, à l'importance, à la destination du parfum, ou encore relative au moyen d'expression qu'est le parfum ou au genre auquel peut être rattaché le parfum...

Mais lorsqu'après avoir précisé les caractéristiques de l'oeuvre qui n'ont pas à être prises en compte, on veut essayer de déterminer les caractéristiques que l'oeuvre doit présenter pour pouvoir être effectivement protégée, il apparaît alors que, paradoxalement, aucune disposition de la loi du 11 mars 1957 n'est véritablement d'une aide quelconque. Force est donc, une fois encore, de se trouver vers le droit antérieur. Or son examen suggère de distinguer à cet égard, d'une part, des caractéristiques

indifférent au plan de la protection...

(146) Peu importe également, au plan de la protection, que l'oeuvre ait, par exemple, une fonction essentiellement utilitaire ou une fonction essentiellement culturelle...

(147) Sur l'inexactitude de la thèse selon laquelle le droit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation originelle et naturelle de protéger les oeuvres à caractère esthétique, v. notre étude "La Révolution française et le Droit d'auteur", *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1989-2, p. 343 et s.

(148) Pour remarquables que soient les développements de M. Roudnitska dans lesquels celui-ci démontre que le parfum est une création artistique à part entière (v. not. à ce propos, in "Le parfum", le chapitre consacré aux caractères esthétiques du parfum où la thèse de Etienne Souriau qui avait l'un des premiers -sinon le premier- affirmé que "l'odorat est un sens esthétique au plus haut degré" est reprise et développée : op. cit., p. 90 et s., v. également dans la même perspective J.-L. Crochet, art. préc., *R.I.P.I.A.*, décembre 1979, n° 118, p. 459-460), ceux-ci n'offrent, au plan de la question de savoir si le parfum est une oeuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, aucun intérêt d'application...

Pareillement, il est sans intérêt juridique d'avancer, comme l'a fait le Tribunal de Commerce de Paris, dans l'affaire de *Laire c. Parfums Marcel Rochas*, qu'un parfum, en raison de la sensibilité subjective de l'odorat, ne saurait constituer une forme "artistique" (Trib. de Com. de Paris, 7 janvier 1974, cité par M. J.-L. Crochet, art. préc., *R.I.P.I.A.*, n° 118, décembre 1979, p. 458, ainsi que par M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 210). De même, il n'est d'aucune utilité juridique d'essayer de démontrer, comme l'ont fait MM. Calvo et Morelle que "le parfum ne pouvait être considéré (...) comme une oeuvre d'art" et même que "la nature intrinsèque de l'art s'oppose à ce que cette qualification soit donnée à un parfum" (J. Calvo et G. Morelle, note sous Paris 3 juillet 1975, *G.P.* 1976.1., p. 46, 1^e colonne, in fine). En outre, la loi du 11 mars 1957 qui a vocation à protéger les oeuvres de l'esprit n'a jamais eu, comme semblent le croire MM. Calvo et Morelle, vocation à protéger "les valeurs d'une civilisation", ces auteurs estimant en effet curieusement que par principe une oeuvre de l'esprit "a vocation à se situer dans une dimension extra-temporelle et extra-territoriale" et, notamment, qu'elle doit "témoigner pour les générations présentes et à venir" et "permettre la transmission des valeurs d'une civilisation à une autre" (J. Calvo et G. Morelle, note préc., p. 46, 1^e colonne).

positives, qui peuvent s'analyser comme autant d'exigences visant à poser les conditions mêmes de mise en jeu du droit d'auteur et qui sont par le fait même intrinsèques à la matière, et, d'autre part, une caractéristique négative, qui peut s'analyser comme une exigence visant à éviter que ne soient tournées certaines dispositions du droit des inventions brevetables et qui est par le fait même extrinsèque à la matière. Telles sont donc les conditions auxquelles doit en théorie satisfaire le parfum pour pouvoir être effectivement protégé...

a) Le parfum et les conditions positives de la protection

14. - Les conditions positives auxquelles est subordonné le bénéfice de la protection peuvent être ramenées à deux, la première étant que l'oeuvre soit perceptible et la seconde que l'oeuvre soit originale. Ainsi le parfum doit-il satisfaire à ces deux conditions.

I - Parfum et perceptibilité. - Sous ce que l'on peut appeler l'exigence de perceptibilité se trouvent en réalité plusieurs exigences. Non pas certes que l'oeuvre qui prétend au bénéfice de la protection soit exprimée, car si elle n'était pas exprimée, extériorisée, elle ne serait même pas protégeable (149). Mais qu'elle soit susceptible d'être perçue et aussi qu'elle soit susceptible d'être représentée. Relativement au parfum, composition olfactive, qu'est-ce que cela signifie concrètement ?

1°) De ce que la loi du 11 mars 1057 a vocation à protéger les oeuvres de l'esprit, il a été parfois déduit que la forme sous laquelle l'oeuvre a été exprimée doit être perceptible aux sens et à l'esprit de tous et qu'en l'absence de cette caractéristique, l'oeuvre ne saurait être protégée. Mais c'est là se méprendre, car si, par exemple, la lecture d'une partition musicale n'est pas à la portée de tous, cette seule particularité n'est pas de nature à exclure les compositions musicales de la protection offerte par le droit d'auteur. En effet, ce qui est exigé,

(149) Ceci se comprend aisément, car fut-elle parfaite (au double sens d'achevé et d'admirable), une oeuvre non exprimée, c'est-à-dire n'existant que dans l'esprit de son auteur, n'a pas de réalité pour le droit, celui-ci ne pouvant en effet porter que sur des phénomènes extérieurs, que sur des formes exprimées. Sans doute l'exigence d'expression, qui est d'ailleurs générale et non point particulière au droit d'auteur, est-elle une évidence. Mais il n'est pas inutile parfois de remettre en mémoire les évidences, ne serait-ce que pour permettre de résoudre la question de la détermination du droit applicable aux litiges relatifs aux oeuvres commandées qui n'ont jamais été créées, étant rappelé qu'aux termes de l'a. 7 de la loi du 11 mars 1957 une oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute communication au public, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.

ce n'est pas que l'oeuvre soit perçue par les sens et l'esprit de tous, mais seulement qu'elle soit susceptible d'être perçue, peu important qu'elle ne le soit que par quelques uns. Cela précisé, il faut observer que cette exigence -qui n'a d'ailleurs été dégagée et formulée qu'au moment où s'est posée la question de savoir si les programmes d'ordinateurs pouvaient être protégés par le droit d'auteur (150)- ne soulève, en ce qui concerne le parfum, composition de formes olfactives, aucune espèce de difficulté puisque le parfum est, sans discussion possible, susceptible d'être perçu par les sens (151).

2°) Mais cela n'est pas tout, puisque, toujours dans le cadre de l'exigence de perceptibilité, il est encore demandé, non pas que l'oeuvre soit à proprement parler représentable, mais qu'elle soit susceptible d'être techniquement décrite de manière objective. En considération de cette exigence -qui n'a d'ailleurs été dégagée et formulée qu'au moment où s'est posée la question de savoir si les parfums, compositions d'odeurs, pouvaient être protégés par le droit d'auteur- il a été en effet affirmé que les parfums, étant insusceptibles de satisfaire à cette condition, ne pouvaient en conséquence bénéficier de la protection offerte par la loi du 11 mars 1957. Ainsi, dans l'affaire de *Laire c. Parfums Marcel Rochas*, le Tribunal de Commerce de Paris a rejeté les conclusions de la société de Laire, qui invoquaient le bénéfice de la loi de 1957, au motif qu'une composition de produits odorants ne constitue pas une forme "susceptible, objectivement, d'être techniquement décrite" (152).

(150) Cf. par exemple Tribunal de grande instance de Paris, 21 septembre 1983, affaire Société Apple Computer Inc. c. S.A.R.L. Sogimex et autres, J.C.P. 1984.II.20249.

(151) N'est pas à dire qu'il importe donc fort peu que la formule d'un parfum, comme la partition d'une oeuvre musicale ne soit perceptible qu'à l'esprit de quelques uns, car, on le sait (cf. 1ère Partie) le texte de la formule du parfum, à la différence de la partition, n'exprime pas, entre autres, toute l'oeuvre... Il n'en est, comme le dit joliment M. Roudnitska, que "son scénario de reconstitution" (in "Le parfum", p. 92).

Et à rien ne sert de soutenir, comme le font MM. Calvo et Morelle, que ce qui conduit à dénier au parfum le bénéfice de la protection offerte par la loi du 11 mars 1957, "c'est sa relative éphémérité, son manque de stabilité, son impossibilité à traverser les générations, en un mot son manque de permanence" (note sous Paris, 3 juillet 1975, G.P. 1976.1., p. 46, 1^o colonne). En effet, à peine exécutés, les sons qui constituent l'oeuvre musicale s'évanouissent aussi... Et il serait vain d'y rétorquer que la partition et le disque peuvent les perpétuer, puisqu'à cela, il suffit de répondre qu'un "nouveau parfumage, grâce à un nouveau flacon", peut également faire revivre la composition olfactive (Ed. Roudnitska, op. cit. ? p. 92). A aucun point de vue, il ne serait donc sérieux de soutenir que le parfum ne satisfait qu'imparfaitement à l'exigence de perceptibilité parce qu'il s'évapore et qu'il n'en reste rien après (v. dans le même sens A. Bassard, art. préc., R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 463 et J.-L. Crochet, art. préc., R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 459).

(152) Trib. de com. de Paris, 7 janvier 1974, cité par M. J.-L. Crochet, art. préc., R.I.P.I.A., n° 118, décembre 1979, p. 459 et par M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p.

S'il faut louer le Tribunal de Commerce de Paris de ne pas s'être perdu dans des digressions hors de propos -telles par exemple celles se rattachant peu ou prou au caractère esthétique du parfum- et d'avoir parfaitement posé la question qui s'imposait, à savoir celle de la représentabilité de l'oeuvre, il faut en même temps reconnaître qu'il s'agit là de l'exigence qui, en ce qui concerne le parfum, composition olfactive, est la plus difficile à satisfaire. Et il est d'ailleurs curieux qu'hormis M. J.-P. Pamoukdjian (153), aucun des rares juristes à s'être penchés sur la question de savoir si le parfum, composition d'odeurs, pouvait être protégé par la loi du 11 mars 1957, n'ait relevé cette exigence pourtant capitale -ne serait-ce qu'au seul point de vue de la preuve de la contrefaçon- et n'ait traité des difficultés qu'elle soulève...

Effectivement, c'est une question fort délicate que celle d'arriver à "représenter" objectivement, d'une manière ou d'une autre, la forme olfactive issue de la combinaison retenue par le compositeur de parfum... Mais difficulté ne veut pas dire impossibilité... M. J.-P. Pamoukdjian, qui connaît bien le monde de la parfumerie, estime pour sa part qu'un professionnel, un homme de l'art, un expert, "peut décrire avec une précision suffisante (...) les éléments d'un parfum" (154). Mais il reconnaît immédiatement qu'il ne pourra toutefois "énumérer tous les composants, ni surtout leurs proportions respectives" (155). Ce qui revient à dire que pourront être seulement décrites "les notes dominantes" (156) caractérisant la forme olfactive en cause, c'est-à-dire les notes constituant le thème principal du parfum... Or en matière de parfum, cela est bien connu, chaque élément de la composition, fut-il mineur, participe pleinement à la réalisation du thème olfactif et les proportions, de leur côté, jouent un rôle important (157)... M. Roudnitska, qui connaît mieux encore le monde de la création des parfums, estime quant à lui qu'une technique comme la chromatographie pourrait rendre des services signalés, car, fait-il observer "puisque la chromatographie sous ses différentes formes est assez forte pour ouvrir nos formules aux

210, ainsi que p. 222 et s.

(153) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 222 et s.

(154) Ibid., p. 224.

(155) Ibid.

(156) On distingue traditionnellement dans un parfum trois sortes de notes... Les "notes de tête", qui sont constituées par des odeurs légères, perceptibles dès l'ouverture du flacon, et dont la durée peut varier de quelques minutes à quelques heures... Les "notes de coeur" ou "notes dominantes", qui sont constituées par des odeurs corsées, qui forment le thème principal de la composition et qui peuvent persister plusieurs jours... Les "notes de fond", qui sont constituées d'odeurs tenaces, qui ont, entre autres, pour fonction de fixer les odeurs plus fugaces qu'elles, en retardant leur débit et en augmentant leur durée d'émission, et qui pour cette raison durent parfois quelques semaines...

(157) Cf. à ce propos, 1ère Paris, B, a, notamment.

plagiaires, elle devrait l'être aussi pour contribuer à les leur interdire" (158). Et ainsi, selon lui, la discrimination entre les créations et leurs copies ne devrait pas poser "des problèmes plus épineux que ceux déjà posés par la distinction entre un dessin et un autre qui s'en inspire" (159). Il est à craindre, toutefois, que les exigences posées par les tribunaux en matière de preuve de la contrefaçon soient moins faciles à satisfaire qu'il ne pense... En effet, bien que des moyens scientifiques d'analyse existent -chromatographie en phase gazeuse ou liquide, spectrométrie de masse, résonance magnétique nucléaire- ces moyens, aux dires des gens de métier eux-mêmes (160), ne permettent qu'une détection partielle des divers éléments d'une composition olfactive, en ce sens qu'ils renseignent sur les éléments principaux, mais ne vont pas plus loin. Or en parfumerie, les composants les plus infimes ne sont pas les moins importants.... Il ne s'agit certes que d'une question de temps, car il n'est pas douteux que la science permettra dans un avenir plus ou moins proche d'obtenir la "représentation" juridiquement nécessaire. Mais, à l'heure actuelle, l'exigence de perceptibilité, et plus précisément de représentation objective, reste une exigence qui, en bien des cas, n'est pas facile à satisfaire...

II - Parfum et originalité. - Que l'oeuvre soit originale est traditionnellement considéré en droit d'auteur comme l'exigence maîtresse. La question essentielle que soulève cette exigence est celle de savoir si l'oeuvre présente l'originalité requise par la loi du 11 mars 1957 puisque le degré et la localisation de cette originalité sont, à ce point de vue, indifférents. Or la notion d'originalité est apparemment, à l'heure actuelle en pleine évolution, et cela en raison des extensions récentes de l'objet du droit d'auteur, notamment aux logiciels. Ainsi convient-il de préciser le cadre de cette évolution, puis de voir si le parfum, composition d'odeurs, peut satisfaire à l'originalité requise en droit d'auteur.

1°) Revêtant une importance capitale pour l'octroi de la protection, il n'y a pas lieu de s'étonner que l'originalité ait fait l'objet en doctrine, depuis quelques années, de discussions abondantes puisque, dans le même temps, l'objet du droit d'auteur connaissait une extension continue. Les opinions pour diverses qu'elles soient, peuvent néanmoins se rattacher à deux

(158) Ed. Roudnitska, "Le parfum", p. 81.

(159) Ed. Roudnitska, op. cit., p. 82.

(160) V. not. à ce propos G. Pelpel et I. Doyen, "Du métier de parfumeur", in Revue Autrement, n° 92, septembre 1987, "Odeurs, l'essence d'un sens", p. 177 à 179.

grands courants, l'un donnant une acception subjective de la notion d'originalité, l'autre une acception objective...

La conception subjective est issue du courant qui considère l'oeuvre dans sa relation avec l'auteur, en ce sens que selon les partisans de cette conception, l'artiste, l'écrivain, le compositeur, conçoit son oeuvre de manière indépendante, en fonction de sa propre personnalité, et l'oeuvre ainsi produite porte le reflet d'une individualité déterminée puisqu'elle est le fruit de vues et de choix subjectifs. Autrement dit, l'originalité, dans cette perspective, n'est pas autre chose que l'empreinte personnelle laissée par l'auteur dans son oeuvre. Et c'est cette conception qui est traditionnellement défendue dans la doctrine française (161).

Pour les oeuvres présentant un caractère esthétique, c'est-à-dire appartenant au domaine de l'Art, cette conception paraît tout à fait appropriée et elle se comprend parfaitement lorsqu'on réalise que c'est à partir des années 1860 environ qu'en doctrine commence à être de plus en plus souvent affirmé que le droit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation naturelle et originelle de protéger les oeuvres relevant des Belles-Lettres et des Beaux-Arts, c'est-à-dire les oeuvres à caractère esthétique (162). Mais cette conception paraît si naturelle en droit français qu'on risque d'oublier qu'elle ne constitue nullement une nécessité logique et qu'elle est empreinte de relativité historique... Autrement dit, qu'elle n'est que l'expression juridique d'une certaine conception du droit d'auteur, au demeurant inexacte (163). En revanche, pour ce qui est de certaines réalisations artistiques contemporaines (164), de tout ce qui entre sous l'expression commode de "petite monnaie du droit d'auteur" (165) et enfin, et surtout, des logiciels, cette conception de l'originalité est le plus souvent une conception beaucoup trop exigeante, dont l'application exclurait de la protection du droit d'auteur la plupart de ces oeuvres. C'est d'ailleurs à propos des logiciels -en raison

(161) V. not. Henri Desbois, "Le droit d'auteur en France", Dalloz, 3^e édition, 1978, n^o 3 et s., p. 5 et s. ; Claude Colombet, "Propriété littéraire et artistique et droits voisins", Dalloz, 3^e édition, 1986, n^o 31 et s., p. 36 et s. ; André Françon, "Propriété littéraire et artistique", P.U.F., 3^e édition, 1979, p. 10 et s. ; Robert Plaisant, Juris-classeur Civil Annexes/Propriété littéraire et artistique, Fasc. 302, n^o 12 à 18.

(162) Sur ce point, v. notre article, "La Révolution française et le Droit d'auteur", Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1989-2, p. 362 et s.

(163) Ibid., p. 362 à 369.

(164) Celles, notamment, qui se rattachent soit au courant de l'art conceptuel soit au courant du non-art.

(165) Modes d'emploi, notices relatives à un produit, tableaux synoptiques et même tables des matières ; atlas, cartes et plans, dessins techniques présentant un caractère strictement industriel, modestes créations destinées à être reproduites industriellement et dénuées de toutes ornementsation, etc...

même de leur importance économique- que ces critiques ont été le plus souvent développées (166).

Divers représentants de la doctrine, tant en France qu'à l'étranger, ont été en effet amenés à se demander si le droit positif assignait effectivement au terme "originalité" la signification subjective que lui donne Henri Desbois, ainsi que la plupart des spécialistes de la propriété littéraire et artistique, et s'il ne serait pas possible de s'orienter vers une conception plus objective... C'est ainsi que pour que la loi du 3 juillet 1985 -qui est venue confirmer que les logiciels pouvaient prétendre à la protection offerte par la loi du 11 mars 1957- ne reste pas propos vides, M. Michel Vivant a proposé, en France, d'analyser l'originalité requise en droit d'auteur, comme "la nouveauté dans l'univers des formes" (167). De fait, il est peu contestable qu'il existe des oeuvres protégées par le droit d'auteur qui ne se distinguent d'oeuvres antérieures que par des éléments objectifs. En effet, c'est la différence objective qui importe lorsqu'il s'agit, par exemple, de protéger une oeuvre littéraire élaborée à partir de mots tirés au hasard d'un dictionnaire ou encore une oeuvre musicale élaborée par un ordinateur à partir de quelques paramètres initiaux. Une démarche voisine a été suivie, en Suisse, par M. Cherpillod, qui incline à penser que l'oeuvre doit être protégée dès qu'elle diffère de ce qui est connu et de ce qui en découle directement, l'originalité devenant, dans une telle perspective, "un degré supérieur de la nouveauté" (168). Depuis lors, la réflexion a été reprise par M. André Lucas qui, par référence au droit des dessins et modèles, a suggéré qu'une création de forme soit considérée comme originale dès que la forme propre créée par l'auteur est séparable de la fonction (169).

C'est à ce stade de l'évolution qu'est intervenue une décision d'une importance capitale : celle rendue le 7 mars 1986, dans l'affaire Pachot, par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation. Cette décision revêt en effet une importance considérable, car c'est la première fois que la Cour suprême donne une définition de cette notion-clef qu'est l'originalité, celle-ci ayant effectivement déclaré que la Cour d'appel, ayant recherché "si les logiciels élaborés par M. Pachot étaient originaux" et ayant retenu que ceux-ci "portaient la marque de

(166) V. not. André Lucas, "La protection des créations industrielles abstraites", éd. Litec, 1975, n° 303 in fine, ainsi que "Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels", J.C.P. 1982.I.3081, n° 10 ; Robert Plaisant, "La protection du logiciel par le droit d'auteur", G.P. 1983.1.348, n° 7.

(167) M. Vivant, "Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels", in *Informatica e Diritto*, Florence, 1984, p. 73.

(168) Y. Cherpillod, op. cit., n° 221 in fine, p. 133.

(169) A. Lucas, "Exercice des droits des auteurs. Oeuvres protégées. Logiciels", *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n° 303-1, 1986, n° 25.

son apport intellectuel" (170), avait légalement justifié sa décision de ce chef. Que cette définition s'applique aux logiciels, cela va sans dire. Qu'elle s'applique à toutes les oeuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, cela est une autre question... De toute façon, cette définition constitue le point de départ obligé de toute réflexion sérieuse sur la notion d'originalité en matière de droit d'auteur...

Personnellement, nous pensons qu'il serait possible d'avoir de la notion d'originalité, une conception dualiste, et cela en raison même de la double nature de l'objet du droit d'auteur, autrement dit de la double nature des oeuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, puisque l'objet de la protection est constitué par deux sortes d'oeuvres de nature fort différente, opposée même (171) : les oeuvres sans caractère esthétique et les oeuvres à caractère esthétique... En effet, il s'agit de productions de l'esprit de nature différente, car les premières expriment des aspects quantitatifs (172) de la réalité, leur objet étant constitué par ce qui est objectivement déterminable, alors que les secondes expriment des aspects qualitatifs (173) de la réalité, leur objet étant constitué par ce qui n'est appréhendable que de manière subjective... Cette conception dualiste aurait l'avantage de concilier la position traditionnelle française et les aménagements exigés par l'évolution... Et il serait vain d'y opposer que l'article 2 de la loi du 11 mars 1957 prohibe, notamment, toute prise en considération de la destination de l'oeuvre, car ce que l'article 2 interdit, c'est d'exclure de la protection en considération de la destination, mais non d'adapter l'octroi de la protection en considération de cette destination. Beaucoup plus efficacement, en revanche, on pourrait objecter, toujours sur la base de l'article 2, que la loi protège indifféremment toutes les oeuvres de l'esprit et qu'en conséquence leur statut doit être le même. L'argument est irréfutable en théorie, et nous sommes enclin à penser qu'il est historiquement justifié. S'il devait entraîner la condamnation de la

(170) Ass. Plén. Cass. 7 mars 1986, affaire Pachot, D.S. 1986, p. 405.

(171) Opposée, mais complémentaire, puisqu'elles sont expression des deux faces d'un tout : la Réalité... D'une manière plus imagée, on pourrait dire qu'il y a entre elles la même différence que celle qui existe entre "le discours" et "le poème".

(172) Il y a en effet un ordre de réalité qu'on peut découvrir en l'appréhendant extérieurement, donc de manière indirecte. Ce qui en relève est tout ce qui est objectivement déterminable. Et pour appréhender cet ordre de réalité, l'homme dispose de son intelligence, ou plus exactement de son entendement et de sa raison, ainsi que des instruments de mesure et d'analyse, qui en sont le prolongement.

(173) Il y a un autre ordre de réalité qui, lui, ne peut être connu qu'en l'éprouvant intérieurement, et donc de manière directe. Ce qui en relève n'est en effet perceptible que subjectivement. Et pour appréhender cet ordre de réalité, l'homme dispose, entre autres, de sa sensibilité et de son intuition, qui sont des modes de connaissance alors que l'intellect est un mode de savoir. Cette appréhension est qualitative, et non quantitative, car on ne peut quantifier que ce qui se réfère à un système de mesure et d'analyse.

conception dualiste de l'originalité, force serait alors de se rabattre sur une conception unitaire dans laquelle l'originalité de l'oeuvre serait constituée par "l'apport intellectuel" de l'auteur de celle-ci, les termes "apport intellectuel" étant alors entendus au sens de "apport issu de l'activité intellectuelle", c'est-à-dire mentale, de l'homme, ainsi que l'autorise d'ailleurs la loi du 11 mars 1957 elle-même, puisque dans celle-ci l'expression "oeuvre de l'esprit" est prise au sens de "oeuvre issue de l'activité intellectuelle, mentale, de l'homme". Et un apport issu de l'activité mentale pouvant se rencontrer aussi bien dans le domaine des oeuvres sans caractère esthétique que dans le domaine des oeuvres à caractère esthétique, pourrait être ainsi réintroduite, mais au second degré, une conception dualiste de la notion d'originalité, le droit, en effet, ne pouvant sans péril ignorer la nature des choses...

2°) Quoi qu'il en soit, il résulte clairement de tout cela, selon nous du moins, que pour que le parfum, composition d'odeurs, satisfasse à l'exigence d'originalité, il est à l'heure actuelle nécessaire qu'il présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit, qui peut le plus peut le moins, un apport intellectuel de son auteur.

Avant d'aller plus loin, il faut toutefois s'arrêter sur une opinion contraire, celle de M. Crochet, celui-ci estimant qu'un parfum ne peut présenter qu'une nouveauté objective caractérisée et jamais une empreinte de la personnalité de son auteur. En effet, si celui-ci admet bien que nombre d'oeuvres artistiques sont empreintes de la personnalité de leur auteur et qu'elles peuvent donc être considérées comme originales lorsqu'elles présentent une "nouveauté subjective" (174), il estime en revanche "qu'un nombre incalculable d'oeuvres artistiques sont dépourvues de pareille empreinte", que celles-ci ne peuvent donc être considérées comme originales que lorsqu'elles présentent une "nouveauté objective caractérisée" (175) et il donne comme exemples certaines réalisations artistiques contemporaines se rattachant au courant dit "Optical Art", les compositions de parfumerie et, d'une manière plus générale, toutes les oeuvres que l'on peut qualifier d'abstraites (176). Nous avouons être dans l'impossibilité de comprendre pourquoi une peinture abstraite, ou un parfum, serait impropre, par nature, à recevoir l'empreinte de la personnalité de son auteur... Nous dirions même qu'un parfum

(174) J.-L. Crochet, art. préc., R.I.P.I.A., décembre 1979, n° 118, p. 460.

(175) Et, ajoute M. Crochet, pour remplir cette condition de nouveauté objective caractérisée, ces oeuvres doivent "se distinguer du patrimoine culturel commun et des créations préexistantes" (Ibid., p. 460).

(176) Ibid., p. 460.

est bien au contraire propre par nature à recevoir l'empreinte de la personnalité de son auteur, car la personnalité d'un compositeur de parfum est appelée à intervenir à chaque étape de la création, et notamment lors de la réalisation de la forme olfactive projetée... En premier lieu, il est bien connu des gens un tant soit peu avertis en matière de parfumerie, que chaque auteur a son style propre, même si ses créations sont souvent indépendantes les unes des autres. Chaque compositeur de parfum, en effet, "a sa ligne, qui est le reflet de son tempérament" et "quoi qu'il fasse, il lui est difficile de ne pas mettre une touche de l'un de ses produits favoris" (177). En second lieu, il est bien connu, grâce notamment aux ouvrages de M. Roudnitska, que la composition d'un parfum implique à tout le moins, outre une grande connaissance de la qualité des produits utilisés dans la composition, une grande maîtrise dans leur combinaison, l'individualité du parfum étant en effet fonction du nombre des produits utilisés et plus encore de la façon de les harmoniser entre eux. Plus précisément, il est notoire que le compositeur de parfum doit nécessairement, compte tenu des particularités des produits odoriférants, "organiser les successions et interactions des odeurs afin de réaliser une conjugaison étroite et souple entre les éléments volatils et les plus persistants en sorte que la forme initiale recherchée se dégage et se soutienne en évoluant sans défaillance" (178). Il y a donc eu, lors de la composition, de multiples combinaisons, de multiples conjugaisons, et celles-ci sont nécessairement empreintes de la personnalité du compositeur de parfum, dès lors du moins que ce parfum est une création, entendue au sens de novation. En effet, comme l'a bien montré M. Roudnitska, un parfum vraiment original porte toujours l'empreinte de la personnalité de son auteur, car sa réalisation a demandé du goût, de l'imagination, de l'intelligence, de l'intuition et de l'invention (179). Pour ne rien dire des "grands parfums" qui, pour reprendre la belle expression de M. Roudnitska, impliquent toujours "un énorme savoir expérimental autant qu'abstrait, une débauche d'imagination et un goût intransigeant" (180). Certes, de tels parfums sont rares, la grande majorité de ceux-ci n'étant que des variations sur un thème préexistant ou des synthèses de parfums existants. Mais l'on ne doit pas sous-estimer le travail de celui qui crée des variations ou des synthèses réussies (181) car il y faut malgré tout une réelle personnalité artistique,

(177) M. G. Brats, in "La parfumerie moderne", Fasc. n° 3, avril 1947, p. 57, cité par M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 218.

(178) J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 219.

(179) Sur cette question, v. not. Ed. Roudnitska, "Le parfum", p. 50 à 67, ainsi que "L'esthétique en question", p. 79 à 136.

(180) Ed. Roudnitska, "Le parfum", p. 92.

(181) Peu importe juridiquement qu'un parfum soit relativement original, le degré de

car le compositeur de parfum "sait combien il est difficile de créer des notes odorantes de conceptions nouvelles, à l'aide de matières premières déjà connues" (182).

Après avoir établi qu'un parfum original n'est pas, par principe, le résultat d'une simple activité de l'entendement et de la raison ayant abouti à un "apport intellectuel", mais le résultat "d'une recherche esthétique qui consiste à conjuguer avec art quelques dizaines de matériaux odorants (...) en vue d'obtenir une forme olfactive belle et caractéristique", c'est-à-dire "nécessairement marquée de la personnalité de son auteur" (183), il faut souligner que, pour nombre de parfums, satisfaire à l'exigence juridique d'originalité ne semble pas devoir soulever de grandes difficultés puisqu'il suffira d'établir que le parfum en cause présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit la marque d'un apport intellectuel de son auteur, puisque les incertitudes qui affectent encore la notion d'originalité commandent de conserver cette double formulation. Et l'observation faite à propos de la relative facilité de la preuve de l'originalité n'est nullement anéantie par le fait qu'en parfumerie comme ailleurs, l'élaboration des oeuvres est de plus en plus fonction de la psychologie des consommateurs et que "devenu le transcripteur de l'inconscient collectif", le créateur est de plus en plus fermement convié à choisir les formes qui suscitent "les grands rassemblements" (184), qui satisfassent le plus grand nombre. Autrement dit, même s'il n'est pas niable qu'en raison du primat du marketing le parfum tende en général à être, moins l'expression du créateur que l'expression du besoin des consommateurs, il n'en demeure pas moins qu'il doit être relativement aisé d'établir qu'il présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit la marque de l'apport intellectuel de son auteur, tant, dans l'un et l'autre cas, se trouve placée à un bas niveau -l'examen du droit positif le révèle- la condition dite maîtresse de l'accès à la protection offerte par le droit d'auteur (185).

l'originalité étant indifférent au plan de l'octroi de la protection.

(182) Dragoco Report, 1/1972, p. 25, cité par M. J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 221.

(183) Ed. Roudnitska, "Le parfum", op. cit., p. 78.

(184) Extrait d'un manifeste collectif pour la création en parfumerie, publié dans la Revue Autrement, n° 92, septembre 1987 : "Odeurs, l'essence d'un sens", p. 207.

(185) Satisfaire à l'exigence d'originalité en droit d'auteur est ainsi a priori, nettement plus facile que de satisfaire à l'exigence d'activité inventive en droit des inventions brevetables, puisqu'aux termes de l'article 10 de la loi de 1968 telle que modifiée en 1978, "une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour l'homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique". Ce qui, on s'en souvient, avait conduit M. J.-P. Pamoukdjian à souligner qu'une telle exigence entraînait une ligne de partage nette entre "les parfums courants" et "les parfums résultant d'une recherche approfondie". En effet, fait-il observer, "il est des parfums, ou plutôt des pseudo-parfums, eaux de toilette, absolument évidents pour un homme du métier" et il en est de même pour "la

b) Le parfum et la condition négative de la protection

15 - A ces exigences positives, il faut en ajouter une autre, qui est négative : que l'oeuvre ne soit pas exclue de la protection du droit d'auteur...

L'exclusion, prévue à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1909 -relative aux dessins et modèles, mais également applicable aux oeuvres de l'esprit au sens du droit d'auteur- a pour but d'éviter que ne soient tournées certaines dispositions du droit des inventions brevetables, puisqu'en raison de l'essor de l'esthétique industrielle, il est fréquent aujourd'hui qu'un même objet puisse à la fois être considéré comme une oeuvre de l'esprit par sa présentation extérieure et comme une invention par son résultat technique, utilitaire. En effet, il résulte de l'article 2, alinéa 2 de la loi de 1909 qu'une oeuvre est exclue de la protection du droit d'auteur lorsque la forme de celle-ci est strictement déterminée par la fonction utilitaire de l'oeuvre. Autrement dit, pour que l'oeuvre ne soit pas exclue de la protection offerte par le droit d'auteur, il faut que les éléments de forme de celle-ci puissent être dissociés du résultat utilitaire commandé par l'invention.

A la différence des exigences positives qui intéressent toutes les oeuvres de l'esprit, l'exigence selon laquelle l'oeuvre ne doit pas être exclue du droit d'auteur, exigence négative, n'intéresse que certaines oeuvres de l'esprit : celles qui peuvent être considérées à la fois comme un dessin, ou un modèle, par leur présentation extérieure et comme une invention par leur résultat technique. Les parfums, compositions d'odeurs, ne pouvant à l'évidence être rangés dans cette catégorie particulière d'oeuvres de l'esprit, l'exigence de non exclusion se trouve ipso facto satisfaite et n'appelle pas de développements plus longs...

plupart des eaux de Cologne" et, sauf rares exceptions, pour "toutes les eaux de Lavande composées", alors qu'en ce qui concerne les vrais parfums, ou extraits, ou dérivés d'extraits, c'est-à-dire ayant fait l'objet d'une recherche approfondie, en aucun cas, ils ne découlent d'une manière évidente de la technique pour un homme du métier" (J.-P. Pamoukdjian, op. cit., p. 194). La différence est d'importance puisqu'en droit d'auteur ce qui est exigé c'est la preuve de l'existence d'un reflet de la personnalité de l'auteur, alors qu'en droit des inventions brevetables ce qui serait exigé ce serait la preuve de l'existence d'une activité inventive, c'est-à-dire d'une recherche approfondie !

CONCLUSION

16 - A la question de savoir si le parfum, considéré en tant que création de forme, peut bénéficier de la protection offerte par le droit d'auteur -question qui reste d'actualité puisque, récemment encore, M. Maurice Roger, P.D.G. des Parfums Dior, parlant du nouveau parfum "Fahrenheit" déclarait qu'il n'existe pas, en matière de parfumerie, de propriété artistique (186)- il est possible, au terme de cette étude, de répondre par l'affirmative. Et l'intérêt de cette réponse, croyons-nous du moins, est d'intervenir au terme d'une étude qui s'est voulue systématique et qui a essentiellement visé à poser la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur aussi méthodiquement que possible, ainsi que le demandaient d'ailleurs les confusions fréquentes en la matière et l'évolution récente de l'objet du droit d'auteur.

La branche de la parfumerie devrait être intéressée par une présentation de la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur (187), car "jusqu'ici, tous les beaux parfums créés ont été outrageusement et impunément copiés de multiples fois dès leur apparition sur le marché" (188) et qu'il s'agit d'un marché d'une importance économique considérable. Est-il besoin de rappeler que "la France est de loin le premier exportateur mondial de produits de parfumerie et beauté avec 38 % de l'offre internationale" et que "la profession se situe (...) au 4° rang des activités exportatrices françaises du point de vue du solde excédentaire" (189) ? La protection au titre de la loi du 11 mars 1957 est, au demeurant, la meilleure protection possible du parfum, aussi bien pour ses créateurs, ou les entreprises créatrices, que pour les Maisons de parfumerie qui en auront acquis les droits, car ce n'est que sur le terrain d'une contrefaçon

(186) Interview publiée par la Revue Paris-Match, numéro du 16 septembre 1988. Pareillement les rédacteurs d'un manifeste collectif pour la création en parfumerie, publié peu de temps auparavant, déclaraient qu'une des deux grandes contraintes propres à la parfumerie était l'absence de propriété artistique spécifique (in Revue Autrement, n° 92, septembre 1987 : "Odeurs, l'essence d'un sens", p. 208).

(187) L'incroyable maladresse des conclusions présentées par la société de Laire montre que cet intérêt ne serait pas inutile.

(188) Ed. Rouknitska, "Le parfum", op. cit., p. 76.

(189) Information extraite de la publication patronnée par le Comité français du Parfum, "Histoires de parfum", conception R.H.M., 1988, p. 79, publication réalisée pour la série d'expositions faites sur ce thème à Lyon, Toulouse, Bordeaux, Nantes, Lille, Strasbourg, Aix-en-Provence et Paris.

de la forme olfactive que la preuve d'une ressemblance suffisante de forme pourra éventuellement être rapportée.

Mais le secteur de la parfumerie ne devrait pas être le seul à être intéressé par une présentation de la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur, car, outre le fait que l'utilisation du parfum s'étende à de nouveaux domaines, comme le montre l'intégration récente des odeurs dans des oeuvres cinématographiques (190) ou dans des oeuvres de sculpture (191), le parfum n'est qu'une variété d'arôme -le parfum est traditionnellement défini comme une odeur aromatique agréable- et que l'industrie du parfum n'est elle-même qu'une branche d'une industrie infiniment plus vaste : l'industrie aromatique (192). En effet, lorsque l'on sait que les arômes interviennent et interviendront de plus en plus dans les produits alimentaires (193), dans le parfumage promotionnel d'articles variés (194), dans les parfums d'ambiance (195), dans les compositions à finalité thérapeutique (196) ou stimulante (197), on mesure

(190) Sur l'utilisation des odeurs en cinématographie (ainsi que sur l'Odorama, ou cinéma en odeurs, du Musée des Sciences de La Villette) et sur ses perspectives d'avenir, v. not. les articles d'O. Auber et Y. Fagnen, in *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 194 et s., et p. 198 et s., respectivement. Sur l'introduction des sensations olfactives dans la vidéo, les jeux informatiques, les films et les représentations théâtrales, v. également l'article R. Winter, "L'odeur de l'argent", in *Revue Autrement* précitée, n° 92, septembre 1987, p. 189.

(191) Sur l'association d'odeurs et de sculptures, v. R. Winter, art. préc., p. 187.

(192) D'où d'ailleurs l'intégration progressive des entreprises de parfumerie au sein de grands groupes industriels, qu'il s'agisse "de grands groupes de la chimie, comme Hoechst, de groupes lessiviers comme Unilever, agro-alimentaires comme Nestlé ou Moët-Hennessy ou pharmaceutiques comme Sanofi" (J.-L. Peytavin, "Onze milliards de dollars", in *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 162).

(193) Les arômes de synthèse "envahissent désormais la charcuterie, la boulangerie, la bière, les crèmes glacées, les plats surgelés, la gamme infinie des crunchies et autres biscuits apéritifs" (J.-L. Peytavin, art. préc., *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 162).

(194) Selon Ruth Winter, aux Etats-Unis, "plus de 80 % des fragrances créées de nos jours sont destinées, non pas aux parfums subtils, aux eaux de Cologne ou de toilette, mais au parfumage promotionnel" (art. préc., in *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 185).

(195) Ces compositions, qui commencent à se "multiplier en France, sont destinées à favoriser le romantisme, la relaxation, le dépaysement... A propos de dépaysement R. Winter raconte qu'à la requête du Musée d'Histoire Naturelle de New-York, les maîtres parfumeurs d'International Flavors and Fragrances auraient reconstitué la senteur des prairies d'Afrique (art. préc., in *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 186).

(196) L'aromathérapie, qui représente actuellement aux Etats-Unis l'un des secteurs les plus intéressants et les plus importants du marché des odeurs, connaît aujourd'hui une extension prometteuse. On redécouvre, mais cette fois scientifiquement, que l'odeur provoque un effet puissant sur le corps, ainsi que sur l'esprit, et qu'elle peut en conséquence changer l'humeur, diminuer le stress, susciter le désir physique, soigner ou prévenir les maladies, en un mot contribuer grandement à changer la qualité de la vie (cf. not., à ce propos R. Winter, art. préc., in *Revue Autrement*, n° 92, septembre 1987, p. 188-189).

(197) Selon Annette Green, présidente de la Fragrance Foundation, il faut s'attendre à voir prochainement des "odorostats" dans les bureaux, les usines, les hôpitaux pour vérifier périodiquement la teneur aromatique de l'air ou diffuser des senteurs

l'intérêt qui s'attache, pour toutes ces industries, à pouvoir disposer d'une présentation de la problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur, ne serait-ce qu'à titre de thème de réflexion prospective...

capables d'augmenter l'efficacité du personnel, ainsi que des "ensembles à humeur", capables d'allier musique, lumières, couleurs et odeurs "afin de produire un ensemble de sensations personnalisées qui provoquerait ou refléterait une humeur particulière et augmenterait nos facultés de perception mentale" (information rapportée par R. Winter, art. préc., in Revue Autrement, n° 92, septembre 1987, p. 189).

LIBERTES ET
DROITS DE L'HOMME

UN REFRAIN DES RUES ET DES LOIS : LES DISQUES PRIVÉS DE STATIONNEMENT INTERDIT

Par
Anne ENSMINGER
Chargée de recherche au C.N.R.S.
Laboratoire de Sociologie juridique,
Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris

"L'alternance est sa loi, l'ambiguïté
son règne"
Saint-John Perse, *Oiseaux I*

1 - UN DETAIL ENCOMBRANT

1.1. Substrat juridique

- 1.1.1 Code de la route et affaire de rues
- 1.1.2. Réglementation au ras du pavé
- 1.1.3. Doctrine : soupçons et scandales

1.2. Symbolique triviale

- 1.2.1. Variations sur l'idéogramme B6
- 1.2.2. Variations sur l'idéogramme B1
- 1.2.3. Autres cas : idéogramme B0 et pictogrammes

1.3. Du panneau à la panoplie

- 1.3.1. Graffiti ou textes préfabriqués
- 1.3.2. Bricolages amovibles
- 1.3.3. Modifications durables du site

2 - DES PASSIONS QUOTIDIENNES

2.1. Mise en demeure

- 2.1.1. La maison
- 2.1.2. Garage et voiture
- 2.1.3. La chaussée : tabous et urgences

2.2. Questions d'aire

- 2.2.1. Le glacis possessoire
- 2.2.2. Stratégies de voisinage
- 2.2.3. Provocations et vengeances

2.3. Hermès discobole

- 2.3.1. La fausse transparence
- 2.3.2. Un frai sémiologique ?
- 2.3.3. Une suture sémiojuridique

INTRODUCTION

Plus on stationne, moins on stationne. En quatre décennies, "l'essor de la motorisation individuelle" (1) a multiplié, indéfectiblement, les stations erratiques des automobilistes, toujours bousculés par l'horodateur, la zone bleue, la configuration des lieux, les restrictions locales, les allées et venues des riverains. Pour comble, c'est peu de dire que ce Calvaire d'un nouveau genre ne laisse guère espérer d'indulgences. Un conducteur qui gare son véhicule, l'extrayant, pour un temps, des conflits relatifs à la circulation, l'abandonne aux pires incertitudes de la dérélliction. Belle métaphore du créneau : encastrier sa voiture au milieu d'une file, c'est ici descendre du créneau bouché, et confier au hasard le soin de faire bonne garde contre les actes ennemis, légaux ou non. Hasard, dans un espace urbain tissé de règlements ? Le mot pourtant n'est pas trop fort, car au long des murs et des trottoirs pris d'assaut par les stationneurs, où les pare-brise s'exposent aux contraventions, les pare-chocs aux bosselures, il n'y a plus de défense qui tienne. La rue devient théâtre d'une autre loterie, qui fait risquer, au lien du gain, la perte. S'il n'est pas toujours très facile de prévoir la durée d'une absence, si une voiture munie de son disque en carton, ou pour laquelle on a payé tribut, peut se trouver taxée de stationnement illégal à l'occasion des rondes de police, c'est le plus souvent de propos délibéré que les conducteurs cherchent à profiter des aléas qui affectent la répression de tout stationnement gênant ou dangereux, et abusent de "courses" faites quelquefois à loisir.

On sait que les efforts déployés par les autorités pour "rationaliser" l'usage des voies publiques aux endroits trop menacés d'encombrement ont paradoxalement encouragé les usagers -ceux de la surface du moins (2)-, à une fronde inlassable vis-à-vis des panneaux de signalisation. Il faudra aussi prendre en compte l'apparition de stratégies nouvelles entre particuliers. On connaît la fâcheuse tendance des automobilistes à se croire affranchis du Code de la Route (3) quand il ne roulent plus, et on

(1) 1950 est le point de départ communément admis en la matière (voir par exemple le rapport du Haut Conseil de la Population et de la Famille de déc. 1988 "Mortalité et morbidité violentes dans la population des jeunes de 15 à 24 ans : accidents de la route et suicides" (83 p. + Annexes) rapporteurs J.R. Carré et E. Zucker, p. 22).

(2) La faveur accordée par les technocrates réformateurs à la multiplication ou même à l'usage exclusif des parcs de stationnement souterrains n'est sans doute pas sans rapport avec le fait qu'ils réduiraient considérablement le contentieux du stationnement. Le sous-sol, dont l'accès et surtout le degré de saturation sont systématiquement contrôlés, ne peut jamais, lui, faire l'objet d'une occupation temporaire indue. Cette "philosophie du souterrain", qui permettrait d'éviter quotidiennement, dans la capitale, le stationnement irrégulier de 70 000 véhicules, est développée par le Préfet Maurice Doublet dans *Le Monde* du mardi 25 octobre 1988, p. 2 : "Paris. Circulation : des idées à creuser".

(3) Remarque faite dans Le permis de conduire français, Axiome diffusion 1980, p.

n'ignore pas le peu de cas qu'ils font des idéogrammes prohibitifs généreusement implantés sur le domaine public. Mais voilà que les riverains, soucieux de ne pas faire les frais de cette "guerre sourde" (4), n'hésitent pas à réitérer, au moyen de divers panneaux ou pancartes fixés à ce qu'on nommait autrefois des "accès charretiers", les injonctions des disques officiels, de modèle B6, qui signalent l'interdiction de stationner. Dans ce cas, fort répandu, de panneaux redoublés, c'est déjà signaler à l'automobiliste en quête d'une "place" qu'on n'est pas dupe de sa propension à enfreindre la réglementation, et c'est encore lui rappeler qu'il existe, dans le cadre d'une interdiction applicable à telle portion de rue ou de trottoir, certains lieux affectés d'un coefficient d'interdiction tellement fort qu'ils justifient cette stupéfiante précaution, à savoir qu'on invoque, en leur faveur, l'exception à l'application d'une règle.

Ainsi le déferlement de l'illégalité ordinaire oblige-t-il l'heureux possesseur d'un garage à rétracter son droit d'aller et de venir derrière cette exigence de libre stationnement sur la voie publique qui s'obstine à braver les dispositions de police. Prudente complicité d'automobilistes voués à connaître tôt ou tard les mêmes contraintes, ou bien humour inconscient ? Toujours est-il qu'on voit se concentrer, sur des îlots spatialement plus faciles à défendre, un luxe de signalisation propre à stimuler l'investigation. Le Droit ici part-il réellement à la dérive ? Quels sont les points d'ancrage de pareils signes pléthoriques et, à la lettre, déroutants ? Derrière ces panneaux qui clament l'exception, la règle n'est pas loin. Mais il faudra montrer par quels circuits obscurs, et avec quel cortège, elle s'en vient estampiller les portes, au plus près du légal, en couleurs éclatantes.

144 : "Pour beaucoup de conducteurs, le Code de la Route cesse d'exister, dès qu'ils immobilisent le véhicule".

(4) J.-L. Costa, "Le stationnement des véhicules en droit pénal", D. 1964, Chron. XVI, p. 101-108 ; p. 101.

1 - UN DETAIL ENCOMBRANT

Parce que se ranger revient souvent à déranger, les rues ne sont pas seulement, à l'instar des routes, des lieux de "haute intensité juridique" (5). Ponctuées des "panneaux de prescription absolue" (6) qui proscrivent le stationnement, elles peuvent prétendre à la plus haute intensification. On s'en rend compte, plus encore qu'avec la prolifération des panneaux officiels, en examinant ce phénomène de doublure privative dont on aurait tort de sous-estimer les replis. Quand ils apposent à leurs portes des disques de stationnement interdit, les particuliers débordent la signalisation réglementaire : ils s'efforcent d'intimider au moyen d'armes privées, quoiqu'à visée publique. Le procédé est trop voyant pour avoir pu se développer à l'insu et a fortiori au mépris des autorités : c'est donc qu'elles ne s'en accommodent pas mal. Comment comprendre les ressorts de cette complaisance, qui laisse au riverain entière latitude pour combiner, sur son panneau personnel, fonction mnémorique - puisqu'il s'agit avant tout de montrer, par un artifice sommaire, qu'une prescription officielle s'applique à la situation présente- et caractère mimétique - dans la mesure où, le plus souvent, ces disques s'ingénient à calquer l'idéogramme normatif ?

Ni le Droit, ni surtout la notion de signe juridique (7) ne restent complètement à l'abri des brouillages sémiologiques introduits et largement exploités par cet objet qu'il faut bien appeler, sur la foi de l'étymologie, scabreusement légal : il n'est pas illégal, sans avoir par lui-même de force légale, et il s'avère, indubitablement, "porteur" et "vecteur" de Droit (8). Tout laisse à penser qu'on aura une chance d'appréhender ici l'affleurement d'une juridicité en marge des clivages traditionnels, mais pas toujours confortables, du privé et du public, de l'officiel et de l'officieux. Une gestion privée de ce qui est, finalement, de la

(5) J. Carbonnier, Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques du 23 octobre 1967, in Revue des travaux de cette Académie, 1967, 2e sem., p. 91.

(6) Pour une analyse diachronique du système des signes routiers, qui démontre comment la circulation urbaine a enrichi très vite la panoplie des panneaux routiers, en suscitant, à côté des signaux de danger, les panneaux d'obligation et de régulation, on consultera M. Krampen "Icons of the road" in Semiotica, vol. 43-1/2, 1983 ; p. 69/77 et 101.

(7) J.-P. Gridel, Le signe et le droit (Paris, L.G.D.J., 1979, VI + 339 p.) définit le signe juridique par le critère du contenu : il est "porteur d'une information juridique", sa "raison d'être est d'extérioriser la situation juridique propre à telle personne ou chose", "il n'est rien d'autre que le miroir, le commode reflet de la situation juridique concrète dans laquelle se trouve telle personne ou chose" (p. 38/40) ; "il en résulte qu'un signe peut être juridique même si le Droit s'abstient d'en sanctionner la mauvaise utilisation" (p. 39, note 135). Mais il ne s'arrête pas sur notre cas, où le Droit ne sanctionne pas une utilisation qu'il n'a pas seulement prévue. La pratique des disques privés est évoquée p. 211, note 11 b) comme une "tolérance administrative" (voir infra 1.1.2.).

(8) Gridel, op. cit., p. 36, note 124.

publicité législative, voilà qui oblige à s'interroger sur l'us et sur l'abus des signes nomoïdes. L'apparence du légal induit des effets vibratoires qui se propagent jusqu'au légitime, voire au légitimé. Affaire de placards, témoignage d'un Droit passionnément vécu, mais sur le seuil du Code.

1.1. Le substrat juridique

La disproportion grandissante entre le nombre de véhicules à garer et celui des garages effectivement disponibles ne suffit pas à expliquer que les panneaux de stationnement interdit aient fait si largement l'objet d'un remodelage privé de la part des riverains. Il ne s'agit pas d'ajouter à l'abondante littérature journalistique et doctrinale en matière de "problèmes de stationnement", mais d'apprécier l'éclairage insolite que l'existence de ces panneaux atypiques projette sur les signes juridiques "homologués", dont ils ne sont aucunement des contrefaçons.

Nul doute que les particuliers, si prompts à l'affichage protecteur -voire, dans certains cas, protectionniste-, ne se fassent pas toujours une idée extrêmement claire du statut juridique de leurs panneaux. D'autant plus que, si leurs injonctions visent forcément des automobilistes, les poseurs de disques privés, qui défendent leur porte, et pas uniquement l'entrée de leur garage, peuvent fort bien n'être pas possesseurs de ce permis de conduire grâce auquel ils seraient censés posséder aussi un bagage minimal de Droit routier (9).

S'il nous paraît pourtant indispensable d'explicitier d'emblée les tenants et les aboutissants juridiques du phénomène, ce n'est pas seulement pour faciliter la compréhension des écarts qu'on sera amené à commenter en détaillant les originalités des panneaux privés. C'est aussi afin de mieux saisir la genèse d'un processus qui se tient trop précisément sur la lisière du Code de la Route pour qu'on ne se demande pas ce qui, dans l'organisation même de ce corpus, pouvait ouvrir la voie à de telles improvisations. Il convient de s'être familiarisé avec le paysage légal pour situer sans erreur, dans un Droit familier, ce lopin quasiment domestiqué.

1.1.1 Code de la Route et affaire de rues

Le Code de la "civilisation à moteur" (10) est exemplaire dans son essai d'une conciliation cruciale. D'un côté, il met en

(9) Préface de J. Carbonnier à J.-P. Gridel, op. cit., p. II : "Ce droit qui pousse le long de nos rues et de nos routes (...) a aussi le rare privilège d'être appelé à régir une nation (non pas simplement une corporation) de diplômés en droit".

(10) J. Carbonnier, préface citée, p. I.

oeuvre une législation minutieuse et complexe, constamment obligée d'absorber, en raison du domaine qu'elle régleme, les contraintes pratiques et l'avance technologique ; de l'autre, il ne peut risquer d'éluder l'exigence de communication à grande échelle et de lisibilité immédiate. Car non seulement la circulation routière concerne l'ensemble des citoyens, automobilistes ou non, mais surtout il n'y a pas, en la matière, de professionnels susceptibles d'assumer, à la place des particuliers, une conduite conforme à la loi. Pas de notaires, pas d'avocats, pour donner des conseils, à ces carrefours où se frôlent les tôles. Aussi le Droit routier a-t-il recouru prudemment à des panneaux que nul n'est censé ne pas voir. Dès lors, les textes ont à compter avec l'ombre portée des choses.

Ce n'est pas moins qu'un double système de relais qui assure au Code de la Route la possibilité de prolonger les mesures qu'il édicte et d'en organiser, à toutes fins utiles, la publicité. D'une part, l'article R 225 prévoit une délégation de compétence réglementaire aux autorités locales investies du pouvoir de police (11) ; et certains articles, comme R 36 et suivants, qui visent le stationnement des véhicules, renouvellent expressément le renvoi à d'éventuels aménagements topiques. D'autre part, l'article R 44 énonce la finalité de la signalisation routière, destinée à "porter à la connaissance des usagers la réglementation édictée par l'autorité investie du pouvoir réglementaire". Toutefois, les commentateurs soulignent bien que "certaines dispositions n'ont nul besoin de faire l'objet d'une signalisation pour s'imposer aux usagers" (12) : il s'agit des règles fondamentales du Code, dites "normes d'efficacité immédiate", qu'on oppose aux "normes d'efficacité conditionnelle", décisions réglementaires, générales ou locales, appropriées au monnayage des prescriptions légales (13). Mais, lorsque l'autorité compétente l'estime nécessaire, rien n'empêche que ces principes fondamentaux bénéficient également de panneaux mnémoniques. Or, on constate que la prévoyance didactique l'emporte généralement sur la confiance en l'implicite. Des distinctions qui se traduisent, en Droit, par l'opposabilité de la norme à l'utilisateur (14) se trouvent ainsi gommées au profit d'un débordement pédagogique. Abondance de panneaux ne nuit pas : tel semble être véritablement le précepte officiel (15).

(11) J. Regnis, "Problèmes de stationnement", S. 1958, Chron. p. 1/16 ; p. 1 : "la police de la circulation est principalement une police municipale".

(12) J. Rémy, Code de la Route, commentaire pratique article par article, 11e éd. 1985, Paris, L'Argus, 389 p. ; p. 148.

(13) Gridel, op. cit., p. 214/218.

(14) Idem, p. 213/222.

(15) En dépit de l'Instruction interministérielle du 7 juin 1977, 1ère partie, préambule et article 4, qui rappelle que "l'inflation des panneaux nuit à leur efficacité".

S'étonnera-t-on de ce que les particuliers extrapolent, consciemment ou non, à partir des prolongements dessinés dans le Code même, de ce qu'ils se sentent investis d'un pouvoir de relais et, suivant en cela l'exemple des autorités, de ce qu'ils s'estiment encouragés au renchérissement dans la publicité ? Les études consacrées à la police du stationnement sur les voies publiques urbaines s'emploient à débrouiller l'écheveau d'une réglementation dans laquelle coexistent "préoccupations traditionnelles de police" et "données domaniales irréductibles", et qui "se trouve commandée par de nombreux facteurs extra-juridiques" (16). Ce sont précisément ces deux traits, un feuilletage réglementaire, induisant le public à des assimilations hâtives, à des confusions de compétences, et le poids des données de fait, propice au développement d'un hyperjuridisme vulgaire, qui font des règles de stationnement non-privatif en agglomération un terrain de choix pour analyser ce phénomène de régulation privée que l'on voit se concrétiser sur les portes.

Mais d'abord, un historique des dispositions du texte fondateur montre que trois formulations ont suffi au Code de la Route pour régler, au fil des années, un cas très particulier de stationnement illicite. Assorties d'un contexte restreint, à savoir les interdictions de stationner en général, elles illustrent (17) à la fois la manière dont l'automobile s'impose aux usagers et au législateur, et une certaine riposte des pouvoirs publics, qui trouvent dans cette prolifération la justification d'un interventionnisme toujours croissant. En 1921, le Code de la Route n'est pas encore revenu sur l'interdiction rigoureuse du stationnement "sans nécessité", instituée par le décret de 1852, mais il défend bien d'"entraver l'accès des propriétés" (18). L'expression sera reprise sans modification jusqu'en 1954, même si, entre-temps, l'interdiction générale s'est adoucie pour ne plus s'appliquer qu'aux stationnements "sans motif légitime" (19), et si on l'assortit de maintes précisions (20). Le décret du 10 juillet 1954 prohibe en son article 36 le stationnement "abusif" (21) - preuve, s'il en fallait une, que le stationnement des véhicules sur

(16) J. Moreau, "La police du stationnement", in Collectivités locales, tome 2, fasc. 2355-1 à 25, parag. 100 (1976).

(17) Idem, parag. 13-15.

(18) Le décret du 10 août 1852 est le premier texte qui réglemente le stationnement des voitures sur la voie publique : c'est l'article 10 que reprend encore le décret du 27 mai 1921 dans son article 11. Lequel décret peut être légitimement désigné comme le premier "Code de la Route", dans la mesure où cette dénomination apparaît alors dans les tables du Journal Officiel.

(19) Décret du 21 août 1928, article 11.

(20) Le décret du 19 janvier 1933 spécifie l'interdiction de stationner en haut des côtes, aux bifurcations, dans les tournants.

(21) Mais il ne le définit pas ; il faut attendre pour cela le décret du 12 juin 1972.

la voie publique est désormais usuel- et l'article 37 interdit d'"entraver l'accès des immeubles riverains".

Avant d'en venir à la troisième formulation, qui est celle du texte actuellement en vigueur, rédigé en 1972, il faut signaler deux mesures visant à un contrôle accru du stationnement. En 1960, la mise en fourrière est prévue (22) pour les véhicules "dont la présence (...) entrave l'accès des immeubles riverains, si le conducteur est absent ou refuse de faire cesser le stationnement irrégulier". En 1969, est officialisée la distinction entre l'arrêt et le stationnement (23), qui en dit long sur la durée moyenne d'occupation de la voie publique : on décèle, en filigrane, la pratique ordinaire, qui consiste à faire des rues et des trottoirs autant de "garages à ciel ouvert" (24). La sophistication trahit ici les concessions qu'ont arrachées aux autorités leurs difficultés grandissantes à contrôler le parc automobile (25). Comme si l'indulgence relative dont on fait preuve vis-à-vis des conducteurs à l'arrêt, qui, restant aux commandes ou à proximité, peuvent déplacer au besoin leur véhicule, était une manière d'inciter les stationneurs à éviter les endroits qu'on leur déconseille. En 1972, les stationnements interdits sont distribués en trois catégories. Laissons de côté le stationnement abusif et le stationnement dangereux, c'est le stationnement gênant qui sera notre gibier, puisqu'est "considéré comme gênant la circulation publique (...) le stationnement devant les entrées carrossables des immeubles riverains".

On remarquera la stabilité de textes qui pourtant jalonnent un demi-siècle de réglementation : tout au plus, d'une formule à l'autre, note-t-on une précision croissante et, entre les deux premières, la prise en compte de l'évolution de la langue. En effet, entre 1921 et 1954, l'acception de "propriété" comme synonyme de "biens-fonds, immeubles", s'est trouvée concurrencée par un emploi du langage courant, qui désignait ainsi une riche maison d'habitation, volontiers entourée d'un jardin ou d'un parc. Quant au sens strictement juridique de "propriété", il n'avait que faire ici, dans la mesure où la seule

(22) Décret du 9 janvier 1960, R 285.

(23) Décret du 5 février 1969, R 1er.

(24) Moreau, art. cité, parag. 43

(25) L'évolution des emplois du mot "stationnement" est révélatrice : en 1928, M. Waline, commentant l'arrêt Despujol (Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 juillet 1927), distingue un "sens vulgaire" et un "sens juridique" : regrettant que le même mot "désigne des utilisations du domaine tantôt privatives (c'est le sens juridique), tantôt collectives (c'est le sens vulgaire)", il propose d'appeler "arrêt de circulation" "l'utilisation collective, anonyme des voies publiques par les automobilistes qui s'arrêtent une fois par hasard, et pour quelques moments ou même quelques heures". Aujourd'hui, on n'ose plus faire intervenir le critère de la durée, même pour différencier l'arrêt du stationnement (R. 1er dit : "le temps nécessaire pour...").

possession garantissait largement les particuliers contre le risque d'obstruction. Le vocable était donc devenu doublement et inutilement restrictif : il fut avantageusement remplacé par "immeuble" qui lui, au contraire, joignait efficacement à l'acception juridique -les biens qui ne sont pas meubles- sa signification courante, bien accordée aux réalités de la ville, où se pressent les grands bâtiments à plusieurs étages.

L'adjonction du terme "riverains", qui pourrait passer pour pléonastique, est lourde, elle aussi, de références juridiques : il n'est pas tant question d'évoquer la situation de ces immeubles en bordure des voies de communication, que de faire allusion aux possibilités d'accès et de desserte qui doivent leur être réservées, aux fameux "droits des riverains", ces prérogatives paradoxalement nécessaires à l'égalité des usagers (26). En effet, ce que la loi rappelle ici aux automobilistes désireux de stationner, c'est qu'il existe une catégorie pour ainsi dire symétrique de stationneurs, susceptibles de se remettre à circuler, et auxquels on ne saurait sans injustice ôter la faculté d'utiliser aussi la voie publique. Ces usagers-là souffrent d'une infériorité : les manifestations de leur existence sont purement virtuelles, et exigent un effort de réflexion altruiste de la part du conducteur qui convoite momentanément tel espace libre. Grâce à l'interdiction contenue dans la loi, ce vide devient un plein par provision, l'absence du riverain pèse plus lourd que la présence active du candidat au stationnement, et la concurrence inévitable entre automobilistes ne tourne plus systématiquement à son désavantage.

Que penser, pour finir, de la précision supplémentaire introduite dans le dernier état de la rédaction législative, qui assortit le mot "entrées" de l'adjectif "carrossables" ? Le Code de la Route ne protège "expressis verbis" que les accès pouvant livrer passage aux véhicules à quatre roues. En ce sens, la formule antérieure avait plus d'égards pour les portes piétonnes, et leurs défilés éventuels de voitures d'enfants, bicyclettes, motos. Voilà qui dit éloquemment l'automobile conquérante : le riverain, désormais, n'est admis à revendiquer le secours de la loi que dans la mesure où il fait valoir ses droits d'automobiliste (27), et non en tant que riverain simplement soucieux de son confort.

Ce bref parcours permet de comprendre de quels écarts creusés entre le Droit et la pratique sont nés les panneaux officiels. Certes, la protection des entrées carrossables est prévue

(26) Voir J. Singer, "Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques", A.J.D.A., mai 1965, p. 260/263.

(27) Encore certains les estiment-ils, en l'espèce, insuffisamment protégés : H. Vaté (L'arrêt et le stationnement des véhicules en milieu urbain, Doctorat de Sciences économiques, Lyon II, 1977, 481 p. ; p. 122) fait remarquer qu'on peut gêner un accès sans pour autant stationner juste devant, si l'on fait obstacle aux manoeuvres nécessaires pour l'entrée ou la sortie du véhicule.

par le Code et ne requiert en principe aucune signalisation spécifique. Mais l'usager absent craint trop l'absence de panneaux officiels, tout autour prodigués, pour se fier à une porte muette. Et le riverain, qui voit la loi restreindre ses prérogatives, s'évertue à préserver sa faculté d'être mobile sans auto.

1.1.2. Réglementation au ras du pavé

Comment appréhender avec quelque rigueur les premières manifestations de ce "micro-événement-objet" (28), fruit d'initiatives privées et confiné dans la sphère domestique, même si le succès lui a vite permis d'accéder à la fabrication en série ? A défaut, un micro-texte officiel nous fournira le témoignage de ses progrès décisifs. En 1961, un conseiller municipal de Paris est frappé par la multiplication de ce panneau inédit, et a l'heureuse idée de faire officiellement consigner l'expression de sa curiosité, sous forme de question au Préfet de Police : nous connaissons ainsi, sans doute possible, la position adoptée par l'Administration. Mais ces quelques lignes sont précieuses à plus d'un titre (29).

Il n'y aurait assurément rien d'étonnant à ce que le phénomène soit devenu notable à Paris au début des années 60 : la ville qui a connu le plus tôt et connaît aujourd'hui au plus haut degré les difficultés de la circulation avait aussi montré le chemin en matière d'hypertrophie réglementaire (30). Plus sensible que bien d'autres agglomérations aux conséquences de l'expansion automobile, Paris, de plus, joue toujours un rôle d'initiateur qui justifie une attention particulière. L'habitude d'apposer des disques privés de stationnement interdit peut fort bien s'être propagée à partir des encombrements parisiens. En tout cas, on

(28) A. Moles et E. Rohmer, Les labyrinthes du vécu : l'espace, matière d'actions, Paris, Librairie des Méridiens, 1982, 183 p. ; p. 143.

(29) Bulletin Municipal Officiel de la Ville de Paris, 24 mars 1961, n° 379 : "M. Frédéric Dupont, Conseiller municipal, signale à M. le Préfet de Police que certains particuliers apposent à la sortie de la porte de leur immeuble ou de leur garage individuel un cercle rouge et blanc portant l'inscription : "Prière de ne pas stationner". Il lui demande de bien vouloir lui faire savoir si ces inscriptions sont réglementaires, si le droit de se servir de ces cercles ou disques est libre ou s'il s'agit là d'une autorisation administrative délivrée moyennant une redevance. (Question du 23 février 1961). Réponse de M. le Préfet de Police : Les disques "Prière de ne pas stationner" ou "Attention, sortie de voitures", apposés par les particuliers, de part et d'autre des portes cochères ou sur la porte elle-même, n'ont aucun caractère officiel. Le but essentiel est de rappeler aux usagers que le stationnement est interdit au droit des bateaux pavés, conformément à l'art. 27 de l'ordonnance générale du 1er juin 1959. Ces panneaux sont tolérés par l'Administration et ne donnent lieu à la perception d'aucune redevance".

(30) Le Code de la Route, texte complet et commentaires pratiques, Paris, Flammarion, 1951, 56 p., mettait ironiquement, en regard des 64 articles de la législation nationale, les 235 articles de l'ordonnance générale de la Préfecture de Paris.

notera l'exactitude dont M. Frédéric Dupont fait preuve dans ses observations : il décrit des "cercle(s) rouge(s) et blanc(s)", ce qui correspond à une utilisation préférentielle du panneau de sens interdit, sur laquelle nous reviendrons (31). En revanche, il ne cite qu'un modèle d'inscription : la réponse du Préfet de Police donne les deux principales variantes, mais sans épuiser, nous le verrons aussi, la richesse épigraphique de ces disques. Si le conseiller municipal s'enquiert du caractère "réglementaire(s)" de la formule, on peut supposer que c'est pour avoir été surpris par la coexistence d'un texte et d'un idéogramme, rarissime, effectivement, sur les panneaux officiels. Plus important, il pose clairement la question du statut administratif de ces disques, s'ils en ont un. On lui répond qu'ils sont "tolérés par l'Administration". Ce qui règle par conséquent le problème des inscriptions, laissées à l'initiative des particuliers. Pourquoi, au lieu de reprendre le terme "libre(s)", le Préfet préfère-t-il faire savoir que ces panneaux sont "tolérés" ? On s'est beaucoup interrogé sur ce vocable, souvent utilisé par l'Administration "en dehors de toute référence à une situation illégale". Alors, "il n'est pas possible de parler ici d'authentique catégorie juridique. La tolérance-autorisation est, juridiquement, une autorisation". Il y aurait, dans le goût de l'Administration pour le mot "tolérance", "dont l'intérêt sociologique est plus évident que l'utilité juridique" (32), le souci d'introduire une idée de précarité, la volonté de signifier le caractère provisoire et toujours révisable de l'autorisation. L'intervention du terme a d'autant plus d'intérêt ici qu'on sait son rôle dans le contexte du stationnement. Sans parler du débat d'ensemble qui oppose les tenants du stationnement-liberté à ceux du stationnement-faculté, simple tolérance subordonnée aux exigences de l'ordre public (33), on se référera à la catégorie dite des "stationnements tolérés" (34), interprétée par la doctrine comme un aveu d'impuissance de la part des autorités. A l'instar du monarque absolu que le Petit Prince découvre sur l'astéroïde 325, l'Administration ne donne que des "ordres raisonnables", et "tolère" ce qu'elle aurait quelque mal à empêcher. "La violation permanente des règles du Code de la Route dans les centres urbains" (35) engagerait ainsi les autorités compétentes -si l'on peut dire- à cautionner les mesures prises par les personnes

(31) Voir 1.2.2.

(32) L. Tallineau, "Les tolérances administratives", A.J.D.A., 1978, p. 3/38 ; p. 13 et 14 pour les citations.

(33) J. Moreau, art. cité, parag. 38 à 43, partisan du stationnement-tolérance, est critiqué par F. Moderne, partisan du stationnement-liberté, dans son article "Sur quelques problèmes juridiques posés par le stationnement des véhicules dans les agglomérations urbaines" in Droit et ville, n° 4, 1977, p. 163/208.

(34) Voir P. Bon, La police du stationnement et de la circulation, Paris, Sirey, 1981, 173 p. ; p. 110 et 140/142.

(35) L. Tallineau, idem.

privées pour faire plus efficacement respecter leurs entrées. L'Administration, qui est si prompte, surtout en matière de stationnement, à monnayer ses autorisations, ne perçoit pas ici de redevance : serait-ce qu'elle abandonne aux particuliers un lot de consolation, ou un exutoire à leur légitime exaspération (36) ? L'attitude n'est pas dépourvue d'ambiguïté : cette délégation complaisante ressemble à une incitation discrète au "système D", et camoufle mal la faillite des règlements.

Le conseiller municipal n'est pas renvoyé au texte du Code de la Route, mais à celui de l'ordonnance du Préfet de Police. Si l'on s'attache donc aux formulations successives adoptées dans la réglementation locale pour interdire le stationnement susceptible de gêner les riverains, on note, jusqu'en 1950, une recherche du détail frappant, propre à concrétiser de façon simple et sûre les injonctions déjà contenues dans la législation nationale. Dès l'ordonnance de 1900 (37), le stationnement est prohibé "au droit des portes cochères", ce qui précise la formule antérieure -d'ailleurs conservée- "devant les entrées des passages publics ou particuliers" (38). On remarquera une trace de cette expression réglementaire, reconduite, d'ordonnance en ordonnance, jusqu'en 1959, dans la réponse du Préfet de Police, qui parle de "porte cochère" et non de "porte d'immeuble" ou de "garage" comme l'a fait son interlocuteur. C'est l'ordonnance de 1959 qui inaugure la référence aux "bateaux pavés" (39), appelés parfois "passages-bateaux" (40) ou "bateaux" tout court (41). Dans les rues de Paris, où l'absence de trottoir est exceptionnelle, le bateau pavé pouvait effectivement apparaître comme l'équivalent pratique le plus satisfaisant des notions d'"accès des immeubles" (42) ou même de "portes cochères" (43). En effet, la création du dispositif, réalisé par les services de la

(36) Ce sont peut-être les buts accessoires sous-entendus par le Préfet. La pratique qui consiste à réglementer la voie publique à partir des propriétés privées est en principe interdite par l'Instruction interministérielle du 22 octobre 1963 (citée par H. Vaté, *op. cit.*, p. 398/399).

(37) Ordonnance du 10 juillet 1900, article 11.

(38) Ordonnance du 31 août 1897, article 11.

(39) Ordonnance du 1er juin 1959, article 27 : "Il est interdit de laisser en stationnement un véhicule devant un bateau pavé, à moins que son conducteur ne soit à même de le déplacer sur-le-champ, à la demande de toute personne ayant à utiliser le bateau pavé".

(40) J. Thyraud, La Route. Dossier d'un accident, Romorantin, éd. du Jeu de Paume, 1969, 175 p. ; p. 86.

(41) La définition se trouve dans le Manuel Dubarry du secrétaire de mairie, v° "Stationnement et dépôt sur la voie publique", parag. 4 d) : "les dispositifs appelés "bateaux", qui consistent en une dépression du trottoir pour permettre l'accès aux immeubles riverains et servent tout autant à cette desserte qu'à la protection du domaine public et à la fluidité de la circulation".

(42) Texte de 1954 du Code de la Route, que pouvait seul viser l'ordonnance de 1959.

(43) Texte de l'ordonnance de 1900, reconduit jusqu'en 1959.

voirie sur demande et aux frais des riverains concernés, implique un certain contrôle administratif et donne quelques garanties de sérieux. De plus, c'est un "marqueur" de stationnement gênant extrêmement facile à repérer aussi bien pour l'automobiliste que pour l'agent de police chargé de faire la chasse aux contrevenants (44). Le bateau pavé, qui réalise la conjonction rare des intérêts des riverains automobilistes -en protégeant les pneus et les amortisseurs de leurs voitures- et de l'Administration -à laquelle il assure un droit de regard sur ces points de jonction entre enceintes privées et domaine public- a pu, non sans raison, apparaître, au-delà de la simple commodité technique, comme un indice juridique idéal. Il est d'ailleurs toujours, en pratique, le critère par lequel se laissent guider de préférence les fonctionnaires qui verbalisent, et celui qu'invoquent volontiers les responsables de la circulation dans les préfetures et les mairies (45). Pourtant, les ordonnances parisiennes ne le mentionnent plus depuis 1969 (46) : elles se bornent à renvoyer aux articles R 36 et R 37 du Code de la Route. Autrement dit, la réglementation actuellement en vigueur à Paris (47) s'est complètement alignée, en ce qui concerne le stationnement devant les entrées privées, sur la formulation du décret de 1972, que nous avons déjà commentée, et qui fait référence aux "entrées carrossables". On peut essayer de s'expliquer la désaffection réglementaire dont a pâti le bateau pavé sans pour autant négliger de justifier le succès sémiologique, sur le terrain, de cet avertisseur visuel, qui est souvent couplé avec un disque nomoïde, mais trouve plus de crédit que lui auprès des fonctionnaires de police. Il n'est pas difficile d'admettre que le bateau pavé, au fil des années, a pu perdre son caractère d'"indice sûr" pour être ramené au niveau des indices simplement "vraisemblables" (48). Dans la mesure où l'on ne pouvait compter absolument sur le civisme désintéressé pour obtenir la suppression de bateaux pavés inutilisés, il était raisonnable de relativiser l'inaffabilité du critère, en le pondérant par d'autres éléments d'appréciation : indices vraisemblables tirés de la nature du local, de manifestations d'usage, etc. Dans cette perspective, la référence au "bateau pavé" n'apportait évidemment rien de plus, pour trancher en cas de doute, que les "entrées carrossables" du Code. Nul n'est tenu de laisser contrôler si des

(44) Les cérames présentent le même avantage : aussi sont-ils mentionnés dans l'article 26-1 de la même ordonnance du 1er juin 1959 : "Il est interdit à tout conducteur de faire stationner son véhicule au droit des trottoirs en bordure desquels sont incrustés des éléments colorés en rouge".

(45) Résultat de plusieurs enquêtes à Paris, Chartres et Montpellier.

(46) Ordonnance du 1er juin 1969.

(47) Ordonnance du 15 septembre 1971, article 17.

(48) R. Barthes, *L'aventure sémiologique*, Paris, Seuil, 1985, 358 p. ; p. 134/135 pour la distinction entre "tèkmèrion" et "eïkos".

voitures peuvent ou non stationner chez lui, ni n'est tenu d'informer sur la régularité de ses habitudes. Quant aux panneaux privés, ce sont des signes qui, n'ayant pas force de loi, sont toujours susceptibles d'être taxés d'exagération ou de mensonge. Force est donc de se rabattre sur des indices. Ouvertures assez larges pour laisser passer une automobile ? L'exigence est nécessaire sans être du tout suffisante. Portes devant lesquelles sont aménagés des bateaux pavés ? La probabilité est fortement accrue : c'est cet indice qui, en ville, aura presque toujours le dernier mot.

En effet, l'automobiliste, même s'il connaît la loi, est d'abord au contact des choses, qui peuvent lui offrir des indices de juridicité. Il fera un aller et retour, de la chose au texte, par l'intermédiaire de l'indice brut, puis du texte à la chose que le texte a constituée en indice authentique de juridicité. C'est son trajet indiciel d'usager attentif qui lui permettra d'accomplir le trajet du citoyen légaliste. L'indice est d'une importance capitale, car il établit la réciprocité de l'implication entre la chose et le texte de loi, dans un cas comme le stationnement devant les portes des particuliers, où il n'est pas prévu de signe juridique authentique, c'est-à-dire de panneau réglementaire. Les panneaux privés s'efforcent justement de combler la béance entre l'indice juridique authentique défini par R 37-1, et un monde de choses malaisément discernables -qu'est-ce qui permet de décider si telle porte livrera effectivement passage à une voiture ? Mais ils surmontent mal leur infériorité : alors que le panneau réglementaire, stable, normé, renvoie à des textes légaux mais est aussi accrédité, par un texte générateur, comme ambassadeur de ces mêmes textes, le panneau privé n'est ni normé, ni stable, et, s'il renvoie à un texte précis, n'est impliqué, nous l'avons vu, par aucun texte générateur. La conséquence, c'est que le premier ne requiert l'existence d'aucun indice pour être efficace, et que le second en a impérativement besoin pour être crédible. Entre l'"entrée carrossable", indice peu satisfaisant dans un contexte de stationnement difficile, et le signe juridique inauthentique constitué par le panneau privé, qui signale une situation légale sans en être l'expression légale, le bateau pavé s'est taillé officiellement à Paris, pendant dix ans, la plus belle part des indices juridiques authentiques. Mentionné dans le texte de l'ordonnance, il réalisait la coïncidence parfaite entre le trajet chose-texte et le trajet texte-chose. L'automobiliste voyait d'abord l'indice brut, qui l'incitait d'emblée à la vigilance, et il le reconnaissait comme authentique parce qu'il était censé savoir, par l'ordonnance, qu'il interdisait le stationnement. C'était en quelque sorte un indice suractivé. Si son efficacité pratique survit à la disparition de son authenticité, c'est parce qu'il est bien un

des seuls moyens d'enrayer une course à la preuve qui, le plus souvent, tournerait au détriment du riverain. Il faut donc reconnaître, à côté des signes juridiques, authentiques ou non, c'est-à-dire, ici, panneaux réglementaires et privés, un complexe d'indices juridiques, authentiques ou non - le bateau pavé illustrant, depuis 1969, le passage d'une catégorie à l'autre. De sorte qu'aujourd'hui, en province comme à Paris, c'est le plus souvent la conjonction d'un signe juridique inauthentique, le panneau privé, et d'un indice juridique devenu inauthentique, le bateau pavé, qui supplée, dans la plupart des cas, à l'indice juridique authentique mais inconsistant prévu par R 37-1. L'automobiliste se fonde sur des présomptions pour se décider ou non à risquer le stationnement gênant ; l'agent de police tendra à faire parler l'indice du bateau pavé, en tempérant cette information par la connaissance qu'il peut avoir de son "ilot" ; le riverain, lui, cherche à faire reconnaître par les gêneurs intolérables son panneau "toléré" comme indice très consistant. Tous trois circulent à l'intérieur du Droit, mais assez loin des textes.

1.1.3. Doctrine : soupçons et scandales

Remarqués comme une curiosité au début des années 60, les panneaux privés de stationnement interdit font, dix ans plus tard, partie intégrante du décor urbain. On les voit même pris en compte par la réflexion doctrinale, sensible à tout le petit folklore automobile qu'ils alimentent, et non moins attentive aux risques de méprise qu'ils favorisent. Les juristes n'aiment guère ces disques qui oscillent entre une fantaisie jugée peu compatible avec la dignité d'un signe juridique et une exacte copie des panneaux réglementaires, vite gênante en cas d'abus. Même les auteurs qui se contentent d'enregistrer le cas donnent tout son poids restrictif au mot de "tolérance" (49). On sent affleurer la suspicion (50) qui, chez certains de leurs confrères, se déploie sous forme d'hostilité argumentée. C'est l'article R 44, auquel nous avons déjà eu l'occasion de nous référer, qui fournit aux juristes le point de départ pour cette réflexion sur le bon usage des panneaux : en confiant à des objets symboliques le soin d'extérioriser, sur le terrain, le contenu de textes en général, mal connus du public, ce texte fait courir à la réglementation routière un risque original. La signalisation n'est pas seulement exposée à

(49) Ainsi Rémy, op. cit., p. 127/128 et Thyraud, op. cit., p. 88, reprennent-ils la formule citée du Préfet de Police : "n'ont aucun caractère officiel" ; Rémy, p. 145 : "ne sont que tolérés" ; Gridel, op. cit., p. 211, note 11 b) : "tolérance administrative".

(50) Thyraud, idem : "les panneaux placés (...) pour rappeler une obligation réglementaire, lorsqu'elle existe".

l'irrespect, couramment dénoncé : il peut n'être pas moins fâcheux qu'elle soit scrupuleusement observée, lorsque, pour une raison ou pour une autre, l'usager se trouve en présence d'un panneau erroné, voire abusif. Nous laisserons de côté le premier cas et nous relèverons chez les auteurs ce qui concerne précisément la mise en place de panneaux sans justification réglementaire.

Maurice Prelle dénonce vigoureusement (51) l'usage de panneaux réglementaires mobiles, par exemple sur les chantiers, pour la facilité qu'ils offrent à tous les détournements. De fait, il n'est pas excessivement rare de voir un B6 "sauvage" accroché à une porte de garage, où il fera une carrière domestique inattendue. L'"emprunt" risque de n'être qu'un premier pas vers l'imposture, si l'usager a tablé sur un effet d'intimidation plus grand. C'est le cas envisagé par J.-P. Gridel, quand il cherche à illustrer d'exemples les "résultats inadmissibles" auxquels pourrait conduire "la préférence donnée à la signalisation en place sur les dispositions juridiques théoriquement applicables" : "Exemple n° 3. Parce que les véhicules stationnés le long du trottoir obscurcissent les fenêtres de son rez-de-chaussée, un particulier installe un panneau réglementaire de stationnement interdit" (52). On est ici à la limite de la situation que nous avons envisagée, puisqu'il s'agit tout bonnement d'usurper les prérogatives de l'Administration dans la mise en place des signes sur la voie publique, et que le particulier n'a même pas le prétexte d'une entrée à protéger. Mais l'exemple permet bien de cerner les ambiguïtés d'"un fétichisme propice à tous les arbitraires" (53) et d'apprécier le peu de satisfaction que donne aux juristes un panneau "extra-linguistique", "objet dépourvu de visa, de cause et de signature" (54), et dont finalement la forme ne devrait pas pouvoir être si facilement dissociée des formalités qui entourent son installation. Ainsi "est exclue l'obéissance à un panneau d'aspect fantaisiste même s'il a été posé par l'administration locale (...). N'est pas davantage requise la soumission à un panneau classique par son aspect extérieur, mais derrière lequel on ne parvient pas à saisir l'action administrative : panneau apposé par un particulier" (55). Mais J.-P. Gridel ne nous dit pas le moyen commode, pour l'usager, de "saisir" cette action administrative, et l'expédient proposé par M. Prelle (56), qui consisterait à indiquer sur les panneaux le règlement public applicable avec sa date, ne

(51) M. Prelle, "L'article 44 du Code de la Route et les panneaux sauvages", *Gazette du Palais*, 1970-2, Doct. p. 160/161.

(52) Gridel, op. cit., p. 229.

(53) Prelle, ibidem.

(54) Gridel, p. 215.

(55) Gridel, p. 232.

(56) Prelle, ibidem, ne croit pas à la mention possible d'"arrêtés imaginaires".

paraît pas de nature à tarir l'imagination d'éventuels fraudeurs. Il est intéressant toutefois de voir comment cet auteur cherche à combattre les effets conjugués du mimétisme et du fétichisme par l'introduction du discursif au sein de l'idéogramme. Comme si le signe juridique authentique, mais fragile quand il est muet, exigeait le renfort d'un indice juridique authentique, sous forme de citation des règlements. Ainsi, alors même qu'il est authentique et protégé, le signe juridique se défend mal contre les confiscations. S'agissant des panneaux privés, signes inauthentiques, la tricherie prend volontiers appui sur les indices fournis par la configuration des lieux. Ce procédé de détournement des indices n'a pas échappé à la perspicacité d'H. Vaté, qui se montre soucieux d'améliorer les conditions de la circulation urbaine. Foncièrement hostile au stationnement "égoïste", qui lui semble de nature à contrarier le stationnement "de service", seul véritablement utile à la collectivité (57), il dénonce une petite ruse de riverain : "certains portails assortis d'un abaissement du trottoir n'ont plus de l'entrée carrossable que l'apparence (...) : l'aménagement du local est tel que la pénétration d'un véhicule serait matériellement impossible. Souvent, le propriétaire ou l'occupant tire profit de cette apparence extérieure pour afficher impunément l'interdiction de stationner, ce qui lui permet en fait de se réserver une place de stationnement pour sa voiture" (58). Pour éviter ce genre d'abus, H. Vaté ne craint pas de préconiser un contrôle sévère de "l'emploi privé de la signalisation officielle s'adressant au public" (59) : nécessité d'une autorisation expresse, obligation de se conformer à des normes, sanctions comminatoires (60). On peut douter de la constitutionnalité d'un pareil empiètement de l'Administration sur la sphère privée du domicile, et plus encore, de son efficacité. En réalité, les fantaisies de ces disques, qui mettent en évidence l'inauthenticité du signe juridique, laissent aux automobilistes observateurs la chance de rendre la monnaie de leur pièce à des riverains trop désinvoltes, mais rien de leurs démêlés ne transpirera jusqu'à un tribunal.

Le plus curieux, dans ces études où l'on déplore les chassés-croisés de panneaux officiels et de disques privés, c'est l'espèce de contamination qui s'impose irrésistiblement aux réformateurs, lorsqu'ils cherchent à intensifier l'authenticité d'un signe juridique pour creuser l'écart avec ses doubles mensongers.

(57) Vaté, *op. cit.*, p. 59 et 70.

(58) Vaté, *idem*, p. 122 s. Nous reviendrons sur ce point (voir *infra* 2.3.1.).

(59) Vaté, *idem*, p. 399.

(60) L'auteur est hostile à des "textes ou panneaux au gré de la fantaisie du riverain". Il poursuit : "A cet égard, il serait souhaitable qu'un panneau international, avec symbole caractéristique de l'accès aux véhicules, soit seul autorisé et obligatoire, mais que son emploi soit défendu et sanctionné si l'accès n'est pas réel" (*idem*, p. 122).

Comme si la pratique avait introduit de tels brouillages entre l'authentique muet et l'inauthentique bavard, qu'elle influençait en retour la doctrine qui cherche à les élucider. Alors que M. Prella souhaite "motiver" l'ordre que transmet le panneau réglementaire au moyen d'inscriptions qui fleurissent plutôt sur les disques privés, H. Vaté, de son côté, rêve de faire emprunter aux panneaux privés irréprochables le caractère d'uniformité qui distingue les signes officiels. Ces tentatives traduisent le malaise qu'éprouvent les "juristes sourcilleux" (61) devant les glissements incessants, en pratique, entre signes juridiques authentiques et inauthentiques, et pire, la fracture qu'on est forcé de constater, à l'intérieur même d'un signe juridique, entre ce qui ressortit au signal et ce qui ressortit au légal. Dans le panneau réglementaire détourné par un particulier, le signal trahit le légal ; quant au disque privé, il sépare, avec sa barre symbolique, deux moitiés interdites de réconciliation : chez lui, le légal manque irrémédiablement au signal.

1.2. Symbolique triviale

Maintenant, la parole est aux quidams. Tous veulent le même résultat, ce qui n'implique pas qu'ils disent la même chose, car l'"habiter chez soi" subit le clinamen du fait. Il faut à ces marquages de territoire un caractère commun, pour que soit indubitable leur nature de marquage : il faut aussi faire sa part à l'individuation territoriale. D'où une double postulation, banalité et invention. L'intervention signitive des particuliers se place d'emblée sous le signe ambigu, ou plus exactement composite, du recouplement divergent. A regarder les choses comme elles se présentent empiriquement, on se trouve amené à établir un autre critère de distinction, plus sommaire semble-t-il, mais bien commode si l'on a, avant tout, le souci de décrire. Revenons donc au point de vue du promeneur, qui aperçoit finalement deux grandes classes de procédés, les symboles et leur banlieue d'écritures ou de matériaux.

Les symboles agrègent dans un même corpus idéogrammes et pictogrammes, c'est-à-dire des représentations d'une idée sans référence évidente à l'expérience visuelle, et des représentations schématiques de scènes aisément reconnaissables. Pareille oscillation d'un mode de désignation à l'autre est d'ailleurs tout à fait typique de la signalisation routière. Leur avantage est d'être concis, normalisables -alors qu'ils ne sont justement pas normalisés, du moins de façon absolue-, et, dans une certaine mesure, préexistants à l'usage qui en est fait hic et nunc, parce

(61) M. Prella, art. cit., "conclusion".

qu'ils sont le reflet décalé d'un usage officiel. On peut les fabriquer soi-même ou les acheter, en encombrer une surface sans du tout affecter les volumes. Trois sous-branches apparaissent à la longue, avec leurs fantaisies spécifiques : l'imitation du panneau officiel de stationnement interdit, coté B6 ; celle du panneau de sens interdit, coté B1 ; enfin, un reliquat plus marginal, qui fait intervenir le panneau d'accès interdit B0.

1.2.1. Variations sur l'idéogramme B6

Exactement dénommé B6a1 sous sa forme brute et traditionnelle (62), ce panneau dérive d'un ancêtre antérieur à 1949, sur lequel un P majuscule de couleur bleue était barré d'une bretelle rouge, avec une couronne périphérique, rouge aussi (63). La lettre a disparu au profit de sa seule couleur, "non-P" est devenu "non-bleu". Jeanne Martinet trouve curieux un tel glissement du signifiant, et il est bien vrai que le bleu foncé n'a pas de rapport naturel ou direct avec le stationnement libre ; la meilleure preuve en est qu'au contraire, on appelle "zone bleue" la zone de restriction. On peut toutefois imaginer une généalogie sémiologique plus fine : à l'origine, l'initiale de "parking", ne faisant pas difficulté, a pu figurer en bleu par opposition au rouge qui dénote, lui, systématiquement l'interdiction. Bleu, comme équivalent de "non-rouge", de "non-interdit", devenait celui de "permis". Ainsi le "P" bleu indiquait-il les parcs de stationnement et, à cet égard, n'était pas fondamentalement distinct d'un autre "non-rouge", qui eût pu être le vert. Barré de rouge, il en vient à exprimer une négation de la négation : le "non-rouge" est oblitéré de rouge, et la forme "P" du "non-rouge" s'évanouit, montrant bien que l'initiale d'un mot familier finirait par moins compter que sa charge psychologique, si l'on peut dire, P non-rouge barré de rouge est ainsi devenu non-rouge barré de rouge. Ce détour par l'archéologie immédiate d'une technique de répulsion visuelle rappelle en tout cas deux choses : que l'on peut faire l'économie d'une insertion alphabétique dans le processus idéographique, et, plus particulièrement, que B6a1 est un signifiant intimement conflictuel : la victoire du rouge est certes acquise, et voilà pour le Droit, mais le bleu demeure, et voilà pour le fait. B6 propose la résolution idéale d'un conflit dont les participants sont conservés en l'état, sans élimination d'un vaincu par un vainqueur. Notons au passage que le signifié du bleu est

(62) Voir l'Instruction ministérielle du 7 juin 1977, art. 55 B1.

(63) Voir Krampen, op. cit., p. 79/93 (l'apparition de l'oblique date de 1931, l'abandon du panneau avec "P" barré de 1949) et J. Martinet, "Essai d'une analyse fonctionnelle des panneaux de signalisation routière", p. 83/128, in De la théorie linguistique à l'enseignement de la langue, 2e éd., P.U.F., 238 p. ; p. 110.

certainement plus accessible que celui du rouge, tant il est vrai qu'on imagine plus spontanément le bien-fondé du stationnement que celui de son interdiction. L'un va de soi, pour l'autre, il faut de la pédagogie, ou tout au moins de la réflexion.

B6 appartient à ce que l'on pourrait appeler le matériel d'Etat qui, n'étant pas obligatoirement propriété de l'Etat, lui doit cependant sa manière d'être conçu et réalisé. Ainsi a-t-il été prévu, comme pour les autres panneaux de la signalisation routière, d'en faire varier les dimensions selon les lieux d'implantation. En ville, où l'on a le souci de ne pas trop empiéter sur un environnement déjà très fourni en signes et enseignes de toutes sortes, B6 ne dépasse pas le diamètre déjà remarquable de 0,45 m. C'est là son plus petit gabarit, eu égard aux diverses dimensions dans lesquelles il est susceptible d'être livré. Subjectivement cette fois, le panneau de 0,45 m. constitue donc un étalon pour tout habitué des agglomérations. Qu'il soit sur une potence, un portique bas ou un poteau, il cesse d'être un format parmi d'autres pour devenir une référence visuelle. Le plus simple, pour enter une signalisation privée sur la signalisation collective en vigueur, consistera à faire l'acquisition d'un petit panneau équivalent. Les quincailliers ont depuis longtemps la spécialité de ce genre d'articles. Leur diamètre est remarquablement constant : 0,22 ou 0,32 m. sur un support métallique ou synthétique. La simple imitation, en modèle réduit, de B6a1, c'est-à-dire un idéogramme "muet", n'a cessé de figurer dans les catalogues des fabricants, alors même qu'ils diversifiaient assez largement leur production de panneaux privés destinés à interdire le stationnement. Nombreux cependant sont les particuliers qui ont préféré peindre leur petit panneau sur un morceau de tôle -souvent un couvercle de pot de peinture-, à même la porte du garage, ou sur le mur. Toutefois, pareil artisanat est typique des faubourgs populeux, où joue le réflexe, très vivace, de la culture de bricolage. Ces créations individuelles autorisent tous les gigantismes. Nous avons rencontré une composition circulaire d'un mètre de diamètre, brossée devant l'accès à un parking collectif, comme si la multiplication des occupants, multipliant autant de fois la gêne causée par un stationnement intempestif, conduisait naturellement à multiplier le format du panneau. La prescription ne gagne rien en juridicité à être ainsi sur-publiée, mais tout en attirant davantage l'attention, elle accroît l'enjeu de cette juridicité en magnifiant son insertion dans la situation présente, et le panneau est encore plus panneau parce qu'il est plus grand, comme ce droit gagne en potentiel parce que plus nombreux sont ceux qui en attendent quelque chose. On voit jusqu'où peut aller le raisonnement, et l'instinct juridique, lui, y va : plus on compte sur un droit, plus il doit

compter, et le nombre des justiciables transforme à lui seul le bon droit en meilleur droit. Le droit n'est pas donné une fois pour toutes, on le savait souvent fragile devant le fait, on oublie trop qu'il peut aussi être renforcé par le fait. L'énormité du B6 géant, c'est la peinture injectant un maximum de factualité dans un seul signe juridique. Mais le signe ainsi transformé n'est pas un intermédiaire entre droit et fait, il répercute simplement la montée en puissance d'une figuration de fait. Chose étrange, la fabrication artisanale contrevient parfois à son objectif, en ouvrant la porte à certaines adultérations fortuites. Témoin ce panneau où les places respectives du rouge et du bleu avaient été inversées. Le cas est digne d'attention, car le panneau privé, n'ayant pas de valeur légale, ne pâtit point de son inexactitude, et l'entrée demeure bien protégée par R 37-1. Au surplus, même s'il dit, aux yeux du sémiologue, le contraire de ce qu'il veut dire, il demeure le "non-B6" le plus proche de B6, très comparable, au fond, à ces N de diverses pancartes, dont la barre oblique est renversée par l'illettrisme (64). Il n'est pas à comprendre en lui-même, tel qu'il se manifeste, mais en relation avec ce B6 qu'il connote quand son auteur a cru le lui faire dénoter -preuve que l'effet de contextualité est éminemment présent en ce domaine, qu'il y a une vitesse acquise par la vie intrasémique, suffisamment forte pour faire reconnaître B6 ou remettre le N à l'endroit. Le non-sens n'est senti que comme un accident, sur lequel nul ne bute pour de bon. L'erreur ne donne plus alors à voir qu'une seule chose, mais considérable : la double appartenance du signe, naturel puisqu'il s'intègre à un paysage perceptif où les écarts sont minimisés, remis à leur place sans annulation, ainsi que désarmés de certaines conséquences fâcheuses, et artificiel, puisque rouge et bleu peuvent être permutés dans la mémoire, donc découplés de signifiés spécifiques. Signe d'une nature éduquée, celle d'un être éduicable par nature, signe d'un arbitraire rendu plus péremptoire encore par l'ignorance d'un petit pan de sémiogénéalogie, qui commence ici avec le "P" bleu, et, dans le cas du N, avec l'alphabet tout entier.

La meilleure façon de ne pas se tromper sans qu'il en coûte un sou est évidemment de subtiliser un panneau à l'Administration. Quoique rare, le fait est constatable, et appelle plusieurs observations. D'abord, les auteurs de ces larcins ne se soucient guère de la pertinence rigoureuse du panneau, pourvu qu'il appartienne à la famille de B6. On trouvera aussi bien le

(64) On remarque d'ailleurs souvent l'inversion de l'oblique dans les B6 artisanaux. Signalons un illustre exemple pour ce genre d'inadvertance : Hergé dessine systématiquement la barre du B6 à contre-sens. Mais ce peut être délibérément qu'on la fait plonger vers la gauche, quand il y a deux panneaux (voir infra).

B6d (arrêt et stationnement interdits), inutilement plus contraignant que B6a1. Mais l'occasion fait le larron. Ensuite, il est piquant que le produit d'un délit, vol ou recel, soit utilisé pour signaler un droit, et un droit à protection encore. Ceci n'annule pas cela, et l'automobiliste en quête d'une place ne peut raisonnablement espérer éviter la fourrière ou l'amende en faisant valoir l'origine frauduleuse du panneau. Au contraire, il n'est pas impensable - dans la mesure où l'"afficheur" n'hésite pas à exhiber en pleine rue ce que d'autres cacheraient (65)-, que la présence, bien qu'illicite, d'un objet officiel, induise une sorte de surefficacité, moins encore par la confusion, toujours possible, avec une installation réglementaire, qu'au terme d'une réflexion rapide : la détermination de l'occupant d'un garage à ne pas laisser obstruer son entrée sort grandie de cet extrémisme signitif, qui n'hésite pas à confisquer ouvertement tel fragment du domaine public pour publier la protection garantie par le Droit. Il y a fort à parier que cette indécatesse vaudra comme critère d'irascibilité et que le signe sera à l'occasion investi d'une signification caractérologique, annexe mais adjuvante.

B6a1, parce qu'il est barré en diagonale, semble appeler, pour constituer un panorama symétrique, la complicité d'un second B6, mais avec la diagonale renversée, plongeant à gauche. De chaque côté d'une entrée carrossable, il arrive que soit ainsi apposé un montage en miroir : les deux diagonales esquissent ainsi une sorte de V idéal, leur point de convergence hypothétique se situant au centre de l'accès protégé et au niveau de la chaussée. Le passage est ainsi presque explicitement désigné comme entonnoir à véhicules. La surdétermination idéographique articule toute sa subtilité sur un redoublement-renversement, qui permet de superposer trois autres lignes de signification : B6 faussé, mis en relation avec B6 correct, montre déjà que l'orientation officielle de la diagonale n'est pas ignorée, et que la construction en miroir est délibérée, savante. D'où une présomption de minutie en ce qui concerne l'afficheur. Par cette combinaison, il fait savoir que le stationnement est interdit de toutes façons, de quelque manière qu'on l'entende, sur tous les tons, dans quelque sens qu'on le prenne. En général, tout couple de panneaux qui encadre une entrée limite commodément l'espace à ne pas occuper et, bornant sa propre prescription, lui confère la qualité d'une modération respectable.

(65) Comme les "collectionneurs" de matériel public. Le cas typique de l'étudiant qui décore sa chambre avec un ou plusieurs panneaux d'interdiction met en jeu d'autres sources de jubilation ; à la satisfaction libertaire de voler un Etat voleur de liberté s'ajoute le plaisir, propre au collectionneur, de posséder un objet qui n'est pas à vendre et qu'en principe un particulier ne pourrait pas se procurer. Peut-être encore ce mémorial de la puissance publique, transporté dans le lieu de la plus parfaite liberté privée, invite-t-il à mieux savourer l'absence de contrainte.

Ainsi, au-delà d'une esthétique mécanique pour cahier d'écolier, on rencontre la part quasi civilisatrice du signe, clair, instructif, pratique, sans outrecuidance, un tantinet ludique aussi. Le signe d'entrée de garage est souvent un signe à plusieurs entrées, spéculaire dans son organisation, spéculatif dans son projet.

B6 subit, pour finir, son plus important détournement, lorsqu'on le fait pivoter de quelques degrés et qu'il se retrouve la bretelle à l'horizontale. Non qu'il y ait là maladresse de bricoleur, mauvais usage des trous de fixation. La grande fréquence de cette disposition montre qu'elle est délibérée ; de fait, l'innovation combine les avantages intrinsèques de B6, à peine érodés par l'horizontalité atypique -mais l'érosion est elle-même compensée par le sentiment de continuum qui rapproche, degré après degré, l'oblique de l'horizontale, sans parler d'un autre mode de compensation, dû à la seule multitude des pseudo-B6 à bretelle couchée- et ceux du panneau de sens interdit, classique de l'horizontalité typique. Forme hybride, donc, et qui manifeste, en même temps que l'attachement à la cohérence du privé et du public, de l'officieux et de l'officiel, une tendance à pallier en douceur une insuffisance ressentie de B6, cette obliquité qui biffe le bleu foncé "permissif", mais ne coupe pas assez brutalement la route à l'invasion d'autrui.

1.2.2. Variations sur B1

Une promenade attentive permet de s'en convaincre : le panneau de sens interdit B1 est considérablement plus utilisé, à titre de signalisation privée, que le panneau régulier B6a1. A la lettre, il y a contresens, ce qui conduit, pour commencer, à explorer la nature profonde d'un tel parti-pris. Trois caractères paraissent dominer d'emblée tous les autres : ils se rapportent à la vision, à l'instinct, à l'expérience. On ne peut nier que le couple rouge/blanc adresse à l'oeil un message beaucoup plus contrasté que celui émis par la paire rouge/bleu. Le privilège accordé à la visibilité, abstraction faite de tout autre considération, dérive en négation absolue de la sémiogénéalogie. Ici, le signe puise son arbitraire dans la pure commodité d'un déplacement idéographique total. Sur cet arbitraire, beaucoup reste cependant à dire, notamment si l'on réfléchit à ce que, par ricochet, l'on apprend au sujet de B1 tel quel -nous y reviendrons.

En attendant, que l'on considère B1 comme une surimpression de blanc ou comme un évidement du rouge, il est sans conteste plus clair, plus simple, plus discernable : un éclatement

élémentaire. L'oeil a vu, l'instinct recule (66). Chromatiquement, beaucoup de rouge magnifie l'interdiction, quel qu'en soit l'objet, et le lingot blanc horizontal retravaille le même thème, mais graphiquement alors, en abaissant une barrière stylisée, indéterminée, une poutrelle géométrique devant toute espèce de volonté. Le disque B1 est le frein à disque des intentions qui touchent à la mobilité -ainsi que, par extrapolation sauvage, d'un bon nombre d'autres (67). C'est la pleine lune du "non". Vient enfin la part de l'expérience ; il faut bien que B1 passe pour moins bafoué que B6, et que ce sentiment s'appuie sur quelque présupposé. Celui-ci est aisé à déterminer, il découle de la peur du dégât. Autant le stationnement a l'air, a priori, si innocent, que le fait d'être illicite ne le rend guère coupable -c'est un tort de le croire, comme nous en prévient R 37-2-, autant l'infraction du sens interdit, qui concerne des véhicules en mouvement, semble génératrice de collisions sévères et imparables. S'il y a là sens interdit, c'est donc qu'il y a, de l'autre côté, sens unique, certitude d'une voie dégagée par d'efficaces signaux, et, à un certain degré, baisse de vigilance dans une voie plus facile qu'une autre à emprunter. B1 prévient le choc frontal, la responsabilité absolue du fautif, la mort des machines et celle des conducteurs. Il est le signe éminent du circuit, parce qu'il conditionne l'aisance d'un parcours au prix de l'impossibilité du parcours adverse. Il permet une circulation de type sanguin, sans croisement de flux, idéale à la façon autoroutière et qui s'arrange à merveille des métaphores hématologiques -artères- ou pneumologiques - asphyxie. B1, si rouge, associe donc le drame du sang qui coule à l'euphorie du sang qui circule.

Acheté, fabriqué, volé, il ne diffère pas fondamentalement de B6, si ce n'est par la propension un peu plus grande qu'ont les industriels à l'assortir d'un discours explicatif. Autant B6 muet est déjà explicite, autant B1 requiert l'appui d'une formule pour que son injonction soit réorientée sans doute possible sur la question du stationnement. D'autre part, la barre blanche est un fond bien commode pour agrémenter le panneau de quelque suscription, personnalisée ou non. Mais quand la variation s'exprime à travers un parti-pris de fabrication tout individuel, elle n'a guère d'autre champ que celui des rapports de couleurs ou de la modification des proportions internes au panneau. Il est excessivement rare que l'inversion rouge/blanc soit réalisée et, quand c'est le cas, elle

(66) Goethe a été sensible à cet effet d'arrêt radical : "Telle devrait être la teinte répandue sur la terre et le ciel au jour du Jugement dernier", (Traité des couleurs, Paris, Triades, 1973, 300 + XXIII p. ; p. 264).

(67) Voir par exemple, jusque dans l'Annuaire 1987 des Postes et Télécommunications (p. 4 : "Le téléphone et votre sécurité") l'utilisation du symbole B1, surimposé au dessin du combiné, pour déconseiller certaines manipulations dangereuses.

paraît avoir pour motif la volonté d'étendre la fonction "page blanche", afin de disposer plus commodément un texte, sans parler de l'effet de surprise qui, rendant le panneau remarquable, peut conduire à le faire davantage prendre en considération. Essentiellement, on constate que l'intervention des bricoleurs est centrée sur la barre horizontale, tour à tour allongée jusqu'à partager le panneau en deux moitiés distinctes, élargie pour se plier aux nécessités d'une inscription médiane, amaigrie en filet jusqu'à n'être plus qu'un trait commode entre deux petits paragraphes, soulignant l'un, coiffant l'autre. L'idée de cette dernière disposition a été lancée, voici quelques années, par un fabricant, dont le produit ne conservait plus de B1 que le trait symbolique : pour le reste, noir sur jaune. Dans tous les cas, B1 est réorganisé -éventuellement, jusqu'à un changement complet des couleurs- au bénéfice du texte, ce qui montre combien son aspect percutant, qui lui fait faire si victorieusement concurrence à B6, est émoussé par une grande hétéronomie. Telle est la rançon du contresens : B1 s'avère inutilisable tel quel, et il est ensuite susceptible d'adaptations qui confinent à la dénaturation complète. Cela pose le problème de l'adéquation du signifiant. B1 est plus adéquat à une zone de comportement -celle qui est sensible à distance au coup de poing d'un interdit- qu'à un signifié précis, le stationnement, auquel il n'adhère pas du tout, et qu'il ne retrouve qu'au prix d'un greffon exégétique. Mais l'importance du greffon est telle, dans l'établissement du processus de désignation, qu'il devient sémantiquement majoritaire, prouvant ainsi que la vertu du signal n'est ce qu'elle est qu'en raison d'une absence de discours. Le discours revient-il, même sous une forme extrêmement bridée et laconique, que le signal passe au second plan, quoique, dans ce cas précis, il ne fasse pas redondance avec le discours, qui parle de stationnement, quand B1 renvoie systématiquement à la circulation, ou, au comble de son appauvrissement, à une interdiction brutale. Il est un signal-support, un appeau, comme une bibliothèque en trompe-l'oeil dans laquelle on trouverait quelques rayons de vrais livres.

Utilisé en paire, B1 est certes moins riche de prolongements signitifs que B6. Comme lui, il délimite un espace d'interdiction : comme lui, il répète ce qui était déjà une répétition de R 37-1. Si les panneaux sont fixés à diverses hauteurs, il est évident qu'on a cherché le regard partout où il pouvait errer : mais les couples de B1 s'inscrivent la plupart du temps dans une organisation symétrique. Les panneaux sont au même niveau : entre les barres horizontales blanches, un vide s'étend, celui des deux battants ou du volet roulant, gardé par la chaîne immatérielle dont il ne subsiste que des pointillés latéraux. B1 redoublé n'est pas sans évoquer la barrière de douane qui, fût-

elle relevée, n'est pas franchissable d'emblée. Il y a un mystère de l'entre-panneaux, parce que nous savons tous qu'un signal vaut pour une région beaucoup plus vaste que celle, très étroite, sur laquelle il est planté. Seule la configuration des lieux nous aide à y voir clair. Dans ce cas précis, le redoublement bilatéral d'une figure dont l'élément essentiel peut être relié d'un trait unique - ce qui ne peut se faire avec B6, sauf à transformer les obliques en horizontales, façon B1-, produit dans la zone protégée et interdite un recouvrement d'injonctions très explicite, chaque panneau indiquant la limite de compétence de l'autre -ce garage-ci et rien d'autre, mais de la manière la plus absolue. Et pourtant, il surnage une part d'implicite, celle-là précisément qui est génératrice de mystère : les deux B1 ne diffusent pas leur message par rayonnement concentrique, mais par décentrement, chacun d'eux n'agissant qu'en direction de l'entrée protégée et occupant le point extrême du périmètre défendu. Les signes valent intégralement pour l'espace intermédiaire, où l'on ne voit rien qu'un débouché à ne jamais boucher. Ils sont tangents à la périphérie d'un grand B1 imaginaire, dont on pressent la barre blanche irréaliste en suivant de l'oeil le chemin médian qui relie hypothétiquement les panneaux jumeaux.

Pareille construction, en apparence si fruste, fait monter à la surface la question cruciale de l'implantation du panneau, désignateur qui toujours est à côté de ce qu'il désigne, parce qu'il vise la monstration et non l'étiquetage. Pour montrer, il faut être dehors sans être loin, faire de l'ici avec de l'ailleurs, de l'épidictique avec de l'à peu près. Et que penser de l'effet-masque ? Le double B1 rappellera à ceux qui vécurent l'Occupation les phares maquillés des automobiles d'alors, apprêtés de manière à ne plus laisser filtrer qu'un pinceau horizontal pour déjouer l'acuité visuelle d'aviateurs dopés au jus de myrtilles : conjugaison de l'automobile et d'un danger prêt à fondre, avec une partie de cache-cache, oeil contre oeil, la chose qui permet de voir -le phare, oeil de la voiture asservi à celui du conducteur- permettant aussi d'être vu, sans qu'on le sache encore, par une sorte de réciprocité décalée, inégalitaire, condition télédétective de la prédation. Mais à tous, B1 en miroir fait les gros yeux de ses pupilles plates, plantant de part et d'autre du local à garder l'inflexible surveillance d'un regard animal. Plus encore quand le panneau est lumineux, clignotant. Et le signe juridique de retrouver une magie proprement rupestre, quoiqu'allusivement et sans complaisance initiale. Le stationneur éventuel n'est plus seulement concerné ou averti, il est couché en joue. C'est là une faculté qui appartient en propre à B1, de transmuier la passivité du signe sous le regard en une activité regardante un peu folle, puisqu'elle n'est telle qu'au prix d'une

projection imaginaire effectuée par le spectateur. Très exactement, B1 relève d'un stock inavoué, mal exploré, parce qu'encombré d'"enfantillages", celui des images latentes. La vocation de ce signe est d'accéder à une semi-liberté qui, sans affecter empiriquement sa signification, la complique d'une surimpression immaîtrisée, en contournant la relation codée de B1 à son objet par un chemin associationniste. Peut-être semblable dédoublement n'est-il pas sans rapport avec l'aspect déjà bifide d'un B1 employé à contresens : d'un côté, la torsion raisonnée, de l'autre la distorsion fantasmée. Voilà ce que l'innocent B6 ne parvient pas à réaliser, ou médiocrement, lorsqu'il plagie B1 - mais alors, il est défavorisé par l'étroitesse et le faible contraste de sa barre médiane. La radicalisation de l'interdit, comme bien des hyperboles, s'emporte elle-même à perte de vue, pour semer d'étonnantes significations parasites. A signifiant enflé, signifié truffé.

On notera pour finir que jamais B1 n'est en position de B6, c'est-à-dire incliné vers la droite. Tout se passe comme si le détournement d'un signe vers l'autre ne pouvait avoir lieu qu'en prenant le signe convenable pour origine : effectivement, autant la "mise à plat" de B6 l'enrichit d'une expérience extérieure, autant la "mise en pente" de B1 s'apparenterait à un repentir, à un timide retour vers l'officialité transgressée - et donc au reniement du choix qui bouscula l'usage ordinaire. A la racine de ce choix, il y a cette attitude si lourde de conséquences pour tout usager de l'automobile, à savoir que le stationnement n'est qu'une modalité de la circulation, enfin que l'immobilisation doit être pensée selon les intuitions du mouvement.

1.2.3. Autres cas : idéogramme B0 et pictogrammes

L'expression de l'interdiction de stationner n'est pas enfermée dans un jeu de renvois entre B6 et B1. Tout est possible, à condition que l'afficheur soit inventif. Or, en matière de graphisme, il est exceptionnel que le particulier se lance hors des sentiers battus. On ne peut donc guère raisonner ici que sur quelques observations glanées au hasard des rues, quelques anecdotes visuelles. La fantaisie sur les signes aboutit à un corpus nécessairement fantaisiste. Deux grandes zones peuvent être néanmoins distinguées : celle des signes hérités, celle des signes inventés. Parmi les signes hérités, deux possibilités encore : soit ils proviennent des panneaux officiels, soit ils reproduisent des panonceaux (68), administratifs eux aussi.

(68) Ce sont les panneaux additionnels, de forme rectangulaire, placés au-dessous des panneaux de signalisation, qui précisent ou complètent leur signification : on distingue panonceaux de distance, directionnels, et d'application M8,

Dans le premier cas, on ne rencontrera guère que l'éminemment idéographique B0, le panneau qui interdit toute circulation, dont le centre blanc est propice à toutes sortes d'avertissements écrits. Le choix de B0 inspire cependant plusieurs considérations, dans la mesure où c'est un signe rare, et qui porte exclusivement sur la circulation. Peut-être en effet la rareté relative d'un panneau est-elle un bon moyen d'attirer l'attention sur lui. B0 ne régleme nte pas les modalités de la circulation, il l'interdit de la façon la plus nette : or, il y a très peu de voies publiques affectées par cette mesure. Le signe est répulsif plus qu'il n'est familier. En même temps, il bénéficie d'une position de tout premier plan, puisque la question essentielle qui prélu de à la manière de circuler est bien afférente à la possibilité même de la circulation. B0 trace dans l'univers routier une dichotomie inaugurale que l'on se hâte trop d'oublier : il y a les voies possibles, et les voies impossibles. Le monde des véhicules et celui des piétons ne se recouvrent pas tout à fait. Si ceux-ci n'ont pas accès au bord des autoroutes, ceux-là sont interdits de séjour dans telle ou telle venelle, ou sur tel parvis. B0 n'affecte pas le conducteur mais sa machine, il est relatif à la présence d'un objet seulement, et c'est là qu'apparaît pleinement la pertinence de son utilisation à la place de B6a1 : pour qu'un véhicule stationne, il faut qu'il ait circulé jusqu'à l'arrêt, et B0 enveloppe B6. On voit donc sur quel plan se situe l'utilisation "fautive" du panneau qui proscrit toute circulation : la radicalisation est intellectuelle, et non plus instinctuelle comme avec B1. Le panneau B0 ne heurte pas davantage le regard par une forme quelconque : s'il est plus visible, c'est uniquement en raison d'un accroissement du contraste, qui l'apparente à B1. En revanche, il est gros d'un surcroît d'intelligibilité, fût-ce au prix d'une amusante pirouette logique, puisque seule la conséquence normale de l'interdiction de circuler, celle de stationner, vient en première ligne, laissant à l'arrière-plan la fonction essentielle de B0, qui concerne a priori un véhicule en mouvement. Cela ne va pas sans quelque contradiction puisque B0, placé devant un garage par exemple, demeure un panneau anti-voitures, avec lequel il est piquant de voir protéger justement l'accès à une ou des voiture(s). Mais l'afficheur ne pense pas si loin : il se borne à déplacer le sens de la dichotomie circulation/non-circulation pour établir une distinction radicale entre son propre véhicule et celui d'autrui. Il remonte ainsi, sans s'arrêter au stationnement, de la préservation d'un accès à l'interdiction absolue de présence. B0 signifie alors : "que nul ne se trouve ici, s'il n'est simple piéton".

particulièrement consacrés au stationnement, tel le panonceau, fréquent en ville, qui porte la mention "Stationnement gênant, art. 37-1, Code Route" (voir Manuel Dubarry, v° cité, n° 13).

L'image pictographique du camion-grue qui, profilé en ombre chinoise, procède à l'enlèvement d'une voiture particulière, provient elle aussi du stock officiel. Elle est pourtant fort peu mise à contribution par les particuliers, ce qui surprend, étant donné son caractère expressif. Ce sous-emploi trouve sans doute une explication dans le peu d'intérêt que les fabricants ont jusqu'à présent montré pour ce type de produit, par ailleurs malcommode à réaliser individuellement. Le panneau-fourrière, officiellement utilisé comme une explicitation de B6, participe de la rhétorique bien connue du "petit dessin". Au fond assez peu visible, il gagne à être associé au panneau : c'est dire qu'il est condamné à un second rôle que sa grande intelligibilité ne laissait guère prévoir. Il force à se poser une question de fond : à quoi sert un panneau, sinon à affaiblir l'autorité intrinsèque du panneau au moment précis où il en renforce l'efficacité ? La grue en action est un risque, tandis que l'interdiction de stationner est une réalité qui doit provoquer un acte d'obéissance systématique, celui d'aller garer sa voiture autre part. Le panneau s'adresse à l'individualisme du déchiffreur, pas à son légalisme, ni à son civisme : il donne à voir le règlement par le petit bout de la lorgnette. L'interdiction n'est plus catégorique, elle est enrobée de circonstances : le rapport de forces prédomine, mais justement c'est un rapport et non plus l'exercice univoque d'une force signifiante sourde et aveugle ; au moment même où le stationneur se voit reconnu comme récepteur, il se reconnaît perdant, tracté, inerte, hétéro-mobile. Tel est le jeu du panneau "dramatique" : contourner par en bas le hiératisme des panneaux traditionnels, installer le risque en sus ou à la place de la prescription, accueillir le destinataire pour mieux l'expulser, et finalement adoucir le processus de communication pour en durcir le contenu à travers une particularisation singulièrement commune, celle de l'interpellation agressive.

Quant à l'invention caractérisée, elle est si peu courante qu'une observation systématique ne nous a jusqu'à présent confrontée qu'à un seul cas. Il ne vaudra donc qu'accessoirement, à titre d'"hapax" significatif. Un disque entièrement rouge, agrémenté d'une légende comminatoire, et sur lequel on s'est appliqué à peindre au pochoir une tête de chat noir en train de feuler : l'occupant s'est divertie à présenter son accès comme un territoire dont il serait l'intraitable matou. On fera remarquer, en outre, deux allusions plus ou moins volontaires. La première branche évidemment le pictogramme sur la sémantique du "chien méchant", dont le "chat méchant" est à la fois le pendant et l'antithèse : plus de délégation d'agressivité à un animal imprévisible et irresponsable, le maître des lieux assume seul son irritabilité, l'image est sans référent déterminé, elle est

métaphorique plus que dépicative. Seconde allusion : les têtes de chats en métal laqué noir que les jardiniers accrochent pour éloigner les oiseaux. L'animalité n'est plus dressée, comme dans le cas du chien, mais lâchée dans un domaine pleinement cultivé. Autrement dit, le bon droit ne dédaigne pas de s'ajouter des caractères qui distinguent le droit du plus fort, le signe juridique est complètement débordé par la mimique combative infra-humaine. Une fois faite la part de l'humour, il reste en effet cette orientation nettement primitiviste, qui fait prédominer, comme mode de régulation des rapports, l'usage du masque guerrier, indice d'un goût vivace pour la guerre privée.

Sortir de l'alternative B6/B1 conduit donc à des attitudes extrêmement divergentes, plus ou moins dépensières de sens, plus ou moins écussonnées sur le tronc du Droit commun. Pour les uns, un panneau inventé ne constitue guère que le fond connotatif d'une inscription, tout rouge ou tout blanc. Pour d'autres, la certitude du bon droit autorise des excursions sémiologiques sans carte, mais dont chaque détour montre la volonté de laisser une empreinte pour mieux faire sentir une empreise.

1.3. Du panneau à la panoplie

On ne se contente pas de dessiner ou d'acheter des images toutes faites, on les acquiert tout assorties de locutions pressantes, qu'au besoin on renforce soi-même à l'aide d'une formule bien sentie : au pourtour du symbole, horizontaux ou en couronne, s'étalent les quelques mots qui font du panneau des armes parlantes. Si cela ne suffit pas, le symbole est prolongé en aménagements tridimensionnels, il est matérialisé d'une façon quelconque, au point de devenir secondaire, de passer à l'arrière-plan, de n'être plus que la justification d'un étonnant bricolage. Les péri-symboles s'avéreront fort dissemblables, allant de l'écriture au matériau lourd, mais il n'y a là qu'une apparente hétérogénéité, puisqu'ils ne se définissent que par rapport à une idéographie des panneaux ou à une pictographie des panonceaux. Finalement, les étudier, c'est accumuler des éléments susceptibles de ressaisir extérieurement les pouvoirs et les limites de la symbolique officielle.

1.3.1. Graffiti ou textes préfabriqués

Il y a peu de textes sans panneaux, peu de panneaux sans textes. Dans l'immense majorité des cas, la conjonction est réalisée et, là encore, la diversité d'inspiration ne laisse pas de surprendre. Plusieurs registres de langue sont, soit tour à tour, soit simultanément, mis à contribution par les intéressés,

fabricants ou particuliers. Il conviendrait, à cet égard, de distinguer des manières de s'exprimer qui, n'étant pas équivalentes, pourraient bien n'être pas non plus anodines.

Quatre registres se partagent l'information écrite : l'énonciation pure et simple, la sollicitation, la prohibition "pure" et la menace. Ils mettent en jeu autant de réactions morales : le scrupule, la délicatesse, l'obéissance et enfin la crainte. Comme ces micro-textes sont toujours associés à un panneau, ils autorisent toutes sortes d'appariements, dont il ne saurait être question ici de dresser une liste, d'autant qu'on n'a pu déceler, à l'observation, la moindre constante.

En revanche, il n'est pas indifférent que les divers tons employés soient pour ainsi dire réunis pas le dénominateur commun qu'est le panneau, quel qu'il soit. Ainsi tous les textes possibles, sauf exception, sont-ils des extrapolations d'une interdiction abrupte et économe de moyens, et des stimulations diverses, rendues homogènes par un support unique. Curieux renversement : la signification idéographique semble requérir des explications, l'idéogramme est retraduit au moment même où l'on pourrait s'abandonner à son efficacité. Pourquoi la plupart des symboles sont-ils accompagnés d'un texte parfaitement redondant ? Il n'est jamais mauvais de répéter pour être mieux compris : surtout, le symbole laissé à lui-même ne réaliserait pas assez l'insertion du message dans un contexte particularisé, il ne montrerait pas suffisamment qu'un quidam parle à des quidams. Pour tout dire, il imiterait trop bien une sémiologie administrative dont chacun sait le faible pouvoir de persuasion. Pas question pour le riverain que son objurgation soit soumise aux mêmes heurs et malheurs que les prescriptions officielles. Si elle est parlante, et s'exprime par des voies et des voix parallèles aux symboles, c'est pour affirmer la présence, au-delà du panneau et de la porte, d'une sensibilité toujours en éveil, d'une susceptibilité à l'affût. Aux rondes et aux actions ponctuelles de la Police se superpose la vigilance intéressée du riverain, qui peut être gêné dans ses occupations personnelles imprévisibles. Aussi affirme-t-il, par quelque formule dépersonnalisée, sa présence requérante, son existence de protestataire en puissance, confiant dans l'idée que tout discours laisse supposer un point d'émission dont pourra provenir, s'il n'est pas entendu, autre chose que du discours.

On objectera peut-être que seule une légende relative au stationnement est en mesure de faire comprendre comme des B6 suractivés les panneaux déviés B1 et, accessoirement, B0. Ce serait ne pas tenir assez compte de deux facteurs : l'égalité de traitement dont bénéficient en la matière tous les panneaux privés, orthodoxes ou non, et l'effet de contextualité qui fait

interpréter tout idéogramme de prescription absolue apposé à proximité d'une entrée carrossable comme une prohibition de stationnement. Bien plus qu'un élément destiné à éclaircir la signification recherchée, le texte est le commun dénominateur des divers panneaux B6, B1, B0. Et de même que la diversité des textes se trouve réduite par leur rattachement à des panneaux prescriptifs, de même la disparité des panneaux "copiés" ou adaptés est minorée par l'adjonction des textes en question. Voilà qui explique -indépendamment du contexte matériel- comment un pseudo-B1 enrichi d'une formule peut être ressenti comme le proche parent d'un B6 agrémenté d'une proposition prohibitive. Car l'intersection ne se fait pas d'un exemplaire signitif à l'autre, mais, plus largement, de corpus à corpus.

Il arrive donc que le texte soit constitué par une énonciation. Celle-ci peut revêtir deux caractères fort distincts, selon qu'elle baptise une réalité par ailleurs complètement identifiable, ou qu'elle apporte réellement un surplus d'information. Appeler "garage" une entrée carrossable, ou parler de "sortie de voiture(s)" quand un bateau pavé en démontre la probabilité, c'est tout à la fois mettre à hauteur d'oeil une particularité du trottoir, contracter en une faible surface la conclusion d'une observation à plus large champ, et surtout actualiser la destination apparente d'une configuration de voirie. A quoi il convient d'ajouter les incidences de la commercialisation : le fabricant désireux de vendre les B6 ou B1 qu'il produit sera naturellement porté à les orner d'une inscription qui, en magasin, explicitera leur destination mieux qu'une étiquette. Le chaland est ainsi clairement guidé vers ce dont il a besoin, un objet à la fois explicité et explicitant qui, aussitôt acquis, se fera, d'étiqueté, étiquétant. Ce qui apparaît au premier abord comme pure et simple répétition introduit ainsi un élément de désignation appréciable, puisqu'il permet d'opérer une ultime discrimination entre un garage possible, probable même, et un garage certain. Grâce à quoi, la probabilité se déplace de l'usage du lieu aux difficultés qu'on s'expose à rencontrer si l'on s'entête à gêner ledit usage. Le péri-symbole énonciatif abrite la suggestion du futur dans la désignation du présent, parce qu'il signale la permanence comme un trait d'union entre maintenant et plus tard. Mais s'il y a information subsidiaire, l'impulsion de l'annonce évoluera dans d'autres directions, plus franchement dénotatives. On pourra ainsi placarder des habitudes horaires, des renseignements sur la nature du véhicule abrité, ou des allusions à la destination professionnelle des lieux dont on veut protéger l'accès. Les "sorties fréquentes" ou "très fréquentes", les "sorties de véhicules à toute heure", "sortie jour et nuit", avec des pointes paroxystiques du genre "nuit et jour y compris jours fériés", "nuit

et jour sept jours sur sept", soulignent qu'il n'est pas question ici d'un temps utile, susceptible de pronostics intéressés de la part du stationneur éventuel, mais d'un temps de droit, aligné sur d'infatigables cadrans et d'inépuisables calendriers. L'inscription est là, sur place, pour remettre en mémoire cette prérogative du riverain, l'ubiquité de principe, seule garante d'une totale liberté d'usage. La nature du véhicule, elle, n'est intéressante à préciser que si elle est inattendue. Encore faut-il prendre garde à l'hésitation que marquent même les fabricants entre "véhicule" et "voiture", entre le singulier et le pluriel, bien que cette distinction n'ait guère d'incidence pratique. La voiture particulière reste la référence, mais l'utilisation du vocable "véhicule", avec ou sans l'adjonction d'un "s", suspend la réalité juste au moment où celle-ci semble être énoncée : multiplicateur d'incertitude qui confisque la suite de l'information pour mieux en (ag)graver la réception. D'aucuns sautent le pas, et précisent qu'à cet endroit sont garées deux voitures, ce qui est censé doubler l'effet dissuasif. Alors, la mention "deux voitures" pèse plus lourd que l'apposition de deux panneaux, fussent-ils symétriques : elle vaut comme deux garages. Mais la majoration peut concerner également le gabarit : "sortie de camion(s)", et requérir pour l'occupant des égards spécifiques : "véhicule LONG (sic), ne pas stationner en face". Enfin, la présence de "vélo(s)" ou "moto(s)" justifie, sur les portes piétonnes, de petits panneaux surchargés au marqueur-feutre. Le panneau s'apparente enfin à une enseigne, une plaque professionnelle, une raison sociale, lorsqu'il supporte des mentions comme "docteur", "médecin", "accès corps médical permanent", "atelier", "dépôt", "manutention", "déménagement", "sortie de matériel", "aire de chargement", "garage de l'hôtel". De pareilles adjonctions témoignent, en leur style forcément elliptique, d'une sérieuse volonté pédagogique. L'occupant tient à dire qu'il s'appuie sur les dispositions de R 37-1 parce que son activité l'y contraint, parce que le public s'appuie sur lui. L'accès permanent au garage et à la voie publique se confond ici avec une accessibilité sociale : l'occupant légitime est bien trop requis pour ne pas donner à l'affirmation de son droit quelque chose d'une réquisition (69).

Tout cela n'empêche pas d'esquisser l'équivalent des sourires de circonstance. Le recours à l'amabilité s'avère aussi stéréotypé qu'usuel, tant est réduit l'éventail des locutions si fréquemment mises en oeuvre. "Merci de ne pas...", "Ne pas... merci", "S.v.p.", "Prière de ne pas...", satisfont à la quasi-totalité des besoins d'aménité ; çà et là, quelques exceptions loquaces : "Nous avons le regret de vous rappeler que vous être en

(69) Voir infra 2.1.3. et 2.2.2.

stationnement interdit" ou le très affable "Si malheureusement votre véhicule est mal placé, veuillez indiquer sur le pare-brise l'endroit où vous pouvez être joint. Merci". Cela dit, la politesse de porte cochère appelle deux remarques : d'une part, il semble que ce type de formulations appartienne bien davantage à des traditions de fabrique qu'à des délicatesses de bricoleur ; d'autre part, il n'est pas rare qu'elle soit associée à une défense expresse et radicale, soit par accumulation de panneaux aux tons divergents, soit au sein d'une même unité, du genre : "Défense de stationner, s.v.p." (sic). Cette courtoisie à l'emporte-pièce bénéficie d'une répartition complètement aléatoire, et il est trop évident que ceux qui l'emploient n'en attendent rien, consciemment du moins. Ils la subissent parce qu'elle est livrée prête pour l'emploi. Il reste qu'elle poursuit, en dehors de tout consensus actif, un objectif bien précis : instiller l'aménité dans des rapports qui pourraient ici n'être que mécaniquement juridiques. Dans la mesure où déjà le panneau privé est, vis-à-vis du Droit, un élément superflu et gratuit, il n'est pas tenu non plus de singer le laconisme des codes, et peut s'autoriser des écarts anodins. Or celui-ci possède tout de même l'avantage de désigner le panneau comme un luxe. Si le riverain l'a apposé, ce n'était point par plaisir de placarder des injonctions, mais pour faciliter le légalisme de stationneur. En fait, tout l'objet est affecté en retour par l'appel à la bonne grâce, si banalisé qu'il soit. Il échappe légèrement au Droit pour voisiner avec des comportements habituels aussi simples qu'obscurs, qui incitent à la vigilance instinctive par des signes ternes et fugitifs. L'univocité réglementaire est adoucie par une invitation à l'usage régulateur.

La prohibition procède, elle, d'une attitude radicalement inverse, "Défense de...", "Il est formellement (strictement) interdit de..." : on s'aligne cette fois le plus possible sur la nature des textes officiels qui ont inspiré l'apposition du panneau privé, et qui figurent sur les panneaux réglementaires (70). Si limitée qu'elle paraisse, cette position n'en est pas moins adoptée après élimination délibérée des autres formulations possibles. Trois raisons peuvent avoir concouru à ce choix. D'abord, la simplicité : un panneau d'interdiction paraît appeler naturellement une légende du même ordre. Idéogramme et écriture sont l'avant et le revers d'un même jeton, ils assurent la coïncidence intellectuelle du visible et du lisible ; la stratégie répétitive est donc assez subtile : l'identité du message se subordonne la diversité des canaux, aperception synthétique et déchiffrement analytique. Autre raison : la dénotation du discours légal en ce qu'il a de

(70) Voir ci-dessus, note 68.

prohibitif n'équivaut pas à un décalque. On ne trouve pas sur les panneaux privés le même texte que dans le Code de la Route, ni même le compendium qui en est donné sur les panonceaux municipaux. Il y a uniquement extraction d'une conséquence particulière, applicable à cette entrée carrossable, et l'interdiction de stationner n'est que la conclusion des prémisses légales et factuelles d'un syllogisme facile à compléter. R 37-1 proscrie le stationnement susceptible de gêner les riverains, or ici l'on gênerait, donc défense de stationner. On est beaucoup plus loin de la norme écrite qu'il n'y paraît, et la prohibition "sèche" est en fait identifiable comme inférence ultime. Elle ne consent aucun appel au savoir-vivre, elle est, sous les espèces d'un rappel à l'ordre claquant, le produit d'un raisonnement inattaquable. Dernière raison : il est hors de doute que pareille manière de signifier à autrui le comportement qu'il doit adopter se range complètement du côté de la loi et délaisse, à l'inverse de la formule gracieuse, tout arrangement péri-prescriptif, conclu par litote ou par timidité. Le micro-texte affiché néglige la petite dynamique de l'intersubjectivité pour se borner à renvoyer l'écho d'un ordonnancement intrasocial. Ce peut être d'ailleurs une définition du légalisme, que de ne prendre autrui en considération qu'en vertu du statut que lui confère le Droit, et de couper ainsi à toutes possibilités de diatribe en usant à son égard d'un style de langage connecté avec un discours préformé, qu'autrui est supposé cautionner lui aussi. Autrement dit, parler et écrire en se référant explicitement à la norme, c'est admettre la permutabilité a priori des situations, l'interchangeabilité de "primus" et de "secundus". L'éventualité d'un échange des positions l'emporte sur le recours aux bonnes manières, parce qu'avec le Droit l'irréalisé est déjà moulé sur du concret.

Quant à la menace, ajoutée à même le panneau ou au moyen d'un écriteau, elle mobilise toujours le même élément, la fourrière, avec toutes les variations possibles : "Mise en fourrière sans préavis", "immédiate", "Stationnement gênant. Demande de mise en fourrière", "Enlèvement immédiat", "Appel fourrière jour et nuit", "Danger !!! (sic) Fourrière" ou, plus simplement, "Fourrière". Là encore, la tactique s'organise autour de trois points fixes. L'afficheur glisse de la conséquence de R 37-1 à celle de R 285. En pratique, cela signifie que garer là sa voiture, c'est avoir toutes les chances de ne plus la retrouver. Donc non seulement le stationnement est gênant et prohibé, mais on ne peut même plus parler de stationnement, puisqu'au-delà de l'amende il y aura enlèvement et perte de temps considérable. Ensuite, on anticipe sur la réaction des autorités de police, car l'appréciation de la mesure à prendre n'incombe en aucun cas au riverain. Mais en fait, l'assurance dont celui-ci fait parade se fonde sur une

expérience fort solide : plaintes et récriminations sont en général favorablement accueillies. En conséquence, le troisième point est tout de psychologie. Derrière la fourrière, qui fait l'objet de concessions privées, se profile, dans le public, le spectre d'un légalisme trop intéressé pour être honnête. Le panneau se réfère implicitement à une réputation, un savoir incertain, tenace, point toujours mal fondé, d'après lequel la fourrière apparaît comme un lieu dans lequel le véhicule sera livré aux troubles aléas d'une manipulation qui, sans parler des menus accidents toujours possibles, n'est pas exempte de particularités extra-légales (71). En somme, l'intimidation joue simultanément de ce qui est sûr, plainte puis enlèvement, et de ce qui l'est moins, la restitution du véhicule, après mainlevée, dans l'état exact où il était au moment de sa prise en charge.

Au bout du compte, le dénominateur commun à tous les micro-textes et qui regroupe leurs différences au sein d'une intention unique est bien leur nature de "fréquentatifs". En important ici une notion forgée par la linguistique, on dira que le micro-texte transforme le panneau privé en fréquentatif, c'est-à-dire qu'il familiarise le destinataire du message avec la répétition têtue d'une action, ici celle d'utilisation de l'accès carrossable. On voit la conséquence : l'insertion textuelle, si percutante qu'elle se veuille, n'est que seconde ; elle joue le rôle ordinairement dévolu au suffixe dans la formation desdits fréquentatifs, le radical demeurant toujours l'idéogramme. Et de fait, la "légende" s'avère tributaire de l'état d'esprit local : le ton comminatoire se rencontre surtout dans les quartiers populaires surencombrés, où aucun riverain n'entend paraître moins imposant que son voisin. En quoi le panneau privé, pourtant très économe de moyens, connaît par raccroc certaines aventures de la langue usuelle. Il indique ainsi sa pente naturelle, d'une classe de signes fermée vers une classe de signes ouverte, d'une technosémiologie juridique vers un vocabulaire trivial, du balisé vers le banalisé, de l'imitation vers la mode, bref d'une acception du commun vers une autre.

1.3.2. Bricolages amovibles

Le cas est rarissime, d'un riverain assez acharné à défendre l'entrée de son garage pour encombrer de propos délibéré la partie de la chaussée qu'occuperait éventuellement un candidat au stationnement. Parpaings ou bidons repeints en rouge et blanc, éventuellement surmontés d'un panneau B6 ou B1, balises quelconques reliées par des rubans en matière synthétique,

(71) Entre autres échos dans les médias, voir L'événement du Jeudi, 15/21 mai 1986, p. 60/63 : "Les sombres caprices de la fourrière".

volontiers un dispositif K5a chapardé sur un chantier, fournissent les matériaux de tels embarras délibérés. L'attitude du riverain est aisément compréhensible, et se fonde sur trois arguments convergents. Si personne n'est autorisé à le gêner en garant sa voiture, il ne gênera donc personne en entreposant des ustensiles dissuasifs, passifs et pacifiques. La jurisprudence, et surtout la sagesse populaire, admettent fort bien que le riverain gare son propre véhicule devant l'entrée carrossable qu'il est seul à utiliser : la latitude ainsi accordée lui semble s'étendre à tout autre objet installé en lieu et place du véhicule absent. Enfin, la mobilité du dispositif -fort nécessaire, si son inventeur lui-même ne veut pas que chacune de ses entrées et sorties devienne un pensum insupportable-, témoigne de son innocuité et, au-delà, de l'innocence du riverain prévoyant. L'abus est cependant manifeste. D'une part, il y a confusion entre le fait de stationner et celui d'entreposer, entre l'occupation régulière et l'occupation permanente. D'autre part, le riverain restreint délibérément et préventivement l'usage de cette portion de chaussée qui, en l'absence d'une voiture, peut être utile à un tiers conducteur pour effectuer telle ou telle manoeuvre. Enfin, l'appareillage constitue un danger non seulement pour les véhicules à deux et quatre roues, mais encore pour les piétons, dont les plus exposés sont les enfants, les vieillards, les aveugles ; à cet égard la mobilité du dispositif ne fait qu'accroître le péril. Le riverain tombe donc justement sous le coup des articles L 7 voire R 236 du Code de la Route, et R 38-11 du Code pénal.

S'il faut tirer, de ce cas extrême, un premier enseignement, c'est que la situation de pouvoir traduite par la possession d'une automobile est génératrice de comportements simulateurs assez inopinés. En fin de compte, le dispositif d'obstruction équivaut surtout à un fantôme de voiture qui se justifie, aux yeux du riverain, par le fait qu'il possède effectivement un véhicule, garé tout près, mais dérobé aux regards, et qu'il juge insuffisamment protégé par le bateau pavé et le panneau avertisseur. Le riverain abusif montre par son geste "sauvage" que la nature de l'automobile conduit son utilisateur à faire provision d'espace dans des proportions parfois inquiétantes. On ne saurait mieux montrer, par la pratique, en quoi le stationnement sur la voie publique tient à coeur aux automobilistes : c'est la seule manière de disposer le véhicule de telle sorte que sa disponibilité soit tout entière préservée, que sa faculté d'être automobile, stricto sensu, à tout instant, ne puisse jamais lui être déniée. D'où l'insatisfaction qui gâte le plaisir de savoir sa voiture bien à l'abri dans un garage, ou du moins retirée d'un lieu trop fréquenté. C'est alors que la légitime obsession du déplacement se transmue en illégale tentation d'ubiquité, avec ce

dédoublément du garage et de la "place" réservée de force devant le garage. Entre l'automobile au garage et l'automobile roulante, le stationnement, sorte de fixation précaire du véhicule, permet à l'occupant d'esquisser une précieuse gradation. Second enseignement : le riverain se retourne vers la matérialité du fait quand il juge le Droit insuffisant pour faire respecter ses allées et venues. Et il ne sera pas aisément confondu, sauf flagrant délit, car en général il pourra compter sur la solidarité ou la tolérance du voisinage. Seule une ronde de police imprévue risquera d'achopper sur un tel bricolage, et il y a fort à parier que, dans un premier temps, l'intervention se limitera à une semonce et un démontage. On est loin de L 7, qui punit le délit d'entrave à la circulation, et probablement même en-dessous du traitement réservé aux stationneurs mal venus. A moins d'un accident qui engagerait sa responsabilité, le riverain est donc fondé à créditer sa technique d'une efficacité satisfaisante. Mais ce retour vers le fait modifie le sens du panneau privé, toujours présent dans ces cas-là - au moins parce qu'il a été la première étape d'une lutte contre les stationneurs. Voilà qu'il joue le rôle d'interface entre un Droit muet, juste contenu dans R 37-1, et un fait exubérant, qui ne parvient pas à être contenu dans les limites d'un garage. Le panneau privé dévoile ici un de ses aspects latents, et sur lequel nous reviendrons, qui est d'être défensif jusqu'au point extrême où la défense tourne à la conquête.

1.3.3. Modifications durables du site

Là encore, il s'agit de procédés utilisés avec la plus grande parcimonie. Ils paraissent se limiter à trois : les bordures de trottoir artisanalement chanfreinées pour bénéficier d'un bateau pavé à moindres frais, la création de cérames à la peinture naguère rouge et blanche, désormais jaune, sur la portion de trottoir qui doit être protégée et, s'il y a des barres métalliques verticales installées par les services de la voirie pour empêcher les véhicules de monter sur le trottoir, la décoration en rouge et blanc des deux barres situées de part et d'autre du bateau pavé. Contrairement aux moyens précédemment évoqués, ceux-ci ne présentent aucun risque potentiel : ils possèdent en outre l'avantage de pouvoir être utilisés dans des rues très étroites. Mais l'abus subsiste, que l'on imite des signes juridiques avec les faux cérames, des indices avec les chanfreins artisanaux, ou que l'on se livre à des variations sémio-juridiques astucieuses et crédibles avec les peintures verticales. L'article 257 du Code pénal s'appliquera aux adeptes du ciseau à pierre, l'article R 38-2 du même Code aux partisans du pinceau.

Encore faut-il introduire une nuance entre les deux catégories. Car si la volonté d'imiter un signe juridique n'est pas douteuse dans le cas des peintures abusives, l'imitation de l'indice est secondaire et/ou inconsciente dans le cas du faux bateau pavé, avant tout destiné au confort d'un utilisateur peu disposé à prendre en charge quelques frais de trottoir. Toujours est-il que la loi réprime, dans tous les cas, le fait d'attenter à l'intégrité du domaine public, comme celui d'y contrefaire des marques dont l'apposition incombe exclusivement à l'Administration ; mais les textes en vigueur laissent de côté la qualité sémiologique des modifications opérées. Or le riverain aux cérames ne se glisse pas dans le rôle de l'Administration, il ne prétend pas vraiment donner ces signes pour ce qu'ils ne sont pas, c'est-à-dire d'origine officielle. Il s'aligne sur elle en utilisant sa langue, il cherche moins la confusion que la copie conforme : il n'est faussaire que par légalisme, ne refait le travail sémiologique officiel que par souci de faire mieux connaître un droit indiscutable. Une requête auprès de la mairie pourrait, en effet, lui valoir le même avantage, après accord de la Commission de la circulation. Ce qui permet de formuler une réserve : peindre des cérames après avis défavorable de cette Commission, est, alors, plus qu'illégal, illégaliste, et si l'on raisonne en posant que le riverain est toujours dans l'obligation de demander une autorisation à la mairie, puis de se contenter de ce qu'on lui accorde, on voit comment le légalisme dans l'usage individuel des signes juridiques a pour unique fondement un sentiment de légitimité tenace, qui devient suffisant pour cette raison même. Tout se passe comme si la rencontre de la légitimité psychologique et du légalisme sémiologique permettait d'enjamber la légalité. Quant au riverain qui manie le ciseau, c'est, lui, un véritable resquilleur. Le fait qu'il cherche à gagner sur un service assuré, mais payant, lui confère à première vue une position moins engagée dans les signes juridiques. La légitimité psychologiquement éprouvée, qu'il ne faut surtout pas confondre avec le sentiment de besoin, baisse à mesure que croît la conscience de "se servir", de prendre ce qu'il conviendrait d'acquérir. Par ailleurs, le légalisme sémiologique est érodé par la nature tout au plus indicielle du bateau pavé. Entre les deux, la réalité transgressée a donc plus d'extension que dans le cas précédent. Toutefois, la nature des entrées carrossables reste légalement indépendante des modalités d'accès au domaine public, et stationner devant l'une d'elles paraît justifier les mêmes mesures qui tendent à protéger les entrées munies de bateaux dûment installés par les services techniques de la municipalité. Le bateau "pirate" joue donc foncièrement le même rôle d'indice en ce qui concerne le passage des véhicules. Au total, un objet illégalement modifié, altéré dans sa substance

sous prétexte d'amélioration immédiate, s'avère ici porteur d'une charge signitive opérationnelle, indicatrice de légalité. Enfin, la décoration en rouge et blanc des piquets métalliques destinés à faire obstruction aux empiétements des voitures évoque les dispositifs de signalisation temporaire, notamment les piquets K5b qui marquent les limites d'un obstacle provisoire. Mais la faveur dont paraît jouir le bariolage rouge/blanc est évidemment découplée de sa signification ordinaire, puisque l'obstacle ici n'a rien de momentané. L'apparement réel est, lui, tout allusif, et concerne bien davantage les anciennes bandes discontinues peintes le long des trottoirs et, au-delà, le couple chromatique fondamental des signaux routiers, qui finit par connoter l'urgence sous toutes ses formes, danger et interdiction mêlés. Il reste que cet habillage, s'il rappelle des signes juridiques, relève uniquement du pastiche par agglutinement, et qu'on est donc fondé à lui accorder, non pas certes un statut de juridicité, mais une faculté de libre dénotation juridique, quelle que soit par ailleurs son illégalité. Ainsi un élément du domaine public qui n'a pas valeur de signe juridique, vu qu'il empêche seulement, de facto, un encombrement du trottoir prohibé par R 37-1, sert-il de vecteur à un syncrétisme sémiologique où sont simultanément lisibles présent et passé, particulier et général, bref, à un signe métajuridique en archipel.

La conclusion s'impose : il est un hiatus entre le sémiojuridique et le légal. Non qu'on puisse concevoir une légalité sans les signes qui la rendent efficace, mais c'est bien plutôt le signe qui peut être efficace sans que soit établie la légalité pour ainsi dire matricielle de sa création, occultée qu'elle est par l'obsession de protéger un droit authentique. Il y a bien deux légalités en présence : celle, prépondérante, qui ouvre des possibles, fixe des bornes et celle, formelle, qui normalise les signes par lesquels la première s'insère dans le paysage des choses : réglementation en amont, instruction interministérielle en aval. Mais voilà que cette complémentarité est perturbée par le jeu imprévisible de la tolérance administrative qui, admettant des proliférations inauthentiques, reconnaît du même coup que le légal peut être indiqué par de l'a-légal. Dans ces conditions, le panneau privé constitue le premier pas vers un débordement de signes et d'indices prophylactiques, et demeure incontestablement leur garant puisque, utilisé en combinaison systématique avec eux, il montre que les moyens ordinaires n'ont pas été négligés, et que leur influence est restée en deçà des attentes légitimes. A coup sûr, il est le cheval de Troie de l'inauthenticité sur ce point de sémiologie juridique. Qu'il contienne les ardeurs signitives ou qu'elles s'épanchent à partir de lui, il est à la source de tout

engagement privé en la matière. C'est dire qu'il est pleinement officieux.

2 - DES PASSIONS QUOTIDIENNES

On en aurait trop vite fini, et donc pas fini du tout, avec les panneaux privés de stationnement interdit, si l'on restreignait leur signification à la seule question du stationnement interdit justement. Le fait qu'ils sont privés n'implique pas qu'ils soient circonscrits à l'objet de leur revendication expresse : au-delà d'une prévention "technique", on peut sans doute discerner des assertions, des allusions, des sous-entendus, des silences même, qui tous ont trait à la passion du marquage territorial. Leurs limites avouées apparaîtront, à l'usage, deux fois transcendées, et par leur participation à une mise de sens -comme il y a des mises de fonds- de plus large intérêt, et par leur complicité avec des pratiques déliées de toute légalité. D'où la couleur passionnelle d'attitudes, de positions aux contours superposés, chevauchés, confondus et, malgré tout cela, cohérents. Si la cohérence peut s'arranger de la confusion, c'est que la proximité des parties fait de chacune d'elles, peu ou prou, une variante de ses voisines ; si la cohérence des signifiés peut s'arranger de la confusion des signifiants, c'est bien que chacun de ceux-ci s'avère être, en situation, un efficace agent connotatif. La multiplication des coïncidences partielles sert de matrice à la multiplicité qui, devenue concaténaire, est vouée à délivrer un sens dont aucun signe isolé n'arracherait le poids. Enfin, que ces excroissances sémiologiques s'enracinent dans des passions quotidiennement vécues suppose que le terrain reste calme, et que seule une passion défensive est à considérer ici, celle de la quiétude jalouse, passion affleurante, si l'on veut, juste signalée, sauf incident grave, par un petit bataillon de floteurs laconiques.

2.1. Mise en demeure

"Charbonnier est maître chez lui", dirait la Déclaration de 1946 si, comme au temps de Mirabeau, on s'avisait de la mettre à la portée des "habitants de la campagne" (72). Où serait le droit d'exister, n'était la sûreté du gîte ? La garantie de l'inviolabilité du domicile n'intéresse d'ailleurs pas tant le domicile lui-même, comme endroit où l'on reste, où l'on se tient, que ses accès, ses issues. Protéger le dedans en tant que tel, c'est veiller sur l'us des huis. L'article 5 est vite rencontré, avec la liberté d'aller et de

(72) Mirabeau, Le catéchisme de la Constitution à l'usage des habitants de la campagne, s.l., 1791, 24 p. in 12.

venir, sur le territoire certes, mais aussi en direction de son domicile ou depuis celui-ci. Le droit d'habitation et celui de mobilité sont assez complémentaires pour cuirasser un droit des allées et venues, deux fois garanti, un droit à double battant. Ouverture, fermeture, passage et locomotion combinent ici leurs exigences : plus de liberté, si la voie n'est pas ouverte en permanence devant une porte dûment close. Cet inévitable paradoxe justifie une vigilance pré-conflictuelle.

2.1.1. La maison

L'existence d'un domicile appelle une triple identification. Il faut localiser le logement eu égard à un domaine public prolix en indications variées. Il faut encore l'insérer dans le fouillis des domaines privés circonvoisins, hérissés d'insignes et d'enseignes. Il faut enfin affirmer la réalité, voire les modalités d'une occupation privée ou professionnelle : tel nom, telles revendications relatives à la jouissance et à l'usage. Tout cela ne va pas sans une débauche de signes parmi lesquels chaque passant dégagera le florilège qui lui convient. Que l'on pense à ces "enseignures", ou repères que choisissent, sur la côte, les pêcheurs en mer, pour retrouver un fond ou une épave, sans carte ni sextant. Dans la bousculade sémiologique, les panneaux privés occupent leur petit terrain, reliés qu'ils sont à d'autres responsables de l'effusion de sens : panneaux et panonceaux officiels, placards publicitaires, plaques des rues, enseignes commerciales, graffiti. Mais si l'on regarde de près le jeu complexe des indicateurs disséminés sans plan, on constate la coexistence de deux mouvements contradictoires. D'un côté, le lieu d'habitation est la cible d'une volée de signes, il est au bout d'une multitude d'index ; de l'autre, il se prémunit contre la curiosité du passant avec d'autres signes, mais comminatoires. A n'adopter que le point de vue du sémiologue en promenade, la maison -sans la maisonnée- pourrait être définie comme le lieu de l'équilibre entre des signes d'attraction et des signes de répulsion, qui, tous, ont trait à l'occupation d'un lieu quelconque. Etant donné un pareil aller et retour publicitaire, qui consacre l'installation de la clôture, à la fois par opposition aux espaces de libre parcours et par imitation des clôtures environnantes, quelle est la place alors dévolue aux panneaux privés ? Ils sont investis d'une mission délicate : suggérer, ou énoncer, ou assener, la réciprocité du risque et de la fragilité entre passant et occupant. Equilibrant la crainte d'être coincé par celle d'être sanctionné et l'appât d'une liberté de fait par le rappel d'une liberté de droit, ils logent en un point crucial, l'écluse entre le dedans et le dehors, là où l'échange, tout en étant préservé, ne doit surtout pas prendre l'aspect d'une interpénétration équivoque,

puisqu'il est entièrement l'affaire de l'occupant. Autrement dit, le panneau privé crée une extériorité épurée d'autrui, l'intervalle au moyen duquel l'intérieur peut à tout moment se déverser dans le reste du monde, s'affirmer comme autre chose qu'une réclusion. Ainsi la clôture ne relève-t-elle en rien de l'enfermement, mais bien plutôt d'un diverticule intramondain.

On ne peut manquer d'être frappé par la juxtaposition assez ordinaire de l'écriteau "chien méchant" avec le panneau privé, quelle qu'en soit au juste la forme. Le chien, autant que la police, est un opérateur délégué, générateur d'une dissuasion intermédiaire, qui permet à l'occupant de conserver quelque distance avec l'action punitive-protectrice. Dressé, suscité, l'intervenant demeure aussi en suspens : non que son concours soit incertain, mais c'est la sollicitation qui peut être fluctuante. On n'est jamais sûr qu'il soit alerté, mais l'alerte entraîne l'intervention. Les panneaux avertissent donc d'une ronde imprévisible, mais également d'une activité interne que la clôture ne permet pas d'observer directement : le chien est libre d'aller et venir par toute la propriété, son maître l'est d'aller et venir par le monde. Ils garantissent simultanément droit à sortie et droit à ne pas être surpris par des intrus. On remarquera, au passage, la parenté rhétorique de "chien méchant" avec "sortie de voitures". Le but du panneau n'est pas plus de dénigrer le chien que celui du panneau n'est de nous apprendre qu'une voiture peut rouler, et donc sortir sur la chaussée : dans les deux cas, il suffirait de signaler le chien ou le garage, en laissant leurs caractéristiques au niveau de la déduction. Mais, paradoxalement, ce laconisme ne serait peut-être pas assez mystérieux. Tant il est plus remarquable d'avoir explicitement affaire à un chien familier et méchant tout ensemble, chien à plusieurs visages, avatar de Cerbère, et à une voiture qui roule et qui ne roule pas, comme la flèche de Zénon. Affirmer un aspect, a priori le plus inquiétant pour l'étranger, c'est aussi alimenter l'incertitude sur les modalités de la domestication : il y a des gens pour qui le chien est gentil, et la voiture complice ; il y a, de l'autre côté de la grille, un retournement de valeurs qui montre bien que ladite grille, davantage qu'une simple barrière, est déjà une frontière, avec tout un attirail de "mots de passe", dont les codes numériques, aujourd'hui, sont l'expression la plus technologique. La porte est alors ouverte, si l'on peut dire, à toutes les dissuasions mensongères. Seuls les familiers savent à quoi s'en tenir sur un chien fictif ou sur une voiture dont on se sert rarement. Le Droit ignore ces écarts minuscules. Que pèse un faux chien, forcément point méchant, devant les cinq cent mille morsures infligées chaque année à de malheureux visiteurs, à d'inoffensifs passants ? Qu'enfreint l'affirmation d'un usage, quand elle est complètement

controuvée, alors que le Code de la Route protège toutes les entrées carrossables, sans s'inquiéter de savoir si elles sont plus ou moins utilisées ? Tout ce domaine sémiologique est marqué par la prévalence des possibles. Enfin et surtout, chien et voiture partagent, dans l'amalgame d'objets, de droits, de servitudes, de plaisirs, qui constitue la texture relationnelle de la maisonnée, une sorte d'identité de second rang : ils comptent moins que les humains du dedans, mais bien souvent davantage que ceux du dehors. De même que le chien est un membre inférieur de la famille, de même la voiture -compte non tenu des délires anthropomorphiques qu'elle éveille-, est un domicile délégué en tout point de l'univers carrossable. La complicité des deux éléments est donc réalisée très en amont de la rencontre des panneaux désignateurs, qui ont la mission secondaire d'indexer une symbiose, éclatante lorsque le chien, tout seul, monte la garde dans la voiture où il est enfermé.

Bien d'autres combinaisons sont possibles, sur le thème de la défense des accès : "Ferrures sous tension", "Maison piégée", ou le banal "Propriété privée, défense d'entrer". Ils justifient tous la prédilection pour B1, autre manière d'interdire l'entrée par-delà sa signification première : l'accès au domicile est bien un sens interdit, avec conditions suspensives à la discrétion de l'occupant. On voit où conduit, peu à peu, le mitraillage des repères libres ou asservis, publics ou privés, racoleurs ou dissuasifs, originaux ou décalqués, copies, variations, répétitions, redoublements, échantillons, séries, appels et rappels à des ordres interférents : définir la domestication topique comme un privilège démocratique proclamé par des bribes éloquentes, comme une singularité qui affiche ses emprunts à la pluralité pour alimenter son droit à subsister. Dans l'économie sémiologique, c'est l'emprunteur qui est créateur.

2.1.2 Garage et voiture

La maison coïncide et ne coïncide pas avec le domicile, selon le point de vue que l'on adopte, Droit, architecture, sociologie, psychologie. Même chose d'ailleurs avec la maisonnée. Il y a à la fois des clivages selon le contenu, et des clivages selon le voisinage. Ajoutons des clivages selon l'aspect que revêt, dans l'esprit de l'habitant, son intérêt subjectif ou objectif du moment. Tout cela ne peut que favoriser une conception extensible du "chez soi", que l'on substituera, pour l'instant, à des définitions doctrinales.

A côté ou dans le prolongement du bâtiment habité, se trouve le garage domestique, entendons celui dont la destination propre est moins affichée que celle des garages construits en

batterie et loués aux utilisateurs. Dans un certain nombre de cas, on peut même accéder directement du garage à l'intérieur de l'appartement, ce qui l'apparente à l'habitation, mais qui n'est pas aussi sans donner à celle-ci une certaine inclinaison vers l'extérieur. Grâce au garage-niche de la voiture-chien, on peut à volonté garer son véhicule des voitures, aux deux sens de l'expression. Plus encore, le garage tend à être un entrepôt familial, un point de stockage, ou de transit, pour les skis, la planche à voile, les bouteilles. Il implique donc largement plus que la simple possibilité de ranger la voiture. Le garage-resserre combine cave et grenier, qui tendent à se raréfier -on parle de "sous-sol", de "combles", gagnés par l'habitabilité- en un à-côté, un en-dedans où l'on retrouve, appauvris, édulcorés, quelques vestiges présentables du par-dessous et du par-dessus. Autant dire qu'il met le reste de la maison de plain-pied avec une zone intermédiaire entre la répudiation domestique -objets de rebut- ou la mise au placard d'articles saisonniers encombrants, et la protection jalouse de l'écurie mécanique. C'est que le garage n'est pas seulement réserve d'instrumentation domestique, ni dortoir pour une voiture qu'on y range à heures plus ou moins fixes ; il abrite aussi une bourre d'objets amphibies qui, de l'aspirateur aux tuyaux d'arrosage en passant par les escabeaux et la boîte à outils, relèvent simultanément de la maison, du jardin s'il existe, et de l'automobile. Par ces ustensiles sans destination spécifique se réalise la coalescence définitive de la voiture et de l'habitation ; car la juxtaposition ne saurait y suffire : il faut tout à la fois des traces d'usure et des marques d'usage. Viennent encore les choses de la voiture que le bon père de famille et la bonne maîtresse de maison ne rangent pas ailleurs, outils et bidons, matériel à graisse et à fuites. Le garage du particulier fleurit un peu l'ancre du garagiste, il n'est jamais complètement exempt d'un amateurisme mécanicien. Et la mécanique y fait, si l'on peut dire, tache d'huile, s'agrège des objets à destination incertaine ou neutre, consomme une quantité extraordinaire de chiffons et d'emballages périmés, récupère le rebut, gâche l'utilisable. Pas de machine sans "machins", la mécanique est le monde des "trucs". Le garage, lui, est le haut lieu de l'industrie apocopée. S'il appelle protection, c'est bien en vertu de sa vocation incoerciblement pratique, jusqu'à la laideur systématique, du reste. Loisirs ludiques et laborieux manifestent ici l'indémêlable conglutination de l'utile et de l'agréable. Voué à l'entretien, le garage installe un trait d'union entre production et consommation. Avec lui, la maison a véritablement pignons sur rue.

"Sortie de garage", presque toujours, et très rarement "entrée". Ce dernier mot risquerait-il d'être senti comme une invite, ici déplacée ? La sortie, en tout cas, a des connotations

plus agressives, plus conquérantes, elle fait oublier qu'il y a, dans le garage, un espace dont le caractère sensible est encore accentué par l'opinion commune qu'il représente une chance. Beaucoup se passent de garage, ou en rêvent. Annexe de la maison habitée, mais connectée à toutes les étapes de son circuit quotidien, le garage-organe est un surplus trop décisif pour que son usager laisse un instant supposer qu'il est disposé, sur ce sujet, à transiger avec le quidam de passage. Sortir du garage revient à partir pour la chasse urbaine ; la sortie est armée, et quelque peu menaçante. Le stationneur, surveillé depuis l'intérieur, puni de l'extérieur, est vraiment dissuadé de prendre la "place". La voiture sort du garage en projectile familial. Le passage de l'inertie au danger est plus frappant que l'inverse : il illustre la puissance motrice du résident. La porte du garage s'ouvre sur une boîte de Pandore réduire aux proportions des menus faits bourgeois. Empêchée de rentrer, la voiture trouvera place, temporairement, le long d'un trottoir : si la contrainte est agaçante, elle n'entraîne pas de contretemps bien sérieux. En revanche, coincée à l'intérieur du garage, elle est paralysée et, avec elle, les intentions de son utilisateur. Objectivement, il est donc pire de ne pouvoir se dégager : la voiture perd, par là-même, sa vocation d'automobile. Par-delà la gêne véritable, se profile une dénaturation des plus inquiétantes et, encore derrière elle, une réaction en chaîne se prépare : le garage devient une prison, une fourrière ; d'où la volonté parfois manifestée d'en retourner le désagrément contre le gêneur. A être chez soi de force, pris au piège de la clôture, on n'y est plus aussi bien. L'automobile n'est telle que jaillissante : cela explique la combinaison si prisée de B1, qui parle d'entrée, et d'un micro-texte qui parle de sortie : l'issue du garage est bien un sens unique pour tous, sauf un.

En voiture, le chez-soi va le long des chemins, non pas comme le miroir stendhalien, mais à l'instar d'une fenêtre ambulante qui donnerait toujours à voir le même spectacle, une ouverture sur la vie domestique. On sait du reste que l'automobile est autant une manière de se montrer qu'un moyen d'aller voir : mais qu'exhibe-t-on qui vaille à ce point la peine d'être scruté par le sémiologue, à l'exclusion des diverses classes de marqueurs culturels, autocollants ou brimborions véhiculés en même temps que les usagers ? C'est le rapport repensé de l'extérieur et de l'intérieur domestique, dont l'équilibre est modifié par le fait que l'on peut regarder dans l'automobile le plus aisément du monde sans pour autant y entrer. L'intérieur des voitures est retourné vers le passant, voilà pourquoi il demeure si volontiers stéréotypé que l'on s'en tient le plus souvent aux aménagements décidés par le fabricant, juste personnalisés par des colifichets, des gris-gris, ou de menus perfectionnements touchant la technique et le

confort - alarmes, housses, protège-volant. Le faible écart que l'on peut relever, pour ce qui touche à la personnalisation, entre l'habitacle et la carrosserie illustre une sorte de constante : déplacé en dehors du domaine privé, le rapport entre l'extérieur et l'intérieur domestique bascule au détriment de l'intériorité : c'est le contraire dans la sphère du domaine privé, qui absorbe irrésistiblement l'extériorité représentée par les visiteurs. Le choix de la monstration, c'est-à-dire de ses conditions et de ses bénéficiaires, incombe si complètement à l'usager qu'un partage s'opère quasi naturellement entre ce que l'on peut ou veut laisser voir, et ce qui doit demeurer en deçà des rencontres fortuites. La voiture, étant plus fragile que le domicile, plus exposée aux déprédations aussi, ne révélera ni les options politiques, ni l'exact niveau socio-culturel de son utilisateur, tout au plus une revendication régionaliste, un militantisme sans danger, l'appartenance, plus ou moins explicite, à un corps professionnel et, la plupart du temps, rien du tout. Il est donc pour le moins exagéré de présenter sans précautions la voiture comme "la cinquième pièce de la chaumière". Ce qui est relativement vrai pour la cabine du camionneur, malaisément accessible aux regards, authentique lieu de vie, perd ici beaucoup de sa force, et le plus commun des véhicules se trouve noyé dans un magma sémiologique non pas pauvre en lui-même mais considérablement appauvri si on le compare à la profusion des signes de maison. Au contraire, c'est du garage qu'il faudrait parler comme d'une cinquième pièce -fort peu vitrée, celle-là, à la différence de l'automobile-, chambre forte du banal trésor qui fait les beaux jours, les nuits inquiètes, l'été radieux et les fins de mois difficiles des ménages modernes. Ainsi le partage des rôles s'effectue-t-il à l'ombre des larges portes, là où la voiture est préparée à accomplir sa mission de représentation anonyme sur les routes de tout le monde. Ce que son propriétaire y a mis de lui-même, lui seul le sait. Son automobile peut lui être particulière par les renoncements auxquels le financement l'a contraint, et par l'élimination, douloureuse ou résignée, de toutes les autres automobiles (im)possibles. La quiétude au sujet de ce nouvel enfant de Poros et Pénia vaut bien un disque supplémentaire. L'automobile abritable est, plus qu'une autre, affectée par le mythe domiciliaire. Parce qu'elle dort en un domicile authentique, elle pousse au faux sens juridique, alors qu'"on n'emporte pas plus son domicile aux pneus de sa voiture que la patrie à la semelle de ses souliers" (73). Le moyen d'expliquer à tel conducteur qu'assis au volant de sa voiture, il ne peut plus se prévaloir de l'article

(73) J. Robert, *Libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 1982, 776 p. ; p. 429. La qualité de domicile n'est reconnue qu'aux véhicules spécialement "aménagés pour le séjour".

184 du Code pénal quand il a franchi la porte du garage ? Le confinement spatial de son corps n'a pourtant pas changé et il se sent autant chez lui que la seconde d'avant, d'où un attachement accru au garage, "fenêtre de tir" qui doit livrer passage, chaque fois qu'il en est besoin, au missile domiciliaire. La légalité de R 37-1 est ainsi perçue en liaison avec un complexe domestique instinctif, renforcé par une topographie-gigogne qui fait dériver le sentiment du Droit très au-delà de la réalité juridique proprement dite.

2.1.3. La chaussée : tabous et urgences

L'égalité des usagers sur la voie publique a beau être de droit (74), les automobilistes se voient contraints d'enfreindre la réglementation pour stationner de fait. Ces violations têtues ont fini par faire consacrer, sous le nom de tolérances administratives (75), une certaine redistribution "civique" des stationneurs. Comme si, devant l'impossibilité de satisfaire les aspirations de tous à jouir de ces nouveaux communaux que sont les rues et les trottoirs, la communauté se mettait d'accord pour rabattre partiellement la légalité sur des hiérarchies "morales", et survolter la réglementation par une distinction assez manichéenne des motifs de stationnement (76). Autrement dit, deux catégories de véhicules seraient censées se disputer cette chaussée si parcimonieusement concédée : les véhicules jugés parasites, stigmatisés du nom de "voitures-ventouses" (77) -celles des citadins que l'on n'ose accuser d'oisiveté, mais que l'on blâme de ne pas se contenter des transports en commun- et les véhicules sentis comme indispensables, soit au titre d'instrument de travail, soit à celui d'adjuvant de locomotion, quasiment prothétique. Alors, la voiture bénéficie d'une indulgence plénière parce qu'il est admis qu'elle fait corps avec son conducteur, et qu'elle est au service d'un malheur digne d'égards -G.I.G., G.I.C.-, de l'urgence sanitaire -médecins, sages-femmes, infirmiers, ambulanciers-, sécuritaire -gendarmerie, justice, police, pompiers-, ou domestique -artisans, plombiers-, voire du dynamisme économique -livreurs, V.R.P.-.

Pour les catégories d'automobilistes dont la mobilité ne s'apprécie plus seulement en termes de liberté d'aller et de venir, ou de confort personnel, mais emporte l'urgence professionnelle et, surtout, le secours à autrui, la tolérance avec laquelle leurs

(74) Qu'on pense à l'expression familière "se faire aligner".

(75) Pour les principales circulaires qui organisent ces tolérances, voir L. Lamer, Réglementation de la circulation routière, 21e éd. 1984, 27-4, 28-3 et 28-4.

(76) Voir Vaté, op. cit., qui articule son exposé en deux parties : "Le stationnement selon les motifs" et "le stationnement selon les besoins".

(77) L'image est rapportée par J.-L. Costa, art. cit., p. 101.

infractions sont accueillies s'accompagne, symétriquement, d'une intolérance extrême à l'encontre des infractions qui aboutiraient à paralyser leurs interventions. On s'éloigne ici très notablement de la situation du particulier individuellement garanti contre les empiétements d'autrui, et qui n'est tenu de fournir aucune justification pour profiter de son bon droit. Voici qu'un civisme au spectre plus large est requis, doublé d'un sous-entendu répressif considérable : la police aura à coeur de faire rapidement dégager la place si l'appel provient des sources susmentionnées. Mais il est clair qu'en l'occurrence, la faculté de faire enlever le véhicule gênant n'offre qu'un pis-aller, et que le délai nécessaire risque de peser lourd. D'où l'importance de dissuader le contrevenant éventuel, en lui laissant mesurer sa responsabilité dans un drame toujours possible. Faire indûment séjourner sa voiture à un tel endroit n'est pas si loin du fait de boucher une rue, voire, s'il s'agit d'un médecin, de se mettre sciemment en stationnement dangereux. Alors, le panneau avertisseur n'est plus seulement le miroir qui, renvoyant à chacun l'image de sa propre condition, l'avertit qu'il ne faut pas faire à autrui ce qu'il ne voudrait pas qu'autrui lui fit : il devient proprement une lucarne ouverte sur la société et son grouillement d'exigences, sur l'entrelacs d'urgences toujours en péril d'embolie. Au spectateur de reconnaître sa silhouette dans la masse indistincte des partenaires, de ceux qui attendent si vivement après l'occupant légitime. Alors que le stationneur impénitent imagine difficilement, en bloquant une entrée carrossable, que le résident est à la merci d'un malaise ou d'un incendie (78), on espère qu'il hésitera à braver la réprobation générale en obstruant ces couloirs d'urgence dûment signalés. L'efficacité des panneaux explicites est en tout cas assez reconnue pour que cherchent à profiter de la proximité "médicale" kinésithérapeutes, vétérinaires, ou laboratoires d'analyses. De même, l'indulgence accordée à certains artisans ou aux professionnels de l'itinérance commerciale est-elle revendiquée, plus largement, par les corporations intéressées à

(78) On se contentera de rappler, à cet égard, le célèbre arrêt Marabout (voir A.J.D.A., nov. 1972, p. 581). L'intéressé s'était plaint à plusieurs reprises du stationnement illégal de véhicules qui lui interdisaient l'accès à son domicile. C'est en vain qu'il demanda pendant plusieurs années à la police de faire respecter la réglementation. La Ville fut condamnée pour faute lourde (Conseil d'Etat, 20. oct. 1972). Les conclusions du commissaire du gouvernement (voir A.J.D.A., déc. 1972) comportent une énumération éloquente des préjudices subis : "C'est ainsi qu'étant tombé malade, il a dû être transporté sur un brancard jusqu'à l'ambulance demeurée plusieurs dizaines de mètres plus loin. Les pompiers n'ont pu, lors d'une inondation survenue récemment, amener leur voiture jusqu'au fond de l'impassée et le colonel des pompiers a écrit à la Préfecture pour lui signaler qu'en cas d'incendie il lui serait difficile, sinon impossible, d'intervenir dans ce secteur. L'enlèvement des ordures ménagères est fréquemment entravé. A plusieurs reprises, des camions n'ont pu livrer le mazout à leurs destinataires. Enfin, les garages des intéressés sont devenus pratiquement inaccessibles".

articuler la fameuse liberté du commerce et de l'industrie sur une réglementation du stationnement favorable à leur conception des affaires. Prétentions qui parfois sont entendues par la justice, au grand scandale de la doctrine qui y voit une consécration de privilèges d'avance exclus par le Droit routier (79). Avec son titre provocateur, l'article du journal *Le Monde* consacré à ce jugement (80) mettait bien l'accent sur le décalage qui se creuse, en matière de stationnement, entre la légalité stricte et l'impérieux sentiment de légitimité. Autant que le débat sur l'insécurité, c'est la sensibilité du public aux absurdités engendrées par l'omniprésence des panneaux B6 qui est entrée victorieusement dans le prétoire. Les "bonnes causes", médicales ou commerciales, représentent le versant tonique du discours véhément sur le stationnement interdit, celui qui vante l'exception bien comprise, au profit de l'altruisme, pour dénoncer avec d'autant plus de virulence l'exception détestable fondée sur l'abus de pouvoir et le trafic d'influence (81). Le caducée donne bonne conscience à qui dénonce la cocarde, la boîte à outils disputée à l'attaché-case une priorité morale (82).

Le conflit d'intérêts, détectable d'emblée, qui oppose stationneurs et riverains, se complique de bien d'autres lignes de partage. La chaussée est un espace trop disputé, trop convoité, pour que les portes et les pare-brise ne deviennent pas prétexte à jeter, dans la balance du légalisme malmené, des arguments bien plus directement sociaux que juridiques (83).

2.2. Questions d'aire

La protection accordée par R 37-1 aux entrées carrossables fonde suffisamment les prétentions des riverains à défendre, au besoin vigoureusement, le droit de ne pas être contrariés dans la jouissance paisible de leurs issues. Maison-garage-voiture, cette triade capitoline du citadin comblé, exige que pour commencer, et à grand renfort de panneaux, on élimine les gêneurs "au droit", comme dit joliment la langue, des bateaux pavés (84) ou au ras des portes dans les rues dépourvues de

(79) *Gazette du Palais*, 21-22 mars 1986, p. 159/161. Le tribunal de police de Lyon (20 nov. 1984) avait admis les arguments d'une représentante en bijoux qui se garant le plus près possible de chez ses clients et arguait de l'insécurité pour justifier ses nombreuses infractions en matière de stationnement.

(80) *Le Monde*, samedi 5 avril 1986, p. 9 : "Légitime défense... de stationner".

(81) Voir *L'Événement du jeudi*, 15-21 mai 1986, p. 49/50 : "L'art et la manière de faire sauter les prunes".

(82) Les pare-brise des plombiers arborent d'ailleurs, très significativement, la mention "docteur-plombier", et deux robinets s'y entrelacent en manière de caducée.

(83) On reconnaîtra l'expression naïve de cette tentation sur la porte du garage où tel riverain avait cru judicieux de peindre, dans l'angle, une large bande tricolore.

(84) D'ailleurs baptisés, par un lapsus significatif, "bateaux privés", dans

trottoir. Mais ce n'est là qu'une jouissance négative, incapable de satisfaire pleinement cette tendance à l'expansion qui signale la possession euphorique. Tout au long des façades que ni jardin ni cour n'isolent de la voie publique, la présence de stationneurs n'a rien d'anodin. Même parfaitement légale, elle affecte assez les abords du domicile pour susciter, chez des riverains soucieux de leurs entours, le réflexe quasi animal de se ménager une zone de protection, un territoire susceptible de leur procurer une marge de tolérance vis-à-vis d'un prochain qu'on voudrait ne pas voir si près de soi. A ce point, il ne faut plus compter sur le Droit : il a égard -et assez chichement, on l'a vu- aux portes, mais le riverain, lui, passe quelquefois beaucoup de temps à sa fenêtre. Le secours qu'il ne trouve pas dans la réglementation, il le cherche en général dans des arrangements entre voisins, des stratégies purement coutumières qui pourtant, au nom de la "qualité de la vie" ou de "l'environnement", peuvent compter sur une certaine reconnaissance juridique (85). Mais c'est lorsque le conflit, ou les exigences, sont portées devant les tribunaux. Le plus souvent, l'art de tenir les stationneurs à distance respectueuse se pratique à l'amiable et, dans les micro-milieus des quartiers ou des lotissements, le Code routier se fait relayer par des codes civils, entendons générateurs de politesse. Techniques de prédation douce, qui n'évitent pas toujours à cette urbanité d'être en délicatesse avec la loi.

2.2.1. Le glacis possessoire

Il est bien difficile au riverain de ne pas se sentir un droit d'usage et de regard sur les alentours de son domicile. Dans l'assurance dont il fait montre, l'expérience de la quotidienneté urbaine l'emporte largement sur la connaissance des textes réglementaires. Ainsi sa contribution forcée, et toujours jugée trop lourde, aux dépenses municipales, lui semble-t-elle justifier, en retour, une certaine maîtrise de "sa" part de voirie, que ce soit au bénéfice de son propre stationnement ou aux fins de s'assurer cet autre confort, qui passe par l'éloignement des stationneurs étrangers. Mais c'est au sujet du trottoir que se concrétise le mieux la confusion intéressée du domaine public et de la propriété privée. Car le riverain est tenu, par arrêté municipal,

L'Événement du jeudi, numéro cité, article cité ci-dessus, note 71.

(85) Voir M. Boryzewicz, "La qualité de la vie, une finalité nouvelle de la règle de droit", in Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 127/171. "La faute n'est plus la violation d'une règle légale ou coutumière imposant un comportement social normalement moral ou diligent. C'est la violation d'une règle essentiellement coutumière, imposant un comportement social normalement protecteur de l'agrément des autres" (p. 139). Et F. Caballero, Essai sur la notion juridique de nuisance, L.G.D.J., 1981, 361 p. "Une nouvelle sensibilité populaire est née" (p. 23).

d'entretenir, devant chez lui, l'espace qui fait la transition entre son domicile et la chaussée. Il est astreint à le débayer, en cas de neige ou de verglas, sous peine de voir sa responsabilité engagée : les services de la Ville ne s'occupent que du caniveau (86). Enfin, l'aménagement des bateaux pavés est réalisé, on l'a vu, aux frais des possesseurs d'entrées carrossables. Tout cela encourage le riverain dans l'illusion qu'il y a là une zone amphibie, ni vraiment privative, ni absolument collective, et conforte son aspiration à constituer autour de chez lui ce qui est plus subtil qu'une appropriation positive : nous l'appellerons le glacis possessoire. C'est cet espace, physiquement extérieur à la chose que l'on possède ou que l'on détient, et dont on tend à exclure autrui et ses choses, non pour l'occuper forcément soi-même, mais pour garantir la quiétude et la permanence de ce que l'on possède ou détient tout-à-fait légalement.

Conçu pour la sécurité des piétons, le trottoir procure aussi à la façade riveraine un minimum d'aération, surtout s'il est bordé de véhicules. Les inconvénients du stationnement sont, du reste, d'autant plus sensibles que le trottoir est moins capable de remplir convenablement cet office de "vide sanitaire". Un trottoir trop étroit, et le rez-de-chaussée qui ouvre sur la rue deviendra invivable. Si le trottoir lui-même est concédé, comme à Paris, aux stationneurs en surnombre, on n'est pas loin du cas des rues sans trottoir, fréquentes dans les centres enchevêtrés des vieilles villes. On conçoit que le riverain cherche à raffiner sur les critères de protection légale. Il lui est reconnu le droit de n'être pas assiégé par le véhicule d'autrui. Mais celui-ci a bien d'autres manières de l'assaillir désagréablement. L'intérieur domestique est très vite gâché par un extérieur rebutant. Ce que chiffrent systématiquement les agents immobiliers -agrément des abords, tranquillité, voire pureté de l'atmosphère-, les riverains savent aussi l'apprécier et le défendre, au besoin à l'encontre des municipalités, séduites par les profits faciles que procurent les horodateurs. Car le mot "stationnement" ne doit pas induire en erreur : ce que le riverain aura à supporter, ce sont les allées et venues perpétuelles des automobilistes. Vue inesthétique, interception de la lumière, peuvent déjà indisposer (87) quand la voiture est immobile. Mais au démarrage, et pendant les manoeuvres souvent indispensables, l'odeur nauséabonde oblige à clore les fenêtres et suscite la hargne. Plus le conducteur se montre maladroit, plus ses coups d'accélérateur font durer l'agression olfactive. Faut-il s'étonner que le Comité d'étude des

(86) Une campagne d'affiches de la mairie (Direction de l'eau et de la propreté) le rappelait encore récemment aux Parisiens : "Riverains, vous êtes seuls responsables de votre trottoir".

(87) Voir infra. p. 16, note (52).

termes techniques français n'ait pas franchement réussi à transformer "parking" en "parc(auto)" ? Le mot ne peut prêter qu'ironiquement ses connotations salubres aux véhicules pollueurs, et même s'il évoque aussi bien les rassemblements moutonniers, c'est encore trop de fraîcheur champêtre. Près d'une façade jalousement protégée, la voiture d'autrui est flairée avec une répugnance comparable à celle qui accueille les deux plus graves atteintes au glacis possessoire : poubelles indûment déposées, déjections de chiens mal surveillés. La puanteur automobile irrite parce que, même à ciel ouvert, elle impose les aléas de la promiscuité. Elle mortifie le riverain en lui rappelant que sa sphère privée est cernée par la voie publique. C'est jusque dans son domicile qu'il éprouve alors le déplaisir ordinairement réservé aux usagers des "lieux publics", qui n'ont jamais le choix du voisinage. Aussi le supporte-t-il plus impatiemment que les désagréments dus, par exemple, à des travaux publics. La pratique du stationnement, pour finir, n'épargne guère le repos, qu'il soit diurne ou nocturne : pétarades, claquements de portières, démarreurs récalcitrants, aboiements du chien laissé en garde, auto-radios à pleine puissance, conversations ou rires de conducteurs noctambules indéliçats, stridence des alarmes trop souvent dérégées, l'éventail des "nuisances" est ouvert (88). D'autant plus bruyamment menaçante que son propriétaire la sent plus menacée, la voiture de l'autre renvoie au riverain, par-dessus le marché, une image agaçante de sa propre clôture, des dangers qu'il encourt pour son compte. Il a trop peur qu'une faune en quête de mauvais coups passe de la portière fracturée à l'espagnolette ou à la crémone dangereusement proches.

Dans le meilleur des cas -c'est-à-dire à l'intérieur de quartiers relativement paisibles, où les riverains se connaissent tous, et peuvent tabler sur des habitudes, des ententes, des égards -les relations de bon voisinage viendront à point pour endiguer ces "troubles de voisinage" qu'il n'est pas facile de faire juger "anormaux" par les juridictions (89).

2.2.2. Stratégies de voisinage

Sous-jacent à la légalité de R 37-1, n'y aurait-il pas le vestige d'un droit du premier occupant ? Celui qui demeure possède sur celui qui n'est que de passage un avantage qui découle simultanément de l'antériorité, de la naturalité et de l'expérience. Antériorité : le résident et son garage étaient là bien avant l'automobiliste tenté, à l'occasion, par un espace libre.

(88) R. Goy, "Les nuisances acoustiques dues à la circulation automobile en milieu urbain" in *Droit et ville*, n° 4 (1977), p. 209/247.

(89) Voir Caballero, op. cit., p. 179/237.

Naturalité : l'habitant, quelle que soit par ailleurs sa provenance, est réputé "être de" l'endroit qu'il occupe. Expérience : il est le mieux placé pour apprécier les possibilités réelles de ranger une voiture dans la rue familière. Tout au contraire, le stationneur de passage met les roues en terrain inconnu : il a toutes les chances de bousculer, sans y prendre garde, des pratiques subtiles, élaborées sous le couvert des panneaux.

La supériorité que confère au résident -automobiliste ou non- une bonne connaissance des us et coutumes de ses voisins, est comparable à la prééminence, sur le simple signal, d'une information détaillée. Tandis que l'un ne va pas au-delà du message assez fruste qu'il délivre, la seconde s'approfondit d'un arrière-plan sophistiqué. A le supposer légaliste, le stationneur occasionnel se garera aux endroits que la réglementation lui permettra de présumer indifféremment disponibles. Mais le stationneur averti, lui, raffinera : étant au fait des préférences, voire des manies des voisins, il se gardera d'offenser inconsiderablement, avec sa machine, leurs glacis possessoires. Et le sien, à ce prix, sera naturellement préservé. Ainsi se nouent des chaînes de pactes, souvent tacites, qui assurent au riverain des commodités inédites : tel résident préfère ne pas avoir à traverser la rue pour utiliser sa voiture, tel autre apprécie qu'un espace libre au droit de son garage le dispense d'effectuer de multiples manoeuvres. S'il est vrai que l'anonymat automobile favorise l'agressivité (90), on comprend que cette courtoisie stationneuse surgisse quand les automobiles sont aussi bien connues que les visages. Un contrôle réciproque, et spontané, s'exerce sur tout ce qui déborde la maison : voitures, cycles, animaux ou enfants.

On aurait tort de croire que de tels arrangements diminuent d'autant les possibilités de stationnement, et que le conducteur de passage gagne à ignorer ces réservations informelles. Les politesses de quartier ajoutent aux profits négatifs -être gêné au minimum par ses voisins-, des avantages positifs : être informé des places impunément utilisables et dont un étranger ne pourrait soupçonner l'existence : telle issue, on le sait, ne donne jamais passage à des voitures, tel véhicule est toléré en raison des habitudes de son propriétaire, etc. Plus ces ententes sont perfectionnées, plus elles ont de chances de contrarier peu ou prou les dispositions réglementaires. On ne compte plus les lotissements dans lesquels les agents ont renoncé à faire observer le stationnement alterné par quinzaine. Pour peu qu'en raison de la configuration des lieux, tous les riverains trouvent leur compte au stationnement sur un seul côté, l'erreur commune fera le Droit : et il y a fort à parier que le conducteur

(90) Voir L'automobile et l'homme, Groupe lyonnais d'études médicales, philosophiques et biologiques, Paris, S.P.E.S., 1968, 262 p. ; p. 179.

de passage n'ira pas, en dépit des panneaux officiels, se singulariser.

Cette déstabilisation sournoise de la légalité s'observe encore quand l'expansion préventive de l'"animus domini" se trouve confortée par des revendications d'ordre non moins privé, mais moins brutalement individuel, et qui sont de ce fait aptes à s'imposer en tant que défense d'intérêts pluriels. C'est ainsi que la surmédiation des processus de consommation tend à faire prévaloir une bonne conscience économique, dont on a déjà constaté l'émergence en connexion avec l'obsession sécuritaire (91). On n'envisagera ici que les manoeuvres officieuses par lesquelles cafetiers, hôteliers ou restaurateurs s'ingénient à neutraliser les incidences néfastes du stationnement sur le cadre flatteur qu'ils entendent offrir à leur clientèle. L'usage de panneaux privés dissuasifs est une solution moins satisfaisante pour les "maisons" commerciales que pour les maisons des particuliers. En effet, la logique de l'appel du client, du bon accueil organisé, s'accommode assez mal de signaux qui, en vue d'assurer le confort des clients installés, décourageraient, pour commencer, l'approche de la clientèle. Il est malaisé de faire fonctionner en tandem l'enseigne, c'est-à-dire l'appel, et la pancarte d'exclusion que figure B6. Quand la municipalité n'a pas ménagé de zones piétonnes, les commerçants, qui n'ont guère la ressource d'arrangements entre voisins, ont volontiers recours à la compréhension de la force publique : les bonnes relations avec le commissariat le plus proche garantissent une distribution "éclairée" des contraventions. Moyennant quelques entorses à la rigueur réglementaire, le client sera gratifié de deux plaisirs complémentaires qui se font rares en ville : la tranquillité aux terrasses, l'impunité pour son stationnement illicite.

Ainsi les mailles du tissu juridique sont-elles continuellement distendues. Sur le rolet du Droit on trouve stationnement autorisé ou interdit ; aux usagers de la voirie, la para-légalité ménage des nuances supplémentaires : stationnements favorisés, découragés, réorientés, interdictions sans texte et appropriations rampantes.

2.2.3. Provocations et vengeances

Si la pratique du stationnement engendre des règles qui échappent largement au Droit, elle donne lieu, corrélativement, à un système de sanctions dont la justice ne connaîtra jamais. Entre l'inoffensif panneau mnémonique, destiné au conducteur étourdi, et la sollicitation de la force publique à l'encontre de

(91) Voir L'Événement du jeudi, p. 50 du numéro cité, note (81).

l'automobiliste en infraction délibérée, toute une gamme d'avertissements, de mesures de rétorsion, permet de régler discrètement les comptes ouverts par l'agacement et l'irritation. C'est le contrepoint naturel des égards, la concrétisation des plus mauvaises relations de voisinage. Car si l'on peut, sans trop d'efforts, prendre patience devant un préjudice de hasard, causé par le quidam étranger au quartier, au département, au pays, la perspective d'un sans-gêne au long cours incite à des mises au point sans équivoque. Infractions caractérisées ou simples atteintes au glacis possessoire feront ainsi l'objet de représailles assez savamment symboliques, qui, selon les cas, compléteront efficacement la batterie des indices disposés sur la porte, ou inculqueront le respect des coutumes locales à un nouveau-venu encore désinvolte.

Le conducteur comprendra vite que son stationnement était indésirable s'il retrouve régulièrement sa voiture éclaboussée par un vigoureux lavage de trottoir, ou ses balais d'essuie-glace dressés dans un hérissément réprobateur. Un autre avertissement anodin consiste à rabattre le rétroviseur d'aile : brimade sans conséquence, et qui ne peut manquer d'attirer l'attention de l'automobiliste prêt à redémarrer. L'objet, indispensable à une bonne surveillance de ses arrières, permet d'éviter la collision en forçant à prendre en compte la présence d'autrui. Le rendre momentanément inutilisable est une manière habile de renouveler la moralité d'une fable, où le miroir prendrait la place de la besace. L'automobiliste qui n'a su voir que la seule commodité de son stationnement se voit signifier qu'il est par trop aveugle aux intérêts des autres.

L'agression caractérisée, sans préjudice de variations imaginatives (92), commence avec les déprédations exercées sur la carrosserie ou sur les pneus du véhicule. Nous nous contenterons de signaler le poids sociologique qui leste chacune des deux options les plus communes : dans les quartiers populaires, c'est la rayure sur la carrosserie ; entre gens plus cossus, la crevaison d'un pneu. La balafre qui détériore la voiture "fautive" décèle une attitude quasi mystique vis-à-vis d'un objet essentiellement perçu comme un support d'affectivité possessive. Le conducteur a "oublié" l'interdiction de stationner, il emportera donc un souvenir

(92) Ainsi, les bosses infligées par des coups de volets, quand l'habitant trouve sa fenêtre bloquée, ou le pare-brise aspergé de colle. Les vieilles dames semblent particulièrement pugnaces : nous en avons vu une détériorer à coups de canne la voiture qui barrait son entrée, et un journaliste de Radio-France racontait récemment qu'une personne âgée, mécontente de voir stationner devant chez elle, quoique ce fût légal, tentait de décourager les automobilistes en recourant aux noirceurs d'une bombe à cirage : surprise en pleine action, elle dut suivre sa victime au commissariat, et en fut quitte pour une admonestation, à condition de nettoyer les carrosseries maculées (France-Inter, 9 mars 1989, Louis Bozon).

durable, et avec lui, l'humiliation d'avoir dû supporter que le voisin, fort de son droit, ait pour ainsi dire marqué son territoire jusque sur l'intrus. Il s'agit d'une atteinte notable au "standing" de l'automobiliste, d'autant plus âprement ressentie que le propriétaire doit différer la dépense "de luxe" nécessaire pour une remise en état de la peinture. Il y sentira une cruelle antithèse de la prévoyance attentive qui l'a poussé -ou pourrait le pousser- à faire tatouer sur les vitres son numéro d'immatriculation : au lieu de ce cachet d'un conducteur avisé, la trace d'une négligence rédhibitoire ; au lieu d'une initiative sécuritaire, la violence subie. Dans le second cas, bien que la déprédation soit aussi relativement onéreuse, il est probable que l'automobiliste sera plus sensible encore à la perte de temps ainsi occasionnée. La sanction, de nouveau, trouve sa logique sur le mode ironique : on immobilise -bien plus longtemps qu'il ne l'avait prévu- le conducteur qui n'a pas daigné perdre un seul instant pour se garer correctement. L'attitude n'est guère plus rationnelle : simplement, on ne joue plus sur la hantise de la mutilation, mais sur l'obsession du contretemps chez les gens "occupés". Baudruche dégonflée, le pneu de leur voiture figurera crûment l'affaissement provisoire de leur suffisance affairée.

Ainsi le riverain ne se prive-t-il pas toujours des procédés expéditifs, ni des sommations illégales. C'est qu'il n'ignore pas l'efficacité d'une intimidation qui prend pour alliée l'incertitude. Beaucoup plus redoutable que les sanctions tarifées dont disposent les forces de l'ordre, une inquiétante réserve d'attentats multiformes se profile derrière les premières manifestations d'agressivité. La peur de l'escalade dans la déprédation dissuade en général les conducteurs d'engager une épreuve de force. Ils déchiffrent vite ce que nous nommerons les indices de mécontentement, soit que leur répétition élimine, en cas de geste discret, toute interprétation par le hasard ou l'accident, soit que, d'emblée, le résultat ne présente aucune ambiguïté. Cette classe d'indices vient alors s'emboîter dans celle des indices d'usage, et leur sert de catalyseur. Tel automobiliste reconnaîtra qu'il a eu tort de négliger porte cochère et/ou bateau pavé : le couplage d'un indice de mécontentement et d'un indice d'usage vaut comme un signe suffisant de gêne. Si, en revanche, l'indice de mécontentement vient confirmer l'avertissement donné par un panneau privé, signe juridique sans authenticité, le signe de gêne sera surabondamment constitué.

Au total, on trouve, ici et là, des montagnes sémiques qui réalisent un succédané acceptable du signe juridique authentique dont le Droit routier, on l'a vu, n'a pas voulu munir les entrées carrossables. La rue fourmille de signaux qui ne sauraient

toujours faire marcher le Droit, mais qui incitent l'usager à marcher droit.

2.3. Hermès discobole

Pauvre Thémis ! C'est une main déshonnête qui tient le caducée, et il en résultera pour la loi un éternel problème de communication. Imaginons Hermès en discobole, abandonnant l'attribut du héraut pour la glace à deux faces, vérité et mensonge accolés, commerces inséparables tenus au même comptoir. Y-a-t-il plus symbolique, étymologiquement parlant ? Le signe frappe à distance, chargé du meilleur et du pire. A l'autre bout de l'Histoire, les disques peints n'échappent pas à ce sort. Ils ont une face cachée, dont les virtualités méritent au moins d'être suggérées. Ils sont affectés par le fait d'être continuellement relancés, d'où la question de leur dé(sur)qualification diachronique. Ils donnent à entendre du Droit, et plus encore. Le silence d'après le Droit serait-il encore du Droit ? Aux côtés d'Hermès discobole, se tiendrait alors Thémis discophile.

2.3.1. La fausse transparence

Un panneau officiel, sauf malveillance dont l'Administration est innocente, signale toujours une réalité routière indiscutable : il est exact et sincère. Qu'en est-il des démarquages de B1 et B6, voire de B0, utilisés comme adjuvants de ce R 37-1 à qui il semble manquer un idéogramme ou un pictogramme approprié ? Le caractère de signalisation officielle ne va pas sans son cortège d'abus, même si la malhonnêteté reste, semble-t-il, l'exception. Pour comprendre la raison de ces écarts, il faut examiner de plus près les motivations, avouées ou non, du riverain. Remarquons tout de suite que celui-ci, qui demande à pouvoir entrer et sortir librement de son garage, ne néglige pas pour autant la faculté de stationner dans sa rue. S'il revient déjeuner en milieu de journée, il se dispensera sans doute des manoeuvres qui lui permettraient de remiser sa voiture au garage, et, pour un laps de temps assez bref, préférera laisser séjourner le véhicule là où il lui paraît que la chose est la plus naturelle, précisément devant son propre garage, qui n'en demeure pas moins protégé par le panneau privé idoine. Et pour prévenir tout risque de contravention, il aura soin d'apposer sur la même porte de garage un double de la plaque minéralogique de sa voiture. La comparaison lui donnera raison. Certes, R 37-1 n'envisage pas le cas où l'occupant entraverait son propre accès carrossable, mais le bon sens commande de voir là autre chose qu'une infraction - disons, un arrangement avec soi-même. Supposons maintenant

qu'un riverain disposant d'une seule place dans son garage soit nanti de deux véhicules, comme il arrive assez fréquemment. Au prix d'une ou deux manoeuvres quotidiennes, il bénéficiera subsidiairement d'une place de parking "ad libitum", moyennant l'affichage préventif de deux plaques minéralogiques sur l'entrée. La contenance du garage et le volume du parc automobile familial permettent, dans des voies surencombrées, d'organiser des stationnements alternatifs et/ou simultanés beaucoup plus complexes, voire d'en étendre le principe à une petite copropriété. Si, en lui-même, le principe ne paraît pas malsain, il n'en est pas moins vrai que pareille tolérance pose crûment la question suivante : la chance de jouir d'un garage emporte-t-elle nécessairement le droit annexe de garer un véhicule supplémentaire de son choix sur le domaine public, pour autant que le stationnement y soit autorisé (93) ? Pour formuler la question différemment, l'avantage entraîne-t-il un privilège ? Car il y a bien privilège, si l'occupant est seul admis à ne pas tenir compte de R 37-1, qui ne souffle mot de cette hypothèse. Toute la coutume porte à répondre par l'affirmative, alors que le juriste scrupuleux marquera un temps d'hésitation : le spectacle réitéré de véhicules enfrenant "innocemment" R 37-1, en se soustrayant aux obligations que les panneaux privés sont les premiers à proclamer, constitue un exemple désastreux pour tous les autres automobilistes, ceux qui tournent en rond à la recherche de l'improbable créneau licite. De plus, faut-il avoir le bonheur de profiter d'un garage individuel pour utiliser tranquillement les deux voitures si souvent nécessaires aux couples modernes ? Mais alors, la jouissance d'un garage particulier trace entre les automobilistes une ligne de partage imprévue par la loi, en créant une inégalité face au carnet à souche de l'agent verbalisateur. Encore ne s'agit-il là que de garages réels. L'hypothèse de la malhonnêteté conduira bien plus loin encore.

Le panneau mensonger ouvre la porte, sinon aux pires injustices, du moins à l'insupportables falsifications, et du Droit, et du "modus juridicus vivendi". Ici, un habitant tolère mal la présence d'un véhicule près de sa porte ; aussi, à tout hasard, appose-t-il le panneau dissuasif, en tablant sur la probabilité qu'il y a d'impressionner les plus timides. Le menteur ne risque rien puisqu'en droit son panneau, même sincère, n'a aucune valeur, tandis que le stationneur sera livré à une casuistique inconfortable. De toute façon, et même si les services de police affirment qu'ils ne sont aucunement influencés par les panneaux

(93) En tout cas, la jurisprudence (voir D.S. 1966-65, Cour de cassation, ch. crim., 1er déc. 1965) n'a pas admis qu'un conducteur dérogeât à la réglementation en vigueur dans sa rue (zone bleue) sous prétexte qu'il stationnait devant son propre garage.

privés, l'existence d'un marqueur d'interdiction augmente, ne serait-ce que de manière infinitésimale, le risque d'être verbalisé. Ailleurs, en l'absence de tout bateau pavé et alors qu'un portail à claire-voie ouvre sur une étroite allée, le disque privé réservera indûment une place de stationnement à un riverain peu désireux de sacrifier une partie de son jardin pour y rentrer sa voiture. L'expérience prouve que cette tactique est extrêmement efficace, car elle s'appuie sur un environnement de bateaux pavés, de portails réellement utilisés et de panneaux véridiques. Du reste, l'intéressé peut bien avoir conscience de mentir sur le fait tout en croyant ingénument mettre le Droit de son côté : dans son esprit, c'est le panneau, son panneau, qui fait foi et implique R 37-1, qu'il entrevoit plus ou moins vaguement à l'horizon de sa culture juridique. Il y aurait comme une petite disponibilité du Droit aux caprices et aux commodités d'un seul, rêve qui flatte au plus profond de sa volonté de puissance les ambitions du quidam-législateur ou, à tout le moins, joueur ès-lois (94). Mais enfin, tant qu'il n'y a pas bateau pavé, les conséquences, pour le Droit, de telles manipulations, restent très limitées. Il n'en va pas de même lorsque, par négligence ou protection, un bateau pavé s'étend soit devant un garage inoccupé, soit devant une entrée d'immeuble où, de toute évidence, aucune automobile ne peut accéder -hall de standing, par exemple, sur un boulevard parisien. Tout se passe comme si, une fois le bateau pavé en place, la qualité d'entrée carrossable ne pouvait plus se perdre. Il se produit, les années passant, le même phénomène qu'au cours d'une seule journée, où, en fait, les périodes de gêne devant les garages des particuliers sont extrêmement réduites, quelques minutes au plus, le temps d'entrer ou de sortir. Pareillement, la présence régulière d'une voiture n'est pas immuable, il peut y avoir, au gré des locataires et propriétaires successifs, des baisses d'usage. Alors, la place de stationnement, retirée par la loi à la libre compétition des automobilistes, est réorientée en direction des initiés du voisinage (95). Et s'il est un vice inhérent à la pratique de ces disques privés, il réside évidemment dans une propension certaine, quoique difficilement mesurable, à compliquer latéralement la recherche du stationnement, propension qui dérive elle-même de l'inexistence juridique de ces panneaux.

(94) Pensons à tel dessin montrant le chat Hercule déguisé en fonctionnaire de police et distribuant les contraventions après avoir placé devant la voiture visée un B6... à roulettes. "Hercule contractuel, on aura tout vu !", disait Pif, scandalisé (Vaillant, Le Journal de Pif, dans les années 1960).

(95) Voir infra. 2.2.2.

2.3.2. Un frai sémiologique ?

Toujours présent, le danger contre lequel on a si fort tenté de prémunir les panneaux privés, par toutes sortes d'artifices, est sans nul doute l'indifférence. Celle du législateur est déjà de mauvais augure : il se peut qu'elle ne soit pas sans rapport avec la nonchalance de bien des usagers. Et s'il paraît malaisé de chiffrer le taux de succès des panneaux en question, tant le taux d'encombrement de la voirie est variable, rien ne permet non plus de décider s'ils sont plus ou moins respectés que l'officiel B6. En vérité, le problème doit être déplacé d'un pragmatisme en manque de quantification, vers une interrogation plus spécifiquement sémiologique.

Tout ce qui renforce le signe en organisant sa saisie au sein d'un réseau, est, simultanément, à même de l'affaiblir. Trop montré, trop vu, trop peu fixe, il accumule du sens sans forcément cumuler des effets psychologiques réguliers. On peut égrener les motifs de cette usure : les abus soupçonnés qui, au vrai, n'affectent pas le signe même, mais les conditions de sa mise en oeuvre ; la multiplication frénétique "in eodem situ", qui introduit la confusion entre qualité et quantité ; la variation typologique, qui accrédite sourdement l'idée d'un "mal à dire" ; l'absence de statut juridique, qui gomme tout sentiment de normalité ; les effets de voisinage, enfin, qui apparentent autant le panneau privé à la plaquette "sonnez fort" ou "attention au chien", qu'à son modèle officiel. Autant de raisons, semble-t-il, pour envisager l'éventualité d'une baisse de puissance signitive, dont chaque riverain, en tant qu'automobiliste potentiel, est trop conscient pour n'en pas accélérer la dégradation à long terme en suréquipant son entrée carrossable. La spirale serait sans fin : moins ce qu'on dit a d'influence, plus on s'ingénie à en diversifier une expression qui, à terme, divisera peut-être ses propres effets. A cet égard, le spectacle d'une ruelle riche en placards suppliants ou comminatoires, et où la grue de la fourrière pourra tout juste se frayer un passage, est des plus éloquents. Si l'ambition des afficheurs était que leur message subit le même sort que celui de l'Administration, on peut la considérer comme satisfaite : le Droit est respecté aussi longtemps que l'illégalité ne devient pas plus intéressante que le légalisme, après quoi le passage à l'illégalité est perçu comme un abandon à une déplorable contrainte, dont les gardiens supérieurs de l'ordre urbain que sont les maires sont volontiers tenus pour responsables ; à eux de créer des parcs de stationnement et d'améliorer le plan de circulation.

Les panneaux privés forment la famille illégitime de B6a1, sauvage au point d'impliquer la paternité de l'innocent B1. Mais

simultanément, elle affadit l'ensemble, car la stratégie sémio-juridique officielle tend toute entière à la limitation des signifiants : là, l'homologation est le passage obligé pour l'homogénéité. Ainsi, l'érosion s'effectuerait dans trois directions : aux alentours immédiats des panneaux privés, d'abord, qui sont des signes faséyants, ensuite par le reflux de leurs modèles, puisque la variation ne laisse pas le thème intact, enfin vers l'ensemble sémio-juridique routier, dont la simple nomenclature ne peut plus être établie qu'en Droit. Grimm se serait fort amusé de ce détournement folklorique exercé à l'égard d'un Droit qui prétendait tenir captifs jusqu'à des signes de plein vent.

Maintenant, les panneaux privés sont-ils à l'origine d'une décrédibilisation générale, qui les dépasserait de loin ? Malgré les quelques arguments avancés en faveur de cette thèse, la réponse demeure indécidable, car la nature récurrente de ce qui, dans un premier temps, peut être envisagé comme un défaut quasi mécanique -l'éraïllement de tout le tissu sémio-juridique- produit son propre système de compensation. Après tout, B6 et B1 sont popularisés à l'extrême par la publicité inopinée que leur font les particuliers (96), et l'image de base est réfléchie en tous sens par mille rayons divers. De plus, la surexploitation sémiologique n'est jamais qu'une modalité de l'usage des signes, et elle n'implique pas automatiquement un processus d'amoindrement irréversible : le signe se défend, c'est-à-dire qu'il voit sa position dans l'économie générale du sens notablement modifiée, lorsque changent les rapports de contiguïté qu'il entretient avec ses "prochains" dans l'ordre sémiologique. Pour autant, l'équilibre n'en est pas moins réalisé, mais c'est un équilibre tout factuel, qui n'intègre pas les exigences d'un usage juridique. Qui dit signes du Droit dit, "ipso facto", Droit de ces signes, et on pourrait se demander comment le Droit s'arrange d'une sémosis fluente/refluente, parasitaire/parasitée, dont le polygone de sustentation s'est, à la longue, modifié. On rejoint ici la question plus vaste de la mise à jour du Droit, cette discipline qui a pour mission de traiter l'avenir avant d'être maltraitée par lui, dont la raison d'être est le temps d'avance sur l'événement, sur le gauchissement : le Droit intègre à ses procédures le rattrapage fugué d'une continuité fuyante. En attendant, dans les intervalles laissés pour ainsi dire intacts par l'adaptation juridique, les échanges subreptices et les pollutions discrètes sont tenus pour

(96) On interpréterait volontiers en ce sens l'aspect d'une nouvelle génération de panneaux privés de stationnement interdit : la simple mention "garage" ou "sortie de garage" sur un B6 tendrait à prouver que l'idéogramme B6 est désormais aussi bien connu que l'idéogramme B1 (ce n'était pas le cas en 1975, si l'on en croit l'enquête de l'O.N.S.E.R. dont Gridel, op. cit., présente les résultats) et que les dispositions du Code de la Route concernant les entrées carrossables sont assez notoires pour qu'on n'indique même plus la conclusion du syllogisme.

rien, ils n'existent qu'aux yeux du sémiologue, tout simplement parce que le signe juridique officiel est protégé par un appareil répressif qui en force le sens. C'est là un incontestable avantage, mais il ne règle qu'à moitié la question de la déférence au signe, dans la mesure où la sensibilité des usagers disparaît derrière un volume de sanctions. Bref, la sensibilité aux signes juridiques est, en Droit, compensée par une mécanique punitive à l'insensibilité principielle : s'il y a des infractions en masse, le législateur se posera des questions de fond plus que de signe.

2.3.3. Une suture sémio-juridique

A ces panneaux privés est dévolue, au surplus, une fonction d'intersigne qui n'est pas la moins décisive : ils servent d'intercesseurs inattendus entre d'une part un bataillon de signes administratifs dûment normé, d'autre part une signalisation purement domestique, aux implications plus ou moins juridiques, avec laquelle ils voisinent souvent, et qu'ils connotent sans cesse. Pratique ambiguë corrélative à une nature amphibie, elle n'est pas sans entraîner de notables conséquences théoriques. Ces panneaux sont pris dans un aller et retour permanent entre Droit public et Droit privé, deux domaines dont la compétition ou la confusion ne s'appréciera plus, comme à l'ordinaire, sur des questions de compétence ou de ressort, de conflits patents doctrinalement formulables, mais bien selon la libre poussée du besoin d'ordre, exprimée dans un arsenal sémiologique juridiquement désarmé. Ou encore : un archipel sémiologique dont la juridicité est inexistante aux yeux du Droit, quoiqu'active sur le plan des faits, s'intercale entre deux continents dont les points de contact sont, par ailleurs, litigieux.

Entre B6 et la plaque "défense d'entrer", entre la quintessence de signalisation administrative et le rappel "luxueux" d'une séquence de Droit privé, le disque supplétif vient instaurer comme une paix des signes, un glissement spontané. Certes, cette lénification est grandement aidée par l'absence de statut des panneaux privés, par leur nature de signes juridiques non juridiques, qui les maintient en deçà des appartenances exclusives. Du même coup, on assiste à la complicité au moins spatiale de ce qui relève du Droit et de ce qui n'en relève pas, comme la plaquette "sonnez fort". La coutume a donc deux faces, qui relie des panneaux indicateurs de Droit public et de Droit privé, et qui rapproche le Droit, pris indistinctement, et le reste. Et ce reste, conglomérat d'indications péri-domestiques, on constate qu'il a volontiers quelques accointances avec l'univers des "data" juridiques : identité des occupants, nature et destination des locaux. Et quand cela n'est pas, il demeure fidèle à la

qualification des moeurs en général : le résident est malentendant, il faut déposer les colis ailleurs, etc. Si bien que, parallèlement à la mise en communication des compartiments du Droit, on voit se mettre comme naturellement en place une échelle de Jacob qui va des habitudes au Droit.

Le premier de ces axes, l'axe Droit public/Droit privé, doit tout à la nature officieuse des panneaux concernés. C'est justement parce qu'ils n'ont aucune existence légale qu'ils peuvent traiter d'une question intéressant le Droit de la circulation de la manière la plus libre, en ayant pour ainsi dire le choix entre parole et silence, ainsi que le choix entre les diverses paroles possibles. Ils introduisent donc déjà entre les deux parties un type de rapports proche des relations de gré à gré, non obligatoires a priori, qui caractérisent le Droit privé. Rien d'étonnant à ce que le style de la démarche, déjà déterminée par le fait que l'organisation de la circulation est connectée avec le Droit civil dès qu'il y a litige entre les usagers de ce système de Droit public, s'affermisse en signalisation publico-privée. Au fond, les panneaux routiers officiels sont clairement des signes engendrés par le Droit public pour l'ordre public, et qui impliquent la force publique, mais tout cela ne reste tel quel que si rien de fâcheux ne se produit dans l'usage de ce circuit. Aussi peut-on considérer que ces panneaux annoncent, en cas de violation, le risque d'une entrée fracassante dans les Droits civil et pénal. Ils sont déjà des signes de lisière. Les disques privés, eux, franchissent allègrement le pas, en rappelant qu'ici un intérêt privé est spécialement subordonné au respect de l'idéogramme. Mais quel type de texte protège ce simili-panneau ? L'alinéa concerné de R 37-1, qui vise les entrées carrossables, régit déjà des relations possibles entre particuliers, il a donc quelque coloration privatiste. Si bien que la chaîne est à peu près celle-ci : un texte penchant du côté du Droit privé est protégé par un signe tout privé mais imité d'un idéogramme qui est un signe de Droit public. Au vrai, l'intrication s'avère indémêlable. Les connotations par voisinage de signes montrent finalement que la répartition intra-juridique est, au niveau du Droit vécu, quasiment inopérante, qu'elle n'intéresse pas ses acteurs et que ceux-ci trouvent, d'eux-mêmes, les ponts sémiologiques qui préservent cet instinctif monisme juridique.

D'où la nécessité de poursuivre sur un autre plan la première réconciliation. Le second axe a quelque chose d'un drain et d'un adducteur à la fois : il fait descendre le Droit très en dessous du nécessaire en lui faisant côtoyer des "data" aux répercussions juridiques faibles ou nulles, et il attire aux portes du Droit, par tout un système de juxtapositions cellulaires, un monde de tous les jours dont le juriste ne veut pas connaître. On n'en conclura pas pour autant à un panjuridisme irrépressible, ou

à un a-juridisme inconscient. L'usage conjoint des signes, la proximité des dénnotations, la concomitance des connotations, dénoncent plutôt la calme complicité du juridique et du non-juridique, qui se mêlent dans d'infimes concaténations sémiologiques où, d'un maillon à l'autre, une observation microscopique ne perçoit plus que des continuités. En Droit, le Droit est la discipline dont on reconnaît l'intervention à des signalisations expresses -et c'est la tendance du juriste à ne voir du Droit que là où ses pairs en ont mis, à être un interprète officiel des implications indubitables et maîtrisées de sa discipline-, tandis qu'en fait, il est également repérable à des traces négligeables, à des co-occurrences, à des aveux échappés, qui forment le soubassement tissulaire profond du Droit dit dogmatique.

CONCLUSION

Le Droit facile est-il le Droit pacifique ? Le Droit pacifique est-il le Droit silencieux, celui dont le fonctionnement ne sollicite presque jamais les professionnels ? A répondre par l'affirmative, on courrait sans doute le risque de repousser l'acception du Droit trop au-delà du Droit structurellement observable, et d'attirer le Droit vivant un peu plus loin encore de l'orbite référentielle que constitue le Droit dogmatique. Voilà pourtant un hasard auquel invite la question des panneaux privés de stationnement interdit qui, juridiquement très limitée, et même pauvre, à s'en tenir aux seuls matériaux doctrinalement élaborés, trouve aisément des relais signitifs pour peu que l'on mette provisoirement entre parenthèses toute conception restrictive du signe juridique. Le Droit est apte à régir beaucoup de choses, mais il s'avère incapable, et c'est heureux, de prescrire la manière dont il doit être vécu. Il ne porte pas en lui les modalités de son intégration à l'existence, ce qui montre combien ses limites naturelles le poussent au libéralisme. Les panneaux privés et leur maillage de tolérances, d'exagérations, de pléonasmes, d'allusions et de passerelles, sont l'une des possibles mises à profit de cette latitude. Derrière les proliférations colorées, sous l'amas hétéroclite des menaces et des prières, au-delà du bric-à-brac tapageur et entêté, il faut reconnaître une respiration profonde, parce qu'aussi dégagée des contraintes du Droit que protégée par lui des empiètements du fait. L'enveloppement juridique du monde creuse immédiatement une dépression salutaire à l'ombre des normes. Voilà peut-être ce qui fait qu'une société n'est jamais comblée par son Droit. La satisfaction, en la matière, ressemblerait trop à un comblement, et le trop bel ajustement de

règles amidonnées de signes paralyserait un corps social qui aime le signe, lui, jusqu'à la gesticulation. Quand les disques privés poursuivent le travail de l'Administration, ils manifestent, autant que l'insuffisance de celle-ci, le plaisir intense d'y remédier. Ils illustrent, modestement, que le destin du Droit ne peut être trouvé dans la manie de l'obturation. Comme celle d'un autre disque, la Lune, la libration du Droit intrigue l'oeil. Il balance, du chuchotement à l'épigraphe. Lequel des deux continue l'autre par de nouveaux moyens ? Il faut admettre la réciprocité d'un flux d'inductions, afin de préserver le libre-échange sémiologique. Le stationneur inquiet et scrupuleux sera finalement exemplaire, qui tourne et retourne par les rues à la recherche d'une surface occupable : à l'aube du Droit, il y eut de l'habitude respectée. Si l'intelligence commence avec le détour, le Droit ne s'accomplit pas, lui, sans le contournement.

LAICITE, Vieux débat ou question nouvelle ?

Les rapports Eglise - Etat en France

Par

Jean-Claude RICCI

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

La question des rapports de l'Eglise et de l'Etat, sous l'angle de la laïcité, est une des plus difficiles qui soient, ainsi que l'atteste sa permanence dans la société française.

Pour bien comprendre les termes et la dimension du problème, il faut situer les enjeux. C'est un problème pratique et c'est aussi un pur problème intellectuel.

Pratiquement, le vécu quotidien des autorités ecclésiales ou des fidèles, comme celui des autorités publiques montrent la grande importance du sujet. Il est peu de sujets (profanes ou religieux), peu de matières, peu de situations etc... où ne se rencontrent pas une décision administrative et une parole ou un enseignement de l'Eglise : les aumôneries (prisons, écoles, armée, hôpitaux), les rythmes scolaires, l'alimentation en certaines périodes dans les cantines et restaurants publics, les questions d'éthique ou de bio-éthique, l'arme atomique et la peine de mort, l'aide au Tiers-Monde, le soutien à des grévistes de la faim en tous genres, la solidarité dans la société française, le contenu de certains films, ou de certaines émissions de télévision, etc... sont quelques exemples de cette quotidienneté du questionnement sur la laïcité, sans parler du vécu personnel des individus sur ce point.

Intellectuellement, la question posée est également "redoutable". Pour partie, elle revient à obliger chacun des deux pouvoirs "spirituel" et "temporel", à sortir de son domaine propre pour qualifier l'autre, pour le délimiter. Mais chaque pouvoir ou univers ne peut définir l'autre que négativement. D'abord, parce qu'il se définit lui-même et que tout ce qui n'est pas lui est l'autre. Ensuite, parce que chaque pouvoir ne peut guère user que des critères, valeurs et principes qui sont les siens. Mais,

précisément, jusqu'à quel point une telle démarche est-elle admissible par l'autre autorité ?

Pour couronner le tout, on rappellera que la difficulté est maximum dans le cas du catholicisme, c'est-à-dire d'une Eglise à structure hiérarchique forte. L'Etat peut bien avoir l'impression qu'il a en face de lui une "puissance".

Tout cela porte la marque de la problématique des rapports entre le spirituel et le temporel telle que l'ont façonnée les siècles, et que l'on va tout d'abord retracer. On examinera ensuite la situation issue aujourd'hui en France, de la loi de 1905.

I - EVOLUTION HISTORIQUE ET DOCTRINALE

Il faut partir de l'Antiquité pour bien comprendre les choses.

Dans la Cité Antique, il y a confusion totale du temporel et du spirituel. La religion, le culte des dieux est un devoir civique. A Athènes, l'impiété est un crime d'Etat aussi grave que la trahison. En outre, sur ce fond de totalitarisme où s'imbriquent étroitement politique et religion, les dieux et, partant, le culte qui leur est rendu, a un caractère fréquemment national ou local. Chaque cité, province, Etat a ses propres divinités, chacune d'elles disposant d'un clergé spécifique.

Le christianisme constitue de ce point de vue, et sans faire ici aucune référence au contenu doctrinal, une véritable révolution au sens fort du mot. Même le stoïcisme, si riche et si fécond dans les derniers siècles de l'Empire romain, n'était pas parvenu à ce degré de bouleversement des mentalités, des valeurs et des comportements. Le christianisme assigne à l'homme une fin supraterrrestre jugée infiniment supérieure à la vie terrestre qui est l'univers du politique. Il est universel, il dédaigne donc frontières, races et nations pour les transcender. Enfin, et cela est notre sujet, il pose clairement la nécessité d'une délimitation et d'une autonomie du temporel et du spirituel.

Ceci se fonde sur les formules célèbres rapportées par l'Ecriture : "Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu" (Lc, XX, 25, Mt, XX, 21, Mc, XII, 17) et encore : "Mon royaume n'est pas de ce monde" (Jn, XVIII, 36).

Il est bien évident que cette séparation ne peut pas être totale. Le chrétien est en même temps membre de cette société spirituelle qu'est l'Eglise et membre de la société temporelle. Il est à la fois baptisé et citoyen. D'où la nécessité de concilier les exigences découlant de cette double et concomitante qualité. C'est à cela que répond le "Rendez à César...". En même temps qu'il proclame l'autonomie des deux pouvoirs, Jésus fonde la légitimité de chacun d'eux. On ne saurait trop rappeler que le christianisme

a fourni pendant des siècles la base exclusive de la légitimité du pouvoir politique. Délimiter les deux domaines, celui du pouvoir exercé sur les corps et celui du pouvoir exercé sur les âmes, c'est reconnaître en même temps leur existence et la justifier.

Mais la mise en oeuvre pratique de ces paroles du Christ va s'avérer fort difficile, c'est tout le problème des rapports du spirituel et du temporel, qu'avait complètement ignoré l'Antiquité. Cette mise en oeuvre va voir surgir deux tendances principales qui vont s'affronter, parfois jusqu'à un conflit armé, on va rapidement les exposer avant de décrire sommairement l'évolution du droit en la matière en France et de brosser une sorte de synthèse.

A - Une difficile exégèse

L'opposition irréductible des deux royaumes est une solution que, très vite, écartent tous les penseurs. Mais la question de l'indépendance ou de l'interdépendance de l'Etat et de l'Eglise revêtira une acuité considérable avec l'apparition, au début du IV^{ème} siècle, de l'Empire chrétien.

Il existe un glaive spirituel entre les mains du Pape et un glaive temporel entre les mains de l'Empereur. Tous deux sont bien les instruments de Dieu sur la Terre, mais le sont-ils à titre égal ou bien l'un est-il supérieur à l'autre ? Tout le débat est là.

- Une première tendance va se faire jour dans la partie orientale de l'Empire romain : l'Eglise est sous la dépendance de l'Etat. Eusebe de Césarée veut réhabiliter l'institution impériale : s'il y a eu des persécutions contre les chrétiens c'est qu'elles ont été voulues par Dieu, l'Empereur des Romains n'a été que l'instrument de la Providence car la monarchie impériale n'est que le reflet de la monarchie divine. De ce fait, la personne de l'Empereur est au-dessus de tout être humain ; il exerce un magistère moral sur l'Eglise, une sorte de tutelle spirituelle sur les croyants. L'empereur tire de là sa fonction de collaboration à l'oeuvre du Salut, et son pouvoir d'intervenir dans les affaires de l'Eglise comme, par exemple, les questions théologiques ou de nominations épiscopales. C'est la doctrine du *césaro-papisme*.

- Une seconde tendance va apparaître, en Occident, elle est fondée sur le rejet de toute intervention impériale dans les affaires religieuses. Ce principe est posé dès le concile de Nicée en 325. Ainsi, Hosius priera l'Empereur Constantin de ne point s'immiscer dans les affaires de l'Eglise. St Ambroise fera de même avec l'Empereur Théodose. Dans le même temps, va se développer, sur la base d'un texte fameux de St Paul (Rm, XIII), cette idée que seule est d'origine divine l'institution du pouvoir

mais non le titulaire de ce pouvoir, lequel n'est établi que selon des modes purement humain (glose de St Jean Chrysostome). Cette tendance va être systématisée par St Augustin dans son "De civitate Dei". Cependant, si St Augustin a bien vu les données du problème et s'il les a clairement exposées, il a voulu en même temps, dans un évident souci apologétique, montrer qu'on ne pouvait pas rendre le christianisme responsable de la décadence et de la chute de Rome. Il a peut-être alors trop insisté sur la nécessité du secours mutuel que pouvaient et devaient s'apporter Eglise et Empire. Toujours est-il que la postérité a donné le nom d'augustinisme politique à une doctrine qui ne doit pas grand chose au célèbre évêque d'Hippone. L'augustinisme politique proclame, en effet, la subordination intégrale du temporel au spirituel selon les affirmations de certains Papes (Gélase, St Grégoire-le-Grand) ou de certains docteurs (St Isidore de Séville, St Jonas d'Orléans, Hincmar de Reims...).

- Entre ces deux tendances, qui rapidement vont être retenues souvent sur un fond d'arrière-pensées d'où les préoccupations doctrinales sont absentes ou largement secondaires, la lutte va être terrible.

Entre Othon et Frédéric II de Hohenstaufen, d'une part, et les Papes (Grégoire VII, Alexandre III, Innocent III et Innocent IV) d'autre part, la théorie des Deux Glaives va dérouler les fils serrés d'une argumentation dont l'enjeu et le résultat doivent être l'imperium christianum. La Querelle des Investitures puis la Querelle du Sacerdoce et de l'Empire vont pendant plusieurs siècles camper le décor d'un débat aux implications théoriques et pratiques les plus vastes.

Pourtant, dès le treizième siècle, l'infinie sagesse de St Thomas d'Aquin va poser les bases d'un compromis, durable parce que raisonnable. Si le spirituel l'emporte infiniment sur le temporel c'est en raison de la fin qu'il poursuit. Mais, précisément, cette supériorité ne trouve à s'exercer que dans l'ordre eschatologique. Dans son ordre, qui est le temporel, le politique est souverain et a droit à l'obéissance et à la loyauté quand il a en vue le bien commun du groupe qu'il régit.

B - L'évolution de la situation en France

Le cas de la France ne se détache pas, pour l'essentiel, du schéma général que l'on vient de dresser, avant le début du XIVème siècle.

Tout va changer, grosso modo, sous le règne de Philippe Le Bel. L'idée de nation se fait jour, la France est inassimilable aux autres Etat et le roi de France veut, à la fois, ne plus tenir son pouvoir du Pape mais de lui-même, et disposer d'une Eglise

plus nationale que catholique. Le gallicanisme va devenir pour plusieurs siècles une constante dans les rapports Eglise-Etat.

Il faut s'arrêter un instant sur ce point.

Monarques de l'ancienne France, Révolutionnaires de 1789 et de 1793, Napoléon, hommes de gauche de toutes obédiences vont proclamer de façon diverse certes, mais avec une belle constance, leur hostilité à la supranationalité de l'Eglise, bref à son lien étroit à Rome.

C'est que cette situation spéciale du culte catholique fait échapper une partie de la Nation au pouvoir du monarque. Le droit applicable à l'Eglise est, pour la plus grande part, indépendant de la volonté du Roi et de ses services. Mieux, clergé et fidèles suivent assez bien les directives et recommandations venues d'au-delà des monts. C'est donc d'abord un problème de puissance, de capacité gouvernementale.

Un certain césaro-papisme va fonder la démarche du pouvoir politique français face à l'Eglise. Le Concordat de Bologne, en 1516, en est un des aspects majeurs. Il règlera pour près de trois siècles les rapports entre les deux pouvoirs.

La Révolution va établir à la fois un certain retour au césaro-papisme et les bases d'un anti-cléricalisme d'Etat, le tout fondé sur le système de la Constitution civile du clergé texte d'inspiration totalitaire dont la teneur littérale fut encore aggravée par l'application pratique.

Si Napoléon revient au système concordataire, il ne renonce nullement au gallicanisme et à la mise en tutelle de l'Eglise dont il ne souffre aucune incursion dans les problèmes de la Cité.

Enfin, la loi de 1905 vint...

Ainsi, la France aura fait l'expérience de tous les cas de figure concernant les relations entre l'Eglise et l'Etat. Cette situation n'est pas unique au point que l'on peut broser, pour achever ce survol historique, un tableau synthétique du statut de la religion dans l'Etat.

C - Statuts possibles de la religion dans l'Etat

On va voir que le cas français n'est pas, en soi, singulier. Il l'est peut-être davantage lorsque l'on effectue des comparaisons.

Deux cas de figure seront retenus ici, celui de la religion d'Etat et celui de l'Etat laïc.

- La religion d'Etat est un système juridique de relations entre les Eglises et l'Etat caractérisé par l'existence de liens privilégiés entre cet Etat et une Eglise. Presque tous les pays musulmans sont à religion d'Etat. Cela signifie la reconnaissance

officielle de la primauté d'un culte, de son clergé, de la validité de ses prescriptions. Cela signifie aussi que l'Etat s'engage à promouvoir dans ses textes les préceptes et les règles de vie enseignés par cette religion. Enfin, cela signifie encore que le bras séculier de l'Etat va intervenir pour sanctionner effectivement le respect comme le manquement à la règle religieuse. En réalité ce schéma absolu ne se rencontre guère en dehors des Etats musulmans. La Grande-Bretagne ou le Danemark, comme la Suède ou les Pays-Bas sont des pays à religion d'Etat qui appliquent avec beaucoup de souplesse et un grand libéralisme le droit privilégié d'un culte. La position juridiquement hégémonique d'un culte est, naturellement, renforcée par le fait qu'il existe des Eglises nationales. En ce cas, le chef de l'Etat est fréquemment chef religieux. C'est le cas de la Reine d'Angleterre, chef de l'Eglise anglicane ou du Roi du Maroc "Commandeur des Croyants". En ce cas, en effet, la question religieuse se trouve avoir ipso facto des implications politiques et constitutionnelles directes. Ainsi la Constitution royale marocaine de 1971 (art. 101) rend impossible la révision constitutionnelle de la forme musulmane de l'Etat marocain.

Le système de la religion d'Etat est à double tranchant pour l'Eglise privilégiée : très favorisée sur divers plans (matériel, force spirituelle, monopole de beaucoup d'activités), elle peut aussi soit être captive du pouvoir politique (c'est alors une "cage dorée"), soit, au contraire, vouloir se subordonner le pouvoir civil ("augustinisme politique").

Par ailleurs, pour les autres cultes, qui ne sont pas admis au rang de religion d'Etat, la situation n'est pas toujours la même. Tantôt l'existence d'une religion d'Etat entraînera des persécutions, des intolérances, des inégalités de tous ordres au détriment des religions non officiellement reconnues (cas du protestantisme en France pendant une partie du XVIème siècle, du catholicisme en Grande-Bretagne à partir d'Henry VIII, du christianisme dans certains pays d'Islam). Tantôt au contraire, les cultes seront admis et ne seront pas brimés du tout (cas des religions non catholiques, en France, sous les Chartes de 1814 et de 1830, en Italie, sous le Statut albertin de 1848, des religions chrétiennes dans quelques pays musulmans comme l'Egypte ou le Maroc).

On le voit, l'étiquette "religion d'Etat" recouvre des situations très variées.

- La neutralité de l'Etat indique que celui-ci n'entretient point de relations privilégiées avec un culte déterminé. Le terme "neutralité" est plus exact, scientifiquement parlant, que celui de laïcité auquel on a encore recours dans notre pays. Le mot laïcité

"sent la poudre" comme l'a écrit le Professeur Jean Rivero ("La notion juridique de laïcité", Dalloz 1949, Chr. XXXIII).

En effet, dans un certain courant de la doctrine française, l'adoption du mot "laïcité" correspond à quelque chose de très particulier. La laïcité c'est, en fait, le *laïcisme* : Dieu ne fait pas partie des explications retenues par la science, il n'est pas donné dans le réel observable scientifiquement, c'est une hypothèse à écarter, non pas parce qu'il n'entre pas dans les attributions de l'Etat d'en discuter, mais parce qu'elle est non scientifique, donc littéralement irrecevable (Cf. Discours de Maurice Thorez lors de la célébration du centenaire de Jean Macé, fondateur de la Ligue de l'enseignement). Dans cette hypothèse, la laïcité ce n'est pas la déconfectionnalisation, c'est l'anti-confessionnel. On est complètement à l'opposé de la neutralité.

Nombre de constitutions contemporaines retiennent cette conception : celle d'une extériorité de l'Etat par rapport aux cultes (Espagne, Italie, R.F.A., France).

Cette neutralité peut revêtir deux formes fort différentes.

- Tantôt, la neutralité peut être *négative* : elle entraîne une abstention généralisée de l'Etat à l'endroit du religieux. L'Etat n'intervient pas, ne prend pas partie, n'aide pas les activités religieuses à la fois parce qu'il leur est indifférent philosophiquement et parce qu'il est juridiquement incapable en matière religieuse.

- Tantôt, la neutralité peut être *positive* ou *active* : l'Etat reconnaît toutes les religions ainsi que les manifestations extérieures des cultes. Simplement, parce qu'il est neutre, il les traitera toutes identiquement. La neutralité se traduit par une égalité de traitement. Cette solution est évidemment la meilleure. D'une part, elle est très respectueuse des convictions de chacun en permettant un égal traitement des opinions religieuses. D'autre part, et l'on a parfois trop tendance à négliger cet aspect, pourtant essentiel de la question, la religion se trouve traitée à l'égal des autres phénomènes sociaux comparables. Il est, en effet, surprenant de voir certains Etats refuser toute reconnaissance officielle des religions sous prétexte de leur caractère purement privé, d'activité qui ne regarde que la conscience. Alors que, dans le même temps, ces Etats reconnaissent d'autres manifestations sociales de la conscience individuelle, d'autres expressions d'opinions purement privées, ainsi des partis politiques, d'associations diverses, de groupes de pensée, de syndicats... Ainsi, l'Etat français se dit neutre en matière syndicale, mais cette neutralité proclamée ne l'empêche point de reconnaître un rôle officiel aux syndicats, de leur accorder un statut juridique privilégié, de leur faire remplir des tâches authentiques d'intérêt général ou de service public, personne n'y trouve à redire et c'est

normal. Mais pourquoi cette neutralité est-elle active ou positive s'agissant des partis ou des syndicats et pourquoi devient-elle purement négative en matière religieuse ? Il y a là une situation sur laquelle nos dirigeants ne se sont peut-être pas suffisamment interrogés. En adoptant ainsi, à l'endroit de divers phénomènes sociaux, des conceptions aussi opposées de la neutralité, ils ont implicitement manifesté le rang second qu'ils entendaient assigner à la religion dans l'Etat.

II - LA SITUATION ACTUELLE EN FRANCE

En France, le droit en la matière est régi par la fondamentale loi du 9 décembre 1905 sur la Séparation des Eglises et de l'Etat telle qu'elle a été explicitée par la jurisprudence des cours et tribunaux. Il n'est pas douteux que plusieurs des dispositions de cette loi seraient jugées aujourd'hui de rang constitutionnel, ayant la nature de "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

Cette loi met donc fin au régime concordataire institué par le Concordat de 1801 et les articles organiques. Seules font exception, d'une part les départements d'Alsace-Moselle qui n'étaient plus français lors du vote de la loi de 1901 et qui demeurent aujourd'hui soumis au Concordat de 1801 et à la législation impériale allemande, d'autre part la Guyane où s'applique l'ordonnance royale du 12 novembre 1828 (Conseil d'Etat, 9 octobre 1981, Béhérec).

L'article 1er de cette loi dispose :

"La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions ci-après dans l'intérêt de l'ordre public". Cet article essentiel implique un certain nombre de conséquences qui dérivent toutes de la liberté de conscience solennellement proclamée par la loi.

- Tous les cultes sont libres,
- tous les cultes ont droit à une égale protection et aucun d'eux ne peut être l'objet d'une sollicitude ou d'une animosité particulières de la part de l'Etat,
- l'Etat est philosophiquement indifférent au fait religieux, il est laïque.

Mais auparavant, il convient de prendre l'exacte mesure de la notion de culte en droit français. C'est le statut de culte qui, en définitive, conditionne le déclenchement et l'application du statut édicté par la loi de Séparation.

La question ne se pose évidemment pas pour les "grandes religions" : les Eglises protestantes, orthodoxes, anglicane, catholique, la confession juive ou la religion musulmane sont bien des cultes au sens de la loi de 1905.

Mais à l'époque contemporaine, la discussion a été entretenue sur ce point à l'égard de groupements de nature religieuse, de facture moins "classique".

La jurisprudence, faute de définition légale, a dû prendre partie.

Pour elle, un culte est constitué par l'ensemble des manifestations extérieures d'une religion donnée. Il faut donc au départ une *religion*. De ce mot, la jurisprudence française déduit qu'il y a religion lorsque sont réunies deux conditions : existence d'une foi spirituelle et existence d'une communauté humaine dont les membres sont réunis par un système de croyances articulées autour de cette foi (Cour d'appel de Paris, 9ème Chambre, 26 février 1980, Andreu - Note J. Carbonnier sous Cour d'appel de Nîmes, 10 juin 1967, D. 1969, p. 368). Le *culte* réunit l'ensemble des manifestations extérieures, notamment des éléments matériels, accomplies dans le but de satisfaire aux exigences de cette croyance spirituelle.

Le Conseil d'Etat a eu récemment à prendre partie à plusieurs reprises sur ce point. Il a ainsi considéré que les "dévots de Krishna" pratiquent un culte au sens de la loi de 1905 (14 mai 1982, Association internationale pour la conscience de Krishna, Recueil Lebon, p. 179). Il a refusé la qualité de culte à l'Association "Fraternité des serviteurs du monde nouveau" (21 janvier 1983, Recueil Lebon, p. 18) parce que celle-ci "en admettant même qu'elle ait aussi pour objet l'exercice d'un culte", ne fait pas de cette activité sa fonction exclusive dans la mesure où "elle se consacre depuis sa création à l'édition et à la diffusion de publications doctrinales". Plus solennelle encore, parce que cette décision a été rendue par la plus importante des formations juridictionnelles existant au sein du Conseil d'Etat, l'Assemblée du contentieux, est la décision du 1er février 1985, Association chrétienne "Les témoins de Jéhovah" (Recueil Lebon, p. 22 ; A.J.D.A., 1985, note L. Richer ; R.D.P., 1985, p. 483, concl. Fr Delon). Le Conseil d'Etat y écrit notamment ceci : "Les activités menées par l'Association chrétienne "Les témoins de Jéhovah de France" sur la base des stipulations de ses statuts ne confèrent pas dans leur ensemble à l'association, à raison de l'objet ou de la nature de certaines d'entre elles, le caractère d'une association culturelle au sens de la loi du 9 décembre 1905". Cette décision a beaucoup surpris dans la mesure où les Témoins de Jéhovah paraissaient réunir les conditions nécessaires à la reconnaissance comme culte : il y a bien une croyance spirituelle, un groupement de fidèles, des pratiques, des obligations rituelles, etc....

Le Conseil d'Etat, poursuivant sur cette lignée restrictive, a également refusé le caractère de culte à l'Eglise de scientologie (14 octobre 1985, Association pour l'étude de la nouvelle foi,

Recueil Lebon, p. 284), et à l'Eglise du Christ scientifique, qui a pour but "de guérir en soutenant la vérité telle qu'elle est révélée dans la Bible et interprétée dans Service et Santé avec la chef des Ecritures par Mary Baker Eddy" (6 juin 1986, Association culturelle "troisième église du Christ scientifique à Paris").

Enfin, par une décision du 17 juin 1988, "Union des athées" (A.J.D.A. 1988, p. 612) le Conseil d'Etat a jugé que "l'association Union des athées, qui, aux termes de ses statuts, "a pour but le regroupement de ceux qui considèrent Dieu comme un mythe", ne se propose pas de subvenir aux frais, à l'entretien ou à l'exercice public d'un culte ; qu'elle ne peut, dès lors, être regardée comme une association culturelle au sens des dispositions précitées de la loi du 9 décembre 1905". Le Conseil avait dit des choses assez voisines en 1980. A l'époque, l'Union des athées avait prétendu qu'en vertu du principe d'égal accès des grands courants d'opinion aux antennes de la radio et de la télévision, elle avait droit à un traitement égal à celui dont bénéficient les principaux cultes. Le Conseil d'Etat avait répondu que l'Union des athées n'avait pas un droit à ce que soient "organisées à son profit des émissions comparables à celles qui sont consacrées aux principaux cultes pratiqués en France" (1er octobre 1980, Union des athées, Recueil Lebon, p. 347).

Dès lors que l'on est en présence d'un culte, s'appliquent les dispositions précitées de la loi de 1905.

A - La liberté de culte

Dire que le droit français reconnaît la liberté de culte recouvre en réalité trois affirmations : l'exercice du culte est libre, l'organisation du culte est libre, la perpétuation du culte est libre.

- L'exercice du culte est libre

Cela signifie que les fidèles sont libres de participer aux activités découlant de leur appartenance religieuse. Ils ont le droit de disposer d'édifices à cette fin, de se réunir pour les besoins du culte, de posséder des biens pour réaliser les buts assignés par ce culte.

Inversement, il se déduit de là que les fidèles peuvent obtenir le respect de cette liberté soit par voie d'action ou d'exception d'illégalité contre les personnes publiques qui violeraient cette liberté, soit par un recours devant le juge répressif, ou à fins indemnitaires dirigé contre la personne publique coupable ou les groupes ou les personnes privées.

Il va de soi que cette liberté d'exercice ne peut aller ni contre la liberté des autres cultes, ni contre l'ordre public.

- L'organisation du culte est libre

Cette liberté d'organisation du culte est particulièrement importante pour les églises à structure hiérarchique forte. C'est notamment le cas de l'Eglise catholique, dominante en France. Cela signifie que la puissance publique ne peut ni réglementer le nombre des séminaires, ni contrôler les études qui y sont effectuées, ni agir sur la délivrance des diplômes. Il ne peut, non plus, avoir de rôle concernant les divers degrés des ministères ecclésiastiques : presbytérat, épiscopat... Pareillement, l'organisation territoriale du culte échappe au pouvoir de l'Etat.

- La perpétuation du culte est libre

La transmission de la foi est libre. Cela implique que c'est un droit absolu des familles que celui d'élever les enfants dans la religion qu'elles désirent. Cela implique aussi l'organisation d'un enseignement religieux. Tel est le cas des aumôneries (loi de 1905 et loi de 1941). Le Conseil d'Etat censure, comme contraire à la liberté religieuse, toute atteinte à l'existence d'aumôneries (1er avril 1949, Chaveneau, D. 1949, p. 531, concl. Gazier, note Rolland ; Rec. 161).

B - L'absence de caractère de service public du culte

Jusqu'à la loi de 1905 qui établit la Séparation des Eglises et de l'Etat, le culte était, en France, un service public, notamment en vertu des concordats de Bologne (1516) et de 1801. La loi de 1905 a supprimé le caractère de service public du culte. Mais si ce principe est certain, il connaît de notables exceptions.

- Le principe est très clair en apparence

Parce que le culte n'est pas un service public, il s'ensuit de nombreuses conséquences. Les ministres du culte ne sont plus rémunérés sur les fonds publics. Il ne s'attache plus, désormais, au culte les conséquences qui dérivent ordinairement de la présence d'un service public (régime des actes, des contrats, compétence juridictionnelle, notion de pouvoir hiérarchique administratif, régime de droit, etc...). Pareillement, les ministres du culte n'ont plus, en raison de leur état, une quelconque place dans la hiérarchie officielle de l'Etat ou dans les cérémonies publiques. Ils ne sont plus nommés par les autorités publiques,

comme cela était le cas sous le régime concordataire, lequel est demeuré en vigueur en Alsace-Moselle. Les actes des ministres du culte, leurs rapports avec les fidèles, les relations entre les uns et les autres et leurs supérieurs, sont entièrement soumis aux règles du droit privé et à la compétence des juridictions judiciaires.

La participation des autorités publiques à des cérémonies religieuses est faite à titre purement privé et ne constitue nullement la reconnaissance d'un culte par les pouvoirs publics. Lorsque sont organisées des obsèques solennelles pour le décès de Charles de Gaulle, à Notre-Dame de Paris, lorsqu'est célébrée une messe de funérailles pour Georges Pompidou, il n'y a point, de la part des pouvoirs publics, acte d'allégeance à un culte déterminé mais hommage rendu à un disparu dans la forme la plus propre à honorer sa mémoire, dans le respect de ce que furent ses convictions et croyances. De la même façon, lorsque le Président de la République assistait, en 1968, à la messe de funérailles du Cardinal Veillot, archevêque de Paris, il n'y avait point hommage à l'Eglise, mais seulement expression des convictions personnelles de Charles de Gaulle à l'égard d'un défunt.

- Les exceptions sont nombreuses

Certes les exceptions sont bien seulement des exceptions et ne remettent point en cause le principe. On ne peut cependant manquer d'observer leur diversité et leur nombre.

Il existe de nombreuses aumôneries, entretenues aux frais des personnes publiques, dont les desservants sont eux-mêmes rémunérés sur fonds publics, dans les casernes, hôpitaux, établissements publics de l'enseignement secondaire.

Des édifices religieux sont parfois construits par des collectivités publiques (Etat, départements, communes) ou bien celles-ci participent à de telles constructions (fourniture de main-d'oeuvre, fonds de concours, prêts d'argent ou de matériel, garantie d'emprunts...).

La plupart des jours de fête religieuse chrétiens sont chômés et, fréquemment, payés : Pâques, Ascension, Pentecôte, Assomption, Toussaint et Noël, ainsi que tous les dimanches de l'année. Enfin, on rappellera que Jeanne d'Arc, sainte de l'Eglise catholique, est, en vertu de la loi, héroïne nationale et fêtée comme telle le deuxième dimanche de mai par les autorités officielles de la République.

Pareillement, une pratique constante de l'administration tend ces dernières décennies à éviter certaines activités, telles qu'examen et concours, les jours des principales fêtes religieuses juives, musulmanes et arméniennes.

Un véritable pouvoir de police à l'intérieur des édifices du culte est reconnu aux ministres du culte.

Des cérémonies religieuses sont organisées parfois pour la célébration d'événements solennels concernant la vie officielle de l'Etat ("Te Deum" célébré à Notre-Dame en août 1944 à l'occasion de la libération de Paris, ou à Notre-Dame-de-la-Garde, à la même époque, pour la libération de Marseille...).

Une certaine reconnaissance de la hiérarchie religieuse et des titres religieux existe en fait. On sait qu'avant de nommer un évêque le Saint-Siège consulte souvent, à titre officieux, les autorités de l'Etat.

Le développement de ce qu'il est convenu d'appeler "la nouvelle pauvreté" a conduit les pouvoirs publics à prendre en compte l'activité caritative de mouvements confessionnels. Mieux, dans nombre de situations concrètes, c'est en pleine collaboration avec les services publics officiels que ces organismes interviennent comme impulsion ou comme relais. Parfois leur sont purement et simplement confiées directement des activités du service public : repérage des besoins, identification des populations à aider, suivi de l'aide, etc...

De même, dans certains cas où les actes de l'état-civil font défaut, les registres paroissiaux ou presbytéraux sont normalement admis avec pleine force probatoire ; des actes purement confessionnels servent de fondement au statut juridique de la personne.

C - L'absence de prise en considération du culte

Le culte n'est plus pris en considération par l'Etat. C'est la manifestation la plus nette du principe de neutralité (dit encore de "laïcité") de l'Etat. Mais ce principe, comme le précédent, souffre de notables et inévitables exceptions.

- Le principe de neutralité

Le principe de neutralité est aisé à formuler. L'Etat est philosophiquement indifférent au fait religieux. Celui-ci ne regarde que les consciences individuelles. C'est une affaire privée. Il s'ensuit que l'Etat peut ne pas reprendre dans son droit, les prescriptions religieuses. Il peut même édicter une législation contraire à celles-ci. Ainsi, l'Etat français ne férie pas certains jours de fête religieuse chrétiens, mais surtout juifs et musulmans. De la même façon, il admet le divorce et l'avortement qui sont condamnés par certains cultes et notamment l'Eglise catholique. Tous les édifices publics, bâtiments officiels, cimetières, prétoires des cours et tribunaux sont

déconfessionnalisés, puisqu'en ont été ôtés tous emblèmes religieux. Aucun effet de droit n'est attaché au mariage religieux.

Neutralité dans le recrutement des agents publics et le comportement de ceux-ci. Neutralité du service public et notamment de l'enseignement. Cependant, il est clair que cette neutralité, dans le cas de la France et compte tenu de certaines données sociologiques, ne saurait être absolue, ce serait alors de l'hostilité pure et simple. Aussi existe-t-il diverses atténuations au principe de neutralité. Quelques-unes ont déjà été rappelées. On n'y reviendra pas, mais il en est d'autres.

- Les exceptions au principe de neutralité

Ces exceptions sont nombreuses et on ne peut qu'énumérer sans prétendre aucunement à l'exhaustivité.

L'Etat français entretient une ambassade auprès du Saint-Siège et c'est même l'une des plus élevées dans la hiérarchie des postes diplomatiques. Corrélativement, le Siège apostolique est représenté en France par un nonce apostolique qui est, de droit, doyen du Corps diplomatique.

Il arrive que les pouvoirs publics subventionnent des activités à caractère religieux marqué : cérémonies religieuses à la mémoire des morts pour la France (Conseil d'Etat, 10 juin 1931, Recueil Lebon, p. 556), prêts de locaux, de matériels ou autres à des organisations de jeunesse à vocation religieuse très nette voire prédominante.

Les ministres des différents cultes sont désignés sous les appellations qui sont les leurs dans leur confession d'origine (Monseigneur, M. le Cardinal, le Muphti, le Rabbin, le Pasteur...).

En outre, dans un grand nombre de cas les règles religieuses ou les règles d'organisation interne des cultes sont strictement observées par les pouvoirs publics. Ainsi :

- Le Conseil d'Etat a considéré comme illégal le décret par lequel, en mai 1957, le Président du Conseil a procédé à la nomination du Directeur de l'Institut musulman de la Mosquée de Paris, parce que ce décret n'avait pas respecté les statuts de la Société des Habous et Lieux Saints de l'Islam (section, 8 novembre 1963, Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Ahmed ben Ghabrit).

- Pareillement, dès 1911, le juge a décidé que par "catholiques" il fallait entendre exclusivement les personnes reconnues comme telles par les autorités officielles du culte catholique entendu au sens de la hiérarchie catholique romaine (17 mars 1911, Abbé Hardel, Recueil Lebon, p. 350 - 8 avril 1911, Abbé Anselme, Recueil Lebon, p. 464). Comme l'observait dès 1912 la Cour de cassation : "Si un conflit s'élève entre deux prêtres pour

l'occupation d'une Eglise catholique, l'attribution de celle-ci doit être exclusivement réservée à celui qui se soumet aux règles générales d'organisation du culte dont il se propose d'assurer l'exercice, notamment à celles de la hiérarchie catholique et qui demeure en communion avec son évêque" (Cass. civ. 5 juin 1912, D.P. 1912.I.121 ; Sir 1913.I.137, note A. Mestre). (Dans le même sens voir : Conseil d'Etat, 28 juillet 1911, Rougègre et autres, Recueil Lebon, p. 908 conclusions Chardenet - 23 janvier 1920, Abbé Barraud et autres, Recueil Lebon, p. 75 - Cour d'Appel de Paris, 13 juin 1957, Dalloz 1957, somm. p. 145 - 13 juillet 1977 (Affaires St Nicolas du Chardonnet) - Tribunal Administratif de Nantes, Association St Pie V de l'Ouest, A.J.D.A. 1977, p. 632, note F. Moderne).

- Egalement, lorsqu'un ministre du culte est désigné comme aumônier dans un service public quelqu'il soit il est nommé sur proposition de son Eglise de rattachement. Lorsque celle-ci lui retire son autorisation d'exercice, l'administration publique est *tenue* de désinvestir l'aumônier (Dans le cas d'un pasteur de l'Eglise Réformée de France, Conseil d'Etat, Section, 17 octobre 1980, Sieur Pont, A.J.D.A. 1981, p. 256, concl. D. Labetoulle).

- Il est même arrivé au juge de se pencher sur des questions très précises de dogme, voire de théologie. Un exemple particulièrement remarquable est fourni par la décision d'Assemblée du Conseil d'Etat, 25 juin 1943, Eglise Réformée Evangélique de Marseille, avec les très substantielles conclusions de R. Odent (Sirey 1944, III, 9).

- Les édifices du culte appartiennent à l'Etat, aux départements et aux communes s'ils ont été construits avant le 18 germinal an X. S'ils ont été construits entre le 18 germinal an X et le 9 décembre 1905, ou s'ils ont été acquis durant ce temps par une collectivité publique et n'ont point été réclamés par une association culturelle, ils sont également devenus propriété d'une personne publique. Or l'on sait que tous les édifices du culte catholique sont dans ce cas l'Eglise ayant refusé la constitution de "cultuelles" comme contraires à sa constitution organique. Ceci revient à dire que les édifices catholiques construits avant le 9 décembre 1905 sont tous propriété du domaine public et leur entretien est à la charge, pour le gros-oeuvre, des collectivités propriétaires.

Mais, en même temps, les édifices ainsi accaparés par les personnes publiques sont grevés d'une servitude perpétuelle : ils sont affectés (loi du 2 janvier 1907) "aux fidèles et aux ministres du culte". Cette affectation est perpétuelle en ce sens qu'elle ne peut être interrompue et elle est exclusive en ce sens qu'elle ne peut jouer qu'au profit des seules activités religieuses menées en

communions avec la hiérarchie de l'Eglise de rattachement. De cette affectation exclusive aux seuls fidèles et ministres du culte en accord avec les organes officiels de l'Eglise d'obédience découle leur droit à faire valoir, fût-ce en justice, leur titre juridique contre les occupants intempestifs, dissidents de toutes sortes, violation de la liberté des cérémonies, etc... Il suit encore de ce principe que cette occupation est gratuite et que les lieux de culte sont exonérés de la plupart des droits et taxes institués en matière immobilière.

Une procédure lourde et complexe de désaffectation existe, elle est très protectrice des droits des différentes églises.

- Certaines dispositions du Code pénal frappent les ministres du culte en tant que tels : célébration du mariage religieux avant le mariage civil (art. 199 et 200) ; attentat aux mœurs, pour lesquels la qualité de ministre du culte est une circonstance aggravante (art. 333) ; violation du secret de la confession (art. 378) ; inhumation des corps sans autorisation préalable d'un officier de l'état civil (art. 40-7°) ; peines spéciales en cas d'outrages ou de diffamation envers une personne chargée d'un service public ou d'incitation à la résistance aux lois ou à l'autorité publique (art. 34 et 35 de la loi de 1905).

Enfin, on ne saurait achever ce recensement sans rappeler deux questions importantes qui ont toujours été, en France, reliées aux questions précédentes.

Tout d'abord, la question des congrégations que la loi de 1901 soumet à un régime particulièrement strict. Mais en réalité, la pratique de ces quarante dernières années a été très souple. Surtout, la signature, par la France, de la Convention européenne des droits de l'homme en 1974 a rendu caduque sur la plupart des points la législation de 1901 ce qui place désormais les congrégations dans une situation fort proche de celle des associations de la loi de 1901.

Ensuite, l'important problème du statut de l'enseignement privé. On se contentera de rappeler un certain nombre de points récemment acquis.

Il semble désormais, avec la double alternance politique vécue en 1981 et 1986, qu'un certain consensus s'est établi au sein des autorités civiles sur ce chapitre.

Mais surtout, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a apporté de fort importantes précisions.

L'existence même d'un enseignement privé distinct de l'enseignement public et collaborant pourtant au service public de l'éducation ne peut plus être remise en cause car elle est garantie constitutionnellement (décision du 23 novembre 1977). Il ne peut donc plus y avoir en France de nationalisation de l'enseignement, sauf à modifier la Constitution.

. Le Conseil constitutionnel a précisé également que non seulement l'aide apportée par l'Etat à l'enseignement privé n'était pas condamnable mais même que l'Etat avait le devoir d'apporter cette aide, indispensable à l'exercice effectif de la liberté de l'enseignement.

. Enfin, le Conseil constitutionnel a encore indiqué que la liberté de l'enseignement l'emportait sur l'autonomie des collectivités locales. Celles-ci, malgré leurs larges pouvoirs, ne peuvent porter atteinte à la liberté de l'enseignement par des mesures locales de différenciation. La liberté de l'enseignement emporte nécessité d'un statut uniforme sur l'ensemble du territoire national.

**LES DROITS DE L'HOMME ET LE REGIME
PARLEMENTAIRE DEMOCRATIQUE**
**Les dispositions de la Constitution Japonaise
et la réalité**

Par
Mamiko UENO
Professeur adjoint à l'Université de Chuo

Avant-Propos

Chapitre I - Les garanties des Droits de l'homme

- 1 - Les principes fondamentaux de la Constitution Japonaise
- 2 - Les dispositions sur les garanties des Droits de l'homme
- 3 - La réalité des garanties des Droits de l'homme

Chapitre II - Le parlementarisme démocratique au Japon

- 1 - La notion du régime parlementaire
- 2 - Le régime parlementaire au Japon
- 3 - La réalité de la place du Président

Conclusion

AVANT-PROPOS

Qu'est-ce que les Japonais doivent apprendre en France ?

Durant ces vingt dernières années, l'économie japonaise a fait des progrès impressionnants. Maintenant, matériellement et technologiquement, les japonais sont très favorisés. Par exemple, le Shinkansen, qui est le T.G.V. des japonais, a une vitesse de pointe de 240 km à l'heure ; cette ligne s'étend à présent sur 1835 kilomètres ; et environ deux milliards de voyageurs l'ont pris sans un seul accident grave.

Pourquoi le Japon s'est-il développé aussi remarquablement ?

D'abord, on doit préciser que le succès du Japon dépend du caractère général des japonais. Ils travaillent très sérieusement. Ils ne marchandent pas leur peine. Ils s'acquittent fidèlement des missions qui leur sont confiées. D'ailleurs, leur sens de la responsabilité est très fort. Peut-être travaillent-ils bien à cause de l'influence du confucianisme, dont la morale est imprégnée des principes d'assiduité et d'harmonie de la société. Actuellement, Singapour, Hong-Kong et Tokyo étant les villes les plus actives dans les pays d'Asie, ont historiquement toutes les trois reçu l'influence du confucianisme.

On compte 120 millions de Japonais, population deux fois plus forte que la population française. L'efficacité de leur travail a engendré des progrès considérables.

Comme un passage du préambule de la Constitution japonaise l'a fort judicieusement affirmé, le Japon doit occuper une place considérable dans le domaine économique. "...Nous, peuple japonais, en maintenant la paix, désirons occuper une place d'honneur dans une société internationale qui fait des efforts pour supprimer pour toujours despotisme, sujétion, oppression et intolérance...".

Mais, en même temps, subsistent de nombreux problèmes surtout dans le domaine politique.

Ce n'est qu'au Japon d'après-guerre, que la notion des droits, les institutions de la démocratie parlementaire et le système d'Etat constitutionnel ont été véritablement adoptés. Cela n'est vieux que de 40 ans tout au plus, en comparaison des 200 ans de la tradition française. L'esprit de la liberté, l'individualisme, les principes républicains en France ne peuvent être qu'une source d'inspiration pour le Japon. Surtout, c'est par l'exemple de la France que les Japonais doivent apprendre ce que devrait être la démocratie et ce que devrait être la garantie des droits.

Par exemple en France, sur la base des notions de liberté et de droit, il y a place pour la volonté de chaque personne indépendante. Mais les Japonais ont plus le respect de l'harmonie de la société que de chaque volonté individuelle.

L'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 donne une admirable définition de la liberté : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". C'est-à-dire, la liberté existe avant la loi. La notion des libertés publiques en France est basée sur l'idée que la promulgation du droit met l'accent sur l'existence des libertés. Au contraire, les Japonais considèrent en général que la loi existe pour contraindre les libertés ou les activités individuelles.

D'ailleurs, les Japonais ne s'intéressent pas aux affaires politiques. Par suite de cette indifférence pour la politique, le taux des votes est toujours très bas. Encore considère-t-on que les affaires politiques sont très spéciales, et que l'autorité seule à l'écart de la nation exécute les politiques.

Je voudrais essayer d'éclaircir ici ce qui manque au Japon, surtout par l'examen des garanties des Droits de l'homme et du régime parlementaire qui a pour but de les assurer. Je dois marquer aussi ici que l'examen des textes constitutionnels n'est pas suffisant pour éclairer la question, et qu'il faut en même temps examiner leur application dans la réalité.

Il semble en effet qu'au Japon, de temps en temps, la réalité s'éloigne des dispositions constitutionnelles.

CHAPITRE I - LES GARANTIES DES DROITS DE L'HOMME

1 - Les principes fondamentaux de la Constitution japonaise

La Constitution japonaise actuelle a été promulguée en 1946 et mise en vigueur depuis le 3 mai 1947. Comme on le sait, le Japon s'est vu imposer une profonde réforme de son système politique pour l'acceptation de la Déclaration de Potsdam, proposée par les puissances alliées victorieuses de la Seconde Guerre Mondiale. Les traits essentiels en ont été tracés dans la Constitution japonaise, préparée à l'initiative des Etats-Unis, membres principaux de ce club des vainqueurs. Trois principes caractérisent cette Constitution : la garantie des Droits de l'homme, le pacifisme et la souveraineté nationale. Le principe le plus important des trois est la garantie des Droits de l'homme ;

par contre, le pacifisme existe comme condition des garanties des Droits de l'homme, et la souveraineté nationale comme moyen de ces garanties.

La garantie des droits fondamentaux érige la Constitution japonaise en droit suprême et lui procure une dimension idéologique universelle. Elle organise la défense et le respect de ses règles par la Cour Suprême, qui contrôle la constitutionnalité des lois du pays et des actes de l'Etat.

Aucun de ces principes ne se trouvait dans la Charte impériale de Meiji promulguée en 1889, qui a doté le Japon d'un système politique centré sur la primauté absolue de l'Empereur (Tennou). Bien sûr, l'idée de la garantie des Droits de l'homme et du citoyen a été introduite des pays avancés de l'Occident au Japon depuis l'époque de Meiji. Mais, cette garantie dans la Charte impériale n'a guère été suffisante, car la nation n'avait d'autre rang que celui de sujet de l'Empereur. La nouvelle Constitution japonaise garantit dans son Chapitre III (article 10 40) les libertés et droits très étendus.

2 - Les dispositions sur les garanties des Droits de l'homme

L'article II de la Constitution japonaise stipule : "La nation ne doit pas être empêchée de jouir de tous les droits fondamentaux. Les droits fondamentaux garantis par cette Constitution sont conférés à la nation actuelle et future comme des droits éternels et inviolables". La même idée se retrouve à l'article 97 : "Les droits fondamentaux garantis à la nation japonaise par cette Constitution, sont les fruits des luttes de l'humanité pour obtenir les libertés depuis longtemps ; ces droits ont survécu à beaucoup d'épreuves et sont confiés à la nation actuelle et future pour être maintenus inviolables pour toujours".

L'expression de "droits inviolables" signifie que la Constitution japonaise a fait sien l'esprit et la tradition de la Révolution française. La garantie constitutionnelle des Droits de l'homme et du citoyen devient le but de la Constitution au Japon, comme en France où cela est expressément affirmé dans le texte et les travaux préparatoires de la Déclaration de 1789, et réaffirmé par le Préambule de l'actuelle Constitution de la Vème République.

En même temps, l'article 13 de la Constitution japonaise affirme qu'à la base de la garantie des droits fondamentaux se trouvent la philosophie individualiste et le principe fondamental de la dignité de l'homme-individu. "Chaque personne du peuple est respectée en tant qu'individu. Les droits fondamentaux de chacun pour la vie, la liberté et la recherche du bonheur sont

respectés comme des droits suprêmes du point de vue législatif et administratif dans la mesure où ils ne portent pas atteinte au bien-être public".

L'affirmation de l'individualisme est aussi interprétée comme l'exclusion du totalitarisme et du militarisme. Parce qu'au Japon, pendant la Guerre Mondiale, et même avant la guerre aussi, l'administration n'a respecté ni la volonté ni le droit de chaque nation. Cette affirmation est fondée sur les faits.

Quant à la restriction des libertés, la Constitution japonaise a recours aux termes de "bien-être public". L'article 12 de la Constitution japonaise stipule que : "Les libertés et droits garantis au peuple par la présente Constitution doivent être maintenus par les efforts constants du peuple lui-même, qui doit s'abstenir d'abuser de ces libertés et droits, et a toujours la responsabilité de les utiliser au service du bien-être public". L'article 13 aussi énonce les rapports entre les droits fondamentaux de l'homme et le bien-être public. Ces droits doivent être la considération suprême du législateur et de l'administration et ne peuvent être restreints que dans la mesure où ils porteraient atteinte au bien-être public.

Toute restriction à ces droits suppose une nécessité fondée, une degré minimum et une modalité raisonnable, suivant d'une manière concrète, l'esprit et la lettre de la Constitution. En fait, quant au contenu de l'expression "bien-être public", il faut indiquer qu'il se présente sous deux aspects. Considérant l'importance de la liberté spirituelle, on pense que les limitations apportées à ces droits doivent être les plus étroites possible et strictement étendues. Au contraire, en ce qui concerne les libertés économiques, comme le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie, on sera moins sévère pour la limitation de ces droits. Cela s'appelle "le standard double" aux Etats-Unis.

En général, l'exercice des droits individuels est restreint dans le souci du maintien de l'ordre social.

L'ordre social concerne la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique, les bonnes moeurs, etc...

Les libertés économiques, elles, sont limitées non seulement du point de vue du maintien de l'ordre social, mais encore en vue de mesures d'actions positives. Dans ce deuxième cas, autrement dit, il s'agit de régler des conflits avec d'autres droits et de nature ou de contrôle du marché. L'article 22 qui pose le principe de la liberté de la profession et de la liberté de déplacement, et l'article 29 qui pose le principe du droit de propriété, affirment ainsi expressément l'existence de limitations de ces droits, l'intérêt du bien public.

3 - La réalité des garanties des Droits de l'homme

Il va sans dire qu'on doit respecter les dispositions de la Constitution. Alors, comment sont-elles appliquées dans la réalité au Japon ? Malheureusement, il semble que ces dispositions soient parfois écartées.

La Constitution définit des droits de divers genres. L'article 28 affirme le droit des travailleurs à organiser des syndicats, à négocier les conditions de travail et à faire grève, sans aucune restriction. Néanmoins, la grève des fonctionnaires est limitée sévèrement en réalité par les lois régissant les fonctionnaires d'Etat ou les collectivités locales.

D'ailleurs, les juges n'estiment pas ces lois inconstitutionnelles.

On trouve le même phénomène quant aux autres droits fondamentaux.

Par exemple, les parents qui ont perdu leur enfant par noyade avaient eu l'intention de poursuivre en justice les voisins, à qui ils avaient confié cet enfant, noyé pendant les quelques instants où les voisins l'avaient quitté des yeux. L'opinion publique a critiqué les parents qui, sortis ensemble, avaient confié l'enfant aux voisins. Enfin les parents ont abandonné l'action à cause des procédés vexatoires subi par eux. Après cette affaire, le Ministère de la Justice a annoncé en public qu'on a le droit de recourir à la justice. C'est-à-dire qu'il a confirmé les dispositions de l'article 12 : "Les droits garantis au peuple par la présente Constitution doivent être maintenus par les efforts constants du peuple lui-même..."

Mais si cette affaire est allée devant la justice, personne ne sait rien du résultat. Parce que, comme les tribunaux sont très prudents, on ne pense pas qu'ils protègent efficacement les Droits de l'homme.

Surtout, on doit insister sur la timidité de la Cour Suprême. J'ai déjà mentionné "le standard double" avec lequel on traite libertés économiques et libertés spirituelles. Les restrictions de la liberté spirituelle comme la liberté d'opinion doivent être étroitement appliquées et on doit assurer cette liberté au maximum, parce qu'elle est très importante pour chaque individu et pour la société démocratique. Cependant, la Cour Suprême a jugé dans un sens contraire, comme le montre l'affaire concernant l'affichage et la liberté de l'opinion (Cour Suprême, 17 juin 1970).

Dans cette affaire, deux personnes qui avaient placardé quatre-vingt quatre affiches souhaitant le succès de la grande réunion pour l'interdiction des bombes atomiques sur des poteaux électriques, ont été accusé d'infraction à l'article 1, n° 33 de la loi du délit. Cette disposition déclare : "Il est interdit de placarder

des affiches déraisonnablement" au point de vue de l'ordre public. Depuis longtemps, on discute beaucoup de l'interprétation du mot "déraisonnablement". Ce terme signifiait-il "sans l'autorisation ou autre chose". Quelques-uns pensaient que cette disposition violait l'article 37 de la Constitution qui énonce le principe général de légalité des délits et des peines.

C'est-à-dire (nulla poena nullum crimen sine lege) et (due process of law).

D'autres critiques ont été faites : l'article 1, n° 33 de la loi du délit viole l'article 21 de la Constitution, parce que la disposition susmentionnée entrave l'affichage qui est un exercice de la liberté d'opinion aussi bien que du droit légitime des travailleurs.

La Cour Suprême estima cependant constitutionnelle ladite disposition de la loi du délit. Elle a considéré que l'objet de ladite disposition était de restreindre l'affichage déraisonnable, pour protéger le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire sur sa maison. Elle a aussi considéré que, même si l'affichage est une sorte de manière d'exprimer la pensée à l'extérieur, on ne peut pas admettre la manière qui viole le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire illégalement. Elle a donc jugé que la restriction inscrite dans cette mesure contre la liberté d'opinion était nécessaire et rationnelle pour maintenir l'ordre public. Finalement, la Cour Suprême a donné la priorité au droit de propriété sur la liberté d'opinion.

On doit ajouter à cette affaire que cette disposition vise en fait non l'affichage de la publicité mais l'affichage politique.

Enfin, au Japon, on ne peut pas encore dire que les Droits de l'homme soient vraiment bien reconnus. Certes, les Droits de l'homme existent dans les dispositions de la Constitution, mais les vies quotidiennes en réalité sont éloignées de ces dispositions.

Je crois qu'en France la réalité est en avance sur les textes juridiques. Au contraire, au Japon, quelle que soit l'excellence des textes qui ont été adoptés, on vit loin de ces textes.

CHAPITRE II - LE PARLEMENTARISME DEMOCRATIQUE AU JAPON

1 - La notion du régime parlementaire

Ensuite, nous examinerons le parlementarisme démocratique en tant que système assurant les Droits de l'homme.

Le régime parlementaire, appelé aussi (gouvernement de cabinet), né en Grande-Bretagne, au sein duquel les pouvoirs publics collaborent et dépendent mutuellement les uns des autres.

Selon l'explication de M. le Professeur Cadoux, "C'est par une collaboration organisée et par des moyens nombreux d'action réciproque entre Parlement et Gouvernement que se réalise l'équilibre ou plus exactement, que sont en principe écartés les dangers d'un déséquilibre trop grand. Le Parlement, organe représentatif de la Nation, contrôle et censure l'action du gouvernement, le dernier mot devant toujours rester au peuple, par la voie du suffrage universel. Ainsi la responsabilité politique de l'Exécutif devant le Parlement et la possibilité de dissolution du Parlement par l'Exécutif sont considérées comme les deux traits décisifs d'un véritable système parlementaire. (Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institutions politiques : les régimes politiques contemporains, Paris, Cujas, 1982, p. 19)".

Tout d'abord, il faut un accord de la volonté nationale avec la volonté parlementaire qui est exprimé par le suffrage universel. C'est le régime semi-représentatif.

Sous la démocratie parlementaire, le Parlement occupe la place principale dans les affaires de l'Etat, pour cette raison l'identité de la volonté souveraine avec la volonté parlementaire représentative est primordiale.

Mais, dans les faits, on trouve entre la volonté nationale et le Parlement, quelques rouages intermédiaires, comme les partis ou les groupes de pressions. D'ailleurs, à mesure que la fonction de l'Etat est élargie, multipliée et diversifiée, le noyau des affaires d'Etat se trouve transféré du Parlement à l'organe exécutif. Par ailleurs, la fonction législative ou la fonction de contrôle de l'administration, qui devrait appartenir au Parlement, décline de plus en plus dans la vie moderne.

2 - Le régime parlementaire au Japon

Au Japon, par la Charte impériale de 1889, premièrement le Parlement impérial est venu au monde japonais, dont une Chambre au moins est élue par le suffrage restreint. Mais c'est loin d'être équitable.

Parce que la Charte impériale est basée sur le principe divin du pouvoir de l'Empereur (Tanno) et refuse donc catégoriquement la souveraineté populaire et la doctrine des droits inaliénables de l'homme. Elle ne parle que de (sujets) au lieu de (peuple). Sous le principe de la souveraineté de l'Empereur, le Parlement a été assujéti au gouvernement impérial qui a été organisé par l'Empereur et la fonction du Parlement a été très limitée ; il n'a été qu'un organe dont le gouvernement peut demander le consentement.

Au contraire, la Constitution japonaise actuelle, basée sur la souveraineté nationale, établit une démocratie parlementaire.

La Constitution japonaise adopte le système souple de la séparation des pouvoirs, chaque organe étatique, Parlement, Cabinet ministériel, tribunaux exerçant respectivement pouvoir législatif, pouvoir administratif, pouvoir judiciaire.

Au bout du compte, l'exercice des pouvoirs doit dépendre de la volonté nationale.

L'article 41 de la Constitution japonaise définit la fonction fondamentale du Parlement dans ces termes "Le Parlement est l'organe suprême des pouvoirs de l'Etat et exerce seul le pouvoir législatif". Ce texte affirme la supériorité du Parlement sur d'autres organes, parce que le Parlement est le seul organe reflétant immédiatement l'opinion publique du fait de son élection.

Le Parlement se compose de deux Chambres : la Chambre des députés (511 sièges) qui s'appelle Shugiin et le Sénat (252 sièges) qui s'appelle Sangiin.

Comme la base du parlementarisme démocratique, la Constitution japonaise fixe les dispositions suivantes.

L'article 21 stipule la liberté d'expression, englobant toutes ses modalités, individuelles et collectives, passives et actives, culturelles et politiques, classiques et modernes. Cette liberté assure le fonctionnement dynamique d'une démocratie libérale, pluraliste et ouverte à toutes les critiques. L'article 15 déclare : "Le peuple a le droit inaliénable de choisir ses représentants et de les révoquer", assurant le suffrage universel et le secret du scrutin. L'article 44 interdit strictement toute discrimination selon la race, la croyance, le sexe, l'état social, l'origine familiale, l'éducation, le bien ou le revenu, quant à l'électorat et aux conditions d'éligibilité. Le droit de vote est donné aux personnes de plus de 20 ans également. L'article 43 prévoit, au niveau national, l'élection directe des membres des deux Chambres. L'article 93, au niveau local, institue l'élection directe de tous les chefs des collectivités départementales et municipales, ainsi que des membres de leurs assemblées.

Quant aux élections à la Chambre des députés, les 511 sièges se répartissent suivant le système dit de "circonscription moyenne" où les candidats luttent pour 3 à 5 sièges dans chaque circonscription : seront élus ceux qui obtiendront la majorité relative au scrutin uninominal à un seul tour.

Les députés sont élus pour quatre ans, mais leur mandat peut être abrégé par l'effet d'une dissolution.

Quant aux élections au Sénat, les 252 sénateurs sont toujours élus au suffrage universel et direct et la moitié en est renouvelable tous les trois ans. La charge du sénateur est d'une durée de six ans. La loi électorale établit deux catégories de circonscriptions pour les élections sénatoriales : la circonscription (nationale) qui concerne tout le pays (100 sièges) et les circonscriptions (locales) qui concernent chaque département (152 sièges). En 1982, une réforme a été réalisée sur l'initiative du Parti Libéral Démocratique (P.L.D.), et qui a introduit le système de la représentation proportionnelle à listes bloquées dans la circonscription nationale et les candidats n'appartenant pas à un parti organisé à l'échelle nationale auront donc désormais une très grande difficulté à être élus au Sénat.

Pour être candidat député, il faut avoir plus de 25 ans, et pour être élu sénateur plus de 30 ans.

Quelles sont les différences entre les deux chambres ? Le système de l'élection, la durée du mandat, l'âge de l'éligibilité sont différents. Autrefois, on considérait le Sénat comme "Chambre de raison", les sénateurs étant supposés plus sages, moins impulsifs que leurs collègues de la Chambre. Mais en fait, la base de l'élection, c'est-à-dire l'électorat, est identique. Il en résulte qu'on ne s'attend à aucune différence entre sénateurs et députés.

Quant aux fonctions du Parlement, la prépondérance de la Chambre des députés est admise, sauf la création d'un tribunal d'exception.

Les fonctions du Parlement sont les suivantes :

a) Initiative de la modification des articles de la Constitution.

b) Législation.

c) Délibérations sur le budget.

d) Délibérations sur les traités internationaux.

e) Election du Premier Ministre (désignation).

f) Création d'un tribunal d'exception (pour le cas où un juge ferait l'objet d'une accusation).

Quant au processus de législation, il est le suivant :

- 1- Projet de loi (par le gouvernement) ou proposition de loi (par les députés ou les sénateurs).
- 2- Intervention.
- 3- Vote et adoption.
- 4- Signature et promulgation.

Après avoir présenté un projet de loi, le Président de Chambre le renvoie à la commission convenable. En général, après l'examen de la commission, le projet est renvoyé à l'Assemblée plénière. Dans la commission, un député chargé de l'initiative de la loi, un ministre compétent ou un commissaire de gouvernement expliquent les motifs du projet ; après le débat, on vote. L'examen dans la commission est plus concret que celui dans l'Assemblée plénière.

Quand un projet de loi a été adopté dans chacune des deux Chambres, il devient une loi. Au Japon, la loi est valablement conclue simplement par son adoption par le Parlement. Une signature de ministre compétent et un contreseing de Premier Ministre ne sont pas des conditions nécessaires. D'ailleurs, le Ministre compétent n'a pas la liberté de refuser la signature. La promulgation par l'Empereur sur la réquisition de la décision du Cabinet qui en est responsable devant le Parlement est purement formelle. La Chambre des députés peut seule proposer une motion de censure contre le gouvernement. L'article 69 de la Constitution stipule : "Le Cabinet sera obligé de donner sa démission collective à moins de la dissolution de la Chambre des députés dans les dix jours, à l'occasion de l'adoption d'une motion de censure ou du rejet d'une question de confiance par la Chambre des députés". Cette disposition affirme la responsabilité ministérielle devant le Parlement. Il faut marquer ici que cette disposition est l'unique disposition sur la dissolution dans la Constitution. C'est-à-dire que, à l'origine, la Constitution n'envisageait que le cas de l'article 69. Mais actuellement, il devient de pratique courante que la dissolution de la Chambre des députés soit à la discrétion de Cabinet. Les doctrines considèrent que la dissolution par décision du Cabinet se borne à deux cas : d'une part, cas de nécessité de demander la volonté nationale, ce recours étant justifié par un problème politique très important et d'autre part, cas de nécessité de former une majorité solide, sans laquelle le Cabinet ne pourra pas exercer sa politique.

Cependant, le dernier cas est très dangereux si le Cabinet en fait un emploi abusif ; ce qui se produit dans la réalité, le Cabinet en use très souvent avec excès.

Enfin, nous abordons la question des liens entre le Parlement et le Cabinet. Les ministres sont responsables solidairement devant le Parlement et ils ne le sont que devant lui.

Le Premier Ministre est élu par les Chambres (article 67). Il est le véritable chef de l'exécutif. Non seulement il nomme ses ministres, mais encore il peut les révoquer sans condition aucune (article 68).

Il est évident que le poste de Premier Ministre dépend de la majorité dans le Parlement. Donc les élections des députés ou sénateurs sont très importantes pour décider de la destinée du pays. Mais au Japon, la majorité penche toujours vers le même parti : le Parti Libéral Démocratique (P.L.D.).

La composition du Parlement est la suivante :

- Shygiin - (le 31 mai 1988)

P.L.D.....	300
P.S.....	86
Kômeito.....	57
P. Démocrate-Socialiste.....	29
P.C.....	27
Divers, non-inscrits.....	5
(vacance.....)	8)
TOTAL.....	512

- Sangiin - (le 25 janvier 1988)

P.L.D.....	144
P.S.....	41
Kômeito.....	23
P. Démocrate-Socialiste.....	12
P.C.....	16
Divers, non-inscrits.....	15
(vacance.....)	1)
TOTAL.....	252

3 - La réalité de la place du Parlement

On pensait comprendre par les articles 41 et suivants, que la Constitution japonaise place le Parlement au centre des affaires d'Etat ; le Parlement devant être à la fois l'organe suprême des pouvoirs de l'Etat et l'organe législatif unique dans l'Etat.

Mais en même temps, la Constitution nous paraît adopter le principe de la séparation des pouvoirs en confiant le pouvoir exécutif au Cabinet ministériel et le pouvoir judiciaire aux tribunaux et, surtout, en ce qui concerne ces derniers, en garantissant l'indépendance des juges et en organisant le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Le Parlement est le seul organe représentatif dans les institutions de l'Etat. Il est vraiment l'expression de la volonté nationale. Donc, d'une part, en ce qui concerne les rapports entre le législatif et l'exécutif, une hiérarchisation qui assure le Parlement dans sa position supérieure vis-à-vis du pouvoir exécutif doit s'établir. D'autre part, bien que la Cour Suprême et d'autres tribunaux tiennent le contrôle de la constitutionnalité, ce système n'a pas pour but de donner une opinion abstraite sur la constitutionnalité d'une loi, mais de procéder à cette recherche concrètement à propos d'un litige précis. Ainsi, quant à l'effet juridique de l'arrêt définitif rendu par la Cour Suprême, une loi déclarée inconstitutionnelle n'est pas annulée ipso facto ; la déclaration d'inconstitutionnalité ne vaut que pour l'affaire en cause. L'attribution du contrôle de la constitutionnalité aux tribunaux est très limitée, car il faut éviter que l'organe judiciaire ne s'arroge le pouvoir de créer une loi nouvelle.

L'importance de la justice constitutionnelle réside dans la complémentarité de la démocratie parlementaire. Par la suprématie de la norme constitutionnelle, la justice constitutionnelle établit et concrétise les garanties des dignités individuelles et des droits des minoritaires ou des faibles.

Alors comment la pratique reflète-t-elle cette philosophie d'un Parlement organe de volonté nationale ? L'année dernière, la privatisation de la Société Nationale des Chemins de Fer Japonais s'est effectuée. Ce processus a montré concrètement la réalité de la place du Parlement. En 1982, la deuxième commission d'enquête administrative extraordinaire (Dai Niji Rinji Gyosei Chyosa Kai) a présenté un rapport, projet pour diviser et privatiser les chemins de fer japonais, afin de remédier à leurs graves problèmes de gestion. Ensuite en 1983, en application de ce rapport, une commission de gestion a été mise en place pour le rétablissement des chemins de fer japonais. En 1985, ladite commission a présenté un rapport en vue de diviser et privatiser définitivement les chemins de fer japonais. A partir de ce rapport, le gouvernement a fait 8 projets de lois et les a présentés au Parlement.

En 1986, au cours de la 107ème séance du Parlement, les lois concernant la réforme des chemins de fer japonais -après une brève délibération- ont été adoptées sans aucune modification.. En mars 1987, la Société Nationale des Chemins de Fer Japonais terminait ainsi son histoire de plus de 114 ans.

Dans le processus de cette réforme, on se rend compte que le rôle effectif du Parlement a été plus effacé que celui prévu par les dispositions de la Constitution. En effet, ce sont les commissions qui ont préparé le cadre fondamental de cette réforme ; de plus, ces commissions sont rattachées à

l'administration. Leurs membres sont choisis en dehors du Parlement, et elles fonctionnent hors contrôle du Parlement. Aujourd'hui, de nombreuses commissions traitent de questions politiques et décident des orientations fondamentales des politiques économiques à la place du Parlement.

Pourquoi ce phénomène s'est-il aujourd'hui accéléré ?

Bien sûr, comme les affaires d'Etat se multiplient, le Parlement ne peut pas répondre à toutes ses missions. Il faut rationaliser le système d'une manière ou d'une autre.

D'ailleurs maintenant, le régime parlementaire n'est pas perçu comme un régime dominé par la relation entre Parlement et Gouvernement. Il est dominé par la relation entre d'une part Gouvernement et majorité, d'autre part la minorité (parti d'opposition).

Au contrôle par le Parlement tout entier de la législation et du gouvernement s'est substitué une législation préparée par le Gouvernement, et adoptée telle quelle par la majorité. L'opposition, quant à elle, ne peut exercer qu'un contrôle minimum sur l'administration. De plus, comme au Japon, il n'y a pas eu d'alternance du pouvoir politique sauf après guerre pendant une très courte période, cette évolution est d'autant plus forte.

Ainsi, c'est seulement quand un problème très important est en cause que le Parlement l'examine, et que la volonté populaire est respectée.

CONCLUSION

Aujourd'hui, beaucoup de problèmes doivent être résolus dans la vie politique du Japon. Ce sont non seulement les problèmes communs à tous les Etats modernes, mais aussi les problèmes propres au Japon. Tout d'abord, il est nécessaire de rendre vie à la politique. En France maintenant, on ne parle partout que de l'élection présidentielle. Au Japon malheureusement, on n'aime pas parler politique. Comme les gens ne s'intéressent pas à la chose, les hommes politiques sont enclins à négliger les garanties des Droits de l'homme comme la recherche d'un meilleur fonctionnement du régime parlementaire. On peut dire que l'on est dans un cercle vicieux.

De surcroît, même si on accroît la participation des citoyens à la vie politique dans le régime actuel, rien ne changera si on laisse les conceptions sociales comme avant.

Il y a là un immense problème à résoudre. Sa solution dépendra de l'intelligence politique et sociale des citoyens japonais.

OUVRAGES CONSULTÉS

- Le droit constitutionnel japonais :
Tadakazu FUKASE et Yoichi HIGUCHI, Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon, une approche comparative, Paris, P.U.F., 1984.
- Le droit constitutionnel japonais (en japonais) :
Sous les directions de Kenji YOKOSAKA, Mamiko UENO et Ken HASEGAWA, Le droit constitutionnel et la vie politique (Kenpo to seiji seikatu), Tokyo, Hokuju syuppan, 1987.
- La vie japonaise :
Sous la direction de Jean-François SABOURET, L'état du Japon, Paris, Editions La Découverte, 1988.
(Le Japon), Pouvoirs, n. 35, novembre 1985.
- Japon Le consensus :
Mythe et réalités, Paris, Economica, 1984.
- La jurisprudence au Japon (en japonais) :
Sous la direction de Nobuyoshi ASIBE, Les cent grandes décisions du droit constitutionnel II (Kenpo hanrei 100 sen), Tokyo, Yuhikaku, 1980.
Sous les directions des Teruya ABE et Masaaki IKEDA, La jurisprudence de droit constitutionnel (Shinpan kenpo hanrei), Tokyo, Yuhikaku, 1987.
- L'administration (en japonais) :
L'administration et les bureaucrates (Kancyo to kanryo), Hougaku séminaire, Tokyo, Nihonhyoron-sya, 1983.



R. R. J. 1989-3
Pages 739 à 753

- II -

ACTUALITES DOCTRINALES

L'OPPOSITION SOUS L'ANCIEN REGIME :

A propos du livre de Roland DUMAS,
Le Peuple assemblé
(Flammarion, 1989, 318 p.)

Présentation par
Norbert ROULAND
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

C. Lévi-Strauss s'est souvent servi de l'exemple de la Révolution française de 1789 pour illustrer la permanence de la fonction mythique dans les sociétés traditionnelles et modernes. Récit des origines, le mythe est utilisé par une société pour se construire, et les interprétations parfois contraires qu'elle en opère reflètent l'état de ses divisions. La Révolution est-elle ou non un bloc, Louis XVI a-t-il été exécuté ou assassiné ? Reposées *ad nauseam*, ces questions le montrent bien. Sur certains points, un quasi-consensus paraît parfois acquis. Ainsi a-t-on beaucoup célébré ces derniers mois les droits de l'homme. Or, ils n'échappent pas plus à l'incertitude des concepts qu'à l'érosion de l'histoire. Celle-ci s'exerce dès l'origine. La déclaration des droits de l'homme de 1789 -manifeste d'une bourgeoisie voltairienne, selon J. Tulard- est solennellement détruite le 5 mai 1793 sur ordre de la Convention qui ne peut lui pardonner d'avoir servi de préambule à une constitution monarchiste. Les Girondins entreprennent d'en confectionner une autre, mais leur chute les empêche de mener leur travail à terme. Vainqueurs du moment, les Montagnards en votent une troisième, qui demeurera tout aussi lettre morte que la Constitution de 1793, à laquelle elle était rattachée. Robespierre passé au rasoir national, les Thermidoriens se mettent au travail, apurant de nouveau les textes précédents. Aujourd'hui encore, dans l'espace-temps du débat politique, les droits des peuples courbent la trajectoire tourmentée des droits de l'homme.

Le récent ouvrage de R. Dumas possède le grand mérite de faire voyager ses lecteurs sur la terre comme au ciel. Entendons par là que, sans éviter d'étudier la période révolutionnaire et ses idéaux -signe de courage en ces temps où la concurrence est grande- l'auteur entreprend d'en faire les fouilles, en dégagant les assises médiévales et celles de l'Ancien Régime. Quels sont ses outils ?

Tout d'abord un style équilibré. Sans avoir la technicité d'une thèse universitaire, l'ouvrage de R. Dumas s'adresse à des lecteurs qui doivent être sinon savants, du moins avertis. Cet équilibre se retrouve dans le choix des architectures qu'il nous dévoile. Le spécialiste des idées politiques y trouvera son comptant. L'historien des institutions, à la lecture d'autres travaux sur la Révolution, est parfois pris de vertige en contemplant le firmament des idéologies, qui ont au moins en commun avec les étoiles de nous donner l'illusion d'éclairer alors qu'elles sont déjà mortes. Il trouvera ici plus de certitudes. R. Dumas analyse avec rigueur les institutions qu'il situe à l'origine des assemblées parlementaires modernes, les Etats Généraux et les Parlements. Signalons, en particulier, l'abondance bienvenue des citations des textes, véritable mine pour les lecteurs... et les professeurs. R. Dumas ne s'efface pas devant eux, mais il les respecte, et c'est déjà beaucoup. De même, l'événement se voit reconnue sa juste place. L'auteur décrit à plusieurs reprises les séances les plus importantes des Etats Généraux et celles des Parlements. Sur la scène des institutions, on voit ainsi évoluer les hommes.

Voici pour la palette, venons-en maintenant au tableau.

R. Dumas entend montrer que les assemblées populaires nées sous et de la Révolution française n'ont pas jailli *ex nihilo*. Pendant plusieurs siècles, le pouvoir royal s'est heurté dans sa propagation à des contre-feux, n'en déplaise à des juristes dont beaucoup se mirent au service de l'absolutisme. Multiples sont ces résistances, qui proviennent, en fin de compte, de la structure sociologique de la société française. Déjà la société et, plus précisément, certains groupes sociaux dont chacun possédait sa stratégie, s'efforçaient de résister à l'Etat. Si les légistes absolutistes répètent avec obstination que la Nation se confond avec la personne du roi, il ne s'agit là que de la traduction juridique d'une volonté politique. En réalité, on en sera d'accord avec R. Dumas, il y a autonomie de la Nation par rapport à la monarchie, et cela bien avant la Révolution. Le roi peut souvent moins que ce à quoi l'exhortent ses légistes. Il est certes soumis aux lois fondamentales du royaume, sorte de constitution coutumière tissée dès le début du Moyen Age. Mais il faut faire état d'un autre trait, rarement cité par les politologues. Bien qu'il en ait eu théoriquement le pouvoir, le roi, pendant très longtemps, n'a modifié qu'avec une infinie prudence le droit privé (le "droit de tous les jours", si l'on préfère), agissant ainsi avec beaucoup plus de retenue que l'Etat contemporain. Il montrait par là beaucoup de sagesse, car il vaut mieux pour tout pouvoir ordonner moins qu'être désobéi. Il y a en fait, dès le XIV^e siècle, partage contractuel des prérogatives de la souveraineté entre le pouvoir royal et des partenaires qu'il suscite

ou doit accepter, souvent trop longtemps. J. Ellul a pu à ce sujet parler de "triomphe du droit" et de "religion de la Charte". Les rédactions officielles (c'est-à-dire sanctionnées par l'autorité royale) des coutumes, inaugurées au XVe siècle, traduisent bien souvent davantage l'influence des notables que les usages des rustiques ; le roi accorde chartes et franchises aux oligarques des cités, transige avec les assemblées d'habitants, reconnaît les privilèges des corporations, doit accepter les alliances que forment entre eux les états. Les états, voici le mot lâché. Les états sont des groupes, classés selon une hiérarchie inégalitaire, qui jouissent d'un ensemble de franchises formant un statut qui a fait l'objet d'une reconnaissance par le pouvoir royal. Ces groupes sont très nombreux : noblesse, clergé, villes, mais aussi les cloîtres, métiers, confréries, hôpitaux, universités, qui constituent autant d'états. On signalera que sont omis de cette liste les paysans, soit l'immense majorité de la population française... Ce sont les Etats dits "Généraux" qu'étudie R. Dumas, assemblée tout d'abord féodale des vassaux du roi, puis, à partir de 1484, de nature plus représentative. En effet, pourront être dès lors représentés aux Etats nobles et clercs possédant fiefs et bénéfices dans les circonscriptions électorales, mais aussi tous les habitants des villes et des campagnes (pourvu qu'ils paient la taille), regroupés dans une catégorie résiduelle dénommée "Tiers Etat". Ces Etats Généraux ne sont pas des assemblées démocratiques : ils ne regroupent que des privilégiés, car les représentants du Tiers Etat, pour la plupart, appartiennent aux élites urbaines, et non à l'immense peuple paysan. Et pourtant, comme le montre excellemment R. Dumas, c'est dans ces assemblées dont son ouvrage fournit à plusieurs reprises de passionnantes descriptions, qu'on peut trouver une des sources de notre système parlementaire actuel. En effet, se servant du levier du consentement à l'impôt, les Etats Généraux tentent d'influencer l'exercice du pouvoir royal, et y parviennent parfois. Cependant, ces essais ne débouchèrent jamais sur un partage constitutionnel du pouvoir. Les Etats Généraux n'étaient pas des assemblées permanentes et, dès 1614, y voyant plus une menace qu'un appui, le pouvoir royal s'abstiendra de les réunir. C'est bien sûr ici de la France qu'il s'agit. Mais l'auteur n'omet pas de nous dire en de fort intéressantes pages (49-50, 63 sq.) que cette irruption des assemblées sur la scène politique est un phénomène européen : l'Angleterre, bien sûr, dont l'exemple est analysé avec soin, mais aussi les *cortes* d'Espagne, les diètes des Allemagnes, les assemblées des républiques italiennes, etc. Il faudrait aussi ajouter que, même si les Etats Généraux ne devinrent qu'en 1789 une assemblée constituante de la Nation, ils furent, avec d'autres institutions, des écoles d'apprentissage de la vie démocratique.

Leur réunion nécessitait l'élection de représentants, la rédaction de doléances (qui sont peut-être les ancêtres de nos programmes politiques), le prononcé de discours : autant de préfigurations de la vie politique moderne.

Le peuple en ses états, le roi en ses conseils. De la formulation politique majeure de la monarchie française, telle que la qualifie R. Dumas (p. 83), il convient donc, à partir de 1614, de mettre entre parenthèses la première affirmation. Les comices en veillesse, la curie les remplacera-t-elle ? Car, comme le souligne l'auteur (p. 100), "*Le Sénat de la nation va se nourrir à la fois de l'absence d'états et du despotisme royal*".

Tribunal judiciaire issu de la cour royale, le Parlement va en effet se prétendre le "Sénat du royaume". *Stricto sensu*, il n'y a pas eu d'état fondé. Le Parlement n'était nullement une juridiction politique, encore moins une assemblée parlementaire au sens actuel du terme, et son droit d'enregistrement n'était à l'origine qu'un contrôle purement technique (et non pas un contrôle de l'opportunité) des ordonnances royales. Mais le 28 juin 1593, dans des circonstances dont R. Dumas souligne à juste titre l'importance historique (p. 85), le roi eut l'imprudance de l'appeler à son secours. Les rapports entre le roi et les Parlements - qui, à la différence des Etats Généraux du royaume, étaient des assemblées quasi-permanentes - furent souvent détestables, au point qu'on les qualifia de querelle du Greffe et de la Couronne. Moins encore que les Etats Généraux, les Parlements ne font figure d'assemblées démocratiques, bien qu'ils se targuent de représenter les intérêts de la Nation. Surtout en province, ils sont constitués de représentants de la vieille noblesse, accrochés becs et ongles à leurs privilèges, qu'ils défendent contre les intendants, agents du pouvoir central, et sont souvent très impopulaires. En fait, jusqu'aux guerres de religion, deux systèmes paraissent concevables (cf. le récent ouvrage d'A. Jouanna, *Le Devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'Etat moderne (1559-1661)* (Paris, Fayard, 1989, 504 p.). Soit la noblesse est considérée comme la meilleure part de la société, dans la tradition féodale. On se situe alors dans un régime de monarchie mixte, où le pouvoir est réparti entre le roi, ses conseils, les Parlements et les Etats Généraux. Soit la noblesse ne tire sa légitimité que du service du roi. On est alors dans un régime de monarchie absolue, où la souveraineté n'appartient qu'au roi, qui résume la Nation en sa personne. Ce fut la seconde conception qui l'emporta. Le sort des armes, et la conversion d'Henri IV au catholicisme vont mettre fin à l'autonomie nobiliaire. Les nobles protestants s'incorporent dans une minorité religieuse dont le statut va aller se détériorant ; la faillite de la Ligue est aussi celle des ultras catholiques. L'absolutisme a alors le champ libre pour plus d'un

siècle. Martelée par le pouvoir royal, la noblesse se défend comme elle le peut, lorsqu'elle ne choisit pas la soumission. L'opposition parlementaire fut peut-être la manifestation la plus dangereuse de son activisme, et cette noblesse porte sa part de responsabilité dans le déclenchement de la Révolution. Sans doute parce qu'elle voulut se servir de la Nation pour défendre des privilèges bien compromis. Mais aussi ne sous-estimons pas l'importance de cette inclination parce que beaucoup de membres de la haute noblesse se croyaient convertis aux idées des Lumières. Il faut, à ce sujet, relire les *Mémoires* d'un repent, le comte de Ségur :

Nous respectons extrêmement les vieux débris d'un antique régime dont nous frondions en riant les moeurs, l'ignorance et les préjugés. Nous nous sentions disposés à suivre avec enthousiasme les doctrines philosophiques que professaient les littérateurs spirituels et hardis. Voltaire entraînait nos esprits, Rousseau touchait nos coeurs, nous sentions un secret plaisir à les voir attaquer un vieil échafaudage qui nous semblait gothique et ridicule. Ainsi quoique ce fussent nos rangs, nos privilèges, les débris de notre ancienne puissance qu'on minait sous nos pas, cette petite guerre nous plaisait. Nous n'en éprouvions pas les atteintes, nous n'en avions que le spectacle. Ce n'était que des combats de plumes et de paroles qui ne nous paraissaient pouvoir faire aucun dommage à la supériorité d'existence dont nous jouissions et qu'une possession de plusieurs siècles nous faisait croire inébranlable... La liberté, quel que fut son langage, nous plaisait par son courage ; l'égalité par sa commodité. On trouve des plaisirs à descendre tant qu'on croit pouvoir remonter dès qu'on veut et, sans prévoyance, nous goûtions tout à la fois les avantages du patriciat, et les douceurs d'une philosophie plébéienne (1).

Le monde de Ségur, celui de la "douceur de vivre" de Talleyrand dont on sait bien que le Bonheur n'était le lot que de quelques-uns, avaient en effet disparu en peu d'années. La rapidité des transformations de l'époque révolutionnaire ne doit pas être pour nous l'occasion d'une illusion d'optique. Le livre de R. Dumas est là pour nous rappeler ce que la Révolution et les Républiques qui lui ont succédé doivent aux luttes menées par des assemblées contre les tentatives autoritaires éprouvées par l'Etat monarchique. Si ces assemblées n'étaient pas populaires, on peut cependant y voir une des sources de notre vie parlementaire moderne. Voici une belle leçon d'histoire.

(1) Ségur, *Mémoires*, cit. par G. Chaussinand-Nogaret, *La noblesse au XVIIIe siècle* (Bruxelles, Complexe, 1984), 15-16.

"RECHERCHE SUR L'INTERPRETATION JURIDIQUE"

Thèse Paris 1988, dactylographiée, 482 pages

Par Yann PACLOT

*Professeur agrégé à la Faculté de Droit d'Angers,
sous la Direction de François TERRE*

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de La Réunion

Yann Paclot établit une comparaison qui nous enchante entre l'interprétation musicale et l'interprétation juridique, rapprochées pour leur recherche commune de l'harmonie. Nous l'aurions volontiers poussée plus loin, et dans une perspective plus historique. L'interprétation musicale a évolué d'un âge de la liberté (qui fut baroque, puis romantique) à un âge de la littéralité (qui est le nôtre). Et nous aurions été enclins à prêter à l'interprétation juridique la progression inverse : n'a-t-elle pas connu d'abord son âge de la littéralité (l'Ecole de l'exégèse) puis son âge de la liberté (la libre recherche scientifique de Gény) ? Le choix de Yann Paclot, qui est de consacrer cette "Recherche sur l'interprétation juridique" menée sous la direction de M. F. Terré, à l'examen du droit positif, nous conduit en tout cas à mieux prendre conscience que nous vivons, si l'on ose dire, un troisième âge. Nous le qualifierons, peut-être, d'"âge de l'éclectisme". En effet toute la thèse de Yann Paclot est de nous montrer une double démarche interprétative à l'oeuvre quotidiennement dans l'application du droit. L'interprétation, nous dit-il, est tantôt déclarative, découverte du sens de l'objet interprété, conforme à l'intention originelle qu'elle soit intention législative ou commune intention des parties ; et tantôt elle se fait constructive, élaboration d'un sens en fonction d'intérêts à satisfaire que l'auteur de l'objet interprété n'eût pas toujours prévus. L'interprétation juridique peut donc être aussi bien, selon les nécessités de la cause, exercice de littéralité, ou exercice de liberté.

Selon les nécessités de la cause, et de l'espèce : car l'interprète du droit qu'observe Yann Paclot, c'est uniquement le juge. Nous aurions pourtant bien aimé en avoir le coeur net : cette évolution que nous prêtons à l'interprétation juridique serait (en nuançant, d'ailleurs), celle de la doctrine. Mais la jurisprudence n'a-t-elle pas été depuis toujours plus ou moins

"éclectique" ? Sans répondre directement, Yann Paclot nous amène à le penser. La dualité de démarche interprétative qu'il décrit apparaît trop naturelle pour n'avoir pas été toujours pratiquée : les interprétations selon la lettre et selon l'esprit étaient déjà distinguées, nous fait-il souvenir, par les juristes romains ; si la thèse de Yann Paclot n'est pas historique, le panorama historique qu'il brosse dans son introduction évoque suffisamment le travail doctrinal d'interprétation pour nous faire penser que le double processus interprétatif a toujours été présent, non seulement au Palais, mais même à l'École (et chez les exégètes : seulement ils n'entendaient pas par l'esprit de la loi tout à fait la même chose que les jurisconsultes de l'époque classique, souligne Yann Paclot) : révisons donc, tout compte fait, nos idées préconçues. Ce n'est pas le moindre mérite de la thèse de Yann Paclot, que de nous y inviter.

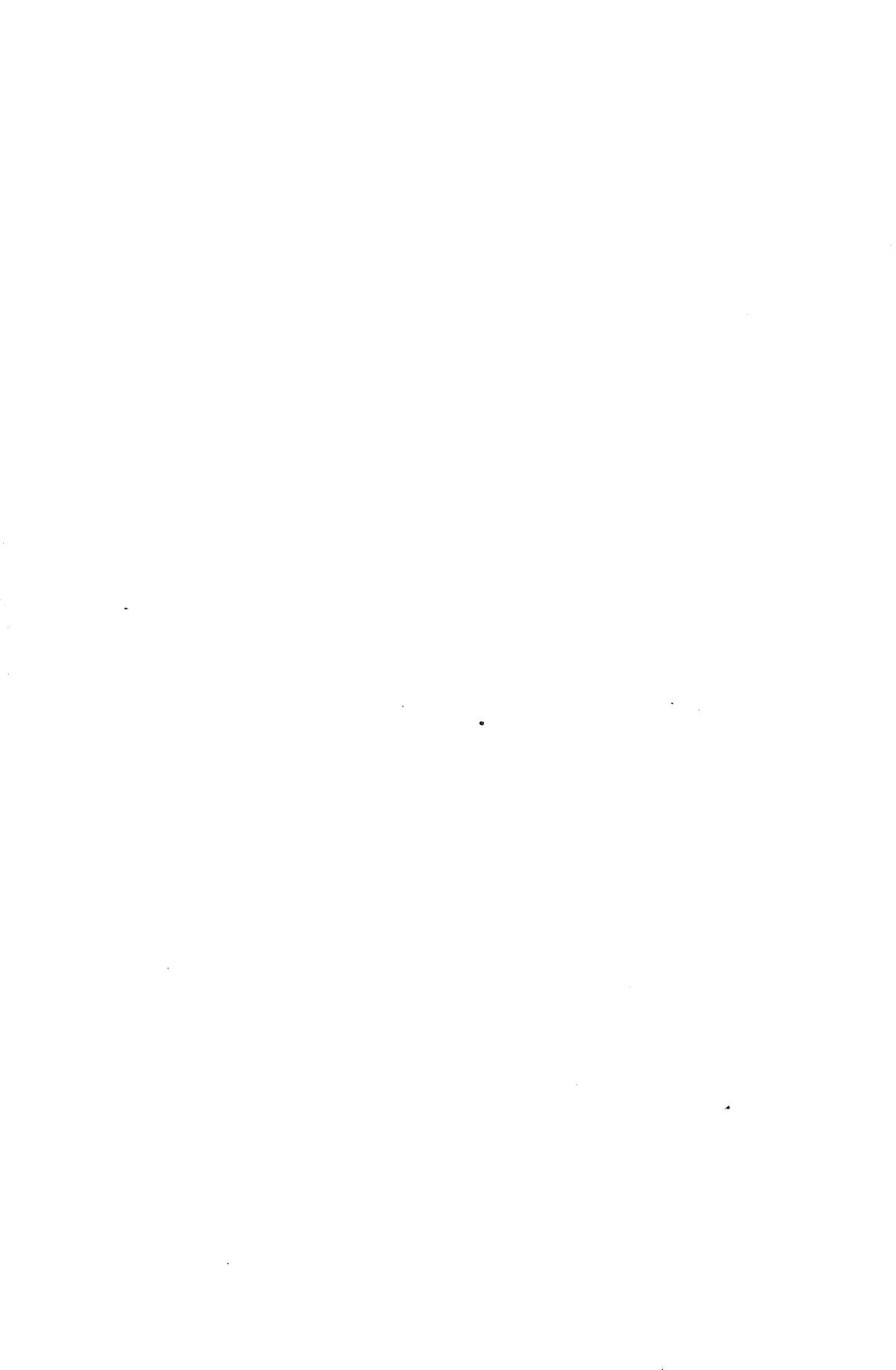
Il nous y conduit aussi sur un autre point. Nous nous demandions s'il était vraiment possible d'étudier de concert l'interprétation du droit (singulièrement, de la loi) et l'interprétation du fait (du contrat, particulièrement). Yann Paclot remonte aux sources, et retrouve dans ce Livre préliminaire qui faillit servir de portique à notre Code civil, des préceptes d'interprétation de la loi assez semblables à ceux que le fameux "guide-âne" des articles 1156 et suivants recense en matière de contrats. Et Yann Paclot démontre avec beaucoup de persuasion que l'interprétation du droit (sa première partie) comme du fait (sa deuxième partie) est toujours déclarative ou constructive. Cela lui permet d'aller plus loin que ses prédécesseurs, au sein d'une bibliographie abondante, ne l'avaient fait. Il dépasse la présentation des méthodes d'interprétation (à laquelle même un Gény s'était arrêté) pour rechercher une notion synthétique de l'interprétation juridique, une théorie de l'interprétation (sa troisième partie). Le propos est ambitieux. Comment est-il tenu ?

Avec finesse, élégance et une remarquable culture. Placée sous le signe d'Hermès, son introduction évoque Plaute (le "Miles Gloriosus" où le mot interprète apparaît pour la première fois) et Platon (le "Menon", notamment, où Socrate dit que chercher c'est se ressouvenir) autant que Domat (tout, décidément, était déjà exposé par ses "lois civiles dans leur ordre naturel"). Au dernier chapitre de sa troisième partie, où il souligne la spécificité de l'interprétation juridique en la comparant avec la traduction, l'interprétation psychanalytique, l'interprétation historique... et l'interprétation musicale, ne manquent, ni la référence attendue à Freud, ni celle plus originale à l'Athalie de Racine.

L'intelligence de l'analyse juridique n'est pas moindre. Sa première partie sur l'interprétation du droit s'attache tout d'abord à l'interprétation de la règle. Yann Paclot n'est pas de ces juristes

de droit privé cantonnés dans leurs matières. Il n'hésite pas à aborder l'interprétation de la Constitution, et du Traité (à travers l'exemple du droit communautaire) avec celle de la loi (à l'occasion de laquelle il complète le tableau historique de son introduction en retraçant la conquête du pouvoir judiciaire d'interprétation depuis 1790, avant de décrire la démarche interprétative du juge judiciaire). Sa plus belle démonstration technique, à notre sens, concerne pourtant l'interprétation du jugement. Car ce n'est pas l'interprétation de la jurisprudence par les "arrêlistes" qui l'intéresse, mais l'interprétation du jugement par le juge lui-même. Et nous avouons que nous n'aurions pas cru possible de réserver, comme il le fait, et de manière éclairante, un chapitre entier d'une thèse de théorie juridique à une question qui tient presque toute dans les trois lignes du lapidaire article 461 du Nouveau Code de procédure civile ! La deuxième partie sur l'interprétation du fait, avec le coup de chapeau prévisible aux articles 1156 à 1164 C. civ. et au contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fond, nous emmène en terrain bien connu, mais en se concentrant sur des exemples habilement choisis et exploités, en particulier l'interprétation du testament et celle du comportement du salarié face à une modification unilatérale de son contrat de travail par l'employeur. Cette deuxième partie a son point d'orgue final avec l'étude de l'interprétation constructive de la volonté, par le biais des présomptions et fictions de volonté en droit contractuel mais aussi en droit judiciaire privé (la jurisprudence sur les clauses attributives et de juridiction et les clauses compromissaires).

La troisième partie, avant de mettre en valeur la spécificité de l'interprétation juridique, dégage la notion d'interprétation juridique à travers ses clauses (expression imparfaite de la pensée, imperfection de la pensée elle-même) et son processus (découverte, mais aussi construction, d'un sens). C'est le moment de belles variations sur les "creux" du droit (selon l'expression de René Savatier), sur ses lacunes (lacunes "intra regulam", avec les notions à contenu variable ou "standards" ; lacunes "axiologiques", avec ses zones où le droit n'est pas vide mais "moins plein" et où il faut s'appuyer sur le droit existant pour construire les solutions manquantes). Mais l'auteur nous suggère cette dernière réflexion : la tâche de l'interprète, n'est-ce pas aussi d'évacuer le "trop plein" du droit, de rendre clair ce qui disparaissait sous les surcharges du palimpseste, et d'être, comme il le dit si bien, "celui par qui le sens se manifeste" ?



SITUATIONS DE FAIT ET DROIT PRIVE

Thèse Paris II, 1988, dactylographiée, deux tomes, 710 pages

par Laurent LEVENEUR

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Caen.

Sous la direction de Michelle GOBERT

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de La Réunion

Il manquait au thème des situations de fait une monographie récente de langue française, permettant d'actualiser ce qui fut, dès 1957, le sujet du tome XI des travaux de l'Association Capitant, et d'un article de M. Noirel à la Revue trimestrielle de droit civil (Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 456 et s.). Il y avait donc place pour une thèse nouvelle, après celle, déjà quelque peu ancienne, de Lamand ("Essai d'une théorie générale des situations de fait en droit privé. Aspects contemporains du conflit du fait et du droit français", Lyon, 1964). Cette place est aujourd'hui prise par le beau travail doctoral de Laurent Leveneur, soutenu sous la direction de Mme M. Gobert. La place est prise : il est juste d'ajouter qu'elle nous paraît l'être de façon définitive.

Avant de lire l'ouvrage de Laurent Leveneur, nous n'avions vu dans le thème de son étude que l'opposition, un peu simple, entre un phénomène croissant d'approbation des situations de fait par le droit (la théorie de l'apparence...) et un phénomène persistant de défaveur (la responsabilité des dirigeants de fait...). Affinant un peu, nous trouvions des degrés dans l'approbation (certaines situations de fait sont non seulement admises mais privilégiées : le droit de rétention...) comme dans la défaveur (il y a un silence du droit sur des situations de fait : le transexualisme, pas encore "officialisé" ; il y a une sanction de situations de fait par le droit : la responsabilité des dirigeants de fait, toujours). Affinant encore, il nous semblait qu'aux situations de fait qui montent vers le droit, répond parfois la situation d'un droit qui dégénère en fait (les relations de fait entre parties subsistant après l'expiration du contrat qui les liait).

Confessons que cette approche nous apparaît maintenant excessivement schématique et que nous lui substituons d'enthousiasme la démarche autrement convaincante, de Laurent Leveneur.

Cette démarche est classique en ses prémisses : la définition des situations de fait retenue par Laurent Leveneur est celle qu'adoptait Roger Houin au cours des Travaux précités de l'Association Capitant : un doublet d'une situation juridiquement réglementée, auquel manque l'une des conditions légales d'accès à la vie du droit (Houin, Rapport général sur les situations de fait, Trav. Ass. Capitant, t. XI, p. 322). Mais on n'avait pas bien perçu, jusqu'à ce que Laurent Leveneur en tire complètement parti, toute la clarté dont cette définition est porteuse : on savait déjà que les situations de fait se distinguent du non-droit cher au Doyen Carbonnier. On découvre, avec davantage de surprise, en quoi certaines situations traditionnellement présentées comme de fait, n'en sont pas au sens ci-dessus rappelé : ainsi de la possession (mais oui ! Le paradoxe n'est qu'apparent, car la possession est plutôt un fait juridique, et ce n'est pas exactement la même chose : la démonstration de Laurent Leveneur est sur ce point un modèle de concision et de limpidité).

Le sujet a, en tout cas, pris de l'ampleur depuis les réflexions menées dans les années soixante. Le fait gagne sur le droit, aujourd'hui plus qu'au temps où René Savatier présentait le phénomène ("Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques", Mél. Ripert, t. I, p. 75 et s.), et la réaction du droit n'est plus seulement jurisprudentielle mais législative. Le mérite de Laurent Leveneur est d'avoir discerné en quoi les situations de fait pouvaient contribuer au bon fonctionnement de l'ordre juridique positif, et d'avoir consacré à cette observation la première partie de son ouvrage, alors que les situations de fait pouvaient surtout sembler jouer les trouble-fêtes. Il ne méconnaît pas pour autant, mais dans une seconde partie, leur rôle perturbateur de l'ordre juridique positif.

La première partie de la thèse ne manque ni d'un tranquille courage (il en fallait pour s'attaquer à nouveau à l'incontournable, mais passablement rebattue, théorie de l'apparence), ni d'une assez exceptionnelle maîtrise de la pure technique juridique (l'auteur se promène littéralement à travers les méandres de la pourtant austère tutelle de fait). Laurent Leveneur montre que la prise en considération des situations de fait permet tantôt de renforcer l'efficacité des règles applicables aux situations de droit (tutelle de fait, direction de fait), tantôt de les nuancer d'une nécessaire souplesse (apparence, situation de fait résultant de l'annulation d'un acte). Le rapprochement de la tutelle de fait et de la direction de fait d'une entreprise, de prime abord inattendu (nous aurions d'instinct plutôt rangé le dirigeant de fait parmi les trublions de la seconde partie) se justifie dans la mesure où, comme le souligne Laurent Leveneur, il s'agit toujours

d'appliquer à une personne les effets négatifs qu'elle supporterait si elle était dans la situation de droit correspondante (obligations tutélaires, pour le tuteur de fait ; comblement de l'insuffisance d'actif, notamment, pour le dirigeant de fait). On serait tenté ici, se séparant de l'auteur, de rechercher à ces situations de communs effets positifs, à travers l'idée de protection. Mais à la réflexion, c'est Laurent Leveneur qui a raison, car l'idée de protection appréhende mal la direction de fait (protection de qui : l'entreprise, ou/et les tiers ?).

Après ces situations où force reste au droit, l'auteur examine celle où le droit, face aux situations de fait, concède de la souplesse, fait patte de velours pourrait-on dire. Laurent Leveneur évoque bien entendu la théorie de l'apparence, qui permet aux tiers d'invoquer les droits qui découleraient de la réalité si elle avait été conforme à l'apparence trompeuse. Mais il analyse également la situation de fait que laisse subsister l'annulation de certains actes (mariage annulé, société de fait, relation de travail de fait surtout qui est l'occasion d'un morceau de choix), pour montrer comment le droit consent des retouches à la rétroactivité de la nullité.

L'auteur en vient alors aux situations juridiques fauteuses de trouble : la séparation de fait, la société créée de fait, et ce concubinage qu'il dénomme "mariage de fait". Plus encore que sur la théorie de l'apparence, le lecteur l'attend là. L'attente n'est pas déçue. Le constat des années soixante, celui d'une vitalité de la jurisprudence dans l'adaptation du droit au fait, en regard d'une législation restant sur la réserve, était devenu un lieu commun, et probablement un mythe. Laurent Leveneur en prend le contrepied et soutient que c'est le législateur lui-même qui perturbe l'ordre juridique positif, et que le juge (devenu, dirait-on, plus royaliste que le roi ?) se refuse à amplifier cette perturbation. On ne peut, ayant suivi la démonstration, que partager la présentation proposée par l'auteur.

Quel jugement de valeur le droit positif mérite-t-il ? On s'engage là dans le fourré des opinions. Certaines barrières jurisprudentielles nous paraissent indispensables (le refus d'effets juridiques au concubinage homosexuel par exemple), d'autres moins (Laurent Leveneur tient pour le maintien de la prohibition des pactes de séparation amiable, quoique avec des tempéraments ; nous y avons quant à nous toujours vu une belle hypocrisie).

L'important, on l'aura compris, n'est pas là, mais bien plutôt dans les qualités, brillantes, de cette thèse sur "situations de fait et droit privé".



— Droit civil

- Françoise RINGEL, « Le consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe »
- Olivier LALIGANT, « Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur »

— Libertés et Droits de l'Homme

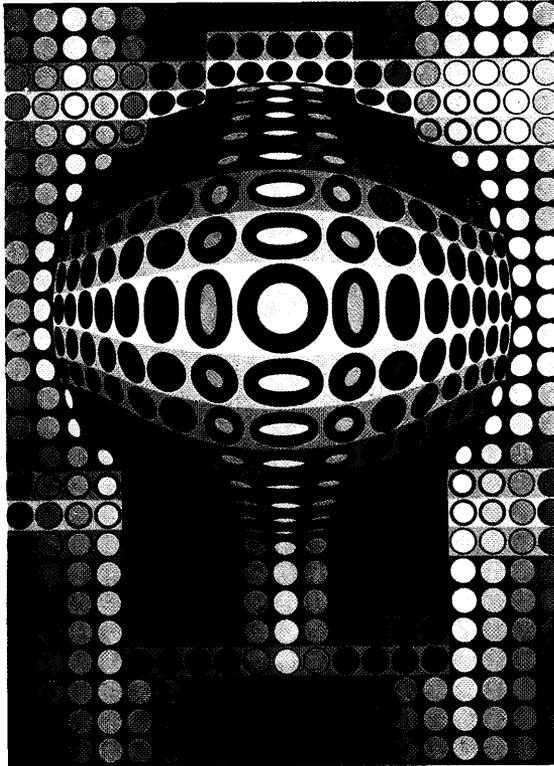
- Anne ENSMINGER, « Un refrain des rues et des lois : les disques privés de stationnement interdit »
- Jean-Claude RICCI, « Laïcité, vieux débat ou question nouvelle ? Les rapports Eglise-Etat en France »
- « Mamiko UENO, « Les Droits de l'Homme et le régime parlementaire démocratique - Les dispositions de la Constitution japonaise et la réalité »

II - Actualités doctrinales

- Roland DUMAS, « L'opposition sous l'Ancien Régime »
Présentation par Norbert ROULAND.
- Yann PACLOT, « Recherche sur l'interprétation juridique »
Présentation Emmanuel PUTMAN.
- Laurent LEVENEUR, « Situations de fait et droit privé »
Présentation Emmanuel PUTMAN

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 4

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS
DANS LES TEXTES LÉGISLATIFS

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1989 - 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
1989-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIV - 39 (14ème année - 39e numéro)
(4 Numéros par an)

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

COMITE DE PATRONAGE

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

-_-_*-*

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

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

COMITE SCIENTIFIQUE

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

EQUIPE DE REDACTION

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1989

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 280 F

Abonnement étranger : 340 F
Numéro (France) : 100 F

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

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE

12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

CAHIERS DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 4 -

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

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

<i>Avant-Propos</i> , par J.-L. BERGEL.....	765
- M. Alain DELCAMP, Présentation et Commentaire du travail effectué par les services des Commissions du Sénat sur Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs	767
- M. Jean Paul RICHARD, Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs	785
- M. Charles-Albert MORAND, Les objectifs de la législation : Approches diversifiées et complémentaires	853
- M. Emmanuel PUTMAN et Melle Catherine PRIETO, Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs	879
- M. Jean-Yves CHEROT, Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité des lois en France (Note sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel)	895
- M. Jean FRAYSSINET, L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés	903
- M. Gérard FOUILLOUX, Les formulations d'objectifs dans la Convention de Chicago	919
- Melle Françoise GRIVART de KERSTRAT, Les formulations d'objectifs et l'interprétation de la loi en Angleterre	961
- M. Jean-Louis BERGEL, Essai de synthèse	975
- ANNEXES	
+ Compte-rendus des réunions de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille	985
+ Textes divers ayant fait l'objet de discussions particulières lors des travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique ...	1009



AVANT - PROPOS

Par

Jean Louis BERGEL

Ce nouveau "Cahier de Méthodologie Juridique" est consacré à l'étude des "formulations d'objectifs dans les textes législatifs". Il est le fruit d'une collaboration passionnante et féconde de l'administration et des services législatifs du Sénat et de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille. Cette recherche, poursuivie pendant près de deux ans, avait pour objet d'analyser et d'apprécier un procédé de technique législative quelque peu insolite dans le processus normatif classique mais qui semble se développer de nos jours, en particulier dans certaines matières.

La normativité n'est pas uniforme : elle s'exprime à des degrés divers de précision et de contrainte que toute une palette d'outils de régulation juridique peuvent façonner. Les formulations d'objectifs procèdent du concept de "soft law", bien connu des internationalistes mais peu étudié en droit interne, encore que les "standards" qu'on y rencontre couramment (v° Cahier de Méthodologie n° 3) en soient une illustration flagrante.

Leurs inconvénients ou leurs mérites sont controversés comme l'ont montré les réponses que diverses hautes autorités parlementaires, juridictionnelles ou administratives ont bien voulu faire à un questionnaire qui leur avait été adressé. Ces discussions montrent l'intérêt qui s'attache à ce problème de méthodologie législative dont se préoccupent actuellement des juristes de nombreux pays, même anglo-saxons.

Mais la principale difficulté rencontrée au sein de l'Atelier fut celle d'une définition de l'objet de cette étude. En définitive, par "formulations d'objectifs", il faut entendre les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique, exprimées dans les textes de lois, même s'il ne s'agit que de déclarations d'intention très générales n'ayant

pas d'effet matériellement normatif. On a pris pour critère le fait que ces déclarations d'objectifs soient incluses dans des articles de lois, à l'exclusion des exposés des motifs et des intitulés.

Le recensement effectué par les services du Sénat s'est étendu à une dizaine d'années en certaines matières et à une période plus courte pour d'autres. Une étude exhaustive a été réalisée sur les lois adoptées en 1979, 1982 et 1987. L'analyse de textes particulièrement topiques et des problèmes de méthode, d'expression, de typologie, d'efficacité... de ces formulations d'objectifs a permis d'en apprécier l'origine, les fonctions et les effets.

Cet ouvrage reproduit les travaux des services du Sénat et des séances de l'Atelier de Méthodologie Juridique. Il comporte aussi des contributions plus spécifiques sur des aspects essentiels de l'usage des formulations d'objectifs dans les textes de lois. Il a pour but de dégager plus clairement les formes, le rôle, les avantages et les limites de ce procédé quelque peu empirique de la méthodologie législative contemporaine.

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre satisfaction devant une telle convergence d'intérêt et d'efforts des services législatifs et de l'Université et de remercier chaleureusement tous ceux qui ont bien voulu contribuer aussi utilement à cette réflexion qui, si elle ne peut prétendre à l'exhaustivité et si elle laisse certaines des multiples questions posées encore sans réponse, a le mérite d'avoir nimbé de quelques rayons lumineux une importante zone de pénombre de l'action législative...

PRESENTATION ET COMMENTAIRE DU TRAVAIL EFFECTUE PAR LES SERVICES DES COMMISSIONS DU SENAT

SUR

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS (1)

Par

Alain DELCAMP
Directeur de Service au Sénat

I - LA DEFINITION DE L'OBJET ET DU CHAMP DE LA RECHERCHE

L'objet, le lieu et le but de la recherche sont ceux qui ont été définis par M. le Professeur Bergel dans sa lettre à M. Retournard, Directeur Général des Services législatifs du Sénat du 14 mars 1988, complétée par l'entretien téléphonique avec M. Jean-Paul Richard, Administrateur au Service des Commissions. Cet entretien téléphonique a donné lieu à une note en date du 9 mai 1988 relative aux formulations d'objectifs dans les textes législatifs.

L'objet de la recherche peut être ainsi résumé : il s'agit de dénombrer les déclarations d'objectifs contenues dans les lois (et non pas seulement les projets). Le mot déclaration a été par la suite remplacé par le mot formulation.

Ces déclarations doivent avoir un caractère "*finaliste*" (donc exprimant un but à atteindre ou au moins une "*intention*").

Elles doivent poursuivre un but de "*politique juridique*".

(1) On trouvera ci-dessous le détail dans le travail de synthèse réalisé par M. Jean-Paul Richard, Administrateur au Service des Commissions, à partir des réponses à un questionnaire établi par ses soins et reproduit en annexe du présent texte.

Elles peuvent ne pas avoir nécessairement un caractère *matériellement* normatif.

Le lieu de la recherche consiste dans les textes de loi ou seulement certains de leurs articles ayant "une nature et une portée *normative*". Sont donc exclus les préambules, les exposés des motifs, les titres.

Il convient de noter toutefois qu'un problème s'est posé au vu de la pratique législative : les lois ne formulent pas toujours leurs objectifs de façon claire et liminaire. Il arrive très souvent qu'elles le fassent à l'occasion de la création d'un organisme particulier. C'est alors dans les missions attribuées à l'organisme concerné que peuvent être décelés les objectifs de la loi. Ceci explique que dans l'étude réalisée par les services du Sénat se trouvent de nombreuses formulations d'objectifs qui ne concernent, apparemment, que de manière indirecte la recherche poursuivie par l'atelier de méthodologie juridique.

Le **but final** de la recherche est de savoir si l'insertion d'une déclaration d'objectif dans une loi correspond à une *volonté délibérée du législateur*.

S'il s'agit d'une volonté délibérée, il conviendrait de savoir si le but poursuivi a été d'encadrer le juge ou la pratique, ou de répondre simplement à des raisons politiques, philosophiques ou idéologiques.

Enfin, il pourrait être intéressant d'examiner ce que peuvent être les effets de telles déclarations d'objectifs au regard de la pratique administrative et surtout de la jurisprudence.

II - METHODE SUIVIE

La méthode adoptée par les services du Sénat a été essentiellement empirique. Elle a fait appel à la mémoire des administrateurs plus qu'au dépouillement systématique.

Tout a débuté par la rédaction d'un questionnaire inspiré des finalités de l'étude telles qu'elles avaient été exprimées dans la lettre du 14 mars puis précisées lors de conversations ultérieures. On remarquera que ce questionnaire fait très souvent appel à l'appréciation des rédacteurs et dépasse à beaucoup d'égards les objectifs initiaux au risque peut-être de les infléchir.

La démarche a abouti à des résultats variables suivant les secteurs et les commissions.

On ne s'étonnera pas que les textes les plus nombreux aient été examinés par la commission des Lois, ce qui explique qu'en proportion le nombre de textes à formulation d'objectifs puisse paraître plus faible dans les domaines plus traditionnellement législatifs ou concernant les droits fondamentaux ou classiques.

Un travail très important a également été fait par les commissions des affaires sociales (2) et des affaires économiques d'où il ressort que la plupart des grands textes qui leur ont été soumis contiennent des déclarations d'objectifs. Cela ne saurait surprendre puisqu'il s'agit de domaines qui ne relèvent pas à proprement parler du domaine législatif et, en tout cas, et sauf exception, certainement pas de domaines dans lesquels le législateur est habilité à fixer des règles.

Cette première constatation amène à penser que la technique des déclarations d'objectifs *est plus fréquemment employée dans des domaines d'expansion récente du droit.*

III - FORMULATION D'OBJECTIFS ET MATIERES

A l'inverse, le droit financier, plus strictement enserré dans sa procédure d'élaboration par l'ordonnance organique relative aux lois de finances, paraît, par nature, devoir échapper à de telles formulations.

La synthèse des réponses au questionnaire s'attarde sur l'exemple particulier *de l'éducation.*

Celui-ci répond au critère d'une matière pour laquelle le législateur doit s'en tenir aux principes fondamentaux -sauf, bien entendu, lorsqu'il s'agit de définir l'exercice du droit à l'éducation conçu comme une liberté publique- mais d'autres raisons peuvent être trouvées.

L'organisation de l'éducation se prête mal, par nature, à l'insertion dans un texte réellement normatif, pour quatre raisons au moins :

- l'idée de la liberté de l'enseignant qui interdit qu'il ne soit enserré dans un carcan trop précis, tout au moins par une autorité à laquelle il ne serait pas partie prenante ;
- le caractère complexe et nécessairement détaillé du "programme" ;
- le caractère très évolutif de la matière ;
- l'idée enfin que les lois sur l'éducation sont davantage des lois d'intention que d'organisation véritable. L'exemple de la loi sur les enseignements artistiques est particulièrement significatif d'un état d'esprit qui entend reconnaître solennellement l'utilité d'un tel enseignement plus qu'elle ne peut l'organiser.

Cette tentation de recours à des déclarations d'objectifs aurait pu se développer tout particulièrement, dans un pays volontiers porté au "déclamatoire", à l'occasion d'une alternance politique.

(2) Celle-ci procédant à un dépouillement exhaustif sur 10 ans.

En fait, si l'on se réfère à quelques débats très significatifs tels que celui des nationalisations, il n'en a rien été. Tout s'est passé comme si le débat idéologique particulièrement fourni qui s'était développé avant ou pendant le débat avait rendu inutile l'insertion du but poursuivi dans le texte normatif.

La déclaration d'objectif n'est intervenue que lorsqu'il s'est agi d'introduire un nouveau droit tel que le droit au transport. La loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs en a constitué un exemple particulièrement significatif.

Les paragraphes III (formulation d'objectifs et présentation dans la loi) et IV (Typologie des formulations d'objectifs) n'appellent pas d'observation particulière.

La réponse à la première question (point III) me paraît assez claire. La formulation d'objectifs figure le plus souvent en tête du texte et elle en explicite l'intitulé.

La réponse à la deuxième préoccupation (point IV) est plus incertaine. Le moins qui, me semble-t-il, se dégage le plus clairement est le recours croissant à des locutions à caractère finaliste. Celles-ci poursuivent apparemment autant un objectif d'explication de l'intention du législateur (elles sont autant de *justifications*) qu'un objectif d'orientation. La déclaration d'objectifs apparaît ainsi comme *un moyen de compenser l'impossibilité croissante du droit positif à saisir une réalité mouvante et incertaine*. C'est aussi une manière pour le législateur d'excuser par avance soit l'inexacte adaptation soit l'inefficacité relative des dispositions proposées. On ne saurait s'étonner dans ces conditions que les déclarations d'objectifs soient le plus souvent d'origine gouvernementale.

Cela ne signifie nullement que les assemblées ne participent pas, elles aussi, à l'introduction dans les lois de déclarations d'objectifs mais leur tendance naturelle, surtout en ce qui concerne leurs commissions des Lois, est de dénoncer ce qu'elles considèrent comme une décadence de la loi. C'est ainsi que reviennent assez souvent les mots de "littérature" pour qualifier certaines déclarations d'intention. Tel a été le cas tout récemment à propos de l'article premier du projet de loi relatif à l'adaptation de l'entreprise agricole à son environnement économique et social débattu au Sénat le 17 novembre 1988 (3).

(3) Cf. annexes à la présente note. Le prochain débat sur le projet de loi visant à la mise en oeuvre du droit au logement (n° 982 Assemblée Nationale du 8 novembre 1988) fournira sans doute l'occasion de nouvelles observations. On notera cependant que le Gouvernement s'est abstenu dans le projet initial de tout article d'intention liminaire alors même que le titre de son projet pouvait l'inciter à en faire figurer un.

- EXAMEN CRITIQUE DES ANNEXES ET TENTATIVE DE ASSEMENT

Si l'on observe un à un les exemples donnés, on est conduit à s'interroger sur leur homogénéité. Si la plus grande part répond effectivement sur le plan formel, à des formulations objectives, celles-ci ne sauraient recevoir la même valeur. Une autorité seulement répond strictement au champ défini pour la présente étude.

Le fait d'exprimer un but ne signifie pas nécessairement qu'on est en présence d'une formulation d'objectifs ; des exemples peuvent en être trouvés dans les articles cités. Tel est le cas de l'article 84 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 qui définit les tâches du comité national de la formation professionnelle : comme cela devient de plus en plus fréquent, le législateur impose dans cet article d'explicitier l'esprit dans lequel il crée la nouvelle institution. Celle-ci reçoit ainsi, à défaut d'une mission précise, une mission globale sur la manière dont elle doit agir.

Par la même occasion, le législateur donne une directive au pouvoir réglementaire.

Dans d'autres domaines, il paraît difficile de distinguer une formulation d'objectif et édicition de norme.

Tel est le cas de l'article 2 de la loi n° 83-3 du 7 janvier 1983.

Lorsque le législateur pose en principe que les transferts de compétences ne peuvent autoriser l'une des collectivités territoriales à "établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit", sur une autre, c'est une véritable règle qu'il formule. Au plus, peut-on noter qu'il le fait sous une forme qui n'a rien de nouveau, sans doute, la concision du code civil à son origine.

On ne peut pas dire non plus qu'il s'agit à proprement parler d'une formulation d'objectifs lorsque le législateur énonce un nouveau droit, même si cette énonciation solennelle n'a pour fonction que de dissimuler l'incapacité à le réaliser effectivement : "le droit à l'habitat est un droit fondamental" (article premier de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs). L'alinéa suivant explicite le contenu de ce nouveau droit et les moyens de le réaliser. Quant au troisième alinéa, il a pour but de définir le contenu de rapports que le législateur entend voir s'instaurer entre les bailleurs et les locataires. La notion d'"équilibre" peut, certes, être interprétée comme un objectif fixé par le législateur mais pourquoi ne pas y voir plutôt un "standard" destiné à guider l'appréciation des commissions de conciliation puis du juge civil ?

La formulation d'objectifs proprement dite

L'expression de formulation d'objectifs proprement dite doit être réservée aux formulations qui figurent, de plus en plus souvent, en tête des projets de loi.

On ne peut en soi critiquer l'effort d'explicitation que produit cette nouvelle méthode même si elle démontre à l'évidence une certaine incapacité à rédiger des lois suffisamment simples et claires pour être comprises sans "mode d'emploi".

La formulation d'objectifs constitue l'une des manifestations de cette fonction nouvelle de la législation qui a été qualifiée d'"affichage". A travers son projet, le Gouvernement précise ses intentions et leur confère une certaine solennité.

Peu à peu toutefois, ces formulations ont tendance à passer dans l'ordre normatif, soit qu'elles inspirent le juge de droit, plus directement que ne le faisaient par le passé les travaux préparatoires -et cela constitue sans doute un progrès-, soit qu'elles servent de plus en plus de point d'appui à un contrôle constitutionnel qui s'efforce de mesurer l'adaptation des moyens mis en oeuvre aux finalités affichées.

La formulation d'objectifs se distingue à cet égard du simple bavardage ou de l'affirmation purement descriptive (4).

Une des pistes de recherches pourrait consister, plus que dans une critique de la formulation d'objectif en elle-même, dans l'étude de l'articulation rationnelle entre l'intention affichée et le dispositif de la loi.

Une deuxième catégorie de dispositions à contenu finalisé pourrait être constituée par l'énumération des missions confiées par le législateur aux organismes ou institutions qu'il crée.

C'est à cette deuxième catégorie que l'on pourrait rattacher la plupart des exemples cités : comité national de la formation professionnelle déjà mentionné, sociétés d'économie mixte locale, fonctions du conseil régional d'outre-mer, agence de développement rural et d'établissement foncier de la Nouvelle-Calédonie, etc...

Le mot "mission" lui-même figure assez souvent pour annoncer ces dispositions à contenu finalisé. La formulation d'objectifs est alors une manière de formuler la compétence de l'organisme.

A cet égard, la formulation d'objectifs apparaît comme une des formes contemporaines de l'évolution du droit. Elle n'est pas seulement une facilité, elle est l'une des formes nécessaires pour un législateur qui renonce à la voie classique du commandement ou de l'interdit pour confier à une autorité, dépendante ou non, la gestion d'un secteur, voire l'édiction de normes.

Une troisième catégorie s'apparente à une définition : fonction du service public pénitentiaire, formation professionnelle continue des artisans, objet des arts plastiques, fonction des mandats professionnels. La formulation d'objectif devient une simple explicative : art. 35 de la loi montagne.

Une quatrième catégorie nous paraît constituer une division des standards et, à ce titre, constitue autant de recommandations pour le juge et le pouvoir réglementaire qui se contentent de confier le choix des moyens nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi :

Article 19 de la loi d'orientation agricole. L'harmonisation des normes avec les autres secteurs doit se faire "de manière à leur assurer (aux salariés agricoles) une protection équivalente, en tenant compte, en ce qui concerne en particulier les dispositions relatives au temps de travail, de la spécificité du secteur agricole" ;

Article 14 de la loi de 1983 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cet article mentionne des "mesures qui, au seul bénéfice des femmes, visent à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes en matière de formation" ;

Article 5 de la loi de 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse qui définit un but : permettre à la femme de garder son enfant.

Enfin, on notera pour mémoire que la multiplication de formulations à contenu finalisé traduit bien souvent, il est vrai, un certain affaiblissement du langage, qui voit le remplacement du temps normal du droit qui est l'indicatif par des futurs, ou la multiplication d'expressions dérivées des verbes devoir ou pouvoir pour tout simplement, traduisant des hésitations ou des tendances : en sorte, tendre à, s'efforcer de.

ANNEXES

Lettre de M. le Professeur Bergel à M. Retournard en date du
mars 1988.

Note émanant du service des commissions du Sénat en date du
mai 1988 relative aux formulations d'objectifs dans les textes
legislatifs.

Article premier de l'examen des articles du rapport n° 75
(1988-1989) fait au nom de la commission des Affaires
économiques et du plan du Sénat, sur le projet de loi relatif à
l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement
économique et social, par M. Jean Arthuis, sénateur.

Journal Officiel - Débats Sénat - Séance du 17 novembre 1988,
1205.

Ministère de Droit et de
Justice Politique
Centre de Méthodologie Juridique

Directeur Général des Services
Monsieur F. RETOURNARD
Législatifs - SENAT

Monsieur le Directeur,

L'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille travaille pour la deuxième année consécutive sur ces problèmes concernant la méthodologie législative.

Il a d'abord consacré ses travaux, pendant deux ans, aux définitions dans les textes législatifs et réglementaires et a publié dans deux volumes des "Cahiers de Méthodologie Juridique" les résultats de ses réflexions et les actes du colloque tenu à Aix sur ce thème, en septembre 1987.

Cette année, il s'intéresse au problème des "déclarations d'objectifs dans les textes législatifs".

Nous entendons par là des déclarations d'objectifs (et non simplement des préambules), de caractère finaliste, poursuivant un but de "politique juridique", insérées dans des textes de loi (et non dans les préambules, les exposés des motifs ou les titres), des articles, ayant une nature et une portée normative.

Nous serions très heureux de connaître votre sentiment sur ce problème. Si dans un texte de loi poursuit un ou des objectifs, on constate que ces objectifs ne sont pas mis en évidence de la même manière dans tous les textes. Dans certains cas, ils sont énoncés dans les préambules ou diffus dans la loi. Dans d'autres, ils sont formellement exprimés dans le corps même de la loi.

Nous recherchons, et c'est délibérément, que le législateur exprime les intentions d'objectifs, si c'est pour encadrer le juge et la pratique, si c'est pour des raisons politiques, philosophiques ou idéologiques.

Nous nous demandons également si, au moins dans certaines circonstances, certains types de textes et en certaines matières, il arrive que le législateur fasse une déclaration délibérée de toute déclaration d'objectif dans les dispositions législatives.

Enfin, nous nous posons des questions sur la portée des déclarations d'objectifs incluses dans les textes législatifs :

En particulier :

Quels sont les effets qui s'attachent à l'existence de déclarations d'objectifs ?

La jurisprudence les applique-t-elle directement ?

Les utilise-t-elle pour guider l'interprétation des textes ? Ces déclarations d'objectifs ne risquent-elles pas d'avoir des effets pervers en orientant des interprétations contraires aux vœux du législateur ?

Quelles sont les difficultés et les risques inhérent à l'expression de ses intentions d'objectifs par le législateur ?

Je me permet de faire appel à vos réflexions et votre expérience sur l'utilité ou l'inutilité, l'opportunité ou l'inopportunité, les finalités, les modalités de l'usage de ces déclarations d'objectif, la place et la forme qui devraient véritablement être les leurs dans les textes...

Je vous remercie par avance des éléments que vous voudrez bien apporter à notre recherche et qui seront pour nos travaux de la plus haute importance.

Je vous prie de croire, Monsieur le Directeur, à l'expression de toute ma reconnaissance et de mes sentiments bien cordialement dévoués.

Paris, le 9 mai 1988

NOTE RELATIVE AUX FORMULATIONS D'OBJECTIFS
DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Par "formulations d'objectifs", expression substituée à celle initialement utilisée de "déclarations d'objectifs", il faut entendre les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique, exprimées dans les textes des lois.

Plus précisément, les objectifs sont à distinguer de l'objet de la loi. L'idée d'objectif recouvre une ou plusieurs finalités. Par exemple, l'objet de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 est l'introduction de nouvelles procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises ; en ce qui concerne les objectifs de cette loi, l'article premier en formule ainsi : "Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à assurer la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'arrêt du passif" ;

On retiendra les formulations d'objectifs qu'elles aient ou non un caractère purement normatif. Elles peuvent n'être que des déclarations d'intention très générales. Leur normalité matérielle, c'est-à-dire leur force obligatoire notamment à l'égard du juge, peut donc être très variable et n'est pas toujours évidente. Cependant, on notera que le juge judiciaire, parfois, interprète et applique des objectifs très imprécisément formulés ;

On retiendra les objectifs généraux comme des objectifs particuliers ; les lois précisent fréquemment les objectifs des institutions ou des organismes qu'elles créent.

Dans le cadre de la présente étude, on ne retiendra ces formulations d'objectifs que lorsque la création de l'institution ou de l'organisme est l'objet même de la loi : on peut en effet alors considérer que l'objectif fixé à l'institution est aussi l'objet de la loi. En revanche, on exclura les cas où l'organisme n'est qu'un rouage technique d'un texte législatif d'ampleur plus large ;

Les modalités d'expression formelle utilisées par le législateur peuvent être diverses et ne doivent pas masquer la réalité des formulations d'objectifs. Par exemple, l'article premier de la loi "Quilliot" (n° 82-526 du 22 juin 1982) exprime un objectif de politique juridique sous une forme peut-être moins évidente mais au même titre que les articles 1 à 10 de la loi "Royer" (n° 73-1193 du 27 décembre 1973) ;

La normativité matérielle des formulations d'objectifs peut être très diverse, on s'intéressera pour la présente étude qu'aux formulations d'objectifs formellement déclaratives, c'est-à-dire uniquement à celles incluses dans les articles des lois, en dehors du champ de la recherche les exposés des motifs et les intitulés.

Sont annexés à la présente note quelques exemples de formulations d'objectifs dans les lois relevés par l'Atelier de Méthodologie Juridique.

QUESTIONNAIRE RELATIF A LA FORMULATION D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Recensement des formulations d'objectifs

Etablir un recensement des formulations d'objectifs, au sens de la présente, tel qu'il est précisé dans le courrier joint, dans les textes législatifs intervenus au cours des dix dernières années dans le secteur dont vous avez la charge.

Si ce recensement ne peut prétendre à l'exhaustivité, il est cependant souhaitable qu'il soit le plus complet possible.

Des exemples particulièrement marquants peuvent bien entendu être cités antérieurement à la période considérée, notamment dans les textes codifiés, et cités dans les réponses aux questions suivantes.

Fréquence des formulations d'objectifs dans les lois

II-1 - Le recensement des formulations d'objectifs auquel vous avez participé dans votre secteur permet-il de dégager une relation entre la présence ou l'absence de telles formulations et les différents types de textes législatifs (lois organiques, lois ordinaires, lois-cadres, lois de programmation, d'orientation ou de "particuliers"...) ?

II-2 - Permet-il d'établir une relation entre la présence ou l'absence de formulations d'objectifs et les matières traitées ?

II-3-1 - La fréquence de la formulation d'objectifs dans les lois vous semble-t-elle avoir évolué :

en rapport à la IIIème et à la IVème République, dans la mesure où vous disposez de données d'appréciation (notamment les "grandes" lois de ces périodes passées), au cours des dix dernières années ?

II-3-2 - Les périodes de changement de majorité vous semblent-elles particulièrement propices aux formulations d'objectifs ?

Formulation d'objectifs et présentation de la loi

III-1 - Préciser pour les exemples relevés la place dans la loi des formulations d'objectifs (article premier ou autre article ; article spécifique ou non).

III-2 - Constatez-vous la présence ou l'absence de formulations d'objectifs dans le corps des lois dont l'intitulé lui-même exprime des objectifs ?

Typologie des formulations d'objectifs

Des cas que vous avez recensés, se dégage-t-il différentes manières de primer formellement les objectifs d'une loi ?

Origine des formulations d'objectifs

V-1 - Dans les exemples que vous avez relevés, la formulation d'objectifs a-t-elle été introduite par le gouvernement ou par le Parlement ?

V-2-1 - Dans ce second cas, s'agissait-il d'un amendement émanant d'une commission (saisie au fond ou pour avis) ou d'un amendement individuel ou de groupe ?

V-2-2 - Quel était l'avis du gouvernement sur cette insertion ?

V-2-3 - Si l'amendement provenait de la commission au fond ou de la commission pour avis, quel était l'avis de l'autre commission à cet égard ?

V-3 - Lorsque la formulation était voulue par le gouvernement ou résultait d'un amendement de parlementaires, quel était l'avis de la ou des commissions concernées ?

Finalité des formulations d'objectifs

VI-1 - L'insertion de formulations d'objectifs semble-t-elle résulter d'une

VI-2 - Dans les cas recensés, la formulation d'objectifs était-elle apparue nécessaire ou opportune ? Pour quels motifs ? Quels avantages le législateur pensait-il en tirer ?

VI-3 - Quel vous semble être le "destinataire" des formulations d'objectifs (le pouvoir réglementaire, l'administration, le juge, le praticien...) ? Expriment-elles une volonté d'encadrer le pouvoir réglementaire, l'administration ou le juge ?

VI-4 - Peut-il y avoir des raisons politiques (par exemple, inciter les législateurs à voter un texte), philosophiques ou idéologiques justifiant le recours à la formulation d'objectifs dans une loi ?

VI-5 - Avez-vous connaissance de cas où le législateur s'est délibérément tenu de toute formulation d'objectifs ?

Effets des formulations d'objectifs

VII-1 - Dans les cas relevés, la présence de formulations d'objectifs a-t-elle eu des effets sur votre connaissance des conséquences sur l'application et l'interprétation de la loi : par l'administration, - et par le juge ?

VII-2 - Relevez-vous des cas où les déclarations d'objectifs eurent des effets pervers en induisant une interprétation de la loi contraire aux vœux du législateur tels qu'ils étaient exprimés dans les débats et les travaux préparatoires ?

VII-3 - Le Conseil constitutionnel a-t-il eu à se prononcer sur certaines formulations d'objectifs que vous avez citées ? Dans quel sens ?

- Formulations d'objectifs et conception de la loi

L'introduction de formulations d'objectifs dans les lois ne vous semble-t-elle pas relever d'une conception "interventionniste" de la loi (volonté d'encadrer l'application et l'interprétation de la loi) ? Quelle signification lui attribuer quant au partage du domaine législatif et du domaine réglementaire ?

Cette pratique ne risque-t-elle pas de contribuer à affaiblir le caractère impératif de la loi ?

EXTRAIT DU RAPPORT

u nom de la commission des Affaires économiques et du plan, sur le projet de loi
if à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et
social,

Par M. Jean ARTHUIS, Sénateur

(N° 75 SENAT, 1988-1989, du 9 novembre 1988)

EXAMEN DES ARTICLES

Article Premier - Définition des objectifs du projet de loi

Cet article, repris à l'identique du projet de loi de modernisation, assigne
objet à la présente loi d'"aider au développement d'entreprises agricoles fami-
ou de forme sociétaire qui mettent en oeuvre un projet économique et qui
nt à procurer à chaque personne active un revenu comparable à celui des autres
tés économiques".

D'une portée normative floue, cet article sacrifie à la tradition solidement
lée de compléter les lois agricoles par des articles d'orientation.

La portée normative de cet article n'apparaît en effet pas clairement : tout
us pourrait-il servir de base juridique aux conditions d'octroi de certains
urs publics par la référence à la notion de "projet économique", dont il resterait
aisser les contours.

En revanche, le respect de la tradition doit être souligné. A titre d'exemple,
ut rappeler les articles premier et 2 de la loi d'orientation agricole de 1980 qui,
us d'une page de Journal Officiel, déterminent les objectifs généraux de la loi,
jusqu'à souligner la nécessité de préserver "les espèces végétales et les races
ales domestiques". La loi "montagne" du 9 janvier 1985 mérite également d'être
onnée car l'insertion d'articles de portée générale a fait l'objet d'un débat au
, lors de l'examen de ce texte en séance publique.

Sur l'article premier, la Commission des Lois, saisie pour avis, avait adopté
ndement de suppression motivé par son rapporteur dans les termes suivants :
Commission des Lois estime que cette littérature certes remarquable, n'a pas sa
dans le texte lui-même et qu'elle devrait simplement figurer dans l'exposé des
. Le Sénat, à l'article premier comme à l'article 7 A, n'a pas cru devoir suivre
ositions de sa Commission des Lois et a voté l'insertion d'articles sans portée
ative évidente. Nous sommes donc en présence d'une tradition parlementaire.

Cet article premier, beaucoup plus ramassé que ses prédécesseurs, mérite
fois un commentaire de texte car il traduit une évolution sensible de la politique
ole française et un compromis entre les gouvernements successifs et les
isations professionnelles agricoles.

En premier lieu, il fait référence à l'entreprise agricole et non plus seule-
à l'exploitation agricole comme l'intitulé du projet de loi. Ensuite, et par
aire, il mentionne la "forme sociétaire" à côté de la forme familiale. Cette men-
est révélatrice d'un changement des mentalités, déjà perceptibles lors de
men du projet de loi relatif à l'E.A.R.L. En effet, la loi d'orientation de 1980 (1)
sait encore que les "exploitations familiales à responsabilité personnelle, qui
stituent la base de l'agriculture française" (article premier, troisième alinéa). Cet
e premier indique également que la loi a pour objet "d'aider au développement

a loi de 1980 ne faisait que reprendre les objectifs de la loi d'orientation de
L'article premier de cette loi de 1960 s'assignait pour but de mettre

reprises... qui mettent en oeuvre un projet économique". Ce concept de projet économique est également nouveau dans le domaine législatif, s'il existe déjà depuis longtemps dans le domaine réglementaire (critères d'octroi de la D.J.A., d'un P.A.M. de certains prêts spécialisés). Il s'oppose, pour partie, au concept de surface minimum d'installation (S.M.I.) ou de son équivalent, qui ne garantissent pas a priori la viabilité économique d'une exploitation. Enfin, la référence au "revenu compatible" appartient à cette tradition que nous évoquions précédemment. Le Traité de Rome, en son article 39, assigne d'ailleurs pour objectif à la P.A.C. "d'assurer ainsi un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du niveau individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture".

La rédaction retenue, dont il convient de souligner la concision, n'est pas totalement convaincante :

la forme sociétaire ne peut être opposée à l'entreprise agricole familiale. L'une conduit à une classification juridique, l'autre relève d'une approche économique. Elles ne peuvent être constituées des E.A.R.L. familiales.

La notion d'entreprise, si elle apparaît dynamique et novatrice, ne pourrait être retenue qu'à la condition de modifier des pans entiers de la législation sociale agricole. En effet, dans cette législation, l'exploitation se réfère à la mise en valeur de terres et à l'entreprise aux activités connexes (entreprises de travaux agricoles ou forestiers, maraîchistes, pépiniéristes...). Le texte de base est l'article 1003-7-1 (modifié par l'article 22 du présent projet) dont le premier alinéa dispose que "relèvent des mesures de protection sociale des personnes non salariées des professions agricoles, les entreprises d'exploitation ou d'entreprises agricoles mentionnées à l'article 1060 (2°, 4° et 5°) (2). Rappelons également que le sigle E.A.R.L. signifie exploitation (et non entreprise) agricole à responsabilité limitée.

Votre commission vous propose un amendement tendant à une nouvelle rédaction de cet article. Il vise à :

supprimer l'ambiguïté sur la notion d'entreprise agricole, préciser qu'il existe à côté des exploitations familiales à responsabilité personnelle des exploitations sous forme sociétaire ; remplacer le concept de "projet économique" par celui de "projet d'entreprise" afin de conserver l'aspect novateur et dynamique de cet article.

Votre commission vous propose d'adopter cet article dans la nouvelle rédaction qu'elle vous soumet.

Art. 1060 (L. n° 72-965 du 25 octobre 1972) "Le régime agricole des prestations familiales est applicable :

Aux personnes non salariées exerçant l'une des professions agricoles mentionnées à l'1° et 3° de l'article 1144, à l'exception des personnes exerçant la profession d'exploitant forestier négociant en bois achetant des coupes en vue de la revente de ces coupes dans des conditions telles que cette activité comporte inscription au registre du commerce ou paiement d'une patente en tant que commerçant ;

(L. n° 85-772 du 25 juillet 1985, art. 127) "Aux entrepreneurs de travaux

SÉNAT - SÉANCE DU 17 NOVEMBRE 1988

Le Gouvernement est défavorable à l'amendement n° 83, pour les mêmes raisons que celles qu'a exposées M. le rapporteur.

Je serais prêt à accepter l'amendement n° 135, mais il fait double emploi soit avec l'amendement n° 33, soit avec l'amendement n° 180. Le Gouvernement y est donc opposé.

J'en viens aux amendements nos 135 à 139. Je souhaiterais que M. Minetti accepte de retirer au moins l'amendement n° 135, car il ne faut pas exclure l'hypothèse d'exploitations sociétaires non familiales, de façon à favoriser l'installation de jeunes en association avec un exploitant qui n'a pas de successeur. Quant aux autres amendements du groupe communiste, le Gouvernement y est défavorable.

M. le président. Je vais mettre aux voix l'amendement n° 180.

M. Fernand Tardy. Je demande la parole.

M. le président. La parole est à M. Tardy.

M. Fernand Tardy. Je constate que l'amendement de la commission est plus complet que le mien, puisqu'il fait référence à l'exploitation de forme sociétaire. Je m'y rallie donc.

M. le président. L'amendement n° 180 est retiré.

Monsieur Pluchet, maintenez-vous votre amendement n° 83 ?

M. Alain Pluchet. Monsieur le président, l'amendement de la commission faisant référence à la mise en œuvre d'un projet d'entreprise, nous sommes satisfaits dans une certaine mesure, et nous nous y rallions.

M. le président. L'amendement n° 83 est retiré.

Monsieur le ministre, vous vous en étiez remis à la sagesse du Sénat en lui laissant le soin de choisir entre les amendements nos 180 et 33. S'il ne reste que l'amendement n° 33, l'acceptez-vous ?

M. Henri Nallet, ministre de l'agriculture et de la forêt. Bien sûr, monsieur le président.

M. le président. Encore fallait-il que je l'entendisse !

Je vais mettre aux voix l'amendement n° 33.

M. Jacques Thyraud, rapporteur pour avis de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale. Je demande la parole, pour explication de vote.

M. le président. La parole est à M. Thyraud, rapporteur pour avis.

M. Jacques Thyraud, rapporteur pour avis. La commission des lois ne s'est pas intéressée à l'article 1^{er}, car il lui a semblé que celui-ci n'avait pas d'aspect normatif, qu'il correspondait à une pétition de principe, pour ne pas dire à « un passage de littérature », comme on a pu le dire au cours

Je n'entrerais donc pas dans une querelle byzantine sur la sémantique, sur le caractère passéiste des mots « exploitation agricole » et sur le progrès que représenterait l'usage du mot « entreprise ».

Pour ma part, je veux vous faire part d'un point de vue pratique qui sera exposé plus longuement à l'occasion de la discussion de l'amendement n° 34 : le mot « entreprise » est en effet utilisé tout au long de la loi du 25 janvier 1985, qui comporte 243 articles alors que ce projet de loi n'en comporte que 40. La juxtaposition de ces deux textes risque donc d'être mal comprise par les agriculteurs si l'un fait référence à l'exploitation et l'autre à l'entreprise ! Comme il n'est pas question de modifier la loi du 25 janvier 1985 en remplaçant chaque fois le mot « entreprise » par les mots « exploitation agricole », il semble préférable de s'en tenir à la conception de l'entreprise, qui avait d'ailleurs inspiré le distingué rapporteur de la commission des affaires économiques lorsqu'il avait déposé une proposition de loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises agricoles.

Je ne voulais pas laisser passer cette occasion d'exprimer mon point de vue personnel car, en qualité de rapporteur pour avis de la commission des lois, je dirai dans un instant que je ne me considère pas comme étant lié par le vote qui va intervenir sur l'amendement n° 33 : il n'est pas question pour ma part de faire de ce vote un précédent pour le débat à venir.

M. le président. Personne ne demande plus la parole ?...

Je mets aux voix l'amendement n° 33, accepté par le Gouvernement.

(L'amendement est adopté.)

M. le président. En conséquence, l'article 1^{er} est ainsi rédigé et les amendements nos 135, 136, 137, 138 et 139 n'ont plus d'objet.

CHAPITRE I^{er}

L'entreprise agricole

M. le président. Par amendement n° 34, M. Arthuis, au nom de la commission des affaires économiques, propose de rédiger comme suit l'intitulé du chapitre I^{er} : « Dispositions relatives à l'exploitation agricole ».

Cet amendement est affecté d'un sous-amendement n° 226, présenté par M. Thyraud, au nom de la commission des lois, tendant à rédiger comme suit la fin de l'intitulé proposé pour le chapitre I^{er} : « ... à l'exploitation et à l'entreprise agricoles ».

La parole est à M. le rapporteur, pour défendre l'amendement n° 34.

M. Jean Arthuis, rapporteur. Cet amendement de coordination tire les conséquences de l'amendement n° 33 que nous venons d'adopter.

M. Jacques Thyraud, rapporteur pour avis. La commission des lois n'a pas le désir d'entrer en conflit avec celle des affaires économiques, d'autant que, sur de très nombreux points, il a existé une parfaite identité de vues entre elles deux.

Cependant, pour les raisons que j'ai exposées à propos de l'article 1^{er}, il me paraît souhaitable de viser également l'entreprise agricole. Nous pourrions ainsi faire une liaison très utile avec la loi du 25 janvier 1985.

M. le président. Quel est l'avis de la commission ?

M. Jean Arthuis, rapporteur. Je confirme la grande identité de vues qui a régné entre la commission des lois et la commission des affaires économiques. Je voudrais aussi rassurer notre collègue M. le rapporteur pour avis de la commission des lois, car nous aurons l'occasion, quand nous examinerons la section 2 du chapitre 2, qui permet d'ouvrir la procédure collective du redressement et de la liquidation judiciaires aux agriculteurs, d'apporter les éléments de définition nécessaire pour éviter toute difficulté dans l'application de ce texte.

La commission n'a pas examiné ce sous-amendement ; mais, pour les motifs que je viens d'indiquer et par coordination, son avis est défavorable.

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement sur l'amendement n° 34 et le sous-amendement n° 226 ?

M. Henri Nallet, ministre de l'agriculture et de la forêt. Le Gouvernement accepte l'amendement, mais il se prononce contre le sous-amendement car il préfère s'en tenir à la notion d'exploitation agricole, qui lui paraît suffisante.

M. le président. Je vais mettre aux voix le sous-amendement n° 226.

M. Jacques Thyraud, rapporteur pour avis. Je demande la parole, pour explication de vote.

M. le président. La parole est à M. le rapporteur pour avis.

M. Jacques Thyraud, rapporteur pour avis. Je tiens simplement à faire remarquer que, dans le projet du Gouvernement, il est bien indiqué : « L'entreprise agricole ».

M. le président. Personne ne demande plus la parole ?...

Je mets aux voix le sous-amendement n° 226, repoussé par la commission et par le Gouvernement.

(Le sous-amendement n'est pas adopté.)

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Par
Jean-Paul RICHARD
Administrateur au Service des Commissions du Sénat

AVANT-PROPOS

CHAMP DE L'ETUDE ET RECENSEMENT DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

Commission des Affaires culturelles

1. *Culture*
2. *Education, formation*
3. *Communication*

Commission des Affaires économiques et du Plan

1. *Urbanisme, transports et routes*
2. *Planification*
3. *Tourisme*
4. *Environnement*
5. *Agriculture et aménagement rural*

Commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées

1. *Affaires étrangères*
2. *Défense, forces armées*

Commission des Affaires sociales

1. *Emploi*
2. *Législation du travail*
3. *Formation professionnelle*
4. *Santé, hospitalisation*
5. *Aide sociale, action sociale*
6. *Sécurité sociale*

Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation

1. *Banques, circuits de financement, épargne*
2. *Entreprises nationales, nationalisations, privatisations*
3. *Finances des collectivités locales*
4. *Textes ayant le caractère de lois de finances ou de D.D.O.E.F. (diverses dispositions d'ordre économique et financier)*
5. *Dispositions financières concernant les D.O.M.-T.O.M.*
6. *Industrie, énergie*
7. *Fiscalité des personnes*
8. *Aspects financiers des questions sociales*

Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale

1. *Elections locales*
2. *Administration locale*
3. *Départements d'outre-mer*
4. *Territoires d'outre-mer*
5. *Droit immobilier, urbanisme*
6. *Environnement*
7. *Droit rural*
8. *Sécurité civile*
9. *Droit commercial*
10. *Libertés publiques*
11. *Droit de la fonction publique*
12. *Justice*

Commissions spéciales

1. *Recherche*
2. *Droit du travail*
3. *Communication*

FREQUENCE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES LOIS

La fréquence des formulations d'objectifs et le type de texte législatif

Les formulations d'objectifs et les matières traitées

L'évolution de la fréquence des formulations d'objectifs dans le temps

- FORMULATIONS D'OBJECTIFS ET PRESENTATION DE LA LOI

Place des formulations d'objectifs dans la loi
Formulations d'objectifs dans le corps des lois et intitulés des lois

- TYPOLOGIE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

ORIGINE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

- FINALITE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

L'insertion des formulations d'objectifs : une volonté délibérée

Les motivations

Les destinataires

Motivations de l'absence de formulations d'objectifs

- EFFETS DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

Conséquences de la présence de formulation d'objectifs sur l'application et l'interprétation de la loi

Effets pervers

Formulations d'objectifs et contrôle de constitutionnalité

I - FORMULATIONS D'OBJECTIFS ET CONCEPTION DE LA LOI

Une conception "interventionniste" de la loi ?

Formulations d'objectifs et caractère normatif de la loi

NEXE

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

CONCLUSIONS D'UNE RECHERCHE EFFECTUEE
PAR LE SERVICE DES COMMISSIONS DU SENAT

AVANT-PROPOS

La présente étude résulte d'une recherche menée au sein du Service des commissions du Sénat avec l'efficace collaboration des fonctionnaires de ce service et plus particulièrement de Marie-Pascale Boutry, administrateur.

La recherche, effectuée au cours du deuxième trimestre 1988, a été orientée de la façon suivante. Par l'expression "formulations d'objectifs", il fallait entendre les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique législative, exprimées dans les textes des lois.

Plus précisément,

- les objectifs devaient être distingués de l'objet de la loi. L'objet d'objectif recouvre une ou des finalités. Par exemple, si l'objet de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 est d'instituer de nouvelles procédures de redressement et de liquidation judiciaires d'entreprises, les objectifs de cette loi sont, pour certains, définis par l'article premier : "Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement passif." ;

- on devait prendre en compte les formulations d'objectifs telles qu'elles eussent ou non un caractère matériellement normatif. Elles peuvent n'être que des déclarations d'intention très générales. Leur normativité matérielle, c'est-à-dire leur force obligatoire notamment à l'égard du juge, peut donc être très variable et n'est pas toujours évidente ;

- on devait retenir les objectifs généraux comme les

- les lois précisent fréquemment les objectifs des institutions ou des organismes qu'elles créent.

Dans le cadre de la présente étude, on ne devait retenir des formulations d'objectifs que lorsque la création de l'institution ou de l'organisme est l'objet même de la loi : on peut en effet considérer que l'objectif fixé à l'institution est aussi celui de l'organisme. En revanche, on devait exclure les cas où l'organisme n'est qu'un rouage technique d'un texte législatif d'ampleur plus large ;

- on ne devait enfin s'intéresser qu'aux formulations d'objectifs formellement normatives, c'est-à-dire uniquement à celles incluses dans les articles des lois, en excluant du champ de recherche les exposés des motifs et les intitulés.

Le travail effectué n'a nulle prétention à l'exhaustivité et au recensement auquel il a été procédé, pour l'essentiel, sur la période des dix dernières années comme il le sera précisé, est sans doute incomplet, voire contestable. En effet, la notion de formulation d'objectifs n'est pas facilement cernable : il est apparu qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer la formulation d'objectifs d'une règle ou d'un principe de droit ou encore de certaines définitions. La variété formelle d'expression des objectifs dans les lois ne fait qu'accroître la difficulté de la tâche de repérage.

CHAMP DE L'ETUDE ET RECENSEMENT DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

Les textes ayant fait l'objet d'une étude sont recensés ci-dessous. Ils sont répertoriés par commission (commissions permanentes et, le cas échéant, spéciales) et, pour chaque commission, ils sont classés par secteur. Le critère de répartition est dans l'étude du texte au fond par la commission concernée.

Ce recensement porte sur une dizaine d'années pour certains secteurs, sur une période plus courte pour d'autres. En outre, une étude exhaustive a été effectuée concernant les sessions ordinaires comme extraordinaires des années 1979, 1982 et 1987. Pour ces années, seuls les textes législatifs contenant des formulations d'objectifs ont été généralement répertoriés ci-dessous.

Les lois contenant des formulations d'objectifs ont été mentionnées. Enfin, les dispositions concernées figurent pour la plupart *in extenso* en annexe à la présente étude.

Commission des affaires culturelles

1. Culture

- *Loi de programme n° 88-12 du 5 janvier 1988 relative*

2. Education, formation

- *Loi n° 82-1091 du 23 décembre 1982 relative à la formation professionnelle des artisans.*
- *Loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 relative aux enseignants artistiques*

3. Communication

- *Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publication, aux enseignes et préenseignes.*
- *Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.*

Commission des affaires économiques et du Plan

1. Urbanisme, transports et routes

- *Loi n° 79-591 du 12 juillet 1979 relative à certains passages reliant les voies nationales ou départementales.*
- *Loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs.*

2. Planification

- *Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification.*

3. Tourisme

- *Loi n° 87-508 du 9 juillet 1987 adaptant aux exigences développement du tourisme certaines dispositions du code des vins de boissons et des mesures contre l'alcoolisme.*

4. Environnement

- *Loi n° 82-990 du 23 novembre 1982 modifiant la loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 relative à la police des épaves maritimes.*

5. Agriculture et aménagement rural

- *Loi n° 82-847 du 6 octobre 1982 relative à la création d'offices d'intervention dans le secteur agricole et l'organisation des marchés.*
- *Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.*
- *Loi n° 85-1273 du 4 décembre 1985 relative à la gestion, valorisation et la protection de la forêt.*
- *Loi n° 87-1158 du 31 décembre 1987 relative au marché agricole.*

Commissions des affaires étrangères, de la défense et des forces armées

1. Affaires étrangères

- Lois portant ratification ou approbation de traités et conventions internationales.

- Loi n° 82-414 du 19 mai 1982 concernant l'application de l'accord franco-guinéen du 26 janvier 1977 relatif au règlement du contentieux financier entre les deux pays.

- Loi n° 82-503 du 14 juin 1982 portant validation des nominations et avancements prononcés pour la constitution du corps des ingénieurs techniciens d'études et de fabrications.

- Loi n° 83-631 du 12 juillet 1983 relative aux conditions d'accès au corps des ministres plénipotentiaires.

- Loi n° 84-3 du 3 janvier 1984 relative à la levée des restrictions placées sur des biens allemands en France.

- Loi n° 85-1481 du 31 décembre 1985 relative à la rétrocession de l'indemnité versée par la République populaire du Vietnam en application de l'accord du 7 janvier 1984.

- *Loi n° 87-343 du 22 mai 1987 complétant la loi n° 46-3 du 23 mai 1946 portant réglementation des conditions d'accès à la profession de coiffeur, en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne.*

- Loi n° 88-3 du 4 janvier 1988 relative à la reconnaissance de la vocation internationale de l'Association internationale des parlementaires de langue française.

2. Défense, forces armées

- *Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires*

- Loi n° 82-541 du 29 juin 1982 modifiant certaines dispositions du code du service national.

- Loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire.

- *Loi n° 83-605 du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national.*

- Loi n° 85-658 du 2 juillet 1985 modifiant la loi n° 70-2 du 2 janvier 1970 tendant à faciliter l'accès des officiers à des emplois civils et la loi n° 75-1000 du 30 octobre 1975 modifiant la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires et ajoutant des dispositions concernant les militaires de carrière ou recrutés en vertu d'un contrat.

- Ainsi que les lois de programmation militaire du :
 - 8 décembre 1960,
 - 23 décembre 1964,
 - 19 novembre 1970,
 - 19 juin 1976,
 - 8 juillet 1983,
 - et 22 mai 1987.

Commission des affaires sociales

1. Emploi

- Loi n° 87-518 du 10 juillet 1987 modifiant le code du travail et relative à la prévention et à la lutte contre le chômage de longue durée.

2. Législation du travail

- Loi n° 78-5 du 2 janvier 1978 relative à la concertation avec le personnel d'encadrement.
- Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative aux institutions représentatives du personnel.
- Loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression de salariés.

3. Formation professionnelle

- Loi n° 78-754 du 17 juillet 1978 relative aux stagiaires de la formation professionnelle.
- Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole.
- Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.
- Loi n° 84-130 du 24 février 1984 portant réforme de la formation professionnelle continue.
- Loi n° 87-572 du 23 juillet 1987 modifiant le titre premier du livre premier du code du travail et relative à l'apprentissage.

4. Santé, hospitalisation

- Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.
- Loi n° 84-5 du 3 janvier 1984 portant diverses mesures relatives à l'organisation du secteur public hospitalier.
- Loi n° 86-11 du 6 janvier 1986 relative à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires.
- Loi n° 87-575 du 24 juillet 1987 relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire.

5. Aide sociale, action sociale

- *Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.*
- *Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.*
- *Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 relative à la décentralisation de l'aide sociale.*

6. Sécurité sociale

- *Loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale.*
- *Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole.*
- *Loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 portant réforme du régime de la mutualité.*
- *Loi n° 88-16 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale.*

7. Divers

- *Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*
- *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.*
- *Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.*

Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation

1. Banques, circuits de financement, épargne

- *Loi n° 82-409 du 17 mai 1982 portant statut des sociétés coopératives de banque.*
- *Loi n° 82-1357 du 27 avril 1982 portant création d'un régime d'épargne populaire.*
- *Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement et la protection de l'épargne.*
- *Loi n° 83-557 du 1er juillet 1983 portant réforme des régimes d'épargne et de prévoyance.*
- *Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.*
- *Loi n° 85-698 du 11 juillet 1985 sur l'émission de valeurs mobilières par certaines associations.*
- *Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne.*
- *Loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 sur les sociétés de*

2. Entreprises nationales, nationalisations, privatisations.

- Loi de nationalisation n° 82-155 du 11 février 1982.
- Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.
- Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social (spectacle, privatisation).
- Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relatif aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986.

3. Finances des collectivités locales

- Loi n° 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'Etat aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979.
- Loi n° 80-1102 du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale.
- Loi n° 82-594 du 10 juillet 1982 relative aux chambres régionales des comptes.
- Loi n° 85-1098 du 11 octobre 1985 relative à la prise en charge par l'Etat, les départements et les régions des dépenses de personnel, de fonctionnement et d'équipement des services placés sous leur autorité.
- Loi n° 85-1268 du 29 novembre 1985 relative à la dotation globale de fonctionnement.
- Loi n° 85-1352 du 20 décembre 1985 relative à la dotation globale d'équipement.

4. Textes ayant le caractère de lois de finances ou de D.D.O.E.F. (diverses dispositions d'ordre économique et financier)

- Toutes les lois de finances initiales, rectificatives et les lois de règlement.
- Loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique.
- Loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

5. Dispositions financières concernant les D.O.M. - T.O.M.

- *Loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte (dispositions financières).*

6. Industrie, énergie

- *Loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du Fonds spécial de grands travaux.*

- *Loi n° 84-398 du 28 mai 1984 modifiant, à compter du 1^{er} avril 1985, le taux de la taxe spécifique sur les produits pétroliers instituée par la loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du Fonds spécial de grands travaux.*

- *Loi n° 84-1121 du 14 décembre 1984 modifiant, à compter du mois de juin 1986, le taux de la taxe spécifique sur les produits pétroliers instituée par la loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du Fonds spécial de grands travaux.*

- *Loi n° 85-1222 du 22 novembre 1985 modifiant, à compter du mois de décembre 1986, le taux de la taxe spécifique sur les produits pétroliers instituée par la loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du Fonds spécial de grands travaux.*

7. Fiscalité des personnes

- *Loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières.*

- *Loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés.*

- *Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat.*

8. Aspects financiers des questions sociales

- *Loi n° 82-939 du 4 novembre 1982 relative à la contribution exceptionnelle de solidarité en faveur des travailleurs privés d'emploi.*

- *Loi n° 86-966 du 18 août 1986 portant diverses mesures relatives au financement des retraites et pensions.*

- *Loi n° 87-516 du 10 juillet 1987 portant diverses mesures relatives au financement de la sécurité sociale.*

Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale

1. Elections locales

- *Loi n° 79-482 du 22 juin 1979 complétant l'article 25 de la loi du 10 août 1971 relative aux conseils généraux.*

- *Loi n° 79-1132 du 28 décembre 1979 augmentant l'effectif du conseil régional de la Corse.*

- *Loi n° 80-1057 du 23 décembre 1980 modifiant les dispositions des articles L. 238 et L. 239 du code électoral.*

seillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales.

- Loi n° 82-1170 du 31 décembre 1982 portant modification de certaines dispositions du code électoral relatives à l'élection des membres du conseil de Paris et des conseils municipaux de Lyon et de Marseille.

- Loi n° 87-509 du 9 juillet 1987 modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille.

- Loi n° 88-26 du 8 janvier 1988 relative aux élections municipales.

2. Administration locale

- Loi n° 81-880 du 25 septembre 1981 érigeant en commune l'ensemble urbain du Vaudreuil.

- *Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.*

- *Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse : organisation administrative.*

- Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales.

- *Loi n° 82-659 du 30 juillet 1982 portant statut particulier de la région de Corse : compétences.*

- Loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues sur absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics.

- Loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale.

- *Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.*

- *Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locale.*

- *Loi n° 83-636 du 13 juillet 1983 portant modification du statut des agglomérations nouvelles.*

- Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

- *Loi n° 84-600 du 13 juillet 1984 harmonisant les délais*

- Loi n° 84-594 du 12 juillet 1984 relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale et complétant la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

- Loi n° 85-1221 du 22 novembre 1985 complétant et modifiant la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et la loi n° 84-594 du 12 juillet 1984 relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale.

- Loi n° 86-16 du 6 janvier 1986 relative à l'organisation des régions et portant modification des dispositions relatives au fonctionnement des conseils généraux.

- *Loi n° 86-29 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives aux collectivités locales.*

- Loi n° 86-841 du 17 juillet 1986 modifiant la durée ou la date d'application de certaines règles concernant le code de l'urbanisme.

- *Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions statutaires relatives aux collectivités locales.*

- *Loi n° 86-1308 du 29 décembre 1986 portant adaptation du régime administratif et financier de la ville de Paris.*

- Loi n° 87-509 du 9 juillet 1987 modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille.

- Loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale.

- *Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.*

3. Départements d'outre-mer

- *Loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de Réunion.*

- *Loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte.*

4. Territoires d'outre-mer

a) Nouvelle-Calédonie

- Loi n° 79-407 du 24 mai 1979 modifiant les modes de fonctionnement de l'assemblée territoriale et du conseil du gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'Etat.

- *Loi n° 81-4 du 7 janvier 1981 relative à l'aménagement rural et à l'établissement rural dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 82-127 du 4 février 1982 autorisant le gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à introduire les réformes nécessitées par la situation en Nouvelle-Calédonie.*
- *Loi n° 83-27 du 19 janvier 1983 modifiant diverses dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Guyane française.*
- *Loi n° 83-676 du 26 juillet 1983 portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 83-1047 du 8 décembre 1983 portant homologation des dispositions pénales de deux délibérations de l'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 84-756 du 7 août 1984 relative à la composition de l'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.*
- *Loi n° 85-1467 du 31 décembre 1985 portant amnistie relative à la Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.*
- *Loi n° 87-369 du 5 juin 1987 organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article premier de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.*
- *Loi n° 87-558 du 17 juillet 1987 modifiant le mode d'élection des conseillers municipaux en Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- *Loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

b) Autres territoires

- *Loi n° 78-1018 du 18 octobre 1978 modifiant les articles 4 et 12 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux*

- Loi n° 83-474 du 11 juin 1983 organisant une sous-tution nationale en faveur de la Polynésie française.
- Loi n° 83-520 du 27 juin 1983 rendant applicables le e pénal, le code de procédure pénale et certaines dispositions relatives dans les territoires d'outre-mer.
- Loi n° 83-1114 du 22 décembre 1983 rendant appli- es dans les territoires d'outre-mer certaines dispositions relatives ayant modifié le code pénal et le code de procédure ale et modifiant la loi n° 83-520 du 27 juin 1983.
- Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du itoire de la Polynésie française.
- Loi n° 85-1337 du 18 décembre 1985 modifiant et plétant la loi n° 52-1175 du 21 octobre 1952 relative à la position et à la formation de l'assemblée territoriale de la ynésie française.

5. Droit immobilier, urbanisme

- *Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et gations des locataires et des bailleurs.*
- Loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location- ession à la propriété immobilière.
- Loi n° 85-1470 du 31 décembre 1985 modifiant la loi n° 557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des neubles bâtis.
- Loi n° 86-841 du 17 juillet 1986 modifiant la durée ou date d'application de certaines règles concernant le code de banisme.
- *Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser vestissement locatif, l'accession à la propriété de logements aiaux et le développement de l'offre foncière.*

6. Environnement

- Loi n° 79-5 du 2 janvier 1979 portant modification de oi n° 64-1331 du 26 décembre 1964 sur la pollution de la mer les hydrocarbures.
- Loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution la mer par les hydrocarbures.
- Loi n° 84-602 du 13 juillet 1984 modifiant la loi n° 64- 5 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition eaux et à la lutte contre leur pollution.
- Loi n° 85-661 du 3 juillet 1985 modifiant et complétant loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations sées pour la protection de l'environnement.

7. Droit rural

- Loi n° 79-1115 du 22 décembre 1979 permettant l'adhésion des preneurs de baux à ferme à des sociétés d'exploitation agricole.
- Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise personnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

8. Sécurité civile

- *Loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs.*

9. Droit commercial

- Loi n° 78-6 du 2 janvier 1978 modifiant la compétence de répartition des juridictions en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.
- Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.
- Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.
- Loi n° 78-742 du 13 juillet 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.
- Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production.
- Loi n° 79-12 du 3 janvier 1979 relative aux sociétés d'investissement à capital variable.
- Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 relative aux fonds communs de placement.
- Loi n° 79-1149 du 29 décembre 1979 relative au renouvellement des baux commerciaux en 1980.
- Loi n° 80-834 du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales.
- Loi n° 80-1103 du 31 décembre 1980 relative au renouvellement des baux commerciaux en 1981.
- Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit de gestion du ministère public dans les procédures collectives purement du passif des entreprises.
- Loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec le deuxième

- Loi n° 82-409 du 17 mai 1982 portant statut des sociétés coopératives de banque.
- Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.
- Loi n° 82-1099 du 23 décembre 1982 relative au renouvellement des baux commerciaux en 1983.
- Loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la IV^e directive adoptée par le conseil des Communautés européennes le 25 juillet 1978.
- Loi n° 84-6 du 3 janvier 1984 relative au renouvellement des baux commerciaux et à l'évolution de certains baux immobiliers.
- Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention du règlement amiable des difficultés des entreprises.
- Loi n° 84-500 du 27 juin 1984 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.
- Loi n° 84-1149 du 21 décembre 1984 modifiant l'ordonnance n° 58-1352 du 27 décembre 1958 et relative à la conciliation des entreprises.
- Loi n° 84-1210 du 29 décembre 1984 relative au renouvellement des baux commerciaux et à l'évolution de certains baux immobiliers.
- Loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises liquides.
- *Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.*
- Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise.
- Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise personnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.
- Loi n° 85-705 du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions.
- Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985 modifiant diverses dispositions du droit des valeurs immobilières, des titres de créances négociables, des sociétés et des opérations de bourse.
- Loi n° 86-12 du 6 janvier 1986 relative au renouvellement des baux commerciaux, au crédit-bail sur fonds de commerce et établissements artisanaux et à l'évolution de certains

- Loi n° 86-1291 du 23 décembre 1986 relative au renouvellement des baux commerciaux en 1987.
- Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contenu des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire.
- Loi n° 87-599 du 17 juillet 1987 étendant au territoire de la Polynésie française la législation des sociétés anonymes à participation ouvrière.
- Loi n° 88-02 du 4 janvier 1988 complétant l'article 6 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social et relative à la durée du mandat des présidents d'entreprises du secteur public.
- Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises.
- Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi n° 66-420 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
- Loi n° 88-18 du 5 janvier 1988 relative au renouvellement des baux commerciaux.

10. Libertés publiques

- *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'information, aux fichiers et aux libertés.*
- *Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.*

11. Droit de la fonction publique

- *Loi n° 82-380 du 7 mai 1982 modifiant l'article 7 de la loi de réorganisation du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires et portant dispositions diverses concernant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics.*
- *Loi n° 83-481 du 11 juin 1983 définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'Etat et de ses établissements publics et autorisant l'intégration des agents non titulaires occupant de tels emplois.*
- *Loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 abrogeant certaines dispositions des lois n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne et n° 71-458 du 17 juillet 1971 relative à certains personnels de l'aviation civile et modifiant l'exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne.*

12. Justice

- Loi n° 80-2 du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire.

- Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs.

- *Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public universitaire.*

- Loi n° 87-556 du 16 juillet 1987 relative aux juridictions commerciales et au mode d'élection des délégués consommateurs et des membres des chambres de commerce et d'industrie.

- Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude documentaire.

Commissions spéciales

1. Recherche

- *Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.*

2. Droit du travail

- *Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des salariés dans l'entreprise.*

3. Communication

- *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

FREQUENCE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES LOIS**La fréquence des formulations d'objectifs et le type de texte législatif**

Les formulations d'objectifs ne se retrouvent pas avec la même fréquence dans tous les types de textes législatifs. Ainsi, si elles sont plus fréquentes dans les *lois ordinaires*, qui sont par ailleurs les plus nombreuses, il est intéressant de noter qu'un certain nombre de textes semblent ne jamais en contenir. Il s'agit :

- des *lois organiques* ;

- des textes ayant le caractère de *lois de finances* (lois de

article premier de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959. Il ne peut consister qu'en lignes de crédits, en mesures visant à assurer le contrôle parlementaire sur les finances publiques, en mesures budgétaires. Or, les mesures fiscales sont le plus souvent des mesures dépourvues de portée juridique précise et dépourvues de toute formulation énumérative.

- des lois portant ratification ou approbation des traités et conventions internationaux. En effet, ces lois se limitent à énoncer l'objet, qui est d'autoriser le gouvernement à ratifier les accords internationaux, les objectifs de l'accord étant inscrits dans le texte même, mais qui est de caractère diplomatique et non législatif.

En revanche, les formulations d'objectifs peuvent parfois figurer dans une loi de programmation ou dans une loi d'orientation. Par exemple, on en relève dans la loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte, dans la loi de programme n° 88-12 du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental et dans la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.

Les formulations d'objectifs et les matières traitées

Il semble que l'on puisse établir, dans un certain nombre de cas, une relation entre la présence ou l'absence de formulations d'objectifs et les matières traitées par la loi. Cette relation peut être due à la matière même ou à des raisons d'ordre constitutionnel ou politique.

En effet, certaines matières semblent plus propices que d'autres aux formulations d'objectifs dans les lois. C'est le cas de l'urbanisme et de l'aménagement, de l'administration locale, des départements et territoires d'outre-mer, des libertés publiques, des mesures d'ordre social.

A l'inverse, les finances des collectivités locales ou le droit commercial semblent généralement exclure toute formulation d'objectifs. Dans ces cas en effet, la matière se suffit à elle-même, les objectifs seraient délicats à synthétiser et leur énoncé ne semblerait pas aider à une meilleure application du texte.

De même, cette absence d'objectif affirmé est la plus souvent observée dans les textes fiscaux à caractère ponctuel (par exemple dans la loi n° 87-516 du 27 juillet 1987 relative aux mesures relatives

Des raisons d'ordre constitutionnel peuvent expliquer la fréquence de formulations d'objectifs dans les lois relatives à l'éducation. En effet, la limitation du domaine de la loi à la détermination des principes fondamentaux explique le faible nombre de textes particuliers dans ce secteur.

Les textes législatifs sur l'enseignement sont donc le plus souvent des lois définissant ou redéfinissant la politique de l'éducation ou l'un de ses aspects (enseignements artistiques, éducation physique et sportive, enseignement technologique), et ces qui, à l'évidence, justifient davantage l'inclusion de formulations d'objectifs que des textes "techniques" modifiant ou complétant une législation existante.

On observera, généralement, que plus l'enjeu d'une loi est important en termes de droit positif, moins ladite loi comporte-elle son dispositif de formulations d'objectifs.

Il est à cet égard remarquable que des textes, accompagnés d'un discours très idéologique (lois de nationalisation, de démocratisation du secteur public, de privatisation), ont fait l'objet de longs débats de caractère moins technique que technique, et sont cependant caractérisés par l'absence de formulation d'objectif.

Enfin, *des raisons politiques évidentes* peuvent expliquer la fréquence des formulations d'objectifs dans les textes relatifs à la Nouvelle-Calédonie.

L'évolution de la fréquence des formulations d'objectifs dans le temps

Dans certains secteurs, aucune évolution de la fréquence des formulations d'objectifs ne semble notable. Ainsi, dans le secteur de l'éducation, l'inclusion de formulations d'objectifs semble être une pratique constante (loi de 1968 sur l'enseignement supérieur, loi de 1975 sur l'éducation...), même si ces formulations peuvent être plus ou moins développées.

De même, la fréquence des formulations d'objectifs en matière commerciale a toujours été faible, l'intitulé de la loi énonçant souvent l'objectif à lui seul (ainsi, la loi n° 47-1635 du 2 août 1947 "*relative à l'assainissement des professions commerciales*").

Dans certains secteurs, l'on note une moindre fréquence des formulations d'objectifs. C'est notamment le cas des lois de programmation militaire. En effet, la première loi de programme du 3 décembre 1960 définit ses objectifs dans l'article premier :

efficacité des alliances qui garantissent la sécurité du monde

2. "Elle a pour objet de remplir les engagements qui découlent de ces alliances, ainsi que de mener à bien la modernisation de l'Algérie, de faire face aux responsabilités de la République en Afrique et à Madagascar, dans les départements et territoires d'outre-mer et de tenir les engagements contractés envers la Communauté.

"Afin de mettre les forces armées en condition de remplir les missions qui en découlent, elle tend à doter celles-ci d'un ensemble cohérent de moyens nationaux, comportant un armement conventionnel, des unités de défense intérieure du territoire, un corps de bataille et un corps d'intervention inter-armées.

"Le programme défini par la présente loi a notamment pour objet de permettre au gouvernement d'entreprendre, de concert avec les alliés de la France, l'effort d'organisation en commun qui impose, tant au point de vue des objectifs politiques que des moyens stratégiques, la défense du monde libre. Le gouvernement s'attachera à cet égard les initiatives nécessaires."

La deuxième loi de programme, du 23 décembre 1964, ne définit pas d'objectif mais fait explicitement référence à la loi de 1960 qu'elle entend poursuivre.

La troisième, du 19 novembre 1970, se limite à son objet.

La quatrième, du 19 juin 1976, inaugure la forme actuelle des lois de programmation militaire. Son article unique ne fait que reconnaître et approuver les objectifs définis dans l'annexe.

Cette annexe est fort longue (neuf pages au *Journal officiel*) et se réduira au fil des temps :

• la cinquième loi, du 8 juillet 1983, n'a plus que sept articles ;

• La sixième et dernière, du 22 mai 1987, n'en a plus que deux.

Ces annexes explicitent la politique de défense de la France et constituent, au moins pour celles de 1976 et de 1983, un véritable "livre blanc". Elles énumèrent les objectifs à atteindre pendant les années couvertes par la programmation et fixent les matériels à acquérir et les recherches à entreprendre pour y parvenir. Avec cependant une différence : si les deux premières lois de programmation (1976 et 1983) précisent le nombre des matériels à commander ou à livrer, la dernière (1987) se limite à les classer par ordre de grandeur.

Toutefois, une augmentation de la fréquence des modifications d'objectifs semble assez souvent perceptible dans

Dans certains cas (fonction publique, droits administratifs locaux, départements d'outre-mer, lois sociales), celle-ci semble davantage résulter de l'augmentation du nombre de textes déposés et adoptés et de la matière abordée que du contexte politique dans lequel se situe le débat.

En revanche, dans d'autres secteurs tels que l'éducation ou les territoires d'outre-mer, les périodes de changement de majorité semblent propices à des formulations d'objectifs, traduisant ainsi le changement d'orientation de la politique gouvernementale.

- FORMULATIONS D'OBJECTIFS ET PRESENTATION DE LA LOI

Place des formulations d'objectifs dans la loi

Le plus souvent, les formulations d'objectifs sont situées au début du texte de loi (1). Un ou des articles spécifiques lui sont généralement consacrés ou, pour le moins, un alinéa ; ils définissent, dans ce cas, de l'objet même de la loi.

Mais il arrive que l'objectif soit formulé dans un autre article (par exemple : article 41 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986) et il arrive souvent que plusieurs objectifs soient énoncés dans différents articles répartis dans la loi. Il est en fait relativement fréquent que chaque division d'une loi (chaque chapitre en général) ait un objectif spécifique.

Ainsi, par exemple, dans la loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte, l'objectif est annoncé immédiatement après chaque titre de la loi :

Titre I : Dispositions générales : article premier avec objectif général,

Titre II : Dispositions relatives au développement de l'activité économique : article 5 avec objectif économique,

Titre III : Dispositions relatives au développement social : article 6 avec objectif social.

Cependant, l'article liminaire contenant la formulation d'objectifs vise parfois l'insertion de cette disposition finaliste dans une loi antérieure, et pas nécessairement dans l'article premier. Par exemple, l'article premier de la loi n° 82-380 du 7 mai 1982 modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général

Dans les cas extrêmes de textes qualifiés de "fourre-tout" les parlementaires (D.D.O.S. - D.M.O.S. : Diverses positions/mesures d'ordre social ; ou D.D.O.E.F. : Diverses positions d'ordre économique et financier), où presque chaque article constitue une entité indépendante, il ne peut y avoir un objectif général de la loi.

Deux études exhaustives, portant l'une sur les sessions des années 1979, 1982 et 1987 et l'autre sur les textes étudiés par la Commission des affaires sociales depuis une dizaine d'années, couvrent un large éventail des différents cas de figure recensés.

Formulations d'objectifs contenues dans les lois
des années 1979, 1982 et 1987

<u>Titre de la loi</u>	<u>Commission compétente</u>	<u>Articles dans lesquels figurent des formulations d'objectifs</u>
Loi n° 587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public	Lois	Art. 1er
Loi n° 591 du 12 juillet 1979 relative à certains ouvrages reliant les régions nationales ou départementales	Aff. économiques	Art. 1er
Loi n° 1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et aux enseignes	Aff. culturelles	Art. 1er, 2, 12 (deuxième alinéa)
Loi n° 1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse	Aff. sociales	Art. 1er, 5
Loi n° 357 du 27 avril 1982 relative à la création d'un régime d'épargne populaire	Finances	Art. 1er
Loi n° 380 du 7 mai 1982 relative à l'article 7 de l'ordonnance du 4 février relative au statut général des fonctionnaires et à certaines dispositions diverses concernant le statut de l'égalité d'accès aux emplois publics	Lois	Art. 1er
Loi n° 526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations	Lois	Art. 1er

110 du 15 juillet 1982 on et de programmation pour la recherche opement technologique de la France	C ^{on} spéciale	Art. 1er, 2, 3, 5, 7 à 11, 14, 23 à 25
152 du 29 juillet 1982 munication audiovisuelle	Aff. culturelles	Art. 1er, 2, 5, 12, 14
153 du 29 juillet 1982 forme de la planification	Aff. économiques	Art. 1er
159 du 30 juillet 1982 tut particulier de la région Corse	Lois	Art. 8, 14, 15, 22
169 du 3 août 1982 ation du Fonds spécial de grands travaux	Finances	Art. 1er
189 du 4 août 1982 x libertés des travailleurs dans l'entreprise	C ^{on} spéciale	Titre VI, art. L.461-1
147 du 6 octobre 1982 a création d'offices d'intervention dans agricole et à l'organisation des marchés	Aff. économiques	Art. 1er, 3
139 du 4 novembre 1982 a contribution exceptionnelle de en faveur des travailleurs privés d'emploi	Finances	Art. 1er (deuxième alinéa)
190 du 23 novembre 1982 a loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 a police des épaves maritimes	Aff. économiques	Art. unique (deuxième alinéa)
1091 du 23 décembre 1982 a formation professionnelle des artisans	Aff. culturelles	Art. 1er
1153 du 30 décembre 1982 on des transports intérieurs	Aff. économiques	Art. 1er, 2 à 7, 28, 31, 34, 40
1171 du 31 décembre 1982 anisation des régions de Guadeloupe, artinique et La Réunion	Lois	Art. 1er
1171 du 7 janvier 1983 a répartition de compétences entre les , les départements, les régions et l'Etat	Lois	Art. 1er, 3, 35, 37, 41 54, 80, 84 (sixième et septième alinéas)
1169 du 5 juin 1987 t la consultation des populations s de la Nouvelle-Calédonie et dépendances l'alinéa premier de l'article premier 86-844 du 17 juillet 1986 a Nouvelle-Calédonie	Lois	Art. 8
1132 du 22 juin 1987 i service public pénitentiaire	Lois	Art. 1er
1108 du 9 juillet 1987 ux exigences du développement e certaines dispositions du code des	Aff. économiques	Art. 3 (deuxième alinéa)

n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, la protection de la forêt contre l'incendie et la prévention des risques majeurs	Lois	Art. 1er, 22, 42, 49
n° 87-572 du 23 juillet 1987 modifiant le titre premier du livre premier du Code du travail et relative à l'apprentissage	Aff. sociales	Art. 1er, 3
n° 87-1158 du 31 décembre 1987 relative au marché à terme	Aff. économiques	Art. 1er
de programme n° 88-12 du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental	Aff. culturelles	Art. 1er, 4
n° 88-13 du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation	Lois	Art. 9, 56
n° 88-16 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale	Aff. sociales	Art. 1er
n° 88-20 du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques	Aff. culturelles	Art. 1er, 3, 6, 9

**Formulations d'objectifs contenues dans les lois
de la compétence de la commission des affaires sociales**

<u>Référence de la loi</u>	<u>Matière traitée</u>	<u>Articles dans lesquels figurent des formulations d'objectifs</u>
n° 70-1318 du 31 décembre 1970 relative à la réforme hospitalière	Santé Hospitalisation	Art. 1 Art. 2
n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse	Interruption volontaire de grossesse	Art. 1 Art. 2
n° 75-534 du 30 juin 1975 relative à l'orientation en faveur des personnes handicapées	Protection sociale des handicapés	Art. 1
n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale	Protection sociale	Art. 1
n° 78-5 du 2 janvier 1978 relative à la concertation avec le personnel d'encadrement dans les entreprises	Consultation des cadres	Art. 1
n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative aux relations avec l'administration	Droit des administrés à l'information	Art. 1
n° 78-754 du 17 juillet 1978 relative aux congés de formation professionnelle	Congé de formation	Art. 3
n° 80-502 du 4 juillet 1980 relative à l'orientation agricole	Retraite des exploitants agricoles	Art. 18
relative à l'emploi et formation des salariés agricoles		Art. 19

82-915 du 28 octobre 1982 Représentations représentatives du personnel	Représentation du personnel	Art. 1
83-635 du 13 juillet 1983 Loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes	Formation professionnelle	Art. 14
84-130 du 24 février 1984 Loi relative à la réforme de la formation professionnelle continue	Formation professionnelle	Art. 35
85-773 du 25 juillet 1985 Loi relative à la réforme du code de la mutualité	Code de la mutualité	Annexe legislative
86-1 du 3 janvier 1986 Loi relative au droit d'expression des salariés	Droit du travail	Art. 1
86-11 du 6 janvier 1986 Loi relative à l'aide médicale urgente dans les transports sanitaires	Santé	Art. 1 Art. 2
86-17 du 6 janvier 1986 Loi relative à la généralisation de l'aide sociale dans les départements et à l'enfance	Aide sociale à l'enfance	Art. 31
87-575 du 24 juillet 1987 Loi relative aux établissements d'hospitalisation sanitaires et à l'enseignement sanitaire	Santé Hospitalisation	Art. 1 (art. 20-1 L. 70) Art. 2 (art. 20-4 L. 70)

Formulations d'objectifs dans le corps des lois et intitulé des lois

Dans certains textes, les objectifs sont formulés à la fois dans l'intitulé de la loi et dans le corps même de la loi. C'est le cas, par exemple, dans les lois relatives à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Mais le plus souvent, l'on peut noter que lorsque l'intitulé d'une loi formule un objectif, le texte de la loi n'en contient pas (par exemple, loi pour le règlement de l'indemnisation des victimes, loi pour le développement du mécénat ou lois en matière de droit commercial).

- TYPOLOGIE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

L'expression formelle des objectifs d'une loi varie d'un texte législatif à l'autre. La formulation des objectifs peut varier et se présenter de la manière suivante :

- une affirmation du ou des *principes* généraux sous-jacents à la loi, affirmation simple parfois ou bien faisant l'objet de développements concernant la finalité du but poursuivi, les moyens propres à en assurer la mise en oeuvre (par exemple, dans la loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 sur les enseignements artistiques, l'alinéa premier de l'article premier consiste en une énonciation de l'objet de la loi, comportant une affirmation de principe de ces enseignements artistiques) ;
- un énoncé des *buts* poursuivis par la loi ;
- l'affirmation des *droits* développés ensuite dans le texte.

Les termes employés pour formuler l'objectif peuvent être plus ou moins explicites : "principe", "objet", "mission" ou même "objectif"... Ainsi, dans la loi de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative à la culture, le mot "objectif" se retrouve dans le texte même de la loi à deux reprises (articles 2 et 12).

Les locutions à caractère finaliste (afin de, en vue de, dans le but de, etc.) sont également fréquentes.

Il est toutefois difficile d'établir une typologie précise des formulations dont sont exprimés les objectifs contenus dans les lois. Les formulations sont par trop diverses et elles ne sont pas toujours clairement explicites.

ORIGINE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

Dans la très grande majorité des cas, les formulations d'objectifs sont introduites dans le dispositif législatif (lorsqu'il a pour origine un texte gouvernemental) dès le premier stade, c'est-à-dire celui du projet de loi tel qu'il est élaboré par le gouvernement et déposé devant le Parlement.

L'initiative de l'insertion de formulations d'objectifs dans le corps de la loi appartient donc généralement au gouvernement et très souvent le Parlement se borne à entériner, parfois en apportant quelques modifications rédactionnelles.

Il est cependant des cas où la collaboration avec le gouvernement est plus poussée. Parfois, en effet, le Parlement ne se contente pas de souscrire "passivement" au dispositif programmé : il lui arrive de le modifier profondément et de le réécrire. Dans ces cas, non seulement le Parlement admet le principe d'inscrire dans la loi ses objectifs, mais témoigne par les nouvelles rédactions qu'il élabore de l'importance qu'il attache à cet affichage.

Ainsi, par exemple, les formulations d'objectifs figurant dans le texte gouvernemental ont été réécrites par les assemblées dans le cas de :

- la loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques ;
- la loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du fonds spécial de grands travaux (la discussion en première lecture au Sénat de l'article premier de cette loi témoigne de l'importance attachée tant par le gouvernement que par la Haute assemblée à la formulation des missions du fonds spécial ; un accord n'aurait pu être trouvé qu'en deuxième lecture).

Dans quelques cas, l'insertion par le gouvernement de formulations d'objectifs ne recueille pas l'accord de l'une des assemblées. Le Sénat exprima parfois son refus au cours de la séance législative 1981-1986 pendant laquelle il se trouvait dans une position au gouvernement. Encore s'agissait-il souvent non d'un refus de principe de formuler les objectifs dans le texte de loi mais d'un désaccord sur les objectifs mêmes.

Le Sénat s'est, par exemple, prononcé contre les formulations d'objectifs inscrites par le gouvernement dans les articles premier et 2 de la loi n° 86-11 du 6 janvier 1986 relative à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires.

Il arrive *très rarement* que ce soit le Parlement qui se ve à l'origine de l'insertion d'une formulation d'objectif. Dans s les cas, au demeurant peu nombreux, l'initiative a appartenu ne commission, saisie au fond ou pour avis, de l'une des deux mbres.

C'est le cas :

- pour l'article premier de la loi n° 82-214 portant statut particulier de la région Corse : organisation administrative, avec s favorable du gouvernement ;
- pour l'article premier de la loi n° 70-1318 du 31 dé- mbre 1970 portant réforme hospitalière, le gouvernement s'en nettant, selon l'expression consacrée, à la sagesse du lement ;
- pour les articles premier et 2 de la loi n° 75-17 du 17 vrier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, avec ccord du gouvernement ;
- pour l'article premier de la loi n° 78-753 du 17 juillet 78 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre ministration et le public, avec l'accord du gouvernement ;
- pour l'article premier de la loi n° 82-915 du 28 octobre 82 relative aux institutions représentatives du personnel, avec ccord du gouvernement ;
- pour l'article premier de la loi n° 86-17 du 6 janvier 86 relative à la décentralisation de l'aide sociale, avec l'accord gouvernement ;
- pour la loi n° 87-343 du 22 mai 1987 complétant la loi 46-1173 du 23 mai 1946 portant réglementation des conditions ccès à la profession de coiffeur, en ce qui concerne les sortissants des Etats membres de la C.E.E.

Quant à l'article premier de la loi n° 85-30 du 9 janvier 85 relative au développement et à la protection de la montagne, i rassemblait généralités et énoncés de principes très généraux d'objectifs, dont le gouvernement déclara qu'ils n'avaient "*pas caractère normatif*", il fut introduit par l'Assemblée nationale. la commission des lois du Sénat, saisie pour avis, proposa la pression de cette "*littérature*", jugée plus à sa place dans xposé des motifs, le Sénat préféra souscrire au principe de la marche de l'Assemblée en adoptant une nouvelle rédaction de rticle proposée par la commission des affaires économiques, sie au fond.

La loi n° 85-1273 du 4 décembre 1985 relative à la ges- n, la valorisation et la protection de la forêt contient également ns son article premier une "*page de littérature*" (selon les termes rapporteur de la commission des affaires économiques du Sé-

otées sur proposition, essentiellement, de la commission des
saisie pour avis.

FINALITE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

L'insertion des formulations d'objectifs : une volonté délibérée

*L'insertion de formulations d'objectifs résulte d'une volonté
délibérée du législateur.*

Cette affirmation doit cependant être nuancée.

Certes, la volonté du législateur est évidente quand le
ement, l'une des assemblées du moins, prend l'initiative de
roduction de formulations d'objectifs dans le dispositif
slatif.

Mais, ainsi qu'indiqué précédemment, les formulations
bjectifs sont le plus fréquemment d'origine gouvernementale.
si, dans bien des cas, il s'agit plus nettement d'une volonté du
gouvernement que du législateur. Le gouvernement tient à
duire un effet d'affichage sur lequel les parlementaires ne
ennent pas. Il faut admettre qu'il est difficile pour le
ement de supprimer une formulation d'objectif incluse dans
projet de loi, même si parfois son caractère normatif ou
ateur n'est pas évident : ladite formulation s'analyse en effet
vent comme l'affirmation d'un principe que nul ne conteste.

Certes, le Parlement (ou, à tout le moins, la majorité de
assemblée nationale lorsque la majorité sénatoriale ne se trouve
en adéquation avec le gouvernement) entérine par son vote et
donc sienne la volonté gouvernementale.

Cependant, sauf les cas où la formulation d'objectif intro-
re par le gouvernement fait l'objet de discussions et de pro-
des modifications lors de l'examen du projet par les deux as-
blées et où ainsi le législateur témoigne de sa propre volonté
ficher les objectifs, une telle insertion reflète surtout le désir
pouvoir exécutif d'explicitier la finalité poursuivie par son
e.

Les motivations

Quels sont les motifs qui incitent à inscrire dans la loi ses
ectifs ?

Il s'agit souvent d'affirmer clairement les principes qui
ent sous-tendre la politique entreprise : par exemple, loi de
gramme pour les départements d'outre-mer : textes successifs

sur les enseignements artistiques, dans laquelle il fut jugé bon souligner l'intérêt et les finalités desdits enseignements ; loi sur patrimoine monumental, dans laquelle la formulation d'objectifs permet de définir les actions prioritaires et courantes de rénovation du patrimoine monumental pour lesquelles sont prévus des financements ultérieurement dans le dispositif.

Les formulations d'objectifs semblent plus fréquentes dans les textes de portée générale visant à réformer des pans entiers de législation existante ou instaurant des règles dans un secteur où existe le vide juridique que dans les textes ponctuels (3). C'est pourquoi il ne semble pas inutile au législateur d'expliquer au début du texte ses intentions générales et les principes sur lesquels il entend s'appuyer, de préciser les orientations et les objectifs qui inspirent la loi, bref son "esprit".

La formulation des objectifs dans le corps de la loi peut être ressentie comme une nécessité au plan philosophique ou idéologique. En énonçant ses objectifs, le législateur fonde et justifie son texte, il explicite l'idéologie qui a provoqué et inspiré sa rédaction. Ainsi, pour la majorité de l'Assemblée nationale, exprimer la notion de survie des entreprises dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises était jugé primordial, alors que l'opposition, estimant irréalistes certaines des procédures prévues par la loi pour atteindre ses objectifs, considérait la formulation de ces derniers comme imparfaite. L'expression de l'idéologie qui anime le texte est également très nette dans l'article premier de la loi n° 82-1357 du 27 avril 1982 portant création d'un régime d'épargne populaire ("*aider les personnes aux revenus les plus modestes à placer leurs économies dans des conditions qui en maintiennent le pouvoir d'achat*") ou dans l'article premier de la loi n° 83-557 du 1er juillet 1983 portant réforme des caisses d'épargne de prévoyance ("*satisfaire notamment les besoins collectifs et familiaux*"). La volonté d'affichage politique était aussi particulièrement évidente dans la loi de programme relative au développement des départements d'outre-mer précitée : il s'agissait d'annoncer la réalisation de l'un des programmes prioritaires du Gouvernement.

Il ne s'agit cependant pas d'une constante. Ainsi, comme analysé précédemment, des textes entourés d'un discours très idéologique et ayant fait l'objet de longs débats de caractère beaucoup plus politique que technique (loi de nationalisation n° 82-155 du 11 février 1982, loi n° 83-675 du 26 juillet 1983

tive à la démocratisation du secteur public, textes concernant privatisations, n° 86-793 du 2 juillet 1986 et n° 86-912 du 6 (1986) sont dépourvus, dans leur dispositif, de toute formulation finaliste. De même, le dispositif instituant l'impôt sur les grandes fortunes (articles 2 à 11 de la loi de finances pour 1982) comporte aucun objectif, alors que les débats parlementaires ont été marqués par de vives oppositions d'ordre idéologique.

Les destinataires

Le *destinataire* des formulations d'objectifs est *variable*.

Il peut s'agir du *Parlement lui-même*. Si le gouvernement entend parfois faire oeuvre didactique en inscrivant dans son texte les objectifs poursuivis, cela peut être à l'intention du Parlement afin de mieux lui faire accepter son texte.

En formulant les objectifs dans le texte même de la loi, il peut parfois s'agir aussi pour le gouvernement et le Parlement de *fixer des engagements*. Les objectifs inscrits dans les diverses lois relatives à la Nouvelle-Calédonie étaient destinés tant au gouvernement (engagement d'organiser une consultation, de déposer un projet de loi précisant les modalités du déroulement de la consultation, dans un délai fixé par la loi) qu'au Parlement (engagement d'adopter le projet de loi organisant la consultation). Ces engagements sont bien l'affirmation d'une volonté politique au moment donné, ils sont dépourvus de force juridique. Le législateur est même allé plus loin en formulant un objectif de dépendance-association dans l'article premier de la loi n° 85-575 du 23 août 1985, objectif dont la réalisation ne pouvait dépendre ni du gouvernement ni du Parlement mais seulement d'un éventuel accord international entre l'Etat français et un Etat calédonien indépendant.

Les formulations d'objectifs ont fréquemment aussi pour finalité de *faire appliquer la loi*. Les destinataires peuvent alors être le *pouvoir réglementaire* chargé de prendre des textes d'application et *l'administration* qui doit appliquer et faire appliquer la loi, ainsi que *l'administré* (professionnels concernés par la loi, bénéficiaires d'un droit créé par une loi ou assujettis à une obligation créée par une loi). Le *juge* n'est, semble-t-il, que rarement le destinataire direct des formulations d'objectifs voulus par le législateur qui, s'il a le souci permanent de l'application de la loi par l'administration, ne se soucie que beaucoup plus exceptionnellement de l'interprétation du texte par le juge. Ce dernier peut cependant être concerné dans la mesure où l'objectif fixé est généralement précis pour qu'éventuellement le fait qu'il ne soit

pecter la loi. Dans ces conditions, le juge doit apprécier les
s et sanctionner les éventuels manquements.

Le tableau ci-après témoigne, pour une série de lois en
ière sociale, de la diversité des destinataires des formulations
bjectifs.

RE DE LA LOI	DESTINATAIRE
i n° 70-1318 du 31 décembre 1970 ant réforme hospitalière	Professionnels de la santé
i n° 75-17 du 17 janvier 1975 ive à l'interruption volontaire grossesse	Formulation de portée générale Administrés et gouvernement
i n° 75-534 du 30 juin 1975 entation en faveur des personnes licapées	Cf. second alinéa de l'article 1er (énoncé des destinataires)
i n° 78-2 du 2 janvier 1978 éralisation de la sécurité sociale	Administrés
i n° 78-5 du 2 janvier 1978 certation avec le personnel cadrement	Administrés
i n° 78-753 du 17 juillet 1978 tions avec l'administration	Administration
i n° 78-754 du 17 juillet 1978 iaires de la formation professionnelle	Administrés
i n° 80-502 du 4 juillet 1980 ntation agricole	Administration et administrés Exploitants agricoles
i n° 82-915 du 28 octobre 1982 tutions représentatives du personnel	Pouvoir réglementaire et autorité judiciaire
i n° 83-635 du 13 juillet 1983 ive à l'égalité professionnelle entre emmes et les hommes	Autorité judiciaire
i n° 84-130 du 24 février 1984 ant réforme de la formation essionnelle continue	Affirmation d'un principe
i n° 85-773 du 25 juillet 1985 ant réforme du code de la mutualité	Pouvoir réglementaire et administration
i n° 86-1 du 3 janvier 1986 ive au droit d'expression des salariés	Eclairer l'autorité judiciaire
i n° 86-11 du 6 janvier 1986 ive à l'aide médicale urgente et aux sports sanitaires	Administration Professionnels de l'aide médicale urgente

n° 87-575 du 24 juillet 1987
ve aux établissements
pitalisation et équipement
aire

Professionnels de la santé

Motivations de l'absence de formulations d'objectifs

Il est des matières, comme nous l'avons indiqué, où le législateur semble s'abstenir de toute formulation d'objectifs. C'est notamment le cas pour le droit commercial et les textes réglementaires. De même, en matière financière ou fiscale, les lois sont généralement dépourvues de dispositions à caractère finaliste.

Est-ce pour autant abstention délibérée de la part du législateur ? L'absence de formulations d'objectifs dans le corps du texte résulte-t-elle de la volonté consciente du législateur ? On ne permet en général de fournir une réponse à cette question. Les seuls cas où l'on peut relever avec certitude une volonté délibérée du législateur de ne pas insérer dans le dispositif de la loi une formulation d'objectifs sont ceux où l'inscription d'une telle formulation a été proposée à un stade quelconque de la procédure d'adoption du texte mais finalement rejetée.

Le recensement effectué au cours de la présente étude n'a permis de noter qu'un seul cas d'abstention délibérée. En effet, au cours de la discussion de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le Sénat avait adopté, avec l'accord du gouvernement, en première et en deuxième lecture, un article non codifié placé en tête du projet pour résumer la philosophie de cette loi. Cette initiative se heurta, malgré le soutien gouvernemental, au refus des députés et l'article ne figure pas dans le texte définitif de la loi. L'Assemblée nationale justifia ce rejet au motif que "*pour intéressant qu'il soit, cet article n'est pas normatif*". Il semble qu'il ne s'agissait pas du refus de principe d'annoncer les objectifs dans la loi mais plus simplement du refus d'inscrire des principes généraux dans la loi hors codification, puisque l'article 14 de ladite loi énonce des objectifs explicites (et suffisamment précis pour donner lieu à application par l'autorité judiciaire) au sein du code du travail.

- EFFETS DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS

Conséquences de la présence de formulations d'objectifs sur l'application et l'interprétation de la loi

Il est difficile d'apprécier l'influence que peut avoir la présence de formulations d'objectifs sur l'application de la loi par l'administration, car les motivations qui déterminent effectivement la conduite de telle ou telle politique par l'administration ne sont pas réellement connues. Cependant, *la formulation d'objectifs dans le corps de la loi, si du moins elle ne consiste pas en un texte à caractère littéraire ou philosophique sans réelle normativité matérielle, peut certainement contribuer à encadrer l'action administrative.*

Il en est, semble-t-il, de même en ce qui concerne l'interprétation de la loi par le juge, quoique beaucoup de textes analysés dans la présente étude soient encore trop récents pour que la Cour de cassation ait eu à se prononcer. Il est probable que la formulation d'objectifs suffisamment précis au sein du dispositif législatif peut constituer un élément dont le juge devra tenir compte dans son interprétation et peut même revêtir en soi un caractère contraignant et donner ainsi lieu à application et interprétation par le juge.

Ainsi, dans le cas de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 citée, la présence d'objectifs formulés donne une coloration aux procédures collectives prévues par la loi, dont les juridictions tiennent généralement compte. On ne peut toutefois déterminer avec certitude si ces dernières agissent par référence à la loi ou simplement par application des conceptions usuelles du droit des faillites. Il y a cependant lieu de penser que les juridictions ne seraient pas fondées à mettre en jeu les procédures prévues par la loi dans un objectif autre que ceux cités à l'article premier.

En revanche, il semble que l'inscription d'objectifs dans le intitulé des lois n'a aucune influence tant sur l'application de la loi par l'administration que sur son interprétation par le juge.

- Effets pervers

Des formulations d'objectifs, qui avaient été jugées nécessaires par le gouvernement pour leur effet d'annonce, peuvent sans doute s'avérer finalement peu opportunes et ne pas atteindre le but politique recherché. Mais l'appréciation de l'opportunité est évidemment diverse.

Par ailleurs, les formulations d'objectifs peuvent parfois

s les débats et les travaux préparatoires. Ce fut le cas pour la "Loi Quilliot" : la proclamation du droit fondamental à l'habitat dans l'article premier a été interprétée par la Cour de cassation comme excluant du champ d'application de la loi les résidences secondaires, ce qui n'était pas conforme à la volonté du législateur.

Mais cet exemple d'effet pervers quant à l'interprétation de la loi semble être le seul parmi les cas ici recensés.

Formulations d'objectifs et contrôle de constitutionnalité

Les formulations d'objectifs, pour autant qu'elles soient véritablement normatives, pourraient éventuellement faire l'objet de la sanction de la part du Conseil constitutionnel pour inconstitutionnalité, comme toute autre disposition d'une loi qui est déférée. Aucun cas d'appréciation du Conseil constitutionnel sur de telles formulations d'objectifs n'a été relevé dans le cadre de la présente étude, si ce n'est sur le rappel, dans l'article premier de la loi n° 85-892 du 23 août 1985, d'un objectif, du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales dans les lois de décentralisation (notamment la loi n° 82-213 du 2 mars 1982). Cette réaffirmation sous forme de formulation d'objectif ne pouvait susciter sa censure mais elle fut l'occasion pour le Conseil de rendre plusieurs décisions d'apporter quelques précisions sur le contenu de la notion de libre administration et sa conciliation avec d'autres principes de valeur constitutionnelle.

En revanche, il est intéressant de noter l'appréciation du Conseil sur une formulation d'objectif sans normativité autre que formelle.

Saisi de la formulation de l'objectif d'indépendance-association dans l'article premier de la loi n° 85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a estimé, dans sa décision n° 85-196 du 8 août 1985 (*J.O.* du 10 août 1985, p. 9127), que la population du territoire n'est pas habilitée pour décider de l'indépendance-association, qu'*"un acte de droit interne, fût-ce une loi, ne peut préjuger d'un accord international librement signé entre deux Etats"*, qu'une telle disposition n'est pas conforme aux principes du droit international public, et qu'en tout état de cause la disposition incriminée *"se borne à énoncer une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que résultant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle"*.

I - FORMULATIONS D'OBJECTIFS ET CONCEPTION DE LA LOI

Une conception "interventionniste" de la loi ?

La formulation dans la loi de ses objectifs relève parfois une conception "interventionniste" de la loi. Il en est ainsi lorsque le législateur a la volonté d'encadrer l'application et l'interprétation de la loi. C'est le cas, par exemple, en droit commercial, domaine dans lequel les formulations d'objectifs sont très fréquentes mais où leur présence semble témoigner d'une volonté de guider au moins l'interprétation des juges.

Mais le souci du législateur de définir le cadre de référence dans lequel s'insère le texte ne suppose pas toujours une volonté d'intervention. Il s'agit souvent plus simplement d'une proclamation idéologique ou d'un effet d'annonce, ou encore d'une tentative pédagogique pour expliquer aux destinataires les motivations de la loi et pour leur en faire ainsi mieux admettre les contraintes.

Formulations d'objectifs et caractère normatif de la loi

L'abus de formulations d'objectifs sans réel contenu normatif (déclarations d'intention, affichage d'une idéologie, appel sans nécessité de grands principes) pourrait affaiblir le caractère normatif de la loi.

Il n'en est évidemment pas de même lorsque les objectifs énoncés, de par leur précision, présentent le caractère d'une norme applicable.

Mais en général, le dispositif législatif ne gagne probablement rien à être confondu avec un exposé des motifs.

ANNEXE

Exemples recensés

COMMISSION DES AFFAIRES CULTURELLES

1°) Culture

Loi n° 88-12 du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental

"ART. 1er - La présente loi a pour objet de permettre :

"1) La restauration et la mise en valeur de monuments classés ou inscrits à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, ainsi que des objets mobiliers qu'ils contiennent, dont l'état nécessite des travaux importants : édifices civils, militaires et religieux, en particulier les cathédrales, parcs et jardins historiques.

"2) La mise en valeur de grands sites archéologiques classés ou inscrits.

Elle doit également permettre d'engager et de poursuivre les programmes nationaux de travaux sur les monuments classés ou inscrits et sur le patrimoine rural protégé."

"ART. 4 - Le Gouvernement présentera au Parlement, dans un délai de six mois suivant la publication de la présente loi, un rapport sur les moyens à mettre en oeuvre pour utiliser la totalité des crédits consacrés au patrimoine monumental et pour simplifier, accélérer et harmoniser :

"- la gestion du patrimoine monumental et les procédures de classement et de description, ainsi que la protection des monuments d'intérêt local situés notamment en milieu rural ;

"- la programmation et l'exécution des travaux et, en particulier, les conditions d'octroi des aides de l'Etat aux personnes publiques ou privées propriétaires de monuments historiques."

2°) Education

Loi n° 82-1091 du 23 décembre 1982 relative à la formation professionnelle des artisans

"ART. 1er - La formation professionnelle continue des artisans, organisée à l'initiative des chambres de métiers et des organisations professionnelles de artisans représentatives, s'adresse aux chefs d'entreprise, à leurs conjoints non salariés et à leurs auxiliaires familiaux. Elle favorise le perfectionnement de leurs connaissances et le développement de leurs aptitudes en ce qui concerne la gestion des entreprises, l'utilisation de nouvelles techniques et l'adaptation aux évolutions de l'économie et de la société ; elle contribue à leur promotion sociale et à leur accès à la culture."

Loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques

"ART. 1er - Les enseignements artistiques contribuent à l'épanouissement des aptitudes individuelles et à l'égalité d'accès à la culture. Ils favorisent la connaissance du patrimoine culturel ainsi que sa conservation et participent au développement de la création et des techniques d'expression artistiques.

"Ils portent sur l'histoire de l'art et sur la théorie et la pratique des disciplines artistiques, en particulier de la musique instrumentale et vocale, des arts plastiques, de l'architecture, du théâtre, du cinéma, de l'expression audiovisuelle, des arts du cirque, des arts du spectacle, de la danse et des arts appliqués."

"ART. 6 - Les établissements entrant dans le champ d'application de la loi 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur qui dispensent des enseignements artistiques et les établissements d'enseignement supérieur reconnus en application de l'article 9 de la présente loi assurent des formations de haut niveau dans les disciplines visées à l'article 1er ci-dessus.

"Ils participent, dans le cadre des missions qui leur sont propres, à la formation professionnelle, au progrès de la recherche, à la diffusion de la culture et au développement des liens entre les activités artistiques et l'ensemble des secteurs de la production."

3°) Communication

Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et aux préenseignes

"ART. 1er - Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser informations et opinions, quelle qu'en soit la nature, par le moyen de la publicité, d'enseignes et de préenseignes, conformément aux lois en vigueur et sous réserve des dispositions de la présente loi.

"ART. 2 - Afin d'assurer la protection du cadre de vie, la présente loi fixe les règles applicables à la publicité, aux enseignes et aux préenseignes, visibles de la voie ouverte à la circulation publique, au sens précité par décret en Conseil d'Etat. Ses dispositions ne s'appliquent pas à la publicité, aux enseignes et aux préenseignes situées à l'intérieur d'un local, sauf si l'utilisation de celui-ci est principalement celle d'un support de publicité."

"ART. 12 - Sous réserve des dispositions de la présente loi, le maire arrête par arrêté et fait aménager sur le domaine public ou en surplomb de celui-ci sur le domaine privé communal, un ou plusieurs emplacements destinés à l'affichage d'opinion ainsi qu'à la publicité relative aux activités des associations sans but lucratif. Aucune redevance ou taxe n'est perçue à l'occasion de cet affichage ou de cette publicité.

"En vue d'assurer la liberté d'opinion et de répondre aux besoins des associations, les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat en fonction du nombre d'habitants et de la superficie de la commune. Le décret fixe une surface minimale que chaque catégorie de communes doit réserver à l'affichage défini à l'alinéa précédent.

"Si, dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de ce décret, le maire n'a pas pris l'arrêté prévu au premier alinéa, le préfet, après une mise en demeure restée sans effet durant trois mois, détermine le ou les emplacements nécessaires. L'arrêté préfectoral cesse de s'appliquer dès l'entrée en vigueur d'un arrêté du maire déterminant un autre ou d'autres emplacements."

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

"ART. 1er - La communication audiovisuelle est libre.

"Au sens de la présente loi, la communication audiovisuelle est la mise à la disposition du public, par voie hertzienne ou par câble, de sons, d'images, de documents, de données ou de messages de toute nature.

"ART. 2 - Les citoyens ont droit à une communication audiovisuelle libre et pluraliste."

"ART. 5 - Le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision, dans son cadre national et régional, a pour mission de servir l'intérêt général : en assurant l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ;

favorisant la communication sociale et notamment l'expression, la formation et l'information des communautés culturelles, sociales et professionnelles et des familles rurales et philosophiques ;

participant par ses actions de recherche et de création au développement de la communication audiovisuelle, en tenant compte de l'évolution de la demande des usagers et des mutations qu'entraînent les techniques nouvelles ;

la défendant et en illustrant la langue française et en assurant l'expression des cultures régionales ;

favorisant la diffusion à l'étranger de la culture française sous toutes ses formes et participant au dialogue entre les cultures et en particulier les cultures francophones ;

répondant aux besoins des Français de l'étranger en matière d'information, de culture et de diffusion de la culture.

"Cette mission doit être assurée dans le respect des principes de pluralisme et d'égalité entre les cultures, les croyances, les courants de pensée et d'opinion.

"Elle est exercée notamment par les établissements publics et les sociétés d'intérêt public au titre III de la présente loi."

"ART. 12 - Il est institué une Haute autorité de la communication audiovisuelle chargée notamment de garantir l'indépendance du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision."

"ART. 14 - I - Sous réserve des dispositions législatives et réglementaires applicables, la Haute autorité est chargée de veiller par ses recommandations, dans le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision :

au respect du pluralisme et de l'équilibre dans les programmes ;

au respect de la personne humaine et de sa dignité, de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la protection des enfants et des adolescents ;

à la défense et à l'illustration de la langue française ;

à la promotion des langues et cultures régionales ;

à l'adaptation des conditions de diffusion des programmes de télévision aux particularités des sourds et des malentendants.

"II - Sous la même réserve, elle fixe par ses décisions, dans le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision, les règles concernant :

le droit de réplique aux communications du Gouvernement prévues par l'article 33 de la présente loi ;

les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales ;

les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions destinées à l'expression directe des diverses familles de croyance et de pensée, ainsi que des émissions des assemblées parlementaires, des partis politiques et des groupes parlementaires.

"III - Sous la même réserve, la Haute autorité détermine les modalités de mise en oeuvre du droit de réponse institué par l'article 6 de la présente loi."

COMMISSION DES AFFAIRES ECONOMIQUES ET DU PLAN

1°) Urbanisme, transports et routes

Loi n° 79-591 du 12 juillet 1979 relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales

"ART. 1er - Par dérogation à la loi du 30 juillet 1880 ayant pour objet de déterminer le mode de rachat des ponts à péage, il peut être institué, à titre optionnel et temporaire, lorsque l'utilité, les dimensions et le coût d'un ouvrage justifient, à comprendre dans la voirie nationale ou départementale ainsi que le service public aux usagers le justifient, une redevance pour son usage dans les conditions prévues aux articles 2 et 3 ci-dessous."

Annexe n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs

"ART. 1er - Le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques et sociales les plus avantageuses pour la vie nationale. Il concourt à l'unité et à la solidarité nationale, à la défense du pays, au développement économique et social, à l'aménagement équilibré du territoire et à l'extension des échanges internationaux, notamment européens.

"Ces besoins sont satisfaits par la mise en oeuvre des dispositions permettant de rendre effectifs le droit qu'a tout usager de se déplacer et la liberté de choisir les moyens ainsi que la faculté qui lui est reconnue d'exécuter lui-même le transport de ses biens ou de le confier à l'organisme ou à l'entreprise de son choix.

"ART. 2 - La mise en oeuvre progressive du droit au transport permet aux usagers de se déplacer dans des conditions raisonnables d'accès, de qualité et de prix qui ne dépassent pas le coût pour la collectivité, notamment par l'utilisation d'un moyen de transport ouvert au public.

"Dans cet esprit, des mesures particulières peuvent être prises en faveur des personnes à mobilité réduite.

"Les catégories sociales défavorisées, notamment celles des parties insulaires et des régions lointaines ou d'accès difficile du territoire national, peuvent faire l'objet de dispositions adaptées à leur situation.

"Le droit au transport comprend le droit pour les usagers d'être informés des moyens qui leur sont offerts et sur les modalités de leur utilisation.

"ART. 3 - La politique globale des transports de personnes et de marchandises assure le développement harmonieux et complémentaire des divers modes de transports individuels et collectifs, en tenant compte de leurs avantages et inconvénients en matière de développement régional, d'aménagement urbain, de protection de l'environnement, de défense, d'utilisation rationnelle de l'énergie, de sécurité et de leur spécificité. Elle tient compte des coûts économiques réels liés à la construction, à l'entretien et à l'usage des infrastructures, équipements et matériels de transport et des coûts sociaux, monétaires et non monétaires, supportés par les usagers et les tiers.

"Elle établit les bases d'une concurrence loyale entre les modes de transport et entre les entreprises, notamment en harmonisant leurs conditions d'exploitation et de gestion.

"Elle favorise leur complémentarité et leur coopération, notamment dans le choix d'infrastructures et par le développement rationnel des transports multimodaux.

"Elle contribue au développement et à l'amélioration de la politique nationale des transports.

"ART. 4 (deuxième alinéa) - Le développement de l'usage des transports collectifs de personnes revêt un caractère prioritaire. Cet usage doit être encouragé.

"ART. 5 - Le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens.

"Ces missions sont les suivantes :

"a) la réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ;

"b) la réglementation des activités de transport et le contrôle de son exercice ainsi que l'organisation des transports pour la défense ;

"c) le développement de l'information sur le système de transports ;

"d) le développement de la recherche, des études et des statistiques de manière à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ;

"e) l'organisation du transport public.

"Les modalités des relations entre les autorités publiques et les entreprises de transport public varient en fonction du mode de transport et de la nature des personnes transportées selon qu'il s'agit notamment de transports de personnes ou de marchandises. Dans le cadre des dispositions de la loi, la liberté de gestion des entreprises publiques est garantie par l'Etat.

"Sont considérés comme des transports publics tous les transports de personnes ou de marchandises, à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées.

"ART. 6 - Les conditions dans lesquelles sont exécutées les opérations de transport public, notamment la formation des prix et tarifs applicables et les clauses des contrats de transport, permettent une juste rémunération du transport assurant la couverture des coûts réels du service rendu dans des conditions normales d'organisation et de productivité.

"ART. 7 - II - L'Etat et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales ou leurs groupements organisent les transports publics réguliers de personnes. L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique ou en forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant conclu à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre des parties afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le développement du transport public de personnes. Elle est révisée de plein droit en cas de radiation du titulaire du service.

"III - Le financement des services de transport public régulier de personnes organisés par l'autorité organisatrice est assuré par les usagers, le cas échéant par les collectivités publiques et, en vertu de dispositions législatives particulières, les autres bénéficiaires publics ou privés qui, sans être usagers des services, en retirent un avantage direct ou indirect.

"La politique tarifaire est définie par l'autorité compétente de manière à assurer l'utilisation la meilleure, sur le plan économique et social, du système de transports correspondant."

"ART. 28 - Un plan de déplacements urbains est élaboré sur tout ou partie du territoire compris à l'intérieur d'un périmètre de transports urbains, par l'autorité compétente pour l'organisation de ces transports, après avis du ou des conseils municipaux concernés.

"Le plan de déplacements urbains définit les principes généraux de l'organisation des transports, de la circulation et du stationnement dans le périmètre des transports urbains. Il a comme objectif une utilisation plus rationnelle de la voirie et assure la bonne insertion des piétons, des véhicules à deux roues et des transports en commun. Il s'accompagne d'une étude des modalités de son financement et de la couverture des coûts d'exploitation des mesures qu'il contient. Le plan est soumis à enquête publique."

"ART. 31 - Le développement du transport routier de marchandises, fondé sur les avantages propres de ce mode et régulé en fonction des besoins de l'économie, nécessite l'augmentation de sa productivité notamment à l'aide de technologies modernes, l'amélioration de la formation et de la qualification professionnelles, le respect des conditions de travail et de sécurité, la coopération des entreprises entre elles et avec les autres modes de transport."

"ART. 34 (premier alinéa) - Tout contrat de location d'un véhicule public industriel avec conducteur doit comporter des clauses précisant les obligations respectives des parties dans les conditions d'emploi du conducteur et dans les conditions de réalisation des opérations de transport. Ce contrat doit assurer la couverture des coûts réels du service rendu dans des conditions normales d'organisation et de productivité."

bre de métiers. Elle a pour mission de coordonner l'action de ses membres, de présenter les intérêts généraux de la batellerie artisanale auprès des pouvoirs publics et des agents économiques intéressés au transport fluvial. Elle tient le lien entre des patrons et compagnons bateliers."

2) Planification

Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification

"ART. 1er - La plan détermine les choix stratégiques et les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la Nation ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre.

"Le Gouvernement associe le conseil économique et social, les partenaires sociaux et économiques et les régions à son élaboration dans les conditions définies par la présente loi."

3) Tourisme

Loi n° 87-508 du 9 juillet 1987 adaptant aux exigences du développement du tourisme certaines dispositions du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme.

"ART. 3 - Après l'article L. 49-1 du même code, il est inséré un article L. 49-1-1 ainsi rédigé :

"Art. L. 49-1-1 - Dans les communes de moins de 2.000 habitants, et dans les zones où les nécessités touristiques ou d'animation locale le justifient, le représentant de l'Etat dans le département peut autoriser le maintien ou l'installation de débits de boissons à consommer sur place, dans les zones faisant l'objet des dispositions des articles L. 49 et L. 49-1."

4) Environnement

Loi n° 82-990 du 23 novembre 1982 modifiant la loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 relative à la police des épaves maritimes.

"ARTICLE unique - Les articles premier, 2 et 6 de la loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 relative à la police des épaves maritimes sont remplacés par les dispositions suivantes :

"Article premier - En vue de sauvetage des épaves maritimes ou pour la suppression des dangers qu'elles présentent, il peut être procédé ..."

5) Agriculture et aménagement rural

Loi n° 82-847 du 6 octobre 1982 relative à la création d'offices d'intervention dans le secteur agricole et à l'organisation des marchés.

"ART. 1er - Afin d'atteindre les objectifs définis par l'article 39 du Traité instituant la Communauté économique européenne et, dans les limites des compétences que la présente loi leur confère, de contribuer à réunir les conditions d'une agriculture garantie et du relèvement des revenus des agriculteurs, à la réduction des déficits, à l'emploi optimum des facteurs de production et à la régularisation des échanges dans l'intérêt de tous les opérateurs et des salariés de la filière ainsi que des consommateurs, des offices d'intervention sont créés dans le secteur agricole et forestier, par produit ou groupe de produits, par décret en Conseil d'Etat."

"ART. 3 - En conformité avec les principes et les règles de la politique agricole commune et dans le cadre défini par le plan de la nation, notamment dans le domaine agro-alimentaire, les offices ont pour mission, dans leur domaine de

"2. de contribuer à maintenir et à développer l'agriculture de la zone et des zones défavorisées en assurant la promotion de produits et de modes de mise en valeur adaptés à leurs caractères propres ;

"3. d'améliorer le fonctionnement des marchés de façon à assurer, tenant compte de l'évolution des coûts de production et en conformité avec les besoins des consommateurs, une juste rémunération du travail des agriculteurs et des conditions normales d'activité aux différents opérateurs de la filière. A cette fin, les offices :

"- favorisent l'organisation des producteurs, notamment sous les formes des coopératives ;

"- favorisent l'organisation des relations entre les différentes instances intervenant dans les filières agricoles et alimentaires et contribuent à une rationalisation des pratiques mises en oeuvre par les opérateurs ;

"- améliorent et suscitent des mécanismes de mise en marché permettant un regroupement de l'offre et assurant une confrontation claire de l'offre avec la demande ;

"- participent à la préparation et à la mise en oeuvre des mesures nécessaires à l'amélioration des conditions de la concurrence, notamment par une adaptation des conditions et des délais de paiement ;

"- contribuent à l'information et à la protection des consommateurs ;

"4. d'améliorer la connaissance du marché et des structures de la production, de la transformation et de la commercialisation. A cette fin, les offices recueillent les données et les prévisions nécessaires à la gestion du marché et diffusent notamment les informations utiles à la connaissance des charges et des prix moyennes aux différents stades de la filière.

"A cet effet, les administrations et les organismes interprofessionnels ou professionnels concernés leur communiquent les informations d'ordre technique et économique dont ils disposent, à l'exclusion des renseignements d'ordre fiscal et financier sur la situation des personnes physiques ou morales ;

"5. de renforcer l'efficacité économique de la filière et d'assurer la cohérence des actions conduites dans le secteur agro-alimentaire de leur compétence.

"A cette fin, les offices :

"- participent à la mise en oeuvre d'actions relatives à l'orientation de la production ;

"- contribuent au développement de la recherche et de l'expérimentation ;

"- interviennent dans la préparation et la mise en oeuvre de la politique du placement public des investissements dans le cadre de la planification de chaque secteur et d'une politique du développement de l'emploi ;

"6. de participer à l'élaboration des objectifs et des modalités de mise en oeuvre de la politique du plan et de contribuer à leur mise en oeuvre ;

"7. de contribuer, notamment par une politique de la qualité, à la mise en oeuvre de la recherche et au développement des débouchés tant sur le marché intérieur que sur les marchés d'exportation, en liaison avec les organismes compétents ;

"8. de donner un avis ou de faire des propositions sur les mesures techniques ou financières nécessaires à l'accomplissement de leur mission et de participer à leur mise en oeuvre ;

"9. d'appliquer la politique communautaire. A cette fin, les offices :

"- exécutent les interventions communautaires ;

"- proposent aux pouvoirs publics les adaptations des dispositions communautaires de nature à améliorer l'organisation et la régularisation des marchés ;

"- contribuent à mettre en oeuvre les actions nécessaires à l'application sur le marché national des décisions de prix intervenues au niveau communautaire ;

"- proposent, conformément au Traité instituant la Communauté économique européenne, aux accords liant la Communauté et les pays tiers, notamment les Etats associés et les pays en voie de développement, et aux règles de

"- proposent les mesures destinées à promouvoir le développement des pays dans les pays tiers et à participer à la lutte contre la faim dans le monde ;

"10. de contribuer à la sauvegarde des espèces végétales et des races animales menacées de disparition."

loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

"ART. 1er - La montagne constitue une entité géographique, économique et sociale dont le relief, le climat, le patrimoine naturel et culturel nécessitent la définition et la mise en oeuvre d'une politique spécifique de développement, de gestion et de protection. L'identité et les spécificités de la montagne sont prises en compte par l'Etat, les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les actions qu'ils conduisent.

"La politique de la montagne a pour finalité de permettre aux populations montagnardes et à leurs élus d'acquérir les moyens et la maîtrise de leur développement et d'établir, dans le respect de l'identité culturelle montagnarde, la parité des conditions de vie entre la montagne et les autres régions. Elle se fonde sur la mise en valeur optimale des potentialités locales.

"S'inscrivant dans le cadre de la solidarité de la nation, la politique de la montagne se caractérise par la promotion d'une démarche de développement local, d'une démarche d'autodéveloppement, qui, engagée et maîtrisée par la population montagnarde, comporte en particulier :

"- la mobilisation simultanée et équilibrée des ressources disponibles en vue de la valorisation des aptitudes aux productions agricoles, forestières, artisanales, industrielles et énergétiques, la diversification des activités économiques et le développement des capacités d'accueil et de loisirs nécessaires à la promotion du tourisme, du thermalisme et du climatisme ;

"- la protection des équilibres biologiques et écologiques, la préservation des sites et des paysages, la réhabilitation du bâti existant et la promotion du patrimoine culturel ;

"- la reconnaissance du droit à un développement spécifique et à la prise en compte des différences par un effort particulier de recherche et d'innovation et d'adaptation, au niveau national comme à celui des régions et des massifs, des dispositions législatives ou réglementaires et des autres mesures de portée générale que les particularités de la montagne le justifient ;

"- l'adaptation et l'amélioration des équipements et des services afin de garantir aux populations montagnardes des prestations comparables à celles qui sont assurées sur le reste du territoire national ;

"- la prise en compte des handicaps que subissent les collectivités locales et des activités économiques dans tous les domaines et, notamment, pour la définition de politiques de soutien à l'emploi, l'organisation des productions agricoles et de leur mise en marché comme, plus généralement, pour l'attribution des crédits publics et l'emploi de l'épargne locale ;

"- le soutien prioritaire des programmes globaux et pluriannuels de développement engagés de manière coordonnée par les collectivités territoriales et les partenaires économiques et sociaux au niveau intercommunal des petites régions ou départements."

"ART. 2 - Le Gouvernement s'attachera à obtenir de la Communauté économique européenne la prise en compte des objectifs de la présente loi dans les décisions de politique agricole et d'action régionale, notamment lors de la définition des règlements d'organisation des marchés, de la fixation des prix agricoles et dans la gestion des fonds structurels."

"ART. 6 - Il est créé un Conseil national pour le développement, la gestion et la protection de la montagne, dénommé Conseil national de la montagne.

"ART. 7 - Il est créé un comité pour le développement, l'aménagement et la protection de chacun des massifs de montagne, dénommé comité de massif.

"Ce comité comprend des représentants des régions, des départements, des communes ou de leurs groupements, des établissements publics consulaires, des parcs nationaux et régionaux, des organisations socioprofessionnelles et des associations agréées par le développement, l'aménagement et la protection du massif. Le comité comprend une majorité de représentants des régions, des départements, des communes ou de leurs groupements.

"Il est présidé par le représentant de l'Etat désigné pour assurer la liaison dans le massif.

"Le comité définit les objectifs et précise les actions qu'il juge souhaitables pour le développement, l'aménagement et la protection du massif. Il a notamment pour objet de faciliter, par ses avis et ses propositions, la coordination des actions entreprises dans le massif et l'organisation des services publics.

"ART. 8 - Les dispositions de portée générale sont adaptées, en tant que de besoin, à la spécificité de la montagne. Les dispositions relatives au développement économique, social et culturel et à la protection de la montagne sont en outre adaptées à la situation particulière de chaque massif ou partie de massif.

"ART. 9 - Le plan de la Nation comporte des dispositions particulières relatives au développement, à l'aménagement et à la protection de la montagne.

"Dans chaque région comprenant une zone de montagne, telle que définie dans les articles 3 et 4 de la présente loi, le plan de la région comporte des dispositions relatives au développement économique, social et culturel de chacun des massifs de montagne de la région. Ces dispositions sont élaborées et approuvées conformément à l'article 15 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 précitée. Le conseil régional consulte le comité de massif intéressé sur les dispositions envisagées et, éventuellement, sur leurs modifications.

"Les contrats de plan traduisent la priorité de l'action de l'Etat en faveur du développement économique, social et culturel des différents massifs de montagne."

"ART. 18 - Par sa contribution à la production, à l'emploi, à l'entretien des sols et à la protection des paysages, l'agriculture de montagne est reconnue comme l'activité générale de base de la vie montagnarde.

"En conformité avec les dispositions des traités instituant la Communauté économique européenne, le Gouvernement, reconnaissant ces rôles fondamentaux de l'agriculture de montagne, s'attache à :

"- encourager des types de développement agricole adaptés à la montagne, notamment en consentant un effort particulier de recherche appropriée aux particularités, aux contraintes et aux traditions de la montagne et en diffusant les connaissances acquises ;

"- mettre en oeuvre une politique agricole différenciée favorisant l'élevage laitier dans les secteurs qui n'ont pas de possibilité de productions agricoles natives ;

"- promouvoir les productions de qualité et faire prendre en compte leurs particularités dans le cadre de l'organisation et de la gestion des marchés agricoles ;

"- assurer la préservation des terres agricoles et pastorales par des dispositions adaptées ;

"- prendre en compte des handicaps naturels de l'agriculture de montagne et favoriser, par des mesures particulières, le financement des investissements et le fonctionnement des services collectifs d'assistance technique aux exploitants et à leurs groupements ;

"- faciliter en tant que de besoin la pluriactivité par la complémentarité des activités économiques.

"ART. 19 - Le deuxième alinéa de l'article 15 de la loi d'orientation relative à l'agriculture n° 60-808 du 5 août 1960, relatif à l'action des sociétés d'aménagement

ours technique aux communes de moins de 2.000 habitants pour la mise en œuvre par celles-ci de l'ensemble des procédures d'aménagement foncier communal, notamment l'exercice des droits de préemption dont elles sont titulaires. Dans les zones, ces sociétés peuvent intervenir en matière de terres incultes ou infestement sous-exploitées, dans les conditions prévues à l'article 40-1 du code

"En vue de faciliter l'aménagement rural et la constitution de réserves foncières, ces sociétés peuvent céder, dans la limite de 5 % des superficies qu'elles possèdent dans l'année, des biens fonciers aux collectivités locales, établissements publics de coopération intercommunale, associations syndicales de propriétaires volontaires ou forcées, autres organismes publics ou institutions reconnues d'utilité publique et, en zone de montagne, à des sociétés d'économie mixte locales. La limite maximale peut atteindre 10 % à condition que les cessions supplémentaires aient lieu en zone de montagne".

"ART. 32 - Les organismes de recherche et de développement agricoles, les instituts techniques et les offices d'intervention dans le secteur agricole et forestier concourent à l'élaboration de programmes spécifiques aux productions agricoles de montagne et à la promotion de produits de qualité, notamment par le développement des procédures de certification et d'appellation."

"ART. 55 - L'existence en zone de montagne d'un équipement commercial et d'un artisanat de services répondant aux besoins courants des populations et contribuant à l'animation de la vie locale est d'intérêt général.

"L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, dans la limite de leurs compétences respectives, prennent en compte la réalisation de cet objectif dans le cadre des actions qu'ils conduisent en matière de développement économique et social. Cette prise en compte peut, notamment en cas de carence ou d'insuffisance de l'initiative privée, porter sur :

"- le maintien, sur l'ensemble du territoire montagnard, d'un réseau commercial de proximité compatible avec la transformation de l'appareil commercial existant ;

"- l'amélioration des conditions d'exercice des activités commerciales et artisanales de services en milieu rural de montagne en favorisant l'évolution et la modernisation."

"ART. 72 - Il est inséré au titre IV du livre 1er du code de l'urbanisme, un chapitre V ainsi rédigé :

"Art. L. 145-3 - I - Les terres nécessaires au maintien et au développement des activités agricoles, pastorales et forestières sont préservées. La nécessité de préserver ces terres s'apprécie au regard de leur rôle et de leur place dans les systèmes d'exploitation locaux. Sont également pris en compte leur situation géographique, leur rapport au siège de l'exploitation, leur relief, leur pente et leur exposition. Seules les constructions nécessaires à ces activités ainsi que les équipements sportifs liés notamment à la pratique du ski et de la randonnée peuvent y être autorisés.

"II - Les documents et décisions relatifs à l'occupation des sols comportent des dispositions propres à préserver les espaces, paysages et milieux caractéristiques du patrimoine naturel et culturel montagnard.

"III - L'urbanisation doit se réaliser en continuité avec les bourgs et villages existants, sauf si le respect des dispositions prévues aux I et II ci-dessus ou la protection contre les risques naturels imposent la délimitation de hameaux nouveaux intégrés à l'environnement.

"La capacité d'accueil des espaces destinés à l'urbanisation doit être compatible avec la préservation des espaces naturels et agricoles mentionnés aux I et II du présent article.

"IV - Le développement touristique et, en particulier, la création d'une infrastructure touristique nouvelle doivent prendre en compte les communautés d'intérêt des communes locales concernées et contribuer à l'équilibre des activités économiques et

"Art. L. 145-4 - Le périmètre du schéma directeur ou du schéma directeur ou du schéma de secteur tient compte de la communauté d'intérêts économiques et sociaux à l'échelle d'une vallée, d'un pays, d'un massif local ou d'une géographie géographique constituant une unité d'aménagement cohérent."

"ART. 80 - Le fonds d'intervention pour l'autodéveloppement en montagne à l'article 7 de la présente loi a pour mission prioritaire et permanente de contribuer à la valorisation de tous les atouts de la montagne en soutenant la recherche appliquée, l'expérimentation, l'innovation, l'animation locale et l'assistance technique nécessaires à la mise en oeuvre de projets de développement local, ainsi que la diffusion des expériences et des techniques adaptées au milieu montagnard."

"ART. 93 - Il est inséré après l'article 4 de la loi n° 60-708 du 22 juillet relative à la création de parcs nationaux, un article 4 bis ainsi rédigé :

"Art. 4 bis - Les parcs nationaux situés dans les massifs de montagne ont en charge la protection d'espaces naturels sensibles particulièrement remarquables.

"Ils coopèrent avec les régions et les collectivités territoriales pour l'accomplissement de cette mission et pour le développement économique, social et culturel du massif concerné, dans le cadre défini par la présente loi.

"ART. 94 - Les parcs naturels régionaux situés dans les massifs de montagne constituent un instrument exemplaire au service de la protection de l'équilibre biologique et de la préservation des sites et paysages visés à l'article 1er de la présente loi. Leur représentation dans les comités de massif traduit le caractère légitime de leur relations avec les régions et les collectivités territoriales dans le cadre d'un aménagement du territoire respectant la spécificité des zones de montagne.

"Cette représentation leur permet d'être associés à l'élaboration des descriptions particulières visées à l'article L. 145-7 du code de l'urbanisme, notamment en ce qui concerne les modalités de préservation des espaces, paysages et autres caractéristiques du patrimoine naturel et culturel montagnard.

"ART. 95 - Afin de déterminer les perspectives de développement de la médecine d'altitude et la contribution qu'elle peut apporter à la politique de prévention sanitaire et à l'équilibre des régimes sociaux, le Gouvernement prescrira une enquête dont les conclusions seront rendues publiques dans un délai de six mois."

loi n° 85-1273 du 4 décembre 1985 relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt.

"ART. 1er - La mise en valeur et la protection de la forêt française sont d'intérêt général. Cette mise en valeur, qui prend en considération les spécificités respectives de la forêt publique, notamment domaniale et communale, et de la forêt privée, doit tendre à satisfaire les besoins de la nation en développant la production, la récolte, la valorisation sur le territoire national et la commercialisation des produits forestiers, à assurer la préservation des équilibres écologiques indispensables, à faciliter l'accueil du public dans le respect des éléments forestiers et en tenant compte des droits des propriétaires.

"La politique forestière, en ce qui concerne les bois et forêts des particuliers, tend à encourager l'investissement forestier, à favoriser la formation des propriétaires, à inciter à toute forme de regroupement, notamment par la coopération, à améliorer la qualité des bois et leurs débouchés et à accroître la productivité de la sylviculture."

"ART. 16 - I - Dans le cadre des orientations régionales forestières, les représentants des organisations professionnelles les plus représentatives de la

la forêt et des produits forestiers, dits "comités de filière", lorsqu'il apparaîtra
essaie d'élaborer et de mettre en oeuvre des mesures tendant :

"- à améliorer la connaissance de l'offre et de la demande par produits ou
pes de produits ;

"- à permettre l'établissement de normes techniques et de programmes de
cherche appliquée ;

"- à contribuer à la promotion des produits sur les marchés intérieur et
rieur."

**ART. 28 - "Art. L. 512-1 - L'aménagement foncier forestier a pour objet
favoriser la mise en valeur et la protection de la forêt ainsi que d'améliorer les
cultures sylvicoles."**

"ART. 32 - L'article 52-3 du code rural est ainsi rédigé :

"Art. 52-3 - Dans les périmètres mentionnés au 4° de l'article
, il est institué une procédure d'aménagement foncier agricole et forestier qui est
par le chapitre III du présent titre pour ce qui concerne les parcelles agricoles et
les articles L. 512-1 à L. 512-7 du code forestier pour les parcelles boisées ou à
er. Cette procédure a pour objet de permettre les regroupements de parcelles à
nation agricole et de parcelles à destination forestière."

"ART. 38 - I - Le premier alinéa de l'article 3 du code rural est ainsi
gé :

"La commission communale détermine les mesures qu'elle estime nécessaire
mettre en oeuvre pour améliorer l'exploitation agricole et favoriser la mise en
ur forestière à l'intérieur du territoire communal et des extensions éventuelles
ies à l'article premier bis, qui constituent la zone d'aménagement foncier".

"ART. 56 - I - La section première du chapitre premier du titre II du livre
u code forestier est complétée par un article L. 321-5-1 ainsi rédigé :

"Art. L. 321-5-1 - Dans les bois classés en application de l'article
21-1 et dans les massifs forestiers mentionnés à l'article L. 321-6, une servitude
assage et d'aménagement est établie par l'Etat pour assurer exclusivement la
inuité des voies de défense contre l'incendie. L'assiette de cette servitude ne peut
der une largeur de quatre mètres. Si les aménagements nécessitent une servitude
e largeur supérieure, celle-ci est établie après enquête publique."

in n° 87-1158 du 31 décembre 1987 relative au marché à terme.

"ART. 1er - L'article 5 de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme
ainsi rédigé :

"Art. 5 - Il est institué un conseil du marché à terme,
ésentatif de l'ensemble des professions concernées, chargé de veiller au bon
tionnement du marché à terme."

COMMISSION DES AFFAIRES ETRANGERES, DE LA DEFENSE ET DES
RCES ARMEES

1°) Affaires étrangères

oi n° 87-343 du 22 mai 1987 complétant la loi n° 46-1173 du 23 mai 1946
ant réglementation des conditions d'accès à la profession de coiffeur, en ce qui
erne les ressortissants des Etats membres de la Communauté économique
péenne.

Dernier alinéa de l'article 3 inséré dans la loi de 1946 :

"Ces dispositions s'appliquent à titre transitoire, dans l'attente d'une
dination des conditions de qualification pour l'accès à la profession de coiffeur, à

2') Défense, forces armées

de programme du 8 décembre 1960.

"ART. 1er - La politique de défense de la République est fondée sur la volonté d'assurer l'indépendance nationale et de renforcer l'efficacité des alliances garantissant la sécurité du monde libre.

"Elle a pour objet de remplir les engagements qui découlent de ces accords, ainsi que de mener à bien la pacification de l'Algérie, de faire face aux responsabilités de la République en Afrique et à Madagascar, dans les départements et territoires d'outre-mer et de tenir les engagements contractés envers la communauté.

"Afin de mettre les forces armées en condition de remplir les missions qui découlent, elle tend à doter celles-ci d'un ensemble cohérent de moyens humains, comportant un armement thermonucléaire, des unités de défense majeure du territoire, un corps de bataille et un corps d'intervention inter-armées.

"Le service de défense est destiné à satisfaire les besoins de la défense et notamment de la protection des populations civiles en personnel non militaire".

n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.

"ART. 1er - L'armée de la République est au service de la nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et d'intérêts supérieurs de la nation.

"L'état militaire exige en toute circonstance discipline, loyalisme et esprit de sacrifice. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la nation".

n° 83-605 du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national.

"ART. 1er - XXIV - Il est inséré, avant le premier alinéa de l'article L. 86, un alinéa ainsi rédigé :

"Le programme défini par la présente loi a notamment pour objet de permettre au gouvernement d'entreprendre, de concert avec les alliés de la France, des opérations d'organisation en commun qu'impose, tant au point de vue des objectifs stratégiques que des moyens stratégiques, la défense du monde libre. Le gouvernement prendra à cet égard les initiatives nécessaires".

COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES

1') Emploi

loi n° 87-518 du 10 juillet 1987 modifiant le code du travail et relative à la sécurité de l'emploi et à la lutte contre le chômage de longue durée.

ART. 1er - Après l'article L. 322-4 du code du travail, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

"Art. L. 322-4-1 - En vue d'améliorer la qualification et de faciliter l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, notamment des chômeurs de longue durée et des chômeurs cumulant les situations de précarité les plus graves, l'Etat prend en compte :

2') Législation du travail

loi n° 78-5 du 2 janvier 1978 tendant au développement de la concertation dans les entreprises avec le personnel d'encadrement.

méliorer l'information et de développer la consultation du personnel dans les domaines intéressant la politique générale de l'entreprise, en de permettre à ce personnel de mieux exercer les responsabilités qui lui incombent. Il consulte notamment les représentants élus du personnel d'encadrement ainsi que leurs délégués syndicaux."

Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

"ART. 1er - L'article L. 411-1 du code du travail est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. L. 411-1 - Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts".

Loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du code du travail.

"ART. 1er - Les articles L. 461-1 à L. 461-3 du code du travail sont ainsi modifiés :

"Art. L. 461-1 - Dans les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les mutuelles, les organismes de sécurité sociale à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, les associations de quelque nature que ce soit ou organisme de droit privé, les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en oeuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise."

3°) Formation professionnelle

Loi n° 78-754 du 17 juillet 1978 modifiant certaines dispositions du Livre IX du code du travail relatives à la promotion individuelle, au congé de formation et à la rémunération des stagiaires de la formation professionnelle.

"ART. 3 - Le I de l'article L. 930-1 du code du travail est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. L. 930-1 - Le congé de formation a pour objet de permettre à tout travailleur, au cours de sa vie professionnelle, de suivre à son initiative et à sa demande individuelle, des actions de formation, indépendamment de sa participation aux actions comprises dans le plan de formation de l'entreprise dans laquelle il exerce son activité.

"Ces actions de formation doivent permettre aux travailleurs d'accéder à un niveau supérieur de qualification, de changer d'activité ou de profession et de bénéficier plus largement à la culture et à la vie sociale. Elles s'accomplissent en tout ou partie pendant le temps de travail."

Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole.

"ART. 19 - Les règles concernant l'emploi, la formation, les conditions de travail et de rémunération des salariés agricoles sont harmonisées avec celles applicables aux salariés du commerce et de l'industrie de manière à leur assurer une protection équivalente, en tenant compte, en ce qui concerne en particulier les dispositions relatives au temps de travail, de la spécificité du secteur agricole."

n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

"ART. 14 - Après l'article L. 900-3 du code du travail est inséré l'article 14-4 suivant :

"Art. L. 900-4 - Pour l'application du présent livre, il ne peut faire aucune distinction entre les femmes et les hommes, sauf dans le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice de la profession ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation.

"La règle qui précède ne fait pas obstacle à l'intervention, à titre préventif, de mesures qui, prises au seul bénéfice des femmes, visent à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes en matière de formation. Ces mesures, destinées notamment à corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation, ont pour objet soit de dispositions réglementaires, soit de stipulations conventionnelles compatibles conformément aux dispositions législatives en vigueur".

n° 84-130 du 24 février 1984 portant réforme de la formation professionnelle maintenue et modification corrélative du code du travail.

"ART. 35 - Le titre VIII du livre IX du code du travail reçoit l'intitulé suivant : "Des formations professionnelles en alternance". Il comprend les articles suivants :

"Art. L. 980-1 - Tout jeune de dix-huit à vingt-cinq ans peut bénéficier de sa formation initiale dans le cadre de formations alternées.

"Elles ont pour objectif de permettre aux jeunes d'acquérir une qualification professionnelle, de s'adapter à un emploi ou à un type d'emploi ou de faciliter l'insertion ou l'orientation professionnelle.

"Elles associent des enseignements généraux professionnels et technologiques dispensés pendant le temps de travail, dans des organismes publics ou privés de formation, et l'acquisition d'un savoir-faire par l'exercice en entreprise de plusieurs activités professionnelles en relation avec les enseignements reçus.

"Elles ont organisées dans le cadre :

"- de contrats de travail de type particulier ;

"- de périodes de formation prévues dans un contrat de travail ordinaire ;

"- de différents stages de formation professionnelle."

n° 87-572 du 23 juillet 1987 modifiant le titre premier du livre premier du code du travail et relative à l'apprentissage.

"ART. 1er - L'article L. 115-1 du code du travail est ainsi rédigé :

"ART. L. 115-1 - L'apprentissage est une forme d'éducation alternée. Il a pour but de donner à des jeunes travailleurs ayant satisfait à l'obligation scolaire une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme de l'enseignement professionnel ou technologique du second degré ou du supérieur ou un ou plusieurs diplômes homologués dans les conditions prévues à l'article 8 de la loi n° 71-577 du 12 juillet 1971..."

"ART. 3 - L'article L. 116-1 du code du travail est ainsi rédigé :

"ART. L. 116.1 - Les centres de formation d'apprentis dispensent aux jeunes travailleurs sous contrat d'apprentissage une formation générale. Celle-ci est complétée à une formation technologique et pratique qui doit compléter la formation professionnelle en entreprise et s'articuler avec elle.

"Ils doivent, parmi leurs missions, développer l'aptitude à tirer profit des formations ultérieures de formation professionnelle ou à poursuivre des études par les voies de l'apprentissage, de l'enseignement professionnel ou technologique ou par

4°) Santé, hospitalisation

loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière

"ART. 1er - Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de soins est un des principes fondamentaux de notre législation sanitaire, sous réserve des dispositions prévues par les différents régimes de protection sociale, en vigueur à la date de la présente loi.

"La protection sanitaire du pays est assurée par les membres des professions de santé, d'une part, et par les établissements de soins, publics ou privés, qui participent ou non au fonctionnement du service public hospitalier institué par le présent décret, d'autre part.

"ART. 2 - Le service public hospitalier assure les examens de diagnostic, le traitement -notamment les soins d'urgence- des malades, des blessés et des femmes enceintes qui lui sont confiés ou qui s'adressent à lui et leur hébergement éventuel.

"De plus, le service public hospitalier :

concourt à l'enseignement universitaire et post-universitaire médical et pharmaceutique et à la formation du personnel paramédical ;

concourt aux actions de médecine préventive dont la coordination peut lui être confiée ;

participe à la recherche médicale et pharmaceutique et à l'éducation sanitaire.

"Les praticiens non hospitaliers peuvent recourir à son aide technique."

loi n° 86-11 du 6 janvier 1986 relative à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires

"ART. 1er - Il est créé dans chaque département un comité de l'aide médicale urgente et des transports sanitaires, présidé par le représentant de l'Etat dans le département et comprenant notamment des représentants des collectivités territoriales ; la composition et le fonctionnement de ce comité sont déterminés par décret en conseil d'Etat.

"Ce comité a pour mission de veiller à la qualité de la distribution de l'aide médicale urgente et à son ajustement aux besoins de la population.

"Il doit s'assurer en conséquence de la coopération des personnes physiques et morales participant à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires.

"ART. 2 - L'aide médicale urgente a pour objet, en relation notamment avec les dispositifs communaux et départementaux d'organisation des secours, de veiller à assurer aux malades, blessés et parturientes, en quelque endroit qu'ils se trouvent, les soins d'urgence appropriés à leur état."

loi n° 87-575 du 24 juillet 1987 relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire

"ART. 1er - L'article 20-1 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière est ainsi rédigé :

....."
 3ème al. : "Le chef de service organise le fonctionnement technique du service et propose les orientations médicales dans le respect de la responsabilité médicale de chaque praticien hospitalier."

"ART. 2 - Après l'article 20-1 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 précitée, sont insérés les articles 20-2 à 20-4 ainsi rédigés :

....."
 "Art. 20-3 - Dans les conditions prévues par le présent article, le chef de service délègue à un ou plusieurs médecins, biologistes, pharmaciens ou odontologistes hospitaliers relevant d'un statut à temps plein ou du statut à temps partiel, des missions de conseil et d'assistance technique relatives à :

5°) Aide sociale, action sociale

n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées

"ART. 1er - La prévention et le dépistage des handicaps, par les soins, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du handicapé et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une action nationale.

"Les familles, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les organismes de Sécurité sociale, les associations, les groupements, organismes et entreprises publics et privés associent leurs interventions pour mettre en oeuvre cette action en vue notamment d'assurer aux personnes handicapées toute l'autonomie dont elles sont capables."

n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux personnes âgées et transférant des compétences en matière d'aide sociale et de santé

"ART. 31 - Le chapitre premier et les sections I, II et II bis du chapitre II du code de la famille et de l'aide sociale sont remplacés par les dispositions suivantes :

Chapitre 1er - Missions et prestations du service de l'aide sociale à l'enfance

"Section 1ère - Missions du service de l'aide sociale à l'enfance

"ART. 40 - Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service personnalisé du département chargé des missions suivantes :

"1° apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs, à la famille, aux jeunes émancipés et aux majeurs âgés de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement leur avenir ;

"2° organiser, dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, des actions collectives visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles ;

"3° pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal ;

"Le service contrôle les personnes physiques ou morales à qui il a confié des missions, en vue de s'assurer des conditions matérielles et morales de leur placement."

"ART. 45 - Dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, le département participe aux actions visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles. Ces actions comprennent :

"1° des actions tendant à permettre aux intéressés d'assurer leur propre avenir en charge et leur insertion sociale ;

"2° des actions dites de prévention spécialisée auprès des jeunes et des familles en difficulté ou en rupture avec leur milieu ;

"3° des actions d'animation socio-éducatives."

6°) Sécurité sociale

n° 78.2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale

"ART. 1er - L'article L. 1er du code de la sécurité sociale est remplacé par l'article suivant :

"Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité et les charges de famille.

"Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie et de maternité ainsi que des charges de famille.

"Elle assure le service des prestations d'assurances sociales, d'accidents du travail et maladies professionnelles, des allocations de vieillesse ainsi que le service des prestations familiales dans le cadre des dispositions fixées par le présent code."

Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole

"ART. 18 - I. - Les retraites des exploitants agricoles sont progressivement revalorisées et adaptées en vue de garantir, à durée et effort de cotisation égaux, des prestations de même niveau que celles qui sont servies par le régime général de la sécurité sociale ou par les régimes de base des professions artisanales ou des professions industrielles et commerciales.

"Cette revalorisation sera fonction de l'effort contributif demandé aux assurés. La parité sera également recherchée pour le secteur de l'action sociale en faveur des familles et des personnes âgées dépendant du régime des prestations sociales agricoles."

Loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 portant réforme du code de la mutualité

"ART. 1er. - Les dispositions annexées à la présente loi constituent le code de la mutualité (partie législative).

"Annexe - Code de la mutualité

"ART. L. 111.1 - Les mutuelles sont des groupements à but non lucratif constitués essentiellement, au moyen de cotisations de leurs membres, se proposent de servir, dans l'intérêt de ceux-ci ou de leur famille, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide en vue d'assurer notamment :

"1° la prévention des risques sociaux liés à la personne et la réparation de leurs conséquences ;

"2° l'encouragement de la maternité et la protection de l'enfance, de la jeunesse, des personnes âgées ou handicapées ;

"3° le développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et l'amélioration de leurs conditions de vie."

Loi n° 88-16 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale

"Titre Premier - Création d'un fonds national de prévention

"ART. 1er - I. - Il est créé au sein de la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés un Fonds national de prévention. Ce fonds est destiné à financer toute action de prévention, d'éducation et d'information sanitaires en vue d'améliorer l'état de santé général de la population ; il peut apporter son concours à la mise en oeuvre d'actions expérimentales dans le domaine de la prévention, de l'éducation et de l'information sanitaires, conduites par des associations ou organismes privés ou non."

7°) Divers

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse

"ART. 1er - I. - La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de

loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

"ART. 1er - Le droit des administrés à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif."

loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse

"ART. 1er - L'article premier de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse, est complété par le nouvel alinéa suivant :

"L'enseignement de ce principe et de ses conséquences, l'information sur les thèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des missions nationales. L'Etat, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent".

"ART. 5 - I. - Le deuxième alinéa de l'article L. 162-4 du code de la santé publique est complété par les dispositions suivantes :

"... en vue notamment de permettre à celle-ci de garder son enfant. A cette fin, lui sont communiqués les noms et adresses des personnes qui, soit à titre individuel, soit au nom d'un organisme, d'un service ou d'une association, seraient susceptibles d'apporter une aide morale ou matérielle aux femmes et aux couples confrontés aux problèmes de l'accueil de l'enfant."

COMMISSION DES FINANCES, DU CONTROLE BUDGETAIRE ET DES RESSOURCES ECONOMIQUES DE LA NATION

1°) Banques, circuits de financement, épargne

loi n° 82-1357 du 27 avril 1982 portant création d'un régime d'épargne populaire

"ART. 1er - Il est créé un régime d'épargne populaire, destiné à aider les personnes aux revenus les plus modestes à placer leurs économies dans des conditions qui leur maintiennent le pouvoir d'achat".

loi n° 83-557 du 1er juillet 1983 portant réforme des caisses d'épargne

"ART. 1er - Les caisses d'épargne ont pour objet la promotion et la gestion de l'épargne et la prévoyance, pour satisfaire notamment les besoins particuliers et familiaux..."

5°) Dispositions financières concernant les D.O.M.-T.O.M.

loi du programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relatif au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte.

"ART. 1er - L'effort de la Nation en faveur des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte tend au développement économique, à la formation des jeunes, à la mobilité des populations entre ces collectivités et la métropole, à la réalisation en cinq ans, dans les conditions fixées par la présente loi, d'une parité sociale globale avec la métropole.

"Les départements d'outre-mer et les collectivités territoriales de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte se voient ainsi confirmés dans leur rôle de pôle de

les départements d'outre-mer, des zones franches dont le régime est défini par les articles 6 à 8 de la présente loi".

"ART. 12 - Le programme de développement de cinq ans prévu par la présente loi a notamment pour objectif de réaliser progressivement, entre, d'une part les départements d'outre-mer, d'autre part la métropole, une parité sociale globale telle que celle prévue comme il est dit ci-après".

Cet objectif général est lui-même complété par trois objectifs annexes, énoncés par l'article 10 : "L'Etat accroîtra son effort pour abaisser le coût des dépenses (...) favorisera l'insertion ... et le retour des habitants...".

6°) Industrie, énergie

Loi n° 82-669 du 3 août 1982 portant création du Fonds spécial de grands travaux

"ART. 1er - Il est créé, sous le nom de fonds spécial de grands travaux, un établissement public national à caractère administratif doté de l'autonomie financière et placé sous l'autorité du ministre de l'économie et des finances.

"Cet établissement a pour mission de réaliser ou de contribuer à financer les travaux d'équipement dans les domaines des infrastructures des transports terrestres, de la circulation routière et de la maîtrise de l'énergie en milieu urbain et rural."

8°) Aspects financiers des questions sociales

Loi n° 82-939 du 4 novembre 1982 relative à la contribution exceptionnelle de solidarité en faveur des travailleurs privés d'emploi

"ART. 1er - Il est créé, sous le nom de fonds de solidarité, un établissement public national de caractère administratif, doté de l'autonomie financière et placé sous la tutelle du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale, du ministre de l'économie et des finances et du ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget.

"Cet établissement a pour mission de contribuer au financement du régime de la sécurité sociale mentionné à l'article L. 351.2 du code du travail.

"Il reçoit la contribution exceptionnelle de solidarité créée par la présente loi. Le produit de cette contribution ne peut recevoir d'autre emploi.

"Le fonds est administré par un conseil d'administration dont le président est nommé par décret."

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION, DU DROIT DE LA FAMILLE, DU DROIT DE LA JEUNESSE, DU DROIT DE LA SANTE, DU DROIT DE LA CULTURE, DU DROIT DE L'EDUCATION, DU DROIT DE LA DEFENSE, DU DROIT DE LA JUSTICE, DU DROIT DE LA POLICE, DU DROIT DE LA SECURITE, DU DROIT DE LA TRAVAIL, DU DROIT DE LA VILLE, DU DROIT DE LA VIEillesse, DU DROIT DE LA FAMILLE, DU DROIT DE LA JEUNESSE, DU DROIT DE LA SANTE, DU DROIT DE LA CULTURE, DU DROIT DE L'EDUCATION, DU DROIT DE LA DEFENSE, DU DROIT DE LA JUSTICE, DU DROIT DE LA POLICE, DU DROIT DE LA SECURITE, DU DROIT DE LA TRAVAIL, DU DROIT DE LA VIEillesse

2°) Administration locale

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 (article premier)

Les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils généraux, régionaux ou locaux."

Loi n° 82-214 du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse : statut de la région de Corse

"ART. 1er - Conformément à l'article 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, la région de Corse est érigée en collectivité territoriale. Elle s'administre librement par un conseil régional.

"L'organisation de la région de Corse tient compte des spécificités de cette région résultant, notamment, de sa géographie et de son histoire.

"Des lois ultérieures définiront les compétences particulières et les sources correspondantes qu'appellent les caractères spécifiques de la région de Corse."

n° 83-8 du 7 janvier 1983

"ART. 1er - Les communes, les départements et les régions règlent par délibérations les affaires de leur compétence.

"Ils concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, qu'à la protection de l'environnement et à l'amélioration du cadre de vie.

"Les communes, les départements et les régions constituent le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la vie locale et garantissent l'expression de la diversité.

"ART. 2 - Les transferts de compétences prévus par la présente loi au profit des communes, des départements et des régions ne peuvent autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles.

"ART. 3 - La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celes qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions."

"ART. 35 - Il est inséré, avant le chapitre premier du titre premier du livre premier du code de l'urbanisme, un article L. 110 ainsi rédigé :

"Art. L. 110 - Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. L'Etat, collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, de gérer le sol de façon économique, de favoriser la protection des milieux naturels et des paysages et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales, les activités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leur décisions d'utilisation de l'espace.

"ART. 37 - Il est inséré dans le code de l'urbanisme un article L. 121-10 ainsi rédigé :

"Art. L. 121-10 - Les documents d'urbanismes déterminent les conditions d'occupation, d'une part, de limiter l'utilisation de l'espace, de préserver les activités agricoles, de protéger les espaces forestiers, les sites et les paysages, et, d'autre part, de prévoir suffisamment de zones réservées aux activités économiques et d'intérêt général, et de terrains constructibles pour la satisfaction des besoins présents et futurs en matière de logement."

"ART. 54 - L'article L. 123-4 du code de l'urbanisme est remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. L. 123-4 - La révision des plans d'occupation des sols a lieu dans les conditions prévues pour leur établissement.

"Toutefois, un plan d'occupation des sols peut également être modifié par délibération du conseil municipal après enquête d'utilité publique à la condition qu'il n'ait pas porté atteinte à son économie générale et que la modification ne concerne pas les espaces boisés classés ou ne comporte pas de graves risques de nuisance."

"ART. 80 - Dans chaque département et après avis du conseil général, le représentant de l'Etat répartit les crédits affectés au département en tenant compte

"ART. 84 (sixième et septième alinéas) - Le comité veille à la cohérence et l'efficacité des actions entreprises par l'Etat et par les régions en matière de formation professionnelle ; en particulier, il peut proposer toute mesure tendant à mettre en harmonie les programmes régionaux et à coordonner les orientations décidées respectivement par l'Etat et par les régions.

"Cette coordination tend en particulier à assurer une égalité des chances d'accès à l'apprentissage et à la formation professionnelle continue pour tous les ressortissants quelle que soit la région considérée."

Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (article premier)

Création de sociétés d'économie mixte locales "pour réaliser des opérations de logement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou pour toute autre activité d'intérêt général".

Loi n° 83-636 du 13 juillet 1983 portant modification du statut des agglomérations nouvelles (article premier)

"Les agglomérations nouvelles contribuent à un meilleur équilibre social, économique et humain des régions à forte concentration de population grâce aux agglomérations nouvelles ..."

Loi n° 86-1308 du 29 décembre 1986, relative au régime administratif et financier des capitales (article 5 insérant un article 32 bis dans le statut de 1975)

"Pour développer le rayonnement international de la capitale, ..."

Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation

"ART. 9 - I. - Le paragraphe II de l'article 5 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions est ainsi rédigé :

"II. - Lorsque son intervention a pour but d'assurer le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural et que l'initiative privée est défaillante ou absente, la commune peut accorder des aides directes et indirectes, sous réserve de la conclusion avec le bénéficiaire de l'aide d'une convention fixant les obligations de ce dernier."

"ART. 56 - II. - "Lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population départementale l'exige, le département peut accorder des aides directes et indirectes à des entreprises en difficulté pour la mise en oeuvre de mesures d'investissement prévues par une convention passée avec celles-ci. Le département peut passer des conventions avec d'autres départements ou régions concernés et consacrer des moyens adaptés à la conduite de ces actions, notamment au plan financier."

"Les mesures visées aux alinéas précédents doivent faire l'objet d'un avis favorable du conseil municipal de la commune où est située l'entreprise concernée."

"Les mêmes règles s'appliquent lorsque l'intervention a pour but d'assurer le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural et que l'initiative privée est défaillante ou absente"

On peut également relever d'autres formulations d'objectifs en divers textes des lois de décentralisation et de répartition des compétences :

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 : articles relatifs à l'intervention économique des communes (art. 5), des départements (art. 48) et des régions (art. 64), ainsi qu'aux compétences de la nouvelle collectivité territoriale régionale (art. 59).

Loi n° 82-659 du 30 juillet 1982 : article premier, articles ayant respectivement

n° 86-29 du 9 janvier 1986 : article 10 (service public départemental d'action le) ;

n° 86-972 du 19 août 1986 : article premier (article L. 111-12, 4° du code de anisme : types de constructions autorisées en l'absence de P.O.S.).

3°) Départements d'outre-mer

loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de deloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion

"ART. 1er - A compter de la date d'installation de leur conseil régional, élu les conditions prévues par la présente loi, les régions de Guadeloupe, de ane, de Martinique et de La Réunion sont érigées en collectivités territoriales ormément aux dispositions de l'article 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 fiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des ns. (...).

"Le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. Il a étéence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel ientifique de la région et l'aménagement de son territoire et pour assurer la ervation de son identité, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des utions des départements et des communes."

di de programme n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des rttements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte
Cf. supra dans le 5°) du E -.

4°) Territoires d'outre-mer

loi n° 81-4 du 7 janvier 1981 relative à l'aménagement foncier et à l'établissement dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances

"ART. 1er - Les opérations d'aménagement foncier et d'établissement rural és en application des dispositions de la présente loi dans le territoire de la velle-Calédonie et dépendances ont pour objet de permettre, dans l'intérêt omique et de ce territoire, la mise en valeur des terres incultes récupérables ou ifisamment exploitées, en vue de favoriser la constitution d'exploitations à tion agricole, pastorale ou forestière ou le développement des activités agro-entaires.

"Les terres faisant partie du domaine privé du territoire antérieurement à érée en vigueur de la rpésente loi ou acquises par lui, soit à l'amiable, soit selon es procédures prévues aux articles suivants peuvent aussi être cédées par le toire à toute personne physique ou morale ainsi qu'à des groupements relevant droit particulier local lorsque ces transferts de propriétés sont nécessaires à la ffection de leurs besoins propres, et notamment lorsqu'ils manquent de terres leur mode de vie traditionnel."

loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle- donie et dépendances.

"ART. 1er - La présente loi a pour objet, dans la ligne de la déclaration du vernement à Nainville-les-Roches en date du 12 juillet 1983, de doter le toire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances d'un nouveau statut évolutif et iffique. A l'issue d'un délai de cinq ans, les populations de la Nouvelle-Calédonie dépendances seront consultées par voie de référendum conformément aux ositions de l'article 55 (al. 3) de la Constitution.

"Il est créé un comité Etat-Territoire qui aura notamment pour rôle de arer les conditions dans lesquelles sera exercé le droit à l'autodétermination ormément aux dispositions du premier alinéa. Ce comité est composé, à parts

composition, l'organisation et le fonctionnement de ce comité feront l'objet d'un décret du ministre chargé des Départements et Territoires d'outre-mer.

"ART. 2 - (troisième alinéa) - Il s'administre librement par ses représentants élus qui gèrent les affaires du territoire dans les conditions prévues par la présente loi.

"ART. 3 - Le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances comporte des circonscriptions dénommées pays dont la délimitation tient compte des réalités géographiques et de leurs liens économiques, sociaux et culturels."

Loi n° 85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie

"ART. 1er - Les populations intéressées de Nouvelle-Calédonie et dépendances seront appelées à se prononcer, au plus tard le 31 décembre 1987, sur l'accession du territoire à l'indépendance en association avec la France.

"A cette fin, et jusqu'à l'intervention de la loi qui tirera les conséquences de la consultation, la Nouvelle-Calédonie sera administrée selon le régime transitoire défini par la présente loi, permettant l'expression de la diversité du Territoire, par la création de régions et la mise en oeuvre d'un plan de réformes et de développement visant à remédier aux inégalités économiques et sociales."

Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie

"ART. 1er - Dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances seront consultées sur l'accession du territoire à l'indépendance ou sur son maintien au sein de la République française avec un statut, fondé sur l'autonomie et la régionalisation, dont les éléments essentiels seront portés préalablement à leur connaissance.

"Une loi ultérieure déterminera les conditions dans lesquelles interviendra la consultation.

"ART. 2. - Il est créé, au sein du fonds d'investissement pour le développement économique et social des territoires d'outre-mer, pour les années 1986 et 1987, un fonds exceptionnel d'aide et de développement pour la Nouvelle-Calédonie.

"Le fonds accorde en particulier des aides directes et des garanties à toutes les personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou intervenant sur le territoire ou aux groupements de droit particulier local. Il peut recevoir des fonds de concours.

"Le fonds exceptionnel se répartit en une section «secteur rural», une section «industrie, artisanat, pêche, aquaculture, tourisme et autres activités tertiaires», une section «collectivités locales» et une section «aide à l'emploi et interventions sociales».

"La section «secteur rural» apporte notamment toute aide à l'accession à la propriété, à la création et à la gestion des exploitations agricoles, sylvestres et maraîchères, ainsi que tout concours aux organismes intervenant dans ces domaines.

"La section «industrie, artisanat, pêche, aquaculture, tourisme et autres activités tertiaires» est consacrée en particulier aux aides sous toutes leurs formes aux entreprises et sociétés en difficulté ou en développement".

"ART. 29 - Il est créé un établissement public territorial à caractère industriel et commercial, dénommé Agence de développement rural et d'aménagement foncier, qui a pour mission de promouvoir le développement rural et d'aménagement foncier du territoire selon les modalités définies par la présente loi et les délibérations du congrès du territoire prises pour son application.

"L'agence peut apporter son concours à l'élaboration et à la mise en oeuvre des plans de développement du territoire et des régions.

loi n° 87-369 du 5 juin 1987 organisant la consultation des populations desservies de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévues par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie

"ART. 3 - La commission de contrôle instituée à l'article 7 a pour mission de veiller à la liberté et à la sincérité de la consultation.

A cet effet, elle est chargée :

"1° de procéder aux rectifications prévues par les articles L. 38 et L. 39 du Code électoral en vue d'assurer la régularité des listes électorales et des listes des électeurs admis à participer à la consultation ;

"2° de dresser la liste des partis et groupements habilités à participer à la consultation en raison de leur représentativité dans le territoire : celle-ci s'apprécie au regard de leur représentation dans les institutions territoriales, régionales et départementales ;

"3° de veiller à la régularité de la composition des bureaux de vote, ainsi qu'à celle des opérations de vote, de dépouillement des bulletins et de dénombrement des suffrages et de garantir aux électeurs le libre exercice de leurs droits ;

"4° de procéder au recensement général des votes ainsi qu'à la proclamation des résultats."

5°) Droit immobilier

loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs

"ART. 1er - Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

"L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement du secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales.

"Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives".

loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière

"ART. 41 - Une commission nationale de concertation est instituée auprès du ministre chargé de la Construction et de l'Habitation. Elle a pour mission, par ses avis et propositions, de contribuer à l'amélioration des rapports entre bailleurs et locataires."

8°) Sécurité civile

loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs

"ART. 1 - La sécurité civile a pour objet la prévention des risques de toute nature ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes.

"La préparation des mesures de sauvegarde et la mise en oeuvre des moyens nécessaires pour faire face aux risques majeurs et aux catastrophes sont assurées dans les conditions prévues par le présent titre. Elles sont déterminées dans le cadre des plans d'organisation des secours dénommés «plans ORSEC» et de plans de sauvegarde."

"ART. 42 - Il est inséré, après la première phrase du premier alinéa du paragraphe I de l'article 5 de la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à

ulement des eaux et de restreindre, d'une manière nuisible, les champs
ondation."

"ART. 49 - II - Dans le premier alinéa de l'article premier de la loi n° 65-
du 29 juin 1965 précitée, après les mots : «et d'aménagement du territoire», sont
résés les mots : «sous réserve, en outre, de la sauvegarde de la sécurité des
onnes et de la protection de l'environnement»."

9°) Droit commercial

oi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation
ciaires des entreprises

"ART. 1er - Il est institué une procédure de redressement judiciaire
inée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de
ploi et l'apurement du passif."

10°) Libertés publiques

oi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux
rtés

"ART. 1er - L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son
veloppement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne
porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie
ée, ni aux libertés individuelles ou publiques."

oi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs
l'amélioration des relations entre l'administration et le public

"ART. 1er - Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être
rmées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles
vorables qui les concernent."

11°) Droit de la fonction publique

oi n° 82-380 du 7 mai 1982 modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février
9 relative au statut général des fonctionnaires et portant dispositions diverses
cernant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics

"ART. 1er - Les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n° 59-244 du 4
ier 1959, relative au statut général des fonctionnaires, sont remplacées par les
ositions suivantes :

"ART. 7 - Pour l'application de la présente ordonnance, aucune distinction
t faite entre les hommes et les femmes sous réserve des seules dispositions de
cticle 18 bis ci-après".

oi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 abrogeant certaines dispositions des lois
64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne
n° 71-458 du 17 juin 1971 relative à certains personnels de l'aviation civile, et
titive à l'exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne.

"ART. 2 - En cas de cessation concertée du travail dans les services de la
avigation aérienne, doivent être assurés en toute circonstance :

la continuité de l'action gouvernementale et l'exécution des missions de la défense
ionale ;

la préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France et le respect de ses

sauvegarde des installations et du matériel de ces services.

"Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application de ces dispositions.

12*) Justice

loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire

"ART. 1er - Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des peines et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique. Il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire.

"Il est organisé de manière à assurer l'individualisation des peines."

COMMISSIONS SPECIALES

1*) Recherche

loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France.

"ART. 1er - La recherche scientifique et le développement technologique sont des priorités nationales."

"ART. 3 - Le budget civil de recherche et de développement technologique est consacré à la mise en oeuvre des quatre catégories d'actions suivantes :

1) les recherches fondamentales dont le développement sera garanti ;

2) les recherches appliquées et les recherches entreprises ou soutenues par les ministères et les organismes publics de recherche en vue de répondre aux besoins industriels, sociaux et économiques ;

3) les programmes de développement technologique qui seront poursuivis ;

4) les programmes mobilisateurs pluriannuels qui font appel à ces différentes catégories d'actions. Ces programmes mobilisent autour des grands objectifs d'intérêt national retenus par le Gouvernement tant des crédits budgétaires que d'autres moyens apportés par les organismes publics de recherche, les laboratoires universitaires, les entreprises nationales, les centres de recherche et les entreprises privées."

"ART. 5 - La politique de la recherche et du développement technologique vise à l'accroissement des connaissances, à la valorisation des résultats de la recherche, à la diffusion de l'information scientifique et technique et à la promotion du français comme langue scientifique."

"ART. 7 - L'éducation scolaire, l'enseignement supérieur, la formation continue à tous les niveaux et le service public de la radiodiffusion et de la télévision ont pour objet de favoriser l'esprit de recherche, d'innovation et de créativité et participer au développement et à la diffusion de la culture scientifique et technique.

"ART. 8 - La politique de recherche à long terme repose sur le développement de la recherche fondamentale couvrant tout le champ des connaissances. En particulier, les sciences humaines et sociales seront dotées des moyens nécessaires pour leur permettre de jouer leur rôle dans la restauration du dialogue entre science et société."

"ART. 11 - Dans le cadre de la planification régionalisée et des plans de développement des établissements, la région définit et développe des pôles technologiques régionaux. Elle détermine des programmes pluriannuels d'intérêt régional.

"La région est associée à l'élaboration de la politique nationale de la recherche et de la technologie ; elle participe à sa mise en oeuvre.

"Elle veille en particulier à la diffusion et au développement des nouvelles technologies."

"ART. 14 - La recherche publique a pour objectifs :
 le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la
 connaissance ;
 la valorisation des résultats de la recherche ;
 la diffusion des connaissances scientifiques ;
 la formation à la recherche et par la recherche."

"ART. 24 - Les métiers de la recherche coucourent à une mission d'intérêt
 général. Cette mission comprend :
 le développement des connaissances ;
 leur transfert et leur application dans les entreprises, et dans tous les domaines
 contribuant au progrès de la société ;
 la diffusion de l'information et de la culture scientifique et technique dans toute la
 population, et notamment parmi les jeunes ;
 la participation à la formation initiale et à la formation continue ;
 l'administration de la recherche.

"ART. 25 - Pour l'accomplissement des missions de la recherche publique ;
les statuts des personnels de recherche ou les règles régissant leur emploi doivent
 garantir l'autonomie de leur démarche scientifique, leur participation à l'évaluation
 des travaux qui leur incombent, le droit à la formation permanente.

"Ces statuts doivent favoriser la libre circulation des idées et, sans
 préjudice pour leur carrière, la mobilité des personnels entre les divers métiers de la
 recherche au sein du même organisme, entre les services publics de toute nature, les
 différents établissements publics de recherche et les établissements d'enseignement
 supérieur, et entre ces services et établissements et les entreprises.

"Ces statuts doivent permettre aux chercheurs, tout en poursuivant leurs
 travaux au sein desdits établissements publics de recherche, de collaborer, pour une
 partie déterminée, renouvelable, avec des laboratoires publics ou privés, afin d'y
 développer des applications spécifiques."

2°) Droit du travail

Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans
 l'entreprise

"ART. 7 - Il est institué, au livre IV du code du travail, un titre VI ainsi
 rédigé :

"Titre sixième - Droit d'expression des salariés

"ART. L. 461-1 - Dans les entreprises ou établissements industriels,
 commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales,
 les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les sociétés mutualistes, les
 organismes de sécurité sociale à l'exception de ceux qui ont le caractère
 d'établissement public administratif, les associations de quelque nature que ce soit ou
 l'organisme de droit privé, les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe
 collective sur le contenu et l'organisation de leur travail ainsi que sur la définition
 et la mise en oeuvre d'actions destinées à améliorer les conditions de travail dans
 l'entreprise."

3°) Communication

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

"ART. 1er - L'établissement et l'emploi des installations de télécommuni-
 cation, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunication sont libres.

"Le secret des choix faits par les personnes parmi les services de télécommunication et parmi les programmes offerts par ceux-ci ne peut être levé sans leur accord".

"ART. 3 - Il est institué une Commission nationale de la communication et des libertés qui a pour mission de veiller au respect des principes définis à l'article

"La commission veille à assurer l'égalité de traitement et à favoriser la libre concurrence et l'expression pluraliste des courants d'opinion.

"Elle garantit aux citoyens l'accès à une communication libre.

"Elle veille à la défense et à l'illustration de la langue française."

"ART. 11 - La Commission nationale de la communication et des libertés agit, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, au respect, par les exploitants d'installations de télécommunication, du principe d'égalité de traitement des usagers, quel que soit le contenu du message transmis."

"ART. 13 - La Commission nationale de la communication et des libertés agit par ses recommandations au respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des sociétés nationales de programme et de transmission pour les émissions d'information politique."

"ART. 15 - La Commission nationale de la communication et des libertés agit en vue de la protection de l'enfance et de l'adolescence dans la programmation des émissions diffusées par un service de communication audiovisuelle."

"ART. 17 - La Commission nationale de la communication et des libertés agit en vue de l'émission des recommandations au Gouvernement pour le développement de la concurrence dans les activités de communication audiovisuelle.

"Elle est habilitée à saisir les autorités administratives ou judiciaires pour combattre des pratiques restrictives de la concurrence et des concentrations économiques. Ces mêmes autorités peuvent la saisir pour avis."

LES OBJECTIFS DE LA LEGISLATION :

APPROCHES DIVERSIFIEES ET COMPLEMENTAIRES

Par

Charles-Albert MORAND

Professeur à la Faculté de Droit de Genève

Dans le domaine du droit, dit Jhering, "Rien n'existe que par le but, et en vue du but ; le droit tout entier n'est qu'une unique création du but". (Jhering 1901 : 291). Et il ajoute : "L'homme qui pense, qui médite, trouvera toujours, dans le domaine du droit, le but de chacune de ses institutions. La recherche de ce but constitue l'objectif le plus élevé de la science juridique, tant au point de vue de la dogmatique du droit que de son histoire" (Ibid). Jhering peut être considéré comme le fondateur d'une science des buts, d'une téléologie. C'est en bref en analysant les buts, c'est-à-dire les intérêts privés, publics et corporatifs en cause, que l'on peut comprendre une législation.

Ces propos conservent toute leur pertinence. Il faut dès lors savoir gré à l'Institut de méthodologie juridique d'Aix d'avoir remis à l'ordre du jour une réflexion sur les buts de la législation qui pourrait servir de point de départ à la constitution d'une téléologie juridique systématique tenant compte des progrès accomplis dans l'étude du phénomène juridique depuis un siècle et des modifications qui sont intervenues dans les techniques juridiques.

L'étude ne porte pas sur tous les buts qui ont une pertinence pour le droit. Elle ne vise en particulier pas à caractériser le but de chaque règle isolée. Elle vise certains types d'objectifs portant sur une législation dans son ensemble. Nous les appellerons des objectifs globaux, sans perdre de vue qu'ils sont susceptibles d'être précisés au cours de la mise en oeuvre du droit et d'acquérir ainsi un caractère opérationnel. Qualitativement, les

objectifs globaux se caractérisent par le fait qu'ils sont articulés avec une série de moyens juridiques ou non, considérés comme propres à les réaliser. Ils s'inscrivent dans le cadre d'une rationalité propre à l'Etat providence, une rationalité qui a précisément la particularité de s'inscrire dans le cadre de l'agencement de buts et de moyens, ce que Weber (1986 : 208) appelle une *Zweckrationalität* par opposition à une rationalité impliquant la déduction de la solution de cas d'espèces à partir de règles générales et abstraites, ce que Weber appelle, peut-être à tort, une *Wertrationalität*. Les objectifs globaux s'inscrivent dans le cadre d'un type de technique juridique liée à l'interventionnisme que Luhmann (1983 : 88, 232, 241) appelle des programmes finalisés.

Sur le plan de la logique déontique, les objectifs globaux n'ont pas un statut bien établi. Ils portent sur un devoir-être ou pour être plus précis sur un devoir-faire. Les autorités d'application doivent s'efforcer d'atteindre par les moyens mis à leur disposition les objectifs tracés par la législation.

Les objectifs sont donc des normes. Ce sont des normes déontiques par opposition aux normes axiologiques ou anthropologiques (cf. Alexy 1986 : 126 ss.). Parmi les normes déontiques, on distingue les règles et les principes (Ibid. 72 ss. ; Dworkin 1978 : 22 ss.). Les objectifs se rapprochent des principes par leur haut degré de généralité et par le fait qu'ils comportent une optimisation (Ibid. 76) c'est-à-dire qu'ils peuvent se réaliser de différentes façons, alors que les règles sont susceptibles d'être appliquées telles quelles sans transformation. On dit qu'elles ne peuvent être qu'appliquées ou non appliquées (Ibid.). Les objectifs globaux se distinguent pourtant des principes dans la mesure ou, même concrétisés, ils ne se traduisent pas en règles. A ce point, il faut pourtant distinguer deux aspects dans les objectifs globaux, leur force obligatoire par rapport aux autorités d'application et à l'égard des individus ; sous le premier aspect les objectifs peuvent être concrétisés et devenir extrêmement précis. Les objectifs de politique économique peuvent porter sur l'obtention d'une croissance de 3 %, d'un taux de chômage de pas plus de 10 %, etc.... Une politique d'égalité matérielle entre hommes et femmes peut viser avoir un corps professoral composé à 50 % de femmes. Pourtant l'obligation de l'autorité d'atteindre ce résultat ne se traduira pas en règles, mais dans l'obligation de faire tout son possible pour s'approcher du résultat. Cela provient du fait que la poursuite de l'objectif dépend d'une multitude de facteurs qui ne sont pas contrôlés par l'autorité. On notera en particulier la réaction des acteurs aux instruments incitatifs ou même répressifs mis en place par l'autorité, la plus ou moins grande adéquation des moyens mis en place pour atteindre les buts, les

changements qui se produisent dans le système que l'on cherche à modifier. L'autorité ne peut être véritablement tenue à réaliser un taux de croissance donné, alors qu'une crise économique mondiale peut remettre en cause toutes les prévisions.

Vis-à-vis des individus, les buts, même opérationnels, ne sont jamais obligatoires tels quels. Ils peuvent servir à interpréter des normes conditionnelles, si celles-ci figurent dans la panoplie des moyens mis en place pour les réaliser. Contrairement aux principes, les objectifs ne se traduisent pas en règles au terme du processus de concrétisation et de transformation qu'ils subissent. Ils constituent ainsi une troisième catégorie de normes déontiques, à côté des principes et des règles.

Nous distinguons pour la clarté du débat les approches descriptives et les approches normatives. Pourtant, l'observation du fonctionnement des objectifs peut déboucher sur des propositions tendant à maximiser l'efficacité de l'intervention étatique ou à minimiser les inconvénients de celle-ci. Elle peut servir à l'établissement de règles de méthode législative qui peuvent à leur tour être reprises par le droit. Elle peut aussi jouer un rôle décisif dans le développement des méthodes juridiques d'interprétation.

I - LES APPROCHES DESCRIPTIVES

La première idée qui vient à l'esprit est d'observer la manière selon laquelle les objectifs sont formulés dans plusieurs types de lois (A). On peut ainsi tenter d'établir une photographie de la situation dans un pays déterminé. Mais en deuxième approche, on tente de saisir la dynamique du fonctionnement des objectifs en essayant de filmer leur développement lors de la mise en oeuvre des lois (B). D'autres recherches enfin utilisent les développements de la théorie de systèmes pour analyser les effets que les législations finalisées produisent sur d'autres systèmes (C).

A - L'approche par la formulation des objectifs

Le premier pas de celui qui s'intéresse à établir une téléologie de la législation est d'analyser le discours explicite du législateur. C'est l'approche qui a été au centre des préoccupations de l'Atelier. Ses participants ont constaté que si les grandes législations civiles et pénales n'indiquaient pas expressément les finalités poursuivies, il n'en allait pas de même des législations modernes. L'idée est alors née d'aller vérifier dans les textes si cette intuition se justifiait, de s'interroger sur les raisons de ce changement de technique juridique, d'analyser les fonctions que remplissent les déclarations d'objectifs qui figurent en tête des

lois et enfin d'apprécier leur portée juridique. De façon à ne pas anticiper sur le résultat de ces recherches, nous nous bornerons à faire un certain nombre de remarques méthodologiques, montrant les limites de cette première approche.

1) L'observation portant sur les objectifs déclarés risque de déformer l'analyse des finalités d'une législation, parce qu'elle ne tient pas compte des finalités cachées qui sont souvent beaucoup plus importantes pour la compréhension d'un texte (Delley/Mader 1981 : 381 ss.). Les finalités déclarées servent le plus souvent à masquer les conflits d'intérêt en présence. En démocratie, elles sont très souvent des textes lisses et incontestables qui occultent une série de finalités sectorielles souvent concurrentes. Comme nous l'avons montré, la loi opère une unification purement apparente des finalités et des intérêts (Morand 1982 : 309 ss.). C'est ce qui explique la réapparition au niveau de la mise en oeuvre d'une multitude de finalités sectorielles souvent divergentes d'ailleurs (Morand 1982 : 321 ss.). "La formulation d'objectifs vagues signifie le renvoi de la résolution des conflits au niveau infra-légal dans les ordonnances d'exécutions, ou aux autorités d'application, mieux à même d'apprécier la spécificité des intérêts locaux" (Delley/Mader 1982 : 394).

Les textes fixant des objectifs sont aussi trompeurs, parce que le gouvernement qui les prépare prend des risques en énonçant des objectifs précis et opérationnels. Les risques sont considérables, lorsque le gouvernement a en face de lui une opposition prête à assurer l'alternance. Les objectifs opérationnels constituent le point de référence de l'évaluation informelle qui se produit dans le cadre de la compétition des partis pour le pouvoir ou de l'évaluation institutionnalisée, lorsque celle-ci est prévue (sur ce point Mader : 1985). Ils facilitent aussi l'exercice du contrôle de constitutionnalité ou de légalité. La circulaire n° 1794/SG émanant du Premier Ministre et datée du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi est à cet égard tout à fait éclairante. Après avoir recommandé d'éviter les déclarations d'objectifs au motif inexact qu'elles contiendraient des dispositions sans contenu normatif, le Premier Ministre montre sa préoccupation réelle en disant qu'elles peuvent créer des difficultés juridiques. Il ajoute : "La question de savoir si de telles déclarations sont bien respectées risque donc d'alimenter un contentieux inutile". S'attarder aux objectifs déclarés, c'est oublier que la loi s'insère dans un processus politique et que les acteurs de celui-ci ne sont guère enclins à fabriquer les verges qui serviront à les fouetter. On ne peut dès lors pas faire l'économie de la recherche des objectifs réels qui se découvrent par une analyse patiente des intérêts qui se sont manifestés dans le cadre

de la genèse de la loi et une étude des moyens mis au service des finalités déclarées ; ceux-ci sont les meilleurs révélateurs des objectifs réels. Souvent, c'est même l'étude méticuleuse de la mise en oeuvre d'une législation qui révèle les objectifs réels poursuivis (Delley/Mader 1981 : 390 ss.). En bref, disons que l'étude du discours législatif doit être confronté à la détermination des finalités réelles poursuivies, tant il est vrai qu'à l'instar des acteurs grecs, le législateur entre en scène masqué.

2) La concentration de l'observation sur les buts déclarés méconnaît le fait qu'il se forme dans les lois des chaînes d'objectifs hiérarchisés allant de l'abstrait au concret. La distinction entre les moyens et les buts n'est que de pure convenance. Tout objectif qui n'est pas suprême dans la chaîne est le moyen de parvenir à un but plus général. Tout moyen constitue un objectif plus concret que la fin qu'il sert à atteindre. Or, il apparaît que les objectifs les plus importants pour l'analyse ne sont pas ceux qui par leur abstraction réussissent à mettre tout le monde d'accord, mais ceux qui, par leur caractère concret, affectent des intérêts particuliers ou sectoriels. Il n'est pas très utile de savoir qu'une loi vise à protéger l'environnement. En revanche, il est capital d'exprimer qu'à un niveau plus concret, elle tend à abaisser de 40 % les émissions d'un produit nocif. En limitant une étude à un objet qui en vertu de critères linguistiques apparaît comme un objectif et en négligeant les objectifs implicites dévoilés par les moyens utilisés, on risque tout bonnement de prendre la proie pour l'ombre.

3) Si les grandes déclarations de buts placés en tête des lois ne peuvent pas être isolées des buts précis et concrets qui constituent les moyens de les réaliser, ils ne peuvent non plus pas être séparés d'autres buts qui ont trouvé une expression dans le cadre de la genèse de la législation et dont les traces se retrouvent soit dans le préambule, soit dans les travaux préparatoires. Par ailleurs, les buts déclarés doivent pouvoir être articulés par rapport aux buts plus généraux figurant dans la constitution, soit qu'ils les concrétisent, soit qu'ils entrent en conflit avec eux. Il apparaît enfin que les politiques publiques modernes ne s'expriment pas seulement par des lois, mais dans une panoplie d'actes juridiques et non juridiques reliés entre eux et formant dans leur ensemble une stratégie complexe comportant une combinaison de fins et de moyens. Une loi particulière peut n'être qu'un élément partiel s'inscrivant dans un ensemble plus vaste, qu'il s'agisse d'une conception globale, d'un plan, d'une

déclaration d'intention, des conclusions d'un sommet européen ou d'une loi d'orientation.

4) La concentration de l'observation sur les objectifs déclarés est beaucoup trop statique et part d'une représentation fautive du processus législatif comme s'arrêtant au moment de l'adoption du texte légal. Or, c'est le propre des législations finalisées, travaillant avec des notions indéterminées et l'octroi d'un large pouvoir d'appréciation à l'administration, de n'être que le point de départ d'un processus de concrétisation progressive des objectifs. Cela s'explique par le fait que la mise en oeuvre d'une législation finalisée fait peu appel à la déduction à partir de règles générales, qui est le modèle des civilistes, mais pour l'essentiel à un processus de création du droit opéré par l'administration dans un cadre déterminé. Ce processus, qui permet à l'administration d'adapter les finalités législatives à un environnement en perpétuelle évolution par des opérations d'essais et d'erreurs, donne à ces finalités une mobilité temporelle. Le processus de création du droit représente ainsi une série de boîtes noires hiérarchisées (Moor 1987 : 59 ss.). Dans les législations finalisées, la boîte qui est au bout de chaîne est souvent vaste et elle peut réserver de grandes surprises. En photographiant les objectifs déclarés, on risque ainsi de perdre le fil des séquences téléologiques et ne rien comprendre à l'histoire que raconte la loi.

5) Pour commune qu'elle soit, ainsi qu'en témoigne la circulaire précitée, l'opposition, qui sous-tend la recherche, entre les règles juridiques et les objectifs qui ne ressortiraient pas au droit, n'est pas justifiée. Bien que distinctes des règles, les objectifs ne sont pas indicatifs, mais normatifs. Le propre de toute norme, qu'il s'agisse d'un objectif, d'un principe ou d'une règle, est de fixer des directions vers lesquelles les destinataires doivent se diriger (Amselek 1988 : 114). L'hétérotéléologie fait partie intégrante du phénomène normatif.

6) Il ne suffit pas d'inventorier les secteurs du droit qui contiendraient des objectifs explicites pour les opposer à ceux qui en seraient dépourvus. Il faut s'interroger sur les raisons profondes qui ont conduit à l'adoption de ce type de technique juridique. Or, l'apparition de celle-ci est liée aux transformations de l'Etat providence. Pour organiser la famille, fixer un cadre aux échanges, réprimer les actes antisociaux, il était possible de travailler avec des normes conditionnelles prévoyant de manière abstraite les conditions permettant de juger les cas d'espèce. Il n'était pas nécessaire d'énoncer des objectifs généraux (conception de la famille, autonomie de la volonté et protection des faibles,

répression du crime), car ils se déduisaient implicitement des normes établies. Lorsque l'Etat s'est mis en tête d'agir sur d'autres systèmes comme l'économie, le système scolaire, la recherche, la nature, le sol, afin de produire des résultats dans un environnement en perpétuelle transformation, il a dû inventer une nouvelle technique.

Dans l'Etat libéral, le droit est formé de normes conditionnelles conçues pour modeler une infinité de comportements semblables. En établissant des codes fixant un cadre aux échanges et réprimant les actes antisociaux, l'Etat libéral produit un ordre (ou un désordre) spontané, un *kosmos* au sens que Hayek (1973) attribue à ce terme. L'Etat providence qui intervient de manière ponctuelle pour lutter contre les maux et les externalités provoquées par le marché a recours à une technique juridique très différente qui rappelle le plan de bataille (*taxis*) et qui combine la fixation d'objectifs et de moyens propres à les atteindre. Dans un programme finalisé, les déclarations d'objectifs guident l'administration dans son action ; elles fixent un cadre à son droit nouveau ; elles servent de point de référence à l'évaluation des résultats produits. On ne peut pas se borner à constater la présence ou l'absence de tels objectifs. C'est une technique juridique nouvelle et fort problématique qu'il faut analyser. Les études de mise en oeuvre et l'analyse systémique ont contribué à une meilleure compréhension de cette technique originale.

B - L'approche par la mise en oeuvre

Les objectifs jouent un rôle capital dans les études de mise en oeuvre des législations et des politiques publiques. L'évaluation de l'efficacité consiste en effet à comparer le résultat atteint aux résultats voulus (Mader 1985 : 77). Très vite, on s'est pourtant rendu compte que ce type d'évaluation ne conduisait pas très loin, parce que les objectifs sont problématiques et changeants. Les réflexions faites dans le cadre de ces recherches sont intéressantes parce qu'elles révèlent la complexité d'une notion qui au premier abord paraît simple.

1) La réflexion sur l'efficacité des lois a montré que les objectifs ne sont pas obligatoires de la même manière que les directions, les caps que les règles juridiques tracent à la conduite des hommes (voir à ce sujet Amselek 1988 : 114 ss.). Les objectifs constituent des buts vers lesquels on doit tendre, mais que l'on n'atteindra pas nécessairement. Objectifs et règles sont du ressort du devoir être, mais pas de la même façon. C'est ce que les juristes et le grand public, habitués à voir dans le droit un

modèle qui doit se réaliser obligatoirement, ont de la peine à comprendre. Cela s'explique par le fait que la réalisation des objectifs dépend d'une multitude de facteurs que les autorités d'application ne maîtrisent pas tous ou pas complètement. Rares sont les cas où les instruments sont agencés de manière à être parfaitement aptes à atteindre un but déterminé. Et même s'ils l'étaient, les autorités d'application ne doivent pas être tenues pour responsables de la résistance que leurs prescriptions rencontrent auprès des hommes. Un programme finalisé fait fréquemment appel à des invitations dont la réussite dépend largement de l'adhésion des destinataires. Toutes sortes de facteurs imprévus tenant à l'évolution du phénomène sur lequel le législateur se propose d'agir peuvent compromettre la réalisation de l'objectif. Les modes de contrôle ne sont généralement pas assez sophistiqués pour s'assurer que les instances inférieures d'application agissent dans les sens indiqués. En dehors des cas où une autorité soumise à une instance supérieure de surveillance montre une mauvaise volonté crasse, la réalisation des objectifs n'est pas assurée par des mécanismes juridiques de contrôle, mais par des procédés politiques d'évaluation dont l'efficacité est très variable selon les époques et les systèmes politiques.

2) Les objectifs d'une législation sont souvent si divers et contradictoires que l'évaluation de leur réussite est extrêmement problématique. Si l'on dépasse les objectifs consensuels du discours législatif, on constate que les législations interventionnistes tiennent compte d'intérêts extrêmement divers. Dans une recherche que nous avons faite sur une loi soumettant l'acquisition d'immeubles par les étrangers à une autorisation dont l'octroi était conditionné par l'existence d'un intérêt légitime, nous avons constaté que le recours à une notion aussi indéterminée avait pour fonction et pour effet de ménager la poursuite d'objectifs secondaires variés répondant à plusieurs préoccupations de la Confédération, de divers cantons et de groupes d'intérêt (Delley et al. 1981 : 394, 395). Certains de ces objectifs avaient pour effet de stimuler l'offre et contrecarraient la réalisation de l'objectif déclaré.

3) Certaines législations qui paraissent poursuivre des objectifs substantiels exercent une fonction essentiellement symbolique. Certaines lois n'ont d'autre objet que de montrer à l'opinion publique que le gouvernement n'est pas insensible à un problème, qu'il fait quelque chose. On aurait tort de déprécier les législations de caractère symbolique. Elles peuvent contribuer à apaiser un conflit ou à créer un climat de confiance (Linder 1987 : 191). Elles peuvent servir de point de départ à un

processus d'apprentissage et permettre d'expérimenter certaines solutions (Delley/Mader 1981 : 392). Grâce à elles, l'autorité peut préparer une documentation, renforcer la connaissance d'un problème. Une législation symbolique est ainsi parfois le passage obligé vers l'adoption d'une législation poursuivant des objectifs substantiels. Une législation peut viser des objectifs substantiels et symboliques. Il peut y avoir entre eux une interaction dynamique. L'action axée sur les représentations peut être une condition de la réussite d'objectifs substantiels (Mader 1985 : 81). Un type d'objectif peut être atteint, pas l'autre. L'évaluation de la réussite d'objectifs symboliques ou mixtes est particulièrement délicate.

4) Le problème se complique encore lorsque l'on sait que les objectifs évoluent dans le temps, soit que les objectifs occultés par le texte légal ressurgissent dans la confrontation des intérêts au niveau local, soit que les accents se déplacent en fonction de la conjoncture, soit qu'une mutation d'objectifs se produise, les instruments de la loi se révélant aptes à poursuivre un nouvel objectif qui supplante l'objectif originaire (voir l'exemple d'une loi anglaise dans Mader 1985 : 81). Le recours à des objectifs vagues favorise "une définition expansive du problème en jeu" (Delley/Mader 1981 : 393). Il permet aux groupes d'intérêts "de projeter leurs propres objectifs et d'assurer ainsi à cette législation un soutien politique suffisamment large" (Ibid.). Mais il peut aussi être à l'origine d'une déviation voire d'une dérive par rapport aux objectifs initiaux (Linder 1987 : 189).

Le caractère complexe et évolutif des objectifs a pour conséquence que les études d'évaluation se sont progressivement centrées sur l'étendue de l'impact, en laissant un peu de côté l'analyse de l'efficacité.

C - L'approche systémique ou comment diriger les hommes par les lois

Une autre manière d'appréhender les objectifs de la loi est de s'interroger sur l'aptitude d'une loi ou d'un ensemble normatif exprimant une politique publique (loi, plan) à réaliser des buts cherchant à influencer un autre système (famille, économie, système de santé, système scolaire, système écologique, etc.). Cette approche théorique est à la fois descriptive et prescriptive. Elle tente de décrire les interactions qu'entretient le système juridique avec les systèmes sociaux qu'il cherche à influencer, puis, en partant du constat d'échec des tentatives du système juridique d'agir directement sur ceux-ci, elle propose d'autres modes d'action. La théorie des systèmes est à ce jour l'essai le plus sophistiqué d'établir une théorie de la gouvernementalité, du

guidage par le droit. Même si les recherches se sont à ce jour développées à peu près exclusivement en Allemagne dans le sillage de Luhmann, elles ne peuvent pas être ignorées par les juristes francophones qui se sont mis dans la tête de s'interroger sur les buts de la loi.

1) Programmes conditionnels, programmes finalisés

Luhmann a été le premier à discerner un changement radical des techniques dues aux préoccupations de l'Etat providence : alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique, les lois de l'Etat providence recourent à une autre technique. Celle-ci consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non juridiques considérés comme aptes à provoquer des changements dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir (Luhmann 1983 : 88, 232, 234). Ce passage d'une nomocratie à une téléocratie, selon la distinction de Bertrand de Jouvenel, fait l'objet d'une analyse en profondeur grâce au recours à la théorie des systèmes.

L'opposition entre programmes finalisés et programmes conditionnels doit être précisée et relativisée. Le recours au terme programme n'est pas très satisfaisant. Il vaudrait mieux opposer des législations composées de normes structurées de manière conditionnelle à des législations programmatiques et finalisées en ce sens qu'elles sont composées essentiellement d'instruments mis au service de finalités de transformation sociale. Il s'agit en outre de types idéaux que l'on ne rencontre pas dans la réalité à l'état pur. Toute loi structurée conditionnellement contient des finalités.

Ces législations programmatiques ne peuvent guère se passer de normes structurées conditionnellement, même si parfois il ne s'agit que d'une apparence. En effet dans les législations programmatiques, les règles sont parfois tellement indéterminées, qu'elles laissent pratiquement un pouvoir discrétionnaire à l'autorité. Le conditionnement n'est souvent que la façade.

Toute loi poursuit certaines fins. Il est temps de tenter de préciser quelle est la spécificité des finalités globales que l'on rencontre dans les programmes dits finalisés.

1) La première caractéristique est structurelle. Dans un programme finalisé, les objectifs sont articulés avec un certain nombre de moyens. Pour opérer des transformations sur un autre système, une législation doit, pour être compréhensible, indiquer

au moins le sens des modifications et les instruments qui devraient être utilisés pour y parvenir. Les objectifs sont ainsi un point de référence nécessaire du processus d'évaluation qui est impliqué par le recours à cette technique. Ils sont conçus de manière très différente des finalités vagues qui sous-tendent les législations classiques formées de normes conditionnelles. Les finalités vagues indiquent la philosophie du texte légal, la *ratio legis*. Elles peuvent être très importantes pour l'interprétation des règles de détail. Elles ne visent en revanche nullement à servir de point de référence en vue d'évaluer les résultats produits par les normes. Les objectifs d'un programme finalisé ont vocation à être opérationnels, ce qui n'est nullement le cas pour les finalités des législations classiques. Le droit des contrats vise notamment à optimiser la liberté contractuelle. Mais le droit n'est pas conçu de telle sorte que l'on puisse évaluer le degré d'autonomie atteint dans la réalité. Le droit pénal vise à lutter contre des actes antisociaux, mais il ne peut servir de point de départ à une évaluation de la réalisation de cette finalité. La différence est tout à fait sensible, si on compare à une politique criminelle, qui implique la mise en place d'un appareil de moyens préventifs et répressifs propres à lutter contre des comportements indésirables.

2) La deuxième caractéristique est que les objectifs d'un programme finalisé sont prévus pour être réalisés progressivement dans le temps. Ils impliquent le franchissement d'étapes permettant de s'approcher progressivement de leur réalisation. Ils supposent aussi que les moyens s'adaptent progressivement à un environnement changeant. Ils supposent enfin que les objectifs soient modifiés, s'ils s'avèrent irréalisables ou si les circonstances se sont modifiées. Tous ces éléments expliquent la mutabilité et l'absence de prévisibilité que ces programmes comportent pour les individus, trait qui a tellement frappé les juristes habitués à la stabilité des législations classiques.

3) La troisième caractéristique, qui se déduit de la précédente, est que les objectifs ne sont pas fixés une fois pour toute dans la loi. Ils ont d'une part vocation à se concrétiser progressivement dans le cadre de la législation d'exécution, puis dans celui de l'application. A l'origine, les lois interventionnistes ont des objectifs aussi vagues que les législations classiques (Voir Noll 1973 : 253). Mais sauf le cas où elles ont une fonction purement symboliques, ces lois ont vocation à présenter des objectifs toujours plus concrets et détaillés. Au bout du compte, un programme finalisé doit normalement pouvoir être quantifié, ce qui est inconcevable pour une législation cadre qui n'a pas

pour prétention de modifier la réalité dans un certain laps de temps.

4) La quatrième caractéristique des objectifs des politiques publiques est que ceux-ci ne doivent pas être réalisés absolument. L'idéal est bien sûr que le centre de la cible soit atteint, mais on ne contera de résultats moins brillants, pourvu qu'ils s'approchent de l'objectif. Intervenant sur un système étranger dont il ne maîtrise pas les réactions, le droit procède par tâtonnement, utilise un processus de *trial and errors*, en agissant sur un environnement en perpétuelle transformation. (Morand 1988 a : 538). Cette conception très approximative de la violation des objectifs déconcerte le juriste habitué à travailler avec la structure conditionnelle, et dont la principale vertu est d'assurer la prévisibilité et la sécurité du droit.

2) *La difficulté de réaliser des programmes finalisés*

Deux types de critiques ont été formulées à l'endroit de ces programmes. On leur reproche de ne pas réaliser la prévisibilité, la sécurité du droit. On peut répondre qu'il s'agit du prix à payer pour l'accroissement de la sécurité dans les rapports sociaux (Morand 1988 a : 544, 545). Plus graves sont les critiques qui peuvent être faites au plan de l'efficacité. On reproche à ces programmes de produire des effets pervers, d'empirer les problèmes plutôt que de les résoudre, de produire de vastes pertes de temps et d'argent (Willke 1987 : 30). Même si ces critiques sont trop sévères et si l'on a montré que nombre de programmes finalisés ont été des succès (Nahamowitz 1988 : 36 ss.), la critique n'est pas dénuée de fondement. Depuis les études de pionnier de Bourdieu et Passeron sur la démocratisation des études (voir aussi Boudon 1977 ; Forrester 1972 ; Crozier/Friedberg 1977 : 14), on sait que certains programmes produisent des effets pervers et qu'il leur arrive d'aggraver les problèmes qu'ils sont sensés résoudre.

3) *L'explication par la théorie des systèmes*

Pour expliquer ces échecs, on prétend qu'avec la division du travail, les sous-systèmes sociaux sont devenus toujours plus complexes et refermés sur eux-mêmes, c'est-à-dire auto-référentiels (voir Luhmann 1984, 1986, 1988 ; Willke 1986 a, 1986 b, 1987). Dans des sociétés complexes, différenciées et polycentriques, l'Etat et le droit ne peuvent pas constituer une autorité centrale, capable de contrôler la société toute entière (Willke 1986 a : 426 ss.). L'Etat n'a aucun moyen de pénétrer la complexité propre des sous-systèmes qu'il cherche à diriger

(Ibid.). Il se trouve en face de boîtes noires opaques (Willke 1987 : 23). Les sous-systèmes sociaux que le droit cherche à guider sont largement insensibles aux interventions directes ; ils n'ont que très peu de points d'entrée permettant à une intervention de pénétrer ; celle-ci peut produire à court terme des effets favorables, mais elle risque de créer à long terme des effets contre-productifs (Willke 1987 : 26, 27 ; Forester 1972 : 200 ss.).

4) *L'alternative. Des programmes relationnels*

Les partisans de l'autopoïèse pensent que les programmes finalisés devraient être remplacés par des programmes relationnels, laissant une très large autonomie aux sous-systèmes que l'on cherche à influencer. Cette prescription ne revient pas à se rallier purement et simplement au modèle néo-libéral. L'Etat doit continuer à fixer des directives, mais la fixation de buts ne doit pas être autoritaire. Elle doit résulter d'une négociation avec les groupes intéressés (Willke 1986 b : 290). Il s'agit de renoncer largement, lorsque la complexité est trop grande, à une législation matérielle pour lui substituer une législation mettant en place des procédures favorisant la rencontre des intérêts (Willke 1986 b : 290 ; Teubner 1986 : 319 ss.). Il s'agit tant au niveau de la formation d'objectifs indicatifs que de la mise en oeuvre d'établir des relations entre les acteurs sociaux corporatifs, d'accroître leurs informations réciproques, leur faculté de s'autolimiter dans le cadre d'une procédure consensuelle. Les exemples de législations qui répondraient au modèle proposé sont celles qui réglementent les conventions collectives de travail ou les dispositions qui, en Allemagne, portent sur l'action concertée en matière économique (Teubner 1986 : 319 ss. ; Willke 1986 b : 294 ss.).

Si le modèle relationnel est séduisant, il n'est pas à l'abri de toute critique. On ne voit pas comment il serait possible de corriger les graves défauts qu'entraîne le développement anarchique de sous-systèmes sociaux (externalités, inégalités) sans fixer autoritairement des buts et sans adopter des règles substantielles. Il y a de l'angélisme à faire pareillement confiance aux acteurs qui travaillent avec une toute autre rationalité et rien ne garanti qu'ils soient prêts à s'autolimiter. On a fait remarquer que les négociations à l'abri de la loi, qui sont une manifestation de structures relationnelles, supposait une législation matérielle fixant autoritairement des buts (Nahamowitz 1988 : 46 ss.).

On pourrait en dire autant de l'autodétermination, tant il est vrai que c'est sous la menace d'une législation autoritaire que les groupes acceptent de se limiter. Le reproche principal que l'on peut faire à cette approche est d'avoir été beaucoup trop formelle, lorsqu'elle a apprécié le résultat des programmes

finalisés et de n'avoir pas vu que ceux-ci ont par nature une très grande souplesse. Comme on l'a vu, les objectifs ne sont pas rigides, mais sont mobiles. L'adoption de la loi fait l'objet de vastes consultations, la mise en oeuvre d'amples négociations. Malgré leurs apparences autoritaires la plupart des programmes finalisés sont en réalité des programmes relationnels.

II - L'APPROCHE NORMATIVE

Au vu de leur nature juridique particulière, les objectifs exercent deux fonctions principales. Ils peuvent servir de point de référence au contrôle juridictionnel de l'activité étatique. Ils peuvent aussi jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation des règles précises qui ont été réunies pour les réaliser. Dans une autre perspective, on peut étudier les règles de méthode législative concernant l'établissement et la formulation des objectifs. Il s'agit de méta-règles, qui ont au départ le statut de simples règles d'expérience, mais peuvent être reprises par le droit.

A - L'approche par le contrôle juridictionnel

Les objectifs sont pris en compte dans le cadre du fonctionnement de diverses normes constitutionnelles ou légales sur lesquelles repose le contrôle de l'activité des pouvoirs publics. Cela est si vrai que, comme nous l'avons vu, le législateur craint parfois de les exprimer et tente de les camoufler. Sans faire une étude exhaustive de droit comparé, on peut dire que les objectifs jouent un rôle dans le cadre de grands principes qui se retrouvent dans la plupart des systèmes juridiques. Certains principes portent sur l'exigence même d'objectifs, d'autres sur le rang auquel ils doivent figurer ; d'autres encore sur les rapports qu'ils doivent entretenir avec les moyens qui servent à les réaliser. Les objectifs peuvent enfin jouer un rôle dans le cadre du fonctionnement d'autres règles.

Toute législation doit avoir un ou plusieurs objectifs. Cela paraît évident. Mais, le processus législatif est tel qu'on ne peut pas exclure qu'une loi soit parfaitement déraisonnable, parce qu'il est impossible de discerner les objectifs qui la sous-tendent. En droit suisse une législation de ce genre est considérée comme arbitraire et dès lors inconstitutionnelle. Une loi est arbitraire, dit la jurisprudence, si elle n'a "ni sens, ni but" (voir Morand 1988 b : 395). L'interdiction de l'arbitraire qui se confond avec un haut degré d'irrationalité est le minimum qu'un Etat non totalitaire se doit de garantir. Elle se retrouve ainsi dans tous les systèmes juridiques qui exercent un contrôle de l'activité du législateur.

Les règles sur la délégation législative, qui résultent de l'exigence de base légale formelle pour toute action de l'Etat, garantit que les buts de la législation déléguée soient déterminés dans la loi. L'article 80 al. 1 de la *Grundgesetz* exprime un principe qui, sous réserve de variations de détails, est le droit commun des pays occidentaux. La loi doit fixer le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués. Le législateur ne saurait évidemment se contenter de se référer aux objectifs globaux de la loi pour définir le but des pouvoirs délégués. Les objectifs essentiels d'une législation interventionniste doivent figurer dans une loi formelle et non dans un règlement d'exécution ou dans un règlement pris en vertu d'une délégation législative. Le règlement peut pourtant préciser les objectifs généraux. En exigeant que la loi fixe les objectifs essentiels de la législation, on se heurte pourtant à une difficulté. Les études de mise en oeuvre montrent que les objectifs essentiels ne sont pas les finalités vagues et incontestables que l'on voit figurer en tête des lois, mais les objectifs opérationnels, précis et conflictuels que l'on trouve dans les règlements, voire dans la pratique de l'administration. Cette difficulté à fixer dans la loi les objectifs essentiels provient d'une contradiction fondamentale et en partie insurmontable entre les prescriptions juridiques postulant une construction hiérarchique du droit et la logique de l'interventionnisme étatique (Morand 1989 : 150 ss.).

Le principe de proportionnalité, que l'on trouve aussi bien en droit administratif qu'en droit constitutionnel, exige qu'un certain rapport existe entre les objectifs d'une législation et les moyens prévus pour y parvenir. Selon la règle d'aptitude (*Geeignetheit*), les moyens choisis pour une loi doivent être aptes à atteindre les buts visés. La règle inclut l'interdiction du détournement de pouvoir qui ne s'applique pas qu'à l'administration, mais aussi au législateur. Il lui est en tout cas interdit de choisir des moyens détournés servant à des fins interdites par la Constitution. Ainsi en Suisse, l'exigence d'un diplôme professionnel, justifiée si elle vise des fins de police, est inconstitutionnelle, si elle constitue un moyen détourné pour servir des fins de politique économique prohibées par la constitution (voir Moor 1988 : 352). Selon le principe de nécessité (*Erforderlichkeit*), les moyens utilisés doivent être ceux qui portent l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. Les objectifs de la législation jouent évidemment un rôle central dans le respect des exigences tirées de la proportionnalité. C'est pourquoi on peut soutenir qu'il y a une exigence constitutionnelle ou légale à ce que le législateur énonce avec un certain degré de précision les objectifs poursuivis, de façon à ce que le contrôle d'une Cour constitutionnelle ou d'un Tribunal administratif puisse s'exercer sur le respect de ce

principe fondamental. Il s'agit de l'une des règles de méthode législative incorporée dans le droit en tant que condition indispensable d'un contrôle juridictionnel (voir Morand 1988 b : 395 ss.).

Les buts généraux d'une Constitution ou d'un traité constitutif peuvent être pris en considération pour délimiter les compétences entre les organes centraux et les organes des Etats membres d'une Confédération ou d'un Etat fédéral. Ainsi, en droit communautaire, les buts de la Communauté énoncés dans les premiers articles des traités constitutifs forment la limite extrême de la compétence communautaire. Il peut en aller de même dans un Etat fédéral. La répartition précise des compétences peut se faire en fonction du but d'une réglementation et les objectifs globaux contribuent à déterminer ce but. En Suisse, un des critères de répartition des compétences se fonde sur la distinction entre le droit public et le droit privé. Or, le but de la réglementation est un des critères essentiels permettant d'opérer la qualification.

On voit ainsi que les buts d'une législation, déterminés en partie par les objectifs qu'elle trace, sont les points de référence essentiels du contrôle juridictionnel de l'activité étatique. Pour reprendre la formule de Jhering, il est à peine exagéré de dire que le contrôle n'existe "que par le but et en vue du but" (Jhering 1901 : 231).

B - L'approche par l'interprétation

Une législation finalisée se caractérise par l'articulation de buts et de moyens. L'administration dispose en général d'un très grand pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la mise en oeuvre des moyens. Les techniques qui contribuent à asseoir ce large pouvoir sont l'utilisation de normes indéterminées, la délégation de pouvoir à l'administration (délégation administrative). Une variante de cette dernière forme est la mise en place d'institutions laissant à des autorités administratives et en particulier à des autorités indépendantes, un pouvoir de décision très vaste. La technique du bilan servant à déterminer le caractère plus ou moins nocif d'un cartel, la technique de l'étude d'impact en matière de protection de l'environnement, les plans d'assainissement et les plans de mesures que les cantons doivent prendre lorsque les valeurs limites d'immissions sont dépassés (ordonnance sur la protection de l'air en Suisse), sont des institutions complexes qui ne peuvent être normées d'avance que partiellement. Dans un processus qui implique, après l'adoption de la loi et des règlements, la constitution d'un deuxième niveau de création du droit, une boîte noire de second degré, les objectifs

explicites et implicites sont à peu près les seuls guides permettant à l'autorité administrative d'interpréter sa compétence. A cet égard, il faut pourtant tenir compte des connaissances acquises dans le cadre des études de mise en oeuvre. Dans un processus interactif et systémique, la concrétisation des objectifs n'est pas linéaire. Bien que ce modèle descendant soit prescrit par le droit, il se heurte à un modèle de sens inverse lié à la logique de l'action finalisée et au besoin d'établir des objectifs opérationnels à partir des expériences faites à la périphérie (Morand 1989 : 251). Les finalités initiales dans le double-sens étymologique de buts et de limites ne sont que obligatoires *prima facie*, sous réserve de celles qui pourront être établies dans le cadre de la mise en oeuvre, lorsque le phénomène sur lequel on se propose d'intervenir sera mieux connu. C'est une transformation radicale des techniques juridiques qui nécessite des aménagements originaux et non un simple retour à des principes établis dans un tout autre contexte (voir Morand 1989 : 153 ss. ; Moor 1987 : 57 ss.).

On voit que la problématique de l'interprétation se présente d'une manière très particulière dans le cadre des législations finalisées et que l'on ne peut transposer sans autre la méthode valable en droit civil ou en droit pénal. La loi doit guider l'administration dans l'interprétation de sa compétence, mais l'administration dispose d'un vaste pouvoir de création de solutions et de règles nouvelles. Dans ce cadre, elle est amenée à fixer de nouveaux objectifs plus concrets que ceux qui figurent dans la loi. Pour combler le déficit de rationalité qui tient au fait que l'administration ne peut pas déduire les choix qu'elle fait de règles générales et abstraites, on voit se développer des règles méthodiques qui se révèlent encore plus nécessaires que les règles de méthode législative. En matière budgétaire, la rationalisation des choix budgétaires met en place un processus itératif tout à fait semblable à celui qu'on connaît en matière législative (voir Weber 1988 : 251 ss.). Il en va de même des études d'impact effectuées à l'occasion de grands travaux publics ou privés (voir Moor 1987 : 75 ss.). Des méthodes de ce type pourraient être appliquées pour d'autres décisions importantes.

Dans la mesure où les programmes finalisés contiennent des règles conditionnelles et précises, on retrouve les questions classiques relatives au choix des méthodes d'interprétation. La particularité est que les législations finalisées contiennent normalement des objectifs explicites. On sait la méfiance qui existe à l'égard de l'interprétation subjective, historique tirée du recours aux travaux préparatoires. Cette méfiance est justifiée en raison de la difficulté de reconstituer après coup une volonté unique à partir de déclarations divergentes représentant des intérêts ou des valeurs contradictoires. La méfiance est accrue,

lorsque l'on sait que des phases essentielles de la préparation des lois sont secrètes et inaccessibles au juge historien. Mais cette méfiance ne vaut pas pour les objectifs explicites qui sont la volonté du législateur codifiée et attestée. La volonté historique du législateur se trouve dans le texte lui-même de la loi. Mais il ne faut pas se faire trop d'illusions. Les objectifs déclarés s'expriment souvent, comme nous l'avons vu, de manière si abstraite qu'ils cachent les objectifs réels qui doivent eux être établis par le recours aux méthodes traditionnelles d'interprétation. A cet égard, le recours à la méthode téléologique contemporaine est problématique. Comme on l'a dit très justement, déterminer les buts d'une disposition en tenant compte de l'état des rapports sociaux est impossible sans une recherche sociologique (Rehbinder 1977 : 27).

Or, au vu des contraintes de temps et de l'absence de personnel qualifié aptes à entreprendre une recherche de ce genre, le juge est incapable de procéder à une interprétation téléologique contemporaine et risque de substituer à une recherche solide son expérience de la vie ou, ce qui revient souvent au même, ses préjugés. Deux facteurs peuvent atténuer ces difficultés en cas de programmes finalisés. L'administration s'interpose entre le législateur et le juge du contrôle. Le juge peut donc exiger que l'administration fournisse les données sociologiques propres à effectuer une interprétation téléologique contemporaine, du moins quand la contrainte du temps sur l'administration n'est pas elle-même trop forte. Deuxièmement, les études de mise en oeuvre de la législation peuvent être utilisées par le juge comme élément d'une recherche téléologique contemporaine.

C - L'approche par la méthode législative

La fixation des objectifs est l'une des phases analytiques essentielles du processus législatif. La méthode législative, qui vise à établir des règles permettant de rationaliser la confection de la législation (voir Mader 1988 : 16 ; Morand 1988 b : 392) a établi quelques règles relatives à la formulation des objectifs dans une législation finalisée. Formée de règles d'expérience enrichies par l'observation scientifique du fonctionnement des lois, la méthode législative est encore embryonnaire et n'a pas atteint de degré de sophistication que connaît la dogmatique juridique. Elle a pourtant acquis un degré suffisant de maturité pour inspirer dans quelques pays la confection de directives précises de méthode législative. Plus important encore, son développement a permis à certaines juridictions d'exiger le respect de règles minimales de méthode en tant que condition de réalisation des

grands principes permettant de contrôler l'activité étatique, comme le principe d'égalité ou de proportionnalité (Morand 1988 b : 394 ss.). Nul doute que devant la difficulté que présente pour le juge le contrôle des rapports entre la fin et les moyens, qui sous-tend les législations finalisées, les règles de méthode législative serviront à optimiser le contrôle exercé par les juridictions constitutionnelles et administratives.

Le projet de la méthode législative ne consiste pas à demander, comme on le croit trop souvent, à la science de produire les buts de la société, ce qui serait un scientisme naïf et dangereux (voir à ce sujet Perrin 1988 : 21 ss.). Il s'agit d'établir des règles de méthode en quelque sorte procédurales permettant d'opérer un contrôle de la rationalité des choix législatifs.

La formulation des objectifs n'est qu'une étape dans un processus itératif comportant une série de phases (voir à ce sujet Mader 1988 : 78 ss.). Elle implique au préalable une analyse minutieuse du problème posé. Si cette analyse est bien faite, certains des objectifs initiaux que les pouvoirs politiques croyaient intuitivement devoir poursuivre seront abandonnés. D'autres objectifs apparaîtront, certains se présentant alors comme de véritables contraintes (voir Delley/Mader 1981 : 391). Le choix des objectifs ne peut pas être fait indépendamment d'une analyse de faisabilité des moyens envisagés pour les atteindre. Les objectifs qui ne pourraient être réalisés qu'avec des coûts exagérés ou avec des moyens en contradiction avec les valeurs fondamentales d'un pays devront être abandonnés. Les objectifs sont les points de référence de l'évaluation législative. Ils devront être établis de manière assez précise et opérationnelle pour que l'évaluation puisse se faire dans les meilleures conditions.

A partir de ces quelques réflexions, on peut proposer quelques règles sur la formulation des objectifs qui ne prétendent pas à l'exhaustivité :

1) Les objectifs doivent figurer dans la loi elle-même. Ils ne doivent pas rester implicites ou figurer dans des textes difficiles d'accès. C'est une règle minimale tirée des exigences relatives à l'efficacité de la communication législative.

2) Les objectifs doivent former une chaîne allant des objectifs les plus généraux aux objectifs particuliers. Cependant, les objectifs les plus généraux, comme ceux qui portent sur la réalisation de la prospérité, de la justice sociale, ne doivent pas être exprimés dans le texte de loi, car il l'alourdirait inutilement. Tous les objectifs ne doivent pas figurer dans la loi formelle. Certains pourront être concrétisés au niveau des règlements ou dans la pratique de l'administration.

3) Les objectifs doivent être concrétisés de manière à ce qu'ils soient opérationnels et susceptibles d'évaluation. On passera ainsi insensiblement des objectifs aux moyens. A chaque étape de la chaîne, l'objectif inférieur est le moyen de réaliser l'objectif supérieur.

4) Dans le cadre de la préparation de la législation, on établira une série de chaînes de buts et de moyens en appréciant les avantages et les désavantages de chaque solution choisie (voir à ce sujet Wroblewski 1979 : 191 ss.). Pas seulement les coûts financiers, mais aussi les désavantages non quantifiables liés aux perturbations qu'une réglementation peut provoquer sur le système sur lequel on tente d'intervenir ou aux difficultés du contrôle. La règle exigeant la mise en place d'un mécanisme de pesée des avantages et des inconvénients, loin d'être une atteinte à la démocratie, est une condition même de son exercice (voir à ce sujet Perrin 1988 : 30). Il est certain en tous cas que ce n'est pas dans le brouillard du social que la démocratie s'exerce le mieux.

5) On ne peut pas établir des objectifs sans prendre en considération les moyens de les réaliser. Avant d'arrêter définitivement les objectifs, il faut faire une étude exhaustive de la faisabilité et de l'adéquation des moyens. Cette étude qui fait partie des travaux préparatoires devrait être accessible, car elle peut faciliter grandement le contrôle juridictionnel du respect des exigences de la proportionnalité.

Le respect des règles de méthode législative se heurte à plusieurs obstacles. Il appartient au juge constitutionnel ou administratif de dire quelles sont les règles minimales qui doivent être respectées pour qu'il puisse exercer son contrôle. Au delà de ce seuil, il y a place pour beaucoup de souplesse. Les exigences de méthode législative ne doivent pas rendre impossible un consensus sur la base d'objectifs relativement vagues (voir à ce sujet Schultze/Fielitz 1988 : 307 ss.), dans la mesure où ceux-ci peuvent d'ailleurs être précisés dans une phase ultérieure. La nécessité de répondre rapidement à un problème de société peut justifier l'adoption d'une législation provisoire structurée autour d'objectifs vagues, pourvu qu'on ne considère pas cette situation comme définitive et que l'on essaye, à la suite d'évaluations successives de la loi et grâce à une meilleure connaissance du phénomène, d'établir des objectifs plus précis et plus opérationnels. La rationalité que l'on peut injecter dans le processus législatif n'est que relative. Comme le dit Goyard-Fabre (19... : 172) : "Le Pouvoir est le lieu d'ambivalence. Il est tel que l'irrationnel y côtoie, non par accident, mais par essence, une raison qui s'efforce d'être raisonnable, sans toutefois y parvenir".

CONCLUSION

En multipliant les approches, nous avons voulu montrer que l'on ne peut plus aborder un phénomène juridique de manière unilatérale. Le droit ne se laisse connaître qu'en le regardant sur toutes ses faces, de l'extérieur et de l'intérieur, ainsi que dans les relations étroites qu'il entretient avec des normes logiques ou praxéologiques. Il est bien sûr difficile d'être exhaustif. Peut-être qu'une approche par la théorie des communications ou les théories institutionnelles, qui n'ont été qu'effleurées, aurait pu enrichir un phénomène qui s'inscrit dans un changement radical des techniques juridiques liées à l'interventionnisme étatique. L'étude a en tout cas montré la misère du normativisme. On a beau contempler les normes pendant des heures, on ne les comprend pas si on renonce à analyser leurs fonctions, leur mode de pénétration dans la réalité, les transformations qu'elles subissent au cours du temps, le type de rationalité qui les sous-tendent. Ce dernier point est capital si on veut comprendre le phénomène dans toute sa profondeur.

Les objectifs déclarés que l'on trouve dans la législation ressortissent au processus plus vaste de l'action finalisée, qui implique le recours à un type de rationalité très différente que celui qui est au coeur des législations traditionnelles. Celles-ci sont fondées sur une rationalité intrinsèque de la norme juridique (Chevalier : 1990). Cette rationalité est fondée tout d'abord sur l'autonomie de l'ordre juridique par rapport à d'autres ordres normatifs (Morand 1988 b : 395 ss.). Cette autonomie permet au droit de renoncer à un mode de légitimation transcendant et de trouver sa justification de manière immanente dans le mode démocratique de sa production. La rationalité héritée des Lumières se fonde en deuxième lieu sur la généralisation des attentes qui est le gage d'une application neutre, impartiale, uniforme et prévisible des normes. Elle comporte enfin une systématisation des ordres juridiques (Chevallier : 1990 ; Van de Kerchove/Ost 1988 : 53 ss.) qui se présentent comme des ensembles hiérarchiques et cohérents. Le mécanisme central auquel recourt ce type de rationalité est le contrôle juridictionnel de conformité de la production des actes privés et publics aux normes supérieures. La méthode qui est au coeur du raisonnement est la logique qui fournit le cadre qui permet de déduire de normes générales la solution de cas particuliers.

Les législations finalisées ressortissent de leur côté à une rationalité externe à la norme, une rationalité technico-économique ou managériale (Chevalier/Loschak : 1988 ; Chevallier : 1990). Elle implique l'articulation de fins et de moyens dans un espace temporel en vue de la production de

résultats. Le droit ne se mesure plus à sa conformité, à des normes supérieures, mais à son efficacité. Celle-ci implique la pénétration dans le droit de règles venues d'ailleurs, et dès lors une perte de son autonomie. Elle s'apprécie par rapport à des actions ciblées et des stratégies particulières qui se font au détriment de la généralisation des attentes et de la systématisation. Elle comporte enfin pour les normes la nécessité de s'adapter à des circonstances changeantes, ce qui signifie une perte de stabilité et de prévisibilité. Le mécanisme central du fonctionnement des législations finalisées est l'évaluation des résultats. La méthode est empruntée à la science économique et aux sciences sociales. Elle implique l'étude des rapports de causalité entre les normes et la réalité. L'opposition entre "une culture exclusivement centrée sur le contrôle et une culture d'évaluation" a été très justement soulignée dans le rapport de Patrick Viveret sur l'évaluation des politiques publiques (*Le Monde*, mardi 12 septembre 1989, 9).

C'est dans ce contexte d'une transformation fondamentale des techniques et des méthodes, que l'analyse des objectifs explicites et implicites prend tout son sens. On est encore loin d'avoir pris conscience de l'importance de cette transformation et des conséquences qu'elle implique pour le fonctionnement du droit post-moderne. La téléologie de l'interventionnisme étatique s'inscrit ainsi dans un cadre très différent de celle dont Jhering faisait l'objectif le plus élevé de la science juridique.

BIBLIOGRAPHIE

- ALEXY R. - (1986) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main
- AMSELEK P. - (1988) *Science et déterminisme, éthique et liberté, Essai sur une fausse antinomie*, Paris
- BOUDON R. - (1977) *Effets pervers et ordre social*, Paris
- CHEVALLIER J. - (1990) La rationalisation de la production juridique, à paraître dans un ouvrage sur les *Instruments d'action de l'Etat*
- CHEVALLIER J./LOSCHAK D. - (1988) *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, Revue
- CROZIER R./FRIEDBERG E.- (1977) *L'acteur et le système*, Paris
- DELLEY J.-D./MADER L. - (1981) Que faire des objectifs dans une étude de mise en oeuvre de la législation ? *Revue suisse de sociologie*, 7, 385 ss.
- DELLEY J.-D. et al. - (1982) *Le droit en action. Etude de mise en oeuvre de la loi Furgler*, St Saphorin
- DWORKIN R. - (1978) *Taking Rights Seriously*, London
- FORRESTER J. - (1972) Understanding the Counterintuitive behavior of social Systems, *System behavior*, édité par J. Beishorn et G. Peters, London, New York, 200 ss.
- GOYARD-FABRE S. - (1983) La limitation du pouvoir par les idées, *Connaissance politique*, vol. 2, 158 ss.
- HAYEK F.A. - (1973) *Droit, législation et liberté*, vol. 1, Paris
- JHERING R. von, - (1901) *L'évolution du droit*, Trad. de *Zweck im Recht* par O. de Meulenaere, Paris.
- LINDER W. - (1987) La décision politique en Suisse, *Genèse et mise en oeuvre de la législation*. Trad. de J.-D. Delley, Lausanne

LUHMANN N.

- (1983) *Rechtsoziologie*, 2ème éd.
- (1984) *Sozial Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt
- (1985) Die Autopoiesis des Bewusstseins, *Soziale Welt* 36, 402 ss
- (1986 a) The Self-Reproduction of Law and its Limits, *Dilemmas of law in the Welfare State*, Berlin, New-York, 111 ss.
- (1986 b) L'unité du système juridique, *Archives de philosophie du droit* 31, 163 ss.

MADER L. - (1985) L'évaluation législative. *Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne

MOOR P.

- (1987) De la règle de droit à l'étude d'impact. Essai sur les investissements d'intérêt collectif, *Staat und Gesellschaft. Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag*, Fribourg, 57 ss.
- (1988) *Droit administratif*, vol. I, Berne

MORAND C.-A.

- (1982) Essai d'une théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre. *Le droit en action. Etude de la mise en oeuvre de la loi Furgler*, St-Saphorin
- (1988 a) Le droit de l'Etat providence, *Revue de droit suisse*, 107, 527 ss.
- (1988 b) Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation, *Droit et société*, n° 10, 391 ss.
- (1989) Le principe de légalité et l'interventionisme étatique, *Actuelle Probleme des Staat- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann*, Berne, 139 ss.

HAHAMOWITZ P. - (1988) Autopoiesis oder ökonomischer Staatsinterventionismus? *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 9, 36 ss.

NOLL P. - (1973) *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck.

PERRIN J.-F. - (1988) Possibilités et limites d'une "science" de la législation, *La science de la législation*, édité par P. Amselek, Paris, 21 ss.

REHBINDER M. - (1977) *Rechtssoziologie*, Berlin, New-York

- SCHULZE/FIELITZ H. - (1988) Der politische Kompromiss als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung, *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, édité par D. Grimm et W. Maihofer, Opladen, 290 ss.
- TEUBNER G. - (1986) After legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-regulatory Law, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, édité par G. Teubner Berlin, New York, 299 ss.
- VAN DE KERCHOVE M./OST F. - (1988) *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris
- WEBER M. - (1986) *Sociologie du droit*. Traduction de J. Grosclaude, Paris
- WEBER L. - (1988) *L'Etat, acteur économique*, Paris
- WILLKE H.
- (1986 a) The Tragedy of the State, Prolegomena to a Theory of the State Polycentric Society, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, 455 ss.
 - (1986 b) Three Types of Legal Structures : The Conditional, the Purposive and the Relational Program, *Dilemmas in the Welfare State*, édité par G. Teubner, Berlin, New York, 280 ss.
 - (1987) Observations, Diagnosis, Guidance. A Systems Theoretical Views on Intervention, *Social Intervention : Potential and Constraints*, Berlin, New York, 21 ss.
- WROBLEWSKI J. - (1979) A Model of Rational Law-Making, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65/2, 187 ss.

TYPOLOGIE MATERIELLE ET FORMELLE DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Par

Emmanuel PUTMAN

Professeur Agrégé des Facultés de Droit
et

Catherine PRIETO

D.E.A. de Droit Privé, Chercheur à l'Institut d'Etudes Judiciaires

Le constat obligé d'une étude sur les formulations d'objectifs dans les textes législatifs est celui du foisonnement des exemples, dont le recensement, même s'il ne prétend pas à une impossible exhaustivité, ne peut qu'impressionner. Constat qui est la première surprise de cette recherche, tant les acteurs de l'élaboration législative s'y montraient de prime abord peu sensibles : le dispositif de la loi doit être exempt de toute indication téléologique, telle est la saine doctrine, nous disait Monsieur Denoix de Saint Marc (lettre du 22 mars 1988). Les objectifs poursuivis par le législateur devraient être cantonnés aux exposés de motifs, renchérissait Monsieur Michel Bernard (lettre du 9 juin 1988). Pourtant, la loi elle-même, la myriade des lois, à travers la collection très remarquable qu'ont réunie les services du Sénat, apporte un démenti à ces observateurs autorisés. Les formulations d'objectifs existent, on ne cesse de les rencontrer.

Laissons à d'autres les tâches, périlleuses, d'évaluer la distance qui sépare ces formulations d'objectifs de leur devenir réel, sur le terrain de l'application du droit, et de porter finalement sur elles un jugement de valeur. Le propos de la présente analyse, même limité à une typologie, est lui-même peut-être trop ambitieux après la synthèse de Monsieur Alain Delcamp, tout est dit et l'on vient trop tard. En le pillant, nous lui rendons hommage.

Raison et modestie gardées, il nous paraît tout de même possible de proposer une typologie qui, pensons-nous, ne dénature pas la réalité législative.

Dans un premier temps, la formulation d'objectifs a été maintenue à l'intérieur de limites précises, pour partie institutionnellement tracées. Dans des lois certes, et déjà hors des travaux parlementaires et des exposés de motifs. Mais dans des lois tout exprès conçues pour leur faire place, lois d'orientation, lois de programme et à programme, lois d'objectifs dirons-nous : la formulation d'objectifs était la vocation de ces lois.

Le procédé a ensuite été poussé vers des terrains nouveaux : la loi sait-on, n'est plus le mythe qu'elle était, au temps où Stendhal, lisant le Code Napoléon, pouvait le placer au rang de la littérature noble. La loi n'est plus si limpide : quitte à refaire la littérature, il faut bien que la loi explique la loi, que le législateur s'explique sur ses lois. La formulation d'objectifs est explication de la loi.

La formulation d'objectifs a gagné encore. A chaque loi qui naît, il faut aujourd'hui un organe "ad hoc" qui l'applique. Aux comités, commissions et autres conseils dont la production contemporaine d'institutions est friande, il faut des buts et des idées. La formulation d'objectifs s'exprime dans l'attribution de missions par la loi.

La formulation d'objectifs, enfin, accède aux terres élevées : à l'heure où les lois de la République aiment à porter, en leur frontispice, des principes qui se veulent fondamentaux, la formulation d'objectifs accompagne la proclamation de droits par la loi.

I - LA FORMULATION D'OBJECTIFS, VOCATION DE LA LOI

La formulation d'objectifs, en tant que telle, a droit de cité dans notre législation. Mais un cadre institutionnel semble lui avoir été réservé, comme pour limiter son champ d'expression. En effet un tel procédé dans les actes législatifs n'est pas sans danger : le législateur ne saurait se cantonner dans un rôle velléitaire. Il doit certes prendre en compte des analyses prospectives mais on attend de lui surtout qu'il exerce son emprise sur la réalité présente. Il convenait donc d'insérer les formulations d'objectifs exprimant purement et simplement des intentions dans des lois spécifiques : le plan, les lois de programme, les lois d'orientation. Certains textes, tout en présentant des objectifs d'ordre général, sortent cependant de ce cadre institutionnel sans qu'en apparaisse véritablement l'opportunité.

A - Dans le cadre institutionnel

En tout premier lieu, le Plan est le texte de prédilection pour la formulation d'objectifs. La conduite de la vie économique et sociale de la nation nécessite l'élaboration de politiques globales dictées par des finalités à définir. L'utilité du Plan a donc été reconnue, et l'art. 70 de la Constitution qui le mentionne expressément incite la doctrine à qualifier le Plan d'"institution comme les autres mécanismes constitutionnels" (Rivero et Vedel, "Les principes économiques et sociaux de la Constitution, Pages de doctrine, L.G.D.J., 1980). C'est donc la première loi de Plan qui, aux termes de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, définit "les choix stratégiques et les objectifs pour une durée de 5 ans".

Les lois de programme ont, elles aussi, vocation à fixer des objectifs, et sont à ce titre visées par la Constitution aux articles 70 in fine et 34 antépénultième alinéa. Leur spécificité sur l'engagement financier qu'elle comportait a fait l'objet d'une controverse. Le Conseil Constitutionnel semble avoir tranché dans une décision récente : "on doit entendre une loi qui non seulement définit des objectifs à moyen ou long terme en matière économique et sociale mais comporte en outre des prévisions de dépenses chiffrées pour la réalisation d'objectifs" (Décision du Conseil Constitutionnel 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, in Genevois, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, éd. S.T.H., 1988).

Enfin, les lois d'orientation ont cette même raison d'être. Leur formulation d'objectifs, sans prévision de dépense, s'allie malgré tout au souci de définir les moyens adéquats à leur mise en oeuvre (Cornu, Vocabulaire Juridique, V° Loi d'orientation).

Le législateur a utilisé ce cadre institutionnel dans de nombreux textes législatifs pour des matières sensibles. Souvent il cherchait par là-même à combler des déficiences criantes, et l'urgence l'incitait à donner acte à la nation toute entière de sa "bonne" volonté, de ses intentions d'agir.

La loi de programme du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental comporte, dès la disposition liminaire de son article 1, une déclaration d'objectifs on ne peut plus claire ("la présente loi a pour objet de permettre : 1/ La restauration et la mise en valeur de monuments classés... 2/ La mise en valeur de grands sites archéologiques..."). Ce type de formulation directe d'objectif par un énoncé finaliste n'est pas rare qu'il s'agisse, comme dans cet exemple, d'un objectif assigné à la loi elle-même, ou d'objectifs assignés à des activités sur lesquelles porte la loi, comme dans *la loi de programme du 8 décembre 1960 sur la défense* (art. 1 al. 2 : "(la politique de la défense) a pour objet de remplir les engagements qui découlent (des) alliances").

Cependant, de nombreuses lois de programme ou d'orientation ne se contentent pas de déclarer un objectif mais lui attribuent une valeur supérieure, en le qualifiant d'"obligation nationale" (*loi d'orientation en faveur des personnes handicapées, du 30 juin 1975*, art. 1 : "la prévention et le dépistage des handicaps... constituent une obligation nationale" ; rappr., *loi n° 82-610 du 15 juillet 1982*, art. 1., "la recherche scientifique et le développement technologique sont des priorités nationales"). Sous une forme ou sous une autre, on retrouve dans ces textes la référence à l'intérêt général (*loi d'orientation des transports intérieurs dite L.O.T.I., du 30 décembre 1982*, art. 1 : "le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques et sociales les plus avantageuses pour la collectivité. Il concourt à l'unité et à la solidarité nationale...").

Il est évident que ces textes recherchent un "effet d'affichage" d'objectifs éminemment politiques. Leur style tend à frapper l'opinion publique, par la mise en exergue de principes présentés comme essentiels. La loi de programme, c'est... tout un programme, qui n'hésite pas à s'avouer comme tel (exemple art. 1 de *la loi du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national* : "le programme défini, par la présente loi a notamment pour objet, de permettre au gouvernement d'entreprendre de concert avec les alliés de la France, l'effort d'organisation en commun qu'impose, tant au point de vue des objectifs politiques que des moyens stratégiques, la défense du monde libre").

Dans certaines lois d'orientation, cette forme "programmatique" trouve une expression atténuée qui, sans employer des termes comme "objet" ou "objectifs", se manifeste par un énoncé téléologique équivalent (*Loi Royer du 27 décembre 1973*, art. 1, al. 2 : "le commerce et l'artisanat ont pour vocation de satisfaire les besoins des consommateurs... Ils doivent contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie..."). Parfois c'est une simple particularité grammaticale qui trahit la présence d'un objectif. Ainsi, trouvera-t-on significatif l'emploi très varié du présent que fait la L.O.T.I. Le présent sous-entend le devoir ("la politique globale des transports de personnes et de marchandises, assure le développement harmonieux et complémentaire des divers modes de transports (...). Elle établit les bases d'une concurrence loyale entre les modes de transports (...). Elle favorise leur complémentarité et leur coopération (...). Elle contribue au développement et à l'amélioration de la politique européenne des transports", art. 3). La formulation expresse du devoir est remplacée par l'effet rhétorique d'accumulation. Ce devoir implicite a valeur de promesse législative. Ce présent sous-entend un futur, annoncé avec la force des certitudes : la politique globale des transports "assurera..."?

B - Hors du cadre institutionnel

Il s'agit là de textes qui n'empruntent pas ouvertement le moule de la loi de programme ou d'orientation, mais qui en présentent tous les caractères. Deux textes récents, *la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne*, et *la loi du 4 décembre 1985 relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt*, sont des lois programmatiques qui ne disent pas leur nom, des lois "à programme".

Leur formulation est caractérisée par la reconnaissance de l'existence d'une "politique" de la montagne et d'une "politique forestière" l'attribution à celle-ci d'une valeur d'intérêt national (art. 1, al. 3 du 9 janvier 1985 : "s'inscrivent dans le cadre de la solidarité de la nation, la politique de la montagne se caractérise par la promotion d'une démarche de développement local" art. 1, al. 1 *loi du 4 décembre 1985* : "la mise en valeur et la protection de la forêt française sont reconnues d'intérêt général"). On retrouve un énoncé finaliste (art. 1, al. 2 *loi du 9 janvier 1985* : "la politique de la montagne a pour finalité...", art. 1, al. 2 du 4 décembre 1985 : "la politique forestière... tend à encourager l'investissement forestier...") l'utilisation du présent accompagné de marques d'impératif (art. 1, al. 1 *loi du 4 décembre 1985* : la mise en valeur de la forêt" qui prend en considération les spécificités respectives de la forêt publique... et de la forêt privée, doit tendre à satisfaire les besoins de la nation...").

Ces dispositions comportent aussi des indications plus discrètes, résidant dans l'emploi de certains verbes ou substantifs qui expriment une action de promotion d'un but : encourager ("encourager l'investissement forestier") favoriser ("favoriser la formation des sylviculteurs") valorisation ("la valorisation sur le territoire national et la commercialisation des produits forestiers) promotion ("la promotion d'une démarche de développement local"). Ces orientations, générales et donc souples soulignent le caractère essentiellement programmatique de tels textes.

Du reste, le présent peut aussi compléter l'indication d'un devoir (art. 1 de la L.O.T.I : "le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers... Il concourt à l'unité et à la solidarité nationale...) ou être renforcé par lui (art. 4 "le développement de l'usage des transports collectifs de personnes revêt un caractère prioritaire. Cet usage doit être encouragé"). Le style de la formulation d'objectifs s'infléchit en fonction du lecteur supposé du texte. L'article 4 s'adresse aux pouvoirs publics, sommés de mettre en oeuvre une priorité nationale. L'article 1 concerne le "consommateur de transport". Pour

l'assurer de la fidélité des pouvoirs publics à ses intentions, le législateur recourt à une fiction, dont l'emploi du présent se fait le témoin. Il "fait comme si" les objectifs de la L.O.T.I. étaient déjà remplis.

Certains observateurs n'ont pas manqué de s'étonner devant ce déploiement de "bonnes intentions". Stigmatisés par l'appellation de "littérature", ces textes posaient le problème de leur normativité matérielle. Or ce problème ne se posait-il pas précisément parce que le législateur était sorti du cadre institutionnel destiné aux formulations d'objectifs ? Etait-ce une volonté délibérée de sa part, et dans ce cas quelle en était la justification ? Autant de questions qui expliquent l'accueil très réservé fait à ces textes, avec la crainte sous-jacente d'une attitude velléitaire du législateur. La multiplication de ces textes donnerait alors des satisfactions immédiates avec en contrepartie une forte incertitude sur la réalisation concrète des ambitions formulées, risquant de rester lettres-mortes. Cette nouvelle méthode législative répondrait pourtant à une nouvelle perception de la réalité, qui fait place à plus de souplesse de la part du législateur.

Si une "échelle de normativité" pouvait être établie, les lois de programme et d'orientation, et les lois "programmatives" qui s'y assimilent, paraissent devoir se situer tout en bas. En revanche, la concentration d'énoncés d'intentions législatives y est la plus forte, puisque la formulation d'objectifs est de l'essence de ces textes. Il faudrait inventer une "échelle d'intentionnalité", si l'on peut se permettre ce néologisme. De telles dispositions se placeraient alors tout en haut. Est-ce à dire que ces lois ne soient pas du tout normatives ? Nous serions plutôt enclins à y voir un type particulier de règles que nous qualifierons de lois "orientatrices" ou "directrices" : elles indiquent la direction que le législateur entend voir emprunter.

Paradoxalement d'ailleurs, ces lois qui paraissent si peu normatives sont souvent rédigées en des termes particulièrement énergiques. La loi sur le patrimoine monumental, après une première série d'énoncés d'objectifs ajouté qu'"elle (la loi) doit également permettre d'engager et de poursuivre les programmes généraux de travaux sur les monuments classés...". D'où il résulterait que la loi donne une loi à la loi, normativité extrême.

En réalité, la loi "orientatrice" a à la fois pour destinataires finaux les citoyens (à qui assurance est donnée que l'Etat de droit garantira le respect des objectifs nationaux) et pour destinataire direct l'Administration, qui voit définies les grandes lignes de son action. La loi orientatrice contribue à montrer les lacunes de notre typologie habituelle des lois en

fonction de leur contenu normatif, qui, se contentant d'opposer les lois impératives aux autres, manque sans doute de nuances.

La loi "orientatrice" est, par sa nature même, une "loi d'objectifs". La formulation d'objectifs est sa vocation. Mais le droit positif ne cantonne plus la formulation d'objectifs à ce premier type. L'apparition de lois d'objectifs qui ne s'avouent pas lois de plan, de programme ou d'orientation, pouvait apparaître comme une dérive. Elle annonce en réalité l'expansion du phénomène des formulations d'objectifs. Ceux-ci se rencontrant fréquemment dans les textes ordinaires, dont l'objet premier n'est pas de déclarer des intentions : ce n'est plus la "loi d'objectifs", ce sont les objectifs dans la loi. Le législateur moderne a éprouvé le procédé, et a "vu que cela était bon" : pour faire comprendre la nécessité de la production législative à un corps social menacé, comme l'on sait d'indigestion, la formulation d'objectifs se recommande par sa vertu explicative.

II - LA FORMULATION D'OBJECTIFS, EXPLICATION DE LA LOI

Abandonnant l'énoncé de pures intentions le législateur formule des objectifs destinés à expliquer la loi. Il entend délivrer les clés de son interprétation dans le corps même de la loi. Il en fournit en quelque sorte un mode d'emploi, manifestant ainsi le souci d'une plus grande maîtrise, et partant d'une plus grande efficacité. Certes sa volonté est prise en compte, mais elle l'est résiduellement devant un point obscur, et encore doit-on constater que les travaux préparatoires ne permettent pas toujours de dégager une explication sûre. La tentation existe de "solliciter" plus qu'il ne le faudrait une réplique dans des débats parlementaires un peu vifs. Par la formulation des objectifs qu'il poursuit, le législateur prend des précautions et enrichit la teneur de son texte. En outre, il éprouve à certaines occasions le besoin de se justifier, alors que traditionnellement cette fonction était remplie par l'exposé des motifs. Là encore il entend insérer l'objectif justifiant son intervention dans le corps de la loi. C'est pour lui une assurance d'être bien compris, car l'exposé des motifs ne paraissant ni au Journal Officiel, ni dans les Codes son retentissement est moindre. La formulation d'un objectif permet donc de fournir un mode d'emploi de la loi et éventuellement une justification de la loi.

A - L'objectif, mode d'emploi

L'objectif législatif apparaît comme un mode d'emploi de la loi, destiné tantôt aux pouvoirs publics, tantôt aux particuliers eux-mêmes.

C'est ainsi que *la loi du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé*, précise dans son article 45 que "dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, le département participe aux actions visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles", puis énonce trois types d'actions parmi lesquelles la prévention et l'animation socio-éducative.

Il ne s'agit pas simplement d'assigner à la collectivité territoriale une liste d'actions à mener. Il ne s'agit pas non plus de la pourvoir en moyens destinés à en assurer la réalisation (l'article 45 est, il faut le remarquer, muet sur les moyens à mettre en oeuvre). La déclaration d'objectifs tient une place intermédiaire entre ces deux fonctions : elle indique aux autorités départementales l'esprit dans lequel leurs interventions doivent être menées.

L'article 1 de la loi du 2 janvier 1978 tendant au développement de la concertation dans les entreprises avec le personnel d'encadrement est, quant à lui, adressé aux particuliers, en l'occurrence les employeurs : "le chef d'entreprise doit rechercher les moyens d'améliorer et de développer la consultation du personnel d'encadrement dans les domaines intéressant la politique générale de l'entreprise, en vue de permettre à ce personnel de mieux exercer les responsabilités qui lui incombent".

Le mode d'emploi n'est pas un cadre purement indicatif, comme en témoigne le recours au verbe "devoir". Il y a à la fois obligation et explication. Pourquoi cette obligation finalisée, ce "voilà pourquoi tu feras ceci" au lieu du sec "tu le feras" ? La réponse est suggérée par les deux premiers articles de *la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*, riches de variations sur le devoir.

Art. 1 (al. 2 et 3) : "Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences.

La réalisation de ces objectifs doit également assurer l'équilibre harmonieux de la population résidant dans les milieux urbains et ruraux".

Art. 2 (al. 1 et 2) : "Les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique (...) ainsi que les

documents d'urbanisme doivent respecter les préoccupations d'environnement.

Les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, doivent comporter une étude d'impact permettant d'en apprécier les conséquences".

Ce texte est révélateur, parce qu'il est encore tout proche de la pure loi de programme tout en précisant déjà des obligations déterminées et concrètes à la charge des particuliers et des collectivités publiques. Aussi donne-t-il l'impression tantôt de se rapprocher de l'impératif, tantôt de s'en éloigner.

Le plus loin de l'impératif, l'article 1, al. 3 est l'indication des résultats escomptés de la réalisation des objectifs que fixe le législateur. Des résultats escomptés : on est dans le domaine du voeu. "Doit", se lit : "devrait".

Le plus près de l'impératif, l'article 2, al. 2 comporte une prescription légale précise (la réalisation d'études d'impact) qui passe de la simple formulation d'objectif de l'art. 2, al. 1, à l'énoncé d'une obligation technique.

L'utilisation la plus subjective du devoir se situe entre les deux extrêmes. L'article 1, al. 2, n'impose pas un objectif à l'activité humaine en général mais à "chacun" d'entre nous. Observation de grammaire : "devoir" employé ailleurs comme verbe, s'érige ici en substantif. C'est "du" devoir qu'il est question. L'on voit, à travers la formulation l'objectif se manifester, ce qu'on nous permettra d'appeler "l'espérance de Marceron" : le sentiment selon lequel la loi peut avoir une vertu d'éducation, de pédagogie (cf. les "Variations sur la loi pédagogique" du Doyen Carbonnier, "Flexible Droit", Chap. XI).

B - L'objectif, justification

Des raisons particulières font que le législateur cherche à s'expliquer au-delà de l'habituel exposé des motifs. La vertu pédagogique porte ici sur l'explication de ses choix entre des intérêts antagonistes. La formulation d'un objectif exprime la supériorité d'un intérêt sur l'autre et justifie ainsi l'introduction soit de nouvelles contraintes, soit de règles dérogatoires à un principe général du droit, ou encore l'opportunité de l'intervention législative elle-même.

L'introduction de dispositifs contraignants, a priori impopulaires par l'ampleur du changement des comportements qu'ils impliquent, risque d'être incomprise. Le législateur anticipe sur les reproches d'arbitraire qui pourraient lui être adressés. C'est principalement en matière de protection de l'environnement

que le législateur s'est senti exposé à ce type d'incompréhension. La *loi du 2 août 1961 sur la lutte contre les pollutions atmosphériques et les odeurs* en est un exemple. Elle instaure des peines contraventionnelles et d'emprisonnement pour des infractions à une kyrielle de nouvelles prescriptions relatives à "l'exploitation et la détention par toute personne physique ou morale de tous immeubles, établissements industriels, commerciaux, artisanaux ou agricoles, véhicules ou autres objets mobiliers". A l'évidence il était tout à fait opportun de mettre en avant dans l'art. 1er l'objectif poursuivi : "afin d'éviter les pollutions de l'atmosphère et les odeurs qui incommode la population, compromettent la santé ou la sécurité publique, ou nuisent à la production agricole, à la conservation des constructions et monuments ou au caractère des sites". La finalité méritait d'être aussi détaillée que les contraintes. De même, le législateur s'abrite derrière une finalité en soumettant à déclaration, autorisation préalable ou contrôle, les relations financières avec l'étranger objet de la *loi du 28 décembre 1966* : "pour assurer la défense des intérêts nationaux".

Le législateur s'attache encore à justifier l'introduction d'une règle dérogatoire qui, ex abrupto, apparaît comme un acte sacrilège portant atteinte à un principe tel que celui de l'inviolabilité de la personne humaine. La *loi du 22 décembre 1976* multiplie les ménagements à partir de la formulation d'objectifs. D'abord l'objectif est érigé en condition d'application de la loi : "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques et scientifiques sur le cadavre d'une personne". On ne peut manquer de relever en outre que l'objectif précède dans l'ordre de la phrase la personne humaine à l'état de cadavre. C'est là le signe d'une priorité. La même remarque vaut pour le prélèvement sur un être vivant. L'objectif, érigé en condition, précède encore la mention de la personne. Mais la vie appelait une garantie supplémentaire par le cumul de deux finalités qui s'imbriquent l'une dans l'autre : "En vue d'une greffe à des fins thérapeutiques".

Dans le domaine des recherches bio-médicales ce procédé a été à nouveau emprunté. La toute première protection des personnes qui se prêtent à ces recherches réside dans les finalités formulées par le législateur. Le livre II bis qu'a inséré la *loi du 20 décembre 1988* dans le Code de la santé publique commence en ces termes dans un article préliminaire : "Les essais, études ou expérimentations organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisées dans les conditions prévues ci-après" (art. L. 209-1).

L'information paraît claire. Néanmoins le législateur s'est cru obligé de renforcer cette finalité en la répétant parmi les conditions énoncées : "Aucune recherche bio-médicale ne peut être effectuée sur l'être humain.... si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition" (art. L. 209-2). Puis, il renchérit sur les dispositifs de protection en formulant négativement -c'est une innovation- une finalité : les recherches *sans* finalité thérapeutique seront soumises à des autorisations supplémentaires pour les femmes enceintes ou qui allaitent (art. L. 209-4), pour les personnes privées de liberté (art. L. 209-5), ou encore pour les mineurs (art. L. 209-6) ; de plus elles ne devront présenter aucun risque sérieux pour la santé (L. 209-14) ; en revanche elles ouvriront droit à une indemnité en compensation (art. L. 209-15), et le régime de réparation des conséquences dommageables sera plus favorable. Au total les expressions à caractère finaliste sont réitérées pas moins de douze fois. L'effet redondant, avec toute sa lourdeur, révèle en quelque sorte les scrupules d'un législateur qui intervient dans une matière difficile à traiter.

La formulation d'objectifs peut être, en effet, symptomatique d'un embarras. Par ce moyen, le législateur cherche à justifier son intervention. La *loi du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie* pose les bases d'un régime transitoire qui répond à une finalité -le vote sur l'accession du territoire à l'indépendance- indiquée expressément au début de l'alinéa : "à cette fin". Cet alinéa s'achève sur un objectif annexe : "cette administration transitoire...." visant à remédier aux inégalités économiques et sociales. En filigrane transparait la volonté réelle du législateur. Cette loi est nécessaire dans son esprit pour "préparer" le scrutin qui décidera du sort du Territoire. L'objectif annexe s'avère l'objectif principal : il importe surtout de créer les conditions appropriées à un vote en faveur du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République Française. Nous nous hasarderons même à considérer que ces deux objectifs sont des messages politiques adressés à des interlocuteurs différents. Le premier serait destiné à la Communauté Kanak comme une garantie : le législateur entérine les engagements du gouvernement relatifs au vote sur l'accession à l'indépendance et prend des dispositions particulières pour réaliser cet objectif. Le second serait un gage pour la communauté Caldoche : la Nouvelle Calédonie peut rester dans le giron de la France -ce que souhaite le législateur- à condition que celle-ci se montre plus généreuse en atténuant les disparités entre les communautés -ce à quoi il s'emploie. Ainsi les deux objectifs tentent de concilier des aspirations... divergentes.

La valeur explicative des formulations d'objectifs est largement exploitée, nous l'avons vu, par le législateur. Il y voit incontestablement un moyen commode soit pour enrichir un texte dans le souci d'un meilleur entendement, soit pour démontrer la légitimité de son intervention. L'utilisation du procédé va bien au-delà encore puisque le législateur se plaît à définir des missions en termes d'objectifs. De cette manière, il délègue à d'autres la prise en charge concrète de réalités mouvantes. L'objectif devient alors "compétence d'attribution".

III - LA FORMULATION D'OBJECTIFS, ATTRIBUTION D'UNE MISSION PAR LA LOI

On est frappé par le nombre de textes qui dotent un organe d'une mission dont ils définissent la finalité : le droit contemporain ne cesse de s'institutionnaliser. La formulation d'objectifs à l'occasion de l'attribution d'une mission par la loi se rapproche alors d'un type de définition téléologique (v. "Les définitions dans la loi et les textes réglementaires", Cahiers de méthodologie juridique, n° 1, 1986-4, spéc. p. 62). Mais ces deux catégories d'énoncés législatifs, souvent associées, peuvent être différenciées car elles n'ont pas tout à fait la même portée. La formulation d'objectifs par l'attribution de mission ne met pas l'accent sur l'organe, mais sur la politique qu'il sert. Elle n'a souvent pas la précision de la définition, destinée à caractériser l'objet défini. Elle est plutôt l'indication de l'état d'esprit dans lequel l'organe institué est invité à oeuvrer. La contrepartie de cette souplesse est la valorisation de la mission ainsi mise en exergue.

A - Souplesse de la mission

La souplesse des missions que le législateur attribue aujourd'hui aux institutions qu'il crée, ne peut manquer de surprendre. Qui dit droit institutionnel dit "a priori" droit hautement technique. Qui dit droit institutionnel dit aussi droit dur. Notre vision du système juridique y discerne habituellement un couple inséparable, celui des règles et des institutions. Les institutions ne sont là, avons-nous coutume de penser, que pour appliquer des règles.

Le laconisme et la généralité des missions attribuées est singulier. *L'article 41 de la loi Mehaignerie du 23 décembre 1986* instituant une commission nationale de concertation dans les rapports locatifs, se contente d'énoncer qu'elle "a pour mission, par ses études, avis et propositions, de contribuer à l'amélioration des rapports entre bailleurs et locataires". De même l'article 1, al.

2, de la *loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication*, modifié par la loi du 17 janvier 1989, se borne à indiquer que "le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de cette liberté dans les conditions définies par la présente loi".

Parfois, l'apparente précision des missions conférées aboutit à une énumération tellement compréhensive qu'elle en devient en réalité extrêmement souple. *L'art. L. 111-1 du Code de la mutualité, réformé - par la loi du 25 juillet 1985*, caractérise les mutuelles par une attribution de mission étendue (elles "se proposent de mener, dans l'intérêt (des membres) et de leur famille, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide en vue d'assurer..."). Suit une liste (prévention des risques sociaux, encouragement de la maternité, développement culturel...) que l'adverbe "notamment" prive de tout caractère limitatif.

On hésite, devant ces textes, à parler "d'attributions" données aux organismes qu'ils instituent. Le terme qui s'impose est bien celui de "mission", plus vague mais incontestablement valorisant.

B - Valorisation de la mission

La loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires témoigne, dans son article 1, de ce souci de valorisation : "l'armée de la République est au service de la nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts de la nation...".

La valorisation de la mission attribuée par la loi se traduit assez fréquemment par un procédé de rédaction. La formulation d'un objectif et la déclaration d'un droit ou d'une liberté sont souvent associés dans un même texte par l'emploi du verbe "garantir". Ainsi selon l'art. 1, al. 1, de la loi sur l'audiovisuel "la communication audiovisuelle est libre" ; et l'alinéa 3, relatif au C.S.A., ajoute : "il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes...". Le terme "garantir" signale le passage de l'énoncé du droit ou de la liberté, à l'annonce que les modalités de protection en seront assurées par une institution, dont la mission est caractérisée.

On s'aperçoit alors que la formulation d'objectifs peut se trouver associée à la proclamation d'un droit par la loi.

IV - LA FORMULATION D'OBJECTIFS, PROCLAMATION D'UN DROIT PAR LA LOI

Un certain nombre de textes récents comportent tout à la fois une déclaration de droit et une déclaration d'intention du législateur. Le procédé peut surprendre. L'affirmation d'un droit ne devrait-elle pas figurer plutôt dans des dispositions techniques, organisant des prérogatives individuelles et mettant en batterie des mesures destinées à en assurer la réalisation ? Il y a, bien sûr, des proclamations de droits dont la valeur est symbolique. Mais, même dans ce cas, la déclaration du droit paraît se suffire à elle-même, être assez emblématique pour se passer d'une révélation des intentions qui la sous-tendent.

Cependant, le procédé de la formulation d'objectifs complète harmonieusement la proclamation, aujourd'hui de plus en plus fréquente, de ces "droits à", qui sont moins des droits subjectifs invoquables à l'encontre d'un débiteur déterminé, que des sortes de créances contre la collectivité. La formulation d'objectifs à travers la proclamation d'un droit est alors, tantôt directe, tantôt indirecte.

A - La formulation directe d'un objectif à travers la proclamation d'un droit

L'article 1er de la *loi du 1er décembre 1988 relative au Revenu Minimum d'Insertion* comporte un exemple typique de déclaration d'intention du législateur : "Toute personne qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation de l'économie et de l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence". Et le texte précise : "l'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté constitue un impératif national. Dans ce but, il est institué un revenu minimum d'insertion (...) (qui) constitue l'un des éléments d'un dispositif global de lutte contre la pauvreté tendant à supprimer toute forme d'exclusion".

Cette disposition présente trois types d'énoncés législatifs : l'énoncé technique, la définition d'un "droit de" (le droit d'obtenir le R.M.I.), la proclamation symbolique, affirmation d'un "droit à" (le droit à des moyens convenables d'existence, dont le R.M.I. est la traduction positive), et la formulation de l'objectif de lutte contre la pauvreté, qui se traduit par une expression fortement finalisée ("dans ce but"...."tendant à"). L'intention du législateur (créer un statut juridique de la personne en état de faiblesse) a besoin de se traduire, non seulement par un langage symptomatique (on parlait d'entreprise en difficulté ; voici qu'on parle

de personne en difficulté), mais par une formulation directe en termes d'objectifs.

De même, l'article 1 de la loi du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques dispose : "les enseignements artistiques contribuent à l'épanouissement des aptitudes individuelles et à l'égalité d'accès à la culture. Ils favorisent la connaissance du patrimoine culturel ainsi que sa conservation et participent au développement de la création et des techniques d'expressions artistiques". C'est à la fois l'expression d'un droit à l'égalité devant la culture, et la formulation d'objectifs, par le biais de verbes qui indiquent le sens donné à une action (contribuer, favoriser, participer).

Pendant l'objectif n'est pas ici formulé par un énoncé ouvertement téléologique : on se rapproche donc d'une formulation indirecte.

B - La formulation indirecte d'un objectif à travers la proclamation d'un droit

L'exemple en est fourni par l'article 1 de feu la *loi Quilliot*. Celle-ci comporte de façon très directe, une déclaration de droit ("le droit à l'habitat est un droit fondamental"). Mais les alinéas 2 et 3 définissent aussi la portée ("ce droit implique la liberté de choix, pour toute personne de son mode d'habitation") et les limites de ce droit ("les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés"), sans qu'ils se donnent ouvertement comme tels, ces deux alinéas formulent indirectement un objectif assigné au droit à l'habitat : la réalisation d'un équilibre contractuel. C'est là que réside la déclaration d'intention du législateur, plutôt que dans la proclamation du droit à l'habitat lui-même.

La coexistence de la formulation d'objectifs et de la déclaration de droit amène donc à s'interroger sur la finalité du droit proclamé. S'il s'accompagne d'une formulation d'intention, alors qu'il pourrait dans l'absolu se suffire à lui-même, n'est-ce pas parce que le "droit à" n'est qu'un objectif, une sorte d'idéal auquel le législateur propose de tendre, laissant aux acteurs de la scène juridique et particulièrement aux juges, le soin de rechercher des solutions inspirées par l'objectif qui leur est donné?

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS EN FRANCE

(NOTE SUR LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL)

Par

Jean-Yves CHEROT

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-
Marseille*

Cette étude a pour objet de recenser les décisions du Conseil constitutionnel sur les formulations d'objectifs dans les textes législatifs et d'en faire une présentation et un commentaire sommaire.

Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs sont définies par ailleurs dans ce Cahier de Méthodologie juridique. Elles recouvrent des déclarations de principe de la part du législateur, l'énoncé de droits fondamentaux généraux et des affirmations sur les buts de l'action de l'Etat dans le secteur où il intervient.

L'emploi de ces formulations d'objectifs dans le texte même de loi fait l'objet de réserves de la part de la doctrine. Pour celle-ci certaines formulations d'objectifs contribuent à tromper le citoyen sur l'étendue de ses droits tant peut être grand l'écart entre objectifs généraux annoncés et mesures concrètes prescrites par la loi.

Les formulations d'objectifs peuvent avoir pour objet de masquer les objectifs véritables du législateur et tromper ainsi le citoyen sur les intentions réelles du parlement (et du gouvernement).

Aussi les formulations d'objectifs ont plus de chance d'apparaître dans les domaines difficiles à maîtriser. Elles contiennent souvent l'énonciation d'objectifs contradictoires.

Les formulations d'objectifs peuvent, dans certains cas, renforcer l'encadrement des actions des particuliers dans leurs rapports de droit privé en donnant dans l'interprétation de la loi un poids plus lourd aux objectifs de la société et en diminuant la liberté des particuliers dans la poursuite de leurs objectifs personnels.

Selon la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 la loi "défend", "punit", "protège", "établit des peines". Elle n'a pas à énoncer ou à formuler des objectifs.

Bien évidemment toute législation repose sur des finalités. La recherche de cette finalité -la ratio legis- est un élément essentiel du travail de l'autorité chargée d'interpréter ou d'appliquer la loi. Mais est-il nécessaire que la loi formule les objectifs qu'elle poursuit ? Y-a-t-il même un rapport entre la ratio legis des juristes et les formulations d'objectifs du législateur ?

On doit aller au-delà de ces réserves faites a priori et examiner avec plus d'attention et dans le détail le phénomène des formulations d'objectifs dans les textes législatifs. L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est un élément nécessaire de cet examen empirique car la position du Conseil constitutionnel par rapport à la loi en fait un acteur utile à étudier pour apprécier le rôle, les limites des formulations d'objectifs.

La jurisprudence du Conseil (1) donne une place utile aux formulations d'objectifs sans pour autant qu'elle fasse tomber toutes les critiques qui peuvent être avancées contre cette technique et son développement.

Le Conseil permet de faire le départ entre formulation d'objectifs à contenu normatif et simple déclaration d'intention sans contenu normatif. A propos de la loi sur l'évolution de la

(1) En limitant l'étude aux décisions rendues depuis 1981 (date à partir de laquelle la technique de la formulation d'objectifs s'est développée) cinq décisions seulement ont pu être relevées :

- 83-165 DC du 20 janvier 1984. Loi sur l'enseignement supérieur
- 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984. Entreprises de presse
- 85-196 DC du 8 août 1985. Evolution de la Nouvelle-Calédonie
- 86-207 DC des 25-26 juin 1986. Loi d'habilitation
- 86-217 DC du 18 septembre 1986. Liberté de communication audiovisuelle.

Nouvelle-Calédonie, le Conseil considère qu'en "prévoyant de demander aux populations intéressées de se prononcer sur l'accèsion du territoire à l'indépendance "en association avec la France" sans autre précision, l'article 1er, premier alinéa de la loi, se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle" (décision 85-196 DC du 8 août 1985 sur la Nouvelle-Calédonie).

Ce faisant le Conseil n'a pas pour autant condamné les formulations d'objectifs. Il faut, en tous cas, distinguer les objectifs que le législateur s'adresse à lui-même qui ne peuvent avoir valeur normative (et dont la présence dans le corps de la loi pourrait disparaître (2)) et les objectifs qu'il adresse aux autorités d'application de la loi et qui peuvent avoir valeur normative (3).

D'ailleurs, à quelques reprises, le Conseil constitutionnel a reconnu valeur normative aux formulations d'objectifs dans les textes législatifs. Les formulations d'objectifs facilitent le contrôle de constitutionnalité (I) et, dans certains cas, elles sont une condition même de la constitutionnalité de la loi (II).

I - LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS FACILITENT LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

Le Conseil constitutionnel fait usage des formulations d'objectifs soit pour interpréter certains termes d'une loi soumise à son examen (et la déclarer, au terme de cette interprétation, conforme à la Constitution), soit pour vérifier le caractère non arbitraire et proportionné des limitations que la loi fait subir à certaines libertés, soit même pour vérifier l'insuffisance des garanties que la loi apporte à certains principes, droits ou libertés.

1.1. Les formulations d'objectifs contribuent à la technique de la déclaration de conformité sous réserve

Dans la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986 sur la loi relative à la liberté de communication, le Conseil utilise les formulations d'objectifs pour interpréter favorablement d'autres

(2) Dans le cas examiné de la loi sur la Nouvelle-Calédonie, la réalisation de l'objectif d'indépendance - association ne dépend même pas du législateur français.

(3) Les formulations d'objectifs ne sont d'ailleurs pas les seuls types de dispositions législatives à se voir dénier tout effet juridique par le Conseil. Pour une disposition de la loi portant réforme de la planification et interdisant la modification de la loi de plan avant deux ans d'exécution déclarée dépourvue de tout effet juridique et inopérante voir C.C. O-L-142 DC du 27 juillet 1982.

dispositions de la loi. "Les dispositions des articles 28 à 31 doivent être interprétées à la lumière des principes posés par la loi en ses articles 1 et 3 qui font obligation à la Commission Nationale de la Communication et des Libertés de préserver par priorité "l'expression pluraliste des courants d'opinion" ; qu'en particulier, dans l'hypothèse où il n'existe qu'une seule fréquence dans une zone donnée, il appartiendra à la Commission d'imposer au bénéficiaire de l'autorisation des obligations destinées à assurer une expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion... Une toute autre interprétation qui conduirait à conférer à la Commission un pouvoir discrétionnaire pour l'application des articles 28 à 31 de la loi, sans la soumettre au respect du cadre impérativement défini par les articles 1 et 3, serait contraire à la Constitution".

1.2. Les formulations d'objectifs, élément de contrôle de proportionnalité

La référence aux formulations d'objectifs permet au Conseil de justifier des mesures restrictives de liberté dans la mesure où elles sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés. Le Conseil amorce ainsi un contrôle de proportionnalité. Dans la décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 sur les entreprises de presse le Conseil se fonde sur le but énoncé par la loi d'assurer la transparence financière des entreprises de presse pour accepter la constitutionnalité de mesures donnant aux actionnaires et aux membres de l'équipe rédactionnelle des sociétés gérant une entreprise de presse le droit de consulter le compte des valeurs nominatives tenu par ces sociétés dont les requérants faisaient valoir qu'elles portent atteinte au secret des affaires et du patrimoine, élément du droit au respect de la vie privée.

Dans la même décision, et à propos maintenant de l'objectif de pluralisme, le Conseil considère que "si... l'interdiction de certaines opérations financières ayant pour effet le dépassement des plafonds fixés... limite les conditions de l'exercice du droit de propriété des personnes qui seraient à même d'entreprendre de telles opérations, cette limitation qui ne s'accompagne d'aucune privation du droit de propriété... *et qui se fonde sur la nécessité de préserver le pluralisme de la presse*, ne constitue pas une méconnaissance des dispositions de l'article 17 de la D.D.H.C."

La déclaration d'objectif est une technique permettant ainsi d'assurer le contrôle de l'adéquation des moyens aux fins.

Cependant -et cela atténue fortement l'intérêt de cette technique- la formulation d'objectifs dans la loi n'est pas un élément indispensable au contrôle de proportion ou de nécessité

ou tout simplement de l'absence d'arbitraire (4). Le Conseil est en mesure, en se servant notamment des travaux préparatoires ou des exposés des motifs, quand ils existent, de découvrir les objectifs de la loi. Ne le fait-il pas fréquemment pour faire application du principe d'égalité qui "ne fait nullement obstacle à ce que, *en fonction des objectifs poursuivis*, à des situations différentes soient appliquées des règles différentes" (décision 85-200 DC du 16 janvier 1986) et plus généralement que des règles différentes soient appliquées pour satisfaire des objectifs d'intérêt général.

Ainsi le Conseil fait-il référence souvent à l'intention du législateur sans que celui-ci ait pour autant formulé cette intention dans le texte de la loi (5).

1.3. Les formulations d'objectifs et les garanties des droits fondamentaux

Les formulations d'objectifs peuvent jouer un rôle dans la découverte des garanties que la loi doit assurer aux droits et libertés.

La loi sur l'enseignement supérieur proclame que "le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute entreprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique". Le Conseil en déduit que "dès lors, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnes soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables", et censure les dispositions de la même loi instituant, pour l'élection des représentants des enseignants chercheurs au Conseil

(4) Sur la formulation des objectifs par le Conseil lui-même voir X. Philippe "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises", *Economica*, P.U.A.M., à paraître.

(5) Par exemple décision 86-209 DC du 3 juillet 1986 à propos d'un texte portant atteinte au principe d'égalité devant l'impôt. "Dans l'intention du législateur les dispositions de l'article 11 visent à éviter qu'un contribuable qui n'a pas acquitté l'impôt persévère dans un comportement irrégulier ; elles tendent en outre à susciter le rapatriement des avoirs détenus à l'étranger afin de faire bénéficier l'économie nationale d'un apport de ressources financières nouvelles ; ...".

Décision 86-213 DC du 3 septembre 1986 "La différence de traitement établie par l'article 706-25 nouveau du Code de procédure pénale entre les auteurs des infractions visées par l'article 706-16 nouveau selon que les infractions sont ou non en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour objet de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur tend, selon l'intention du législateur, à déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement ; que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée".

d'administration des Universités, un collège unique (décision 83-165 DC du 20 janvier 1984).

Bien évidemment la formulation d'objectifs n'a pas, en elle-même, une valeur supérieure à celle des autres dispositions de la loi (sauf à consacrer un objectif de valeur constitutionnelle). Peut-être pourrait-on dire que c'est la contradiction dans la loi qui est censurée. Plus sûrement, la formulation d'objectifs vient à l'appui d'un principe de valeur constitutionnelle : "en ce qui concerne les professeurs" tout au moins la garantie de l'indépendance résulte "en outre" d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (mais les autres catégories d'enseignants chercheurs bénéficient aussi d'une protection constitutionnelle). La formulation d'objectifs est venue ici à l'appui de la formulation d'un droit fondamental. Elles constituent ainsi une source matérielle du contrôle de constitutionnalité.

Elles pourraient jouer un rôle notamment lorsque le Conseil s'oppose à une déréglementation qui conduit à supprimer la garantie d'un droit ou d'une liberté (6). Elles pourraient alors servir de point de référence pour mesurer la gravité des déréglementations.

II - LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS, CONDITION DE CONSTITUTIONNALITE DANS CERTAINS CAS

Les formulations d'objectifs peuvent jouer un rôle important dans le maintien par le Parlement de sa maîtrise d'un domaine alors même que le Parlement est obligé par la force des choses de confier de larges compétences à l'administration. La constitutionnalité d'une "habilitation" peut être conditionnée -pour éviter la sanction de l'incompétence négative- par un énoncé par le législateur des finalités que doit respecter l'autorité administrative dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés.

Bien évidemment cette condition doit être respectée lorsque c'est la Constitution elle-même qui l'énonce. Ainsi, à propos des lois d'habilitation de l'article 38, c'est pour l'exécution d'un programme que le gouvernement peut recevoir compétence pour prendre des mesures relevant du domaine de la loi. Cette

(6) Le Conseil consacre ainsi une conception de l'Etat interventionniste dans la garantie des libertés. Jurisprudence inaugurée par la décision 83-165 DC du 20 janvier 1984 : "L'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux existences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conformes à la Constitution". Jurisprudence reprise dans la décision du 18 janvier 1985 (loi Chevènement sur les établissements d'enseignement privé) et appliquée dans les décisions du 29 juillet 1986 (Presse) et du 18 septembre 1986 (Communication audiovisuelle).

exigence distingue les lois d'habilitation de l'article 38 et les lois de pleins pouvoirs.

Dans la décision 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 le Conseil a précisé que "s'il est spécifié à l'alinéa 1 de l'article 38 de la Constitution que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de prendre, par voie d'ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, ce texte doit être entendu comme faisant *l'obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leur domaine d'intervention*".

Le Conseil ajoute que "si le gouvernement doit définir avec précision les finalités de l'habilitation qu'il demande en vue de la réalisation de son programme, il n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation".

Appliquant ces principes le Conseil a jugé les articles de la loi d'habilitation conformes à la Constitution. Il considère, par exemple, que "si l'article 1er de la loi assigne comme finalité aux ordonnances qu'il autorise le gouvernement à prendre la définition d'un nouveau droit de la concurrence et la recherche d'une plus grande liberté de gestion aux entreprises, il n'autorise pas pour autant le Gouvernement à modifier ou à abroger l'ensemble des règles de droit civil, commercial, pénal, administratif ou social intéressant la vie économique ; qu'il résulte de ses termes, éclairés par les travaux préparatoires et notamment par la déclaration du Gouvernement devant le Parlement, que l'habilitation demandée vise la modification ou l'abrogation de dispositions spécifiques...".

Il ressort de l'analyse du Conseil que les finalités pour lesquelles le Gouvernement demande l'habilitation doivent se lire dans la loi elle-même éventuellement avec l'éclairage des déclarations faites au Parlement.

La situation retenue pour les lois d'habilitation pourrait être étendue aux cas nombreux où le législateur confère, faute de pouvoir réglementer un domaine à lui seul, des pouvoirs à l'administration. Le Conseil juge que ces habilitations à agir ne peuvent déposséder le législateur de ses compétences (interdiction de l'incompétence négative) et que l'administration ne peut agir que dans le cadre de conditions suffisamment bien définies par la loi. De telle sorte que les objectifs formulés dans la loi sont de nature à rendre une loi conférant un pouvoir d'appréciation à l'administration conforme à la Constitution.

La formulation d'objectifs dans la loi n'est cependant pas une obligation dans ce cas pour le Parlement. Le Conseil constitutionnel peut dégager des termes de la loi et des travaux préparatoires les objectifs poursuivis venant limiter les pouvoirs de l'administration. Le Conseil interprète ainsi la loi et la déclare conforme sous réserve de cette interprétation en formulant lui-même l'objectif du législateur.

Pour un pouvoir d'agrément fiscal qui, abandonné discrétionnairement à l'administration, violerait l'article 34 de la Constitution, le Conseil interprète la loi en faisant référence à l'objectif du législateur et en déduit l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration : "Pour éviter qu'eu égard aux reports prévus, l'entrée d'une société dans un groupe ait principalement pour but de permettre d'éluider l'impôt, le législateur a subordonné la mise en oeuvre des dispositions autorisant un report des déficits à un agrément du ministre chargé du budget. A défaut d'autres critères fixés par la loi, l'exigence d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal ; qu'au cas considéré, l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du budget le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur, que l'opération de restructuration, de regroupement ou d'apport en cause satisfait aux conditions fixées par la loi..." (décision 87-237 DC du 30 décembre 1987).

Le Conseil constitutionnel se substitue ainsi au législateur pour énoncer lui-même, par voie d'interprétation, l'objectif de la loi, et en sauver la constitutionnalité. N'est-ce pas, de sa part, solliciter le législateur pour qu'il énonce lui-même les objectifs qu'il assigne à l'administration ? Cela serait d'autant plus normal que, à la différence des particuliers, l'administration n'a pas d'objectifs propres. C'est la loi qui les lui assigne.

Ici objectifs formulés par la loi et objectifs assignés à l'administration se confondent. Le domaine du droit administratif pourrait ainsi être le domaine idéal de développement des formulations d'objectifs.

L'UTILITE ET LES FONCTIONS D'UNE FORMULATION D'OBJECTIFS : L'EXEMPLE DE LA LOI DU 6 JANVIER 1978, RELATIVE A L'INFORMATIQUE, AUX FICHIERS ET AUX LIBERTES

Par

Jean FRAYSSINET

*Professeur 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*

L'exigence d'une formulation d'objectifs dans les textes législatifs donne lieu généralement à une appréciation négative de la part de la majorité de la doctrine juridique française. Les opinions émises reposent sur des arguments théoriques faisant référence à une certaine conception de la norme de droit, de la structure matérielle et formelle de la Loi, de la fonction du législateur et du juge. La formulation d'objectifs est considérée a priori comme non souhaitable sans qu'une sorte d'audit circonstanciée vienne conforter ou infirmer la position de départ.

Le nombre et la variété des lois récentes comportant une déclaration d'objectifs révèlent un phénomène qui ne peut plus être considéré comme accidentel. Il convient de l'analyser avec un oeil neuf, d'engager une vérification concrète de la validité du discours habituellement tenu en le confrontant aux réalités.

Dans la présente étude, nous proposons de prendre le cas précis de la Loi du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux fichiers et aux libertés. Il ne s'agit que d'un exemple, mais

représentatif de l'évolution des législations récentes ; on ne prétendra pas à la systématisation des observations ou conclusions.

Formellement, la Loi Informatique, fichiers et libertés contient un chapitre 1er intitulé : "Principes et définitions", composé de cinq articles. Les articles 4 et 5 définissent deux termes clés de la Loi (les notions d'informations nominatives et de traitement automatisé d'informations nominatives), ce qui constitue déjà une originalité.

Les articles 1er, 2 et 3 énoncent des principes différents ; pour les deux derniers, on peut même estimer que leur place était dans d'autres chapitres de la Loi.

D'une certaine manière, les articles 2 et 3 énoncent des principes qui peuvent être considérés comme des objectifs. Ainsi, l'article 2 a pour but d'interdire que les résultats d'un traitement automatisé de données nominatives deviennent le fondement ou le seul fondement de certains types de décisions, autrement dit que la machine supplante l'homme. L'exemple montre la difficulté de distinguer formellement les formulations de principes et d'objectifs.

La difficulté peut être tournée partiellement par l'analyse du contenu et du style de la disposition législative.

L'article 1er de la Loi, par sa généralité, la référence à des "macro-notions" juridiques, le style déclaratif et impératif, apparaît nettement comme une formulation d'objectifs : *"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 - L'EXPRESSION D'UNE PROBLEMATIQUE ET D'UN ACTE DE FOI

L'article 1er de la Loi du 6 janvier 1978, à la structure interne imparfaite, est riche de sens. Plus que le titre officiel de la Loi, il est le véritable drapeau du texte :

"L'informatique doit être au service de chaque citoyen" pose l'objectif (et le principe) fondamental ; la formule condense toute la problématique : de l'homme ou de l'ordinateur, lequel doit être subordonné à l'autre ? Elle exprime aussi une crainte qui est l'élément explicatif et justificatif de l'existence d'une Loi particulière.

L'objectif fondamental est exprimé en terme philosophique, politique et non juridique parce que les rapports entre libertés et informatique furent d'abord conçus comme un problème de société, débattus dans l'opinion publique et par les

acteurs politiques. A tel point que le gouvernement constitua en 1974 une Commission d'étude et de proposition présidée par M. Bernard Tricot dont les travaux furent importants pour la genèse de la Loi.

Pour reprendre le vocabulaire de l'analyse systémique, la Loi du 6 janvier 1978 est une réponse appropriée à une demande sociale et le principe énoncé est sa légitimation politique, sociologique et juridique.

La formule lapidaire, en fixant l'objectif fondamental, joue le rôle d'un projecteur qui illumine sous un certain angle et colore le relief de toutes les dispositions de la Loi, pour leur compréhension, leur interprétation, leur application. Sur le plan de la méthodologie juridique, ce procédé finaliste impose, pour la manipulation non contentieuse et contentieuse du texte, le recours à la méthode téléologique, la formule liminaire devenant le principe de référence. La formulation d'objectifs donne l'essence de la Loi, constitue en quelque sorte son âme qui servira à l'animer comme dénominateur commun à toutes les dispositions de la Loi. Elle a une fonction structurante et une normativité particulière, spécifique. La troisième phase de l'article 1er complète la première phase. En disposant que l'informatique "*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*", la Loi répète et précise la formule de base en lui donnant un sens plus juridique par utilisation des notions : "*droits de l'homme*", "*vie privée*", "*libertés individuelles ou publiques*". Ce faisant, l'article 1er établit la filiation entre l'objectif de base, "*l'informatique doit être au service du citoyen*", et les champs de la matière juridique concernés. L'intérêt du juriste est orienté vers des secteurs familiers pour lui, déjà structurés autour de principes et de normes connus. Ceci donne un caractère plus opérationnel, moins théorique à l'objectif, ouvre la voie à des rapprochements, des raisonnements. Grâce au balisage du terrain juridique par des points de repère, on jette un pont entre le connu, le droit positif et la nouveauté. Sont réunis le sujet de la Loi, l'homme, c'est-à-dire l'individu, l'objet, les libertés, et le lien de connexion, l'informatique.

Cette analyse fait apparaître le mauvais placement de la seconde phrase, "*son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale*", qui vient rompre la liaison évidente entre la première et la troisième phrase de l'article premier. Il était préférable de la situer à la fin de l'article car elle n'ajoute qu'une caractéristique à l'objectif en le situant dans un cadre international et non exclusivement national.

Les fonctions de la formulation d'objectifs imposent l'usage de notions juridiques englobantes, au contenu flou, aux

contours imprécis, se rattachant directement à une échelle de valeurs éthiques, philosophiques, politiques. La matière juridique concernée est "pateuse" et non solide, ce qui permettra de la modeler sur mesure en fonction des besoins, de lier comme avec un ciment des notions juridiques plus consistantes, de construire du droit en quelque sorte.

La généralité, l'imprécision, de la terminologie utilisée dans la formulation d'objectifs est présentée comme le défaut majeur par la doctrine traditionnelle alors que c'est sa vertu première, la cause de sa fonction praxéologique. On y trouvera ce qu'on voudra y trouver pour atteindre un résultat souhaité et sans sortir d'un cadre cohérent. Par exemple, le terme "*identité humaine*" utilisé dans l'article 1er peut être compris de manière très différente, renvoyer à des notions de droits variées ; ce qui importe, ce n'est pas une définition précise, normalisée mais l'existence d'un concept qui servira de support à un raisonnement. Dans une Loi, la fonction essentielle de la déclaration d'objectifs n'est pas de poser une norme, une règle juridique, mais de lui donner un souffle, de la faire vivre.

Le rapide examen de l'article 1er de la Loi Informatique, fichiers et libertés illustre l'utilité d'une formulation d'objectifs au début d'un texte législatif, avant même d'aborder le détail des règles normatives. Par delà l'effet d'annonce de la finalité de la Loi, la déclaration d'objectifs peut aider à déterminer la place de la Loi nouvelle dans la structure établie du droit.

B - UN ACTE VOLONTAIRE ET REFLECHI

La formulation d'objectifs contenue dans l'article 1er supplée l'absence d'exposé des motifs au début de la Loi. Exprimant l'objectif poursuivi par les auteurs de la Loi, le gouvernement et le parlement, elle est un acte dont la genèse peut être reconstituée.

Au départ, l'initiative est gouvernementale. Le projet de Loi présenté au Parlement contenait un article 1er ainsi rédigé : "*L'information doit se développer dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques*".

Un amendement n° 33 présenté à l'Assemblée nationale proposa de substituer au mot "informatique" l'expression "*tout traitement d'informations*" ; il ne fut pas accepté. Par contre, l'amendement n° 1 présenté par trois députés prévoyant que "*l'informatique doit être au service de chaque citoyen*" sera voté sans difficulté. Le texte deviendra devant le Sénat : "*L'information doit être au service de chaque citoyen*", la Haute Assemblée souhaitant mettre l'accent sur le respect des droits de l'individu.

C'est précisément le Sénat qui par la voix de M. Jacques Thyraud, rapporteur du projet de Loi au nom de la Commission des lois, a montré le plus d'attachement à l'élaboration de l'article 1er au sein du chapitre 1er de la Loi : *"La Commission des lois du Sénat a pensé qu'il était utile d'insérer au début de cet important texte de Loi un certain nombre de déclarations de principes et également des définitions"*.

Par l'intermédiaire du Ministre de la Justice, le gouvernement se montra totalement favorable à la proposition et aux amendements présentés. Au nom de la Commission des lois, M. Thyraud, par le biais d'un amendement n° 8, proposa alors ce qui allait devenir la version définitive de l'article 1er en ajoutant la référence à la coopération internationale, les droits de l'homme, l'identité humaine. Pour chacun de ces points, le rapporteur motiva la nécessité de compléter le projet gouvernemental et indiqua précisément les objectifs visés. L'argumentation fut forte, à tel point que le représentant du gouvernement s'en déclara impressionné avant d'accepter l'amendement présenté.

Par contre, l'amendement n° 78 défendu par M. Ciccolini, tendant à ajouter à la fin de l'article 1er l'obligation pour le propriétaire d'un ordinateur de le déclarer à la Préfecture pour son immatriculation fut refusé pour des considérations de forme et de fond par la majorité des sénateurs et le gouvernement.

C'est donc dès le début de la discussion parlementaire que le contenu de l'article 1er trouvera sa rédaction définitive. Une formulation d'objectif existait dans le projet gouvernemental mais elle fut amplifiée, précisée par le Sénat qui voyait en elle une utilité certaine. La qualité de l'argumentation, la présentation sous forme d'une volonté justifiée et motivée, entraînèrent l'adhésion des parlementaires et du gouvernement. Du fait de ce consensus, le sujet ne fut plus abordé jusqu'à la fin du débat parlementaire qui fut abondant et de qualité.

C - UN ACTE MANQUE ET PERTURBATEUR

Pourtant la formulation d'objectifs de l'article 1er de la Loi Informatique, fichiers et libertés comporte une grave mal-façon qui entache, par voie de conséquence, l'ensemble de la Loi. Elle est due à la procédure parlementaire d'élaboration de la Loi.

Ceci est grave dans la mesure où la rédaction du premier article de la Loi induit en erreur sur la portée réelle du texte. D'une certaine façon, la déclaration d'objectifs affichée ne coïncide pas avec l'objectif réel qui aurait justifié une autre rédaction de l'article 1er. Il en résulte que le titre de la Loi :

"Informatique, fichiers et libertés" est plus exact mais décalé par rapport à l'article 1er.

En simplifiant quelque peu, le problème fut le suivant : le projet de Loi gouvernemental fut rédigé dans l'intention d'organiser la protection des libertés individuelles et publiques seulement à l'égard des traitements automatisés de données nominatives. De là la référence dans l'article 1er initial à la seule informatique. Dès le début de la discussion parlementaire, en particulier au Sénat, certains élus tentèrent d'étendre le champ d'application des principales dispositions protectrices aux fichiers non automatisés, au motif que le danger pour les libertés n'est pas dépendant du support de l'information ou de la technique utilisée pour la traiter. Des amendements furent déposés en ce sens ; mais ils se heurtèrent à l'opposition de M. Foyer, président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale et du ministre de la Justice, favorables à la portée minimaliste du projet de loi. Le débat parlementaire s'orienta alors vers la protection des libertés face au développement de l'informatique.

Cependant, à la suite d'une forte opposition du Sénat sur la question de la composition et des pouvoirs de la Commission qui serait mise en place pour l'application de la Loi, le rapport de force politique changea brutalement à la fin du débat parlementaire.

Le Garde des Sceaux, M. Peyrefitte, tout penaud, désavouant l'Assemblée nationale, accepta des changements importants pour débloquer une situation politiquement périlleuse. En particulier, par voie d'amendement, l'article 45 du chapitre III - Dispositions diverses - étendit par référence, d'un coup de baguette parlementaire, le champ d'application de nombreux articles rédigés uniquement pour l'informatique, aux fichiers non automatisés, c'est-à-dire manuels, classiques ou mécanographiques. Ce bouleversement a entraîné l'apparition du mot "fichier" dans le titre de la Loi ; mais il fut impossible de le faire figurer dans l'article 1er déjà voté ainsi que dans le corps de la Loi où le concept de fichier est pratiquement inexistant à côté de la notion de traitement automatisé. Il aurait été nécessaire de réécrire toute la Loi...

Cette malfaçon structurelle et rédactionnelle emporte des conséquences négatives que le praticien de la Loi de 1978 connaît bien pour s'y heurter constamment :

- Le mot "informatique" contenu à la fois dans le titre et l'article 1er de la Loi éclipse l'existence du terme "fichier". On est porté à croire que la Loi de 1978 ne s'applique qu'aux traitements automatisés de données nominatives alors que les dispositifs de protection des libertés et les sanctions pénales instaurées par le

chapitre VI de la Loi s'appliquent aussi dans bien des cas aux fichiers traditionnels.

Il y a un malentendu sur le champ d'application de la Loi de 1978 qui explique en partie sa méconnaissance par les juristes, le public et les "ficheurs".

- La formulation d'objectifs de l'article 1er ne correspond en fait qu'à une partie seulement du véritable but de la Loi de 1978. Il manque un objectif non formulé, mais réel, la protection des libertés individuelles et publiques à l'égard des fichiers manuels et mécanographiques.

- L'addition de la formulation d'objectifs de l'article 1er et de l'objectif non formulé révèle la véritable problématique à laquelle la Loi de 1978 n'apporte qu'une solution partielle et imparfaite. Le problème de fond est celui de la protection des droits des individus et des groupes, plus largement que ne l'entendent les expressions de "libertés individuelles" et de "libertés publiques", de "vie privée", de "droits de l'homme", face à des usages jugés abusifs ou illégaux de données nominatives, sans distinction de modes et techniques de collecte, de mémorisation, de traitement, de transmission des données.

Pour prendre une image, la Loi de 1978, avec d'autres textes, législatifs et réglementaires, n'est qu'une branche rattachée à un tronc. Par le biais de tronc commun, des relations peuvent être établies entre les branches différenciées. Ceci crée une dynamique générale tendant à faire dépasser la Loi de 1978 du cadre qui est le sien, pour lui faire remplir un objectif de protection des personnes plus large que celui formulé à l'article 1er.

- La malfaçon législative a pour conséquence de ne pas définir dans la Loi le sens du mot "fichier". Ceci entraîne aujourd'hui beaucoup d'incertitude dans la jurisprudence et la doctrine sur le champ d'application de la Loi de 1978, alors que les termes de données nominatives et de traitement de données nominatives font l'objet de deux articles de définition au sein du chapitre 1er de la Loi.

On ne retrouve pas ce défaut dans la *"Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel"* du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1983, actuellement ratifiée par huit Etats, dont la France. S'inspirant de la Loi française sur des points essentiels, elle ne concerne cependant que les traitements automatisés. Aussi, il ne faut pas s'étonner si son article 1er -"Objet et but"- contient une déclaration d'objectifs proche, quant au fond, de la déclaration d'objectif initiale du projet de Loi français : *"Le but de la présente Convention est de garantir sur le territoire de chaque*

partie, à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment, de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant", ("protection des données").

En résumé, la formulation d'objectifs de l'article 1er est en partie un piège se retournant contre la Loi puisqu'elle en réduit l'intérêt réel et trompe sur son véritable objectif. La déclaration d'objectifs correspondant à la véritable finalité et à l'exact contenu de la Loi reste à écrire...

Si on est favorable au principe de l'existence d'une formulation d'objectifs, encore faut-il que ceux-ci y soient réellement et exactement formulés. Tel n'est pas ici le cas qui illustre l'ambiguïté et le caractère incomplet des dispositions de l'article 1er de la Loi de 1978.

Sur le plan de la technique législative, il est regrettable que le décalage entre les objectifs initiaux du gouvernement et ceux des parlementaires, qui l'emportèrent, ait été accentué par le jeu de la procédure parlementaire. En définitive, il paraîtrait souhaitable de voter en fin de discussion parlementaire la formulation d'objectifs d'une Loi et non de procéder à l'inverse.

II - LA FORMULATION D'OBJECTIFS, MOYEN POUR FAIRE LE DROIT

La Loi Informatique, fichiers et libertés illustre l'originalité du caractère opératoire du contenu de la déclaration d'objectif. Le cas étudié permettra d'atténuer fortement l'idée répandue selon laquelle, par sa généralité, une déclaration d'objectifs n'est qu'une simple enseigne racoleuse, inapte à jouer un quelconque rôle normatif, à avoir un effet pratique.

Nous constaterons une réalité plus complexe en considérant successivement l'usage de la formulation d'objectifs par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), par l'utilisateur de la Loi, par le juge.

A - La formulation d'objectifs et la C.N.I.L.

L'article 1er de la Loi de 1978 est la source d'inspiration de l'activité de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, créé par l'article 6 de la Loi. La C.N.I.L., autorité administrative indépendante, est "*chargée de veiller au respect de la présente Loi*", de contrôler les modes de traitements des information nominatives. Cette compétence générale, formulée en terme d'objectif, s'exerce sous des formes différentes, avec des

conséquences pratiques et juridiques importantes suivant la nature du pouvoir exercé par la Commission.

On sait que, avant leur mise en oeuvre, les traitements automatisés de données nominatives doivent faire l'objet d'une déclaration à la C.N.I.L.

En application de l'article 15, les traitements automatisés du secteur public et assimilé font, après déclaration, objet d'un avis de la Commission avant leur création par une Loi ou un acte réglementaire. En fait, cet avis est une véritable décision puisque la procédure prévue par la Loi pour passer outre l'avis négatif n'a jamais fonctionné.

Or, l'examen des dossiers de déclaration soulevant des difficultés dépasse largement la simple analyse juridique et le strict respect de la lettre de la Loi. Les éléments de faits, les techniques utilisées, les enjeux politiques, économiques, sociaux, les conséquences prévisibles, sont tout autant considérés. La C.N.I.L. procède à une sorte d'analyse coûts-avantages (comme sait le faire parfois le juge administratif) parce que dans son esprit l'application informatique doit répondre aux objectifs énoncés dans l'article 1er de la Loi. On s'explique pourquoi le principe de finalité joue un rôle directeur dans la détermination de la position de la C.N.I.L. et la compréhension fine de la logique de la Loi. La Commission, depuis 1978 n'a donné qu'une dizaine d'avis négatifs ; elle préfère indiquer au déclarant les conditions juridiques, techniques, organisationnelles qui subordonnent son acceptation ; or elles sont justifiées textuellement par la volonté d'assurer le respect des règles de la Loi et les objectifs généraux de son article 1er.

Sans s'enfermer dans un légalisme étroit, la C.N.I.L. est un arbitre tentant de concilier l'utilisation, le développement de l'informatique avec le respect, la sauvegarde des droits et libertés individuels. L'article 1er apparaît alors comme le fondement de la méthode originale de la C.N.I.L. qui n'est ni celle d'un juge, ni celle d'une administration classique.

Le même aspect se retrouve dans la conception que se fait la C.N.I.L. des normes simplifiées, actes réglementaires, prévues par l'article 17 pour faciliter la déclaration de traitements courants et sectoriels. Dans chacune des 32 normes simplifiées existantes, on relève la définition suivante : *"Il faut entendre par norme simplifiée l'ensemble des conditions que doivent remplir certaines catégories les plus courantes de traitements pour être regardées comme ne comportant manifestement pas de risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés"*.

La formulation n'est pas juridique mais fonctionnelle, laisse la place à un large pouvoir d'appréciation.

Ceci est valable pour les recommandations -sans valeur impérative en droit- élaborées par la Commission pour les promoteurs de certains traitements automatisés. Après une analyse de l'application des dispositions de la Loi, la C.N.I.L. recommande de prendre toute mesure assurant telle ou telle protection, développe une doctrine ("*la Commission estime*", "*considère, rappelle...*") une déontologie allant au-delà des dispositions techniques de la Loi de 1978, mais dont le contenu rejoint directement les objectifs énoncés par l'article 1er. L'argumentation développée par la C.N.I.L. dans ses recommandations est si forte et structurée que, dans la pratique, ces textes qui n'ont la valeur juridique que de simples conseils sont perçus et appliqués par les maîtres du traitement comme des décisions normatives.

L'article 1er et ses objectifs légitime et finalise toute la doctrine pragmatique de la C.N.I.L. La Commission interprète et applique la Loi en appréciant les finalités, le contenu, les modalités de l'application informatique déclarée à travers le prisme de l'article 1er. A tel point que parfois, l'objectif l'emporte sur la règle législative : on peut estimer que la C.N.I.L. va dans certains cas au-delà de la norme législative ou réglementaire en y juxtaposant une méta-norme de sa création.

Par exemple, pour rétablir l'équilibre entre le fiché et le maître de traitement, permettre à l'individu d'exercer valablement les droits établis par la Loi, faire que l'informatique soit au service de chaque citoyen et ne porte pas atteinte aux droits et libertés individuels, la C.N.I.L. a imposé dans certains cas le principe de l'information préalable de la personne concernée pour qu'elle puisse exercer son droit d'opposition au fichage ou son droit d'accès et de contestation de l'information. Or, une telle règle n'existe pas dans la Loi ; on peut estimer que cette condition nouvelle est imposée de manière illégale. Mais elle se justifie si on veut que les objectifs exprimés dans l'article 1er soient atteints réellement, que les dispositions de la Loi ne soient pas des coquilles vides.

La formulation d'objectifs devient le fondement d'une véritable doctrine jouant de fait un rôle normatif car considérée comme énonçant une règle. Cette doctrine normative est souvent contenue dans des normes simplifiées, des recommandations, des avis. On peut citer les exemples des règles d'utilisation du numéro de Sécurité Sociale (R.N.I.P.P.) et l'obligation de choisir d'autres identifiants des individus, la doctrine d'utilisation des fichiers électoraux (rendue récemment caduque par une Loi), des auto-commutateurs téléphoniques, de l'annuaire électronique, des données médicales à des fins de recherche, de la communication du fichier central des automobiles, des informations de trafic

pour les contestations des factures téléphoniques ou des données d'identification des personnes sondées.

L'effet attractif des objectifs permet de comprendre les positions extensives de la C.N.I.L. sur les notions de traitement automatisé de données nominatives, qui peut s'appliquer à un film considéré comme un fichier d'images, sur la réintroduction partielle et détournée des personnes morales dans le champ d'application de la Loi, le lien qu'elle établit entre traitement automatisé et fichier manuel qui débouche sur un droit de suite, sa conception large mais concrète de la relation entre fichier et dossier, le lien établi entre les articles 26 et 27 de la Loi pour permettre à l'individu concerné de s'opposer à un traitement ou au fichage.

La référence implicite ou explicite aux objectifs explique pourquoi la C.N.I.L. accepte volontairement certaines formes de non respect des dispositions strictes de la Loi, couvre certaines applications qui, présentant des dangers pour les droits individuels, présentent cependant un intérêt collectif évident dont peuvent bénéficier en retour les individus. Il suffit de se reporter aux analyses de la Commission contenues dans les neuf rapports annuels d'activité publiés pour s'en convaincre.

Pour la Commission, imprégnée du sens de sa mission, les dispositions de la Loi sont considérées autant comme des moyens pour satisfaire certains objectifs que comme des règles juridiques impératives. La conception du droit n'est pas classique : la règle est finalisée, évolutive, souple (soft law), sensible aux éléments du contexte, au souci d'avoir une efficacité pratique plus qu'un caractère sanctionnateur et contraignant. On retrouve là un point commun à toutes les autorités administratives indépendantes constituant une explication essentielle de leur originalité ; d'ailleurs, ce n'est pas un hasard si les autorités, qui dénotent dans le paysage institutionnel classique parce qu'elles bousculent les catégories établies, sont créées par des lois comportant généralement une formulation d'objectif, interviennent dans des domaines nouveaux réclamant des moyens adaptés et un style d'action particulier.

L'importance de la formulation d'objectifs contenue dans la Loi s'explique par l'usage qu'en fait la C.N.I.L. en intervenant dans les processus de décision d'informatisation en amont du juge, de manière indépendante. La formulation d'objectifs faisant le lien entre le contenu de l'article 1er et les autres dispositions de la Loi, finalise tout le contenu de la Loi. La Loi n'est plus seulement un système juridique où la formulation d'objectifs jouerait le rôle de boussole pour garder un cap ; elle devient un moyen d'action dont l'usage doit répondre à une certaine obligation de résultat.

Cette conception est confortée par la mise en oeuvre des compétences et des pouvoirs de la Commission. La C.N.I.L. informe et s'informe, se concerta avec les fumeurs et fichés, procède à des vérifications sur place, des expertises, édicte des règlements types, reçoit des réclamations, des plaintes, des pétitions, prescrit des mesures de sécurité, adresse des avertissements, dénonce les infractions au Parquet, etc... Les moyens variés, utilisés de manière discrétionnaire en fonction des éléments du cas examiné, permettent à la C.N.I.L. d'obtenir un résultat conforme aux objectifs formulés dans l'article 1er de la Loi.

Mais ils permettent aussi à la Commission de les utiliser pour atteindre les objectifs plus larges, non formulés explicitement par la Loi, comme nous l'avons vu précédemment, mais correspondant à la "formulation fantôme" représentative de l'état d'esprit du législateur. On retrouve l'ambiguïté du dit et du non-dit, du formulé et de l'avoué.

B - La formulation d'objectifs et les utilisateurs de la Loi

Pour les utilisateurs de la Loi de 1978, les fumeurs et les fichés, on observera que la Loi est aussi perçue, comprise, pratiquée, moins à partir des dispositions législatives techniques qu'à travers les objectifs formulés. Ces derniers exprimant l'objet et l'esprit du texte, permettent une information minimale fort utile du grand public et parfois même du juriste professionnel. La fonction d'enseigne de la Loi jouée par la formulation d'objectifs est socialement importante ; plus que le simple titre de la Loi, elle permet d'assurer une vision en relief de la Loi.

C'est l'alliage du juridique et du non juridique, autant doctrinal que normatif, qui constitue la règle à respecter ; sinon le risque d'entrer en conflit avec la C.N.I.L. existe.

Les maîtres des traitements automatisés y trouvent avantage, car il devient possible de négocier pour adapter la règle de droit aux contraintes pratiques, techniques, économiques et sociales. La relation entre la Commission, les fumeurs et les fichés s'organise autour d'argumentaires échangés pour se convaincre mutuellement que les "objectifs-conditions-résultats" de l'article 1er sont remplis ou non.

La Commission prend des risques sur le terrain du droit : si elle exige plus que la Loi, elle sera critiquée et attaquée devant le juge ; elle devra composer pour éviter une condamnation. Cela fut le cas à propos de la norme simplifiée n° 13, modifiée en 1985 après dépôt d'un recours devant le Conseil d'Etat à l'initiative des établissements de crédit. Si elle apprécie largement le niveau de protection des individus, elle risque un recours des

syndicats, des associations de consommateurs, des personnes concernées. C'est ainsi que fut annulée par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 12 mars 1982, à la demande de la C.G.T., la norme simplifiée n° 7, relative à la paie des personnels du secteur privé. Mais la Commission, intéressée par l'obtention de résultats tangibles correspondant aux objectifs de la Loi, acquis par consensus, formulés sous forme de standards plus ou moins impératifs, accepte en connaissance de cause le risque limité d'être désavouée par le juge.

C - La formulation d'objectifs et le juge

Le contentieux de la Loi de 1978 jugé par les juridictions civiles, pénales, administratives, est quantitativement limité même si la progression est notable.

Les raisons tiennent au recours à l'arrangement amiable, à l'inertie des fichés, à l'intervention de la C.N.I.L. plus discrète et rapide que le juge pour faire cesser les illégalités constatées après enquête à partir d'une plainte ou d'une autosaisine. On remarquera que dans ce cas, la sanction de l'illégalité n'est pas juridictionnelle mais réside dans l'élimination contrôlée des pratiques litigieuses, après rétablissement du respect des objectifs et des règles de la Loi de 1978 par une autorité administrative indépendante.

Une vue panoramique des décisions juridictionnelles intervenues amène à constater que le juge ne s'est pas prononcé explicitement sur la valeur juridique et normative de la formulation d'objectifs de l'article 1er de la Loi relative à l'Informatique aux fichiers et aux libertés.

Mais derrière ce non-dit, apparaît une prise en considération de fait de la formulation d'objectifs de l'article 1er dans le raisonnement juridique développé pour dire le droit. La formulation d'objectifs paraît être, de manière fréquente, une référence pour le juge dans l'appréciation de la portée de la Loi, dans l'interprétation et l'application de la norme législative. Cette fonction, rencontrée à propos de la C.N.I.L. et des utilisateurs de la Loi, s'exerce utilement pour le juge sans que celui-ci éprouve le besoin de se prononcer sur la valeur normative des objectifs énoncés.

Aussi, on peut s'interroger si ce n'est pas créer un faux problème, comme le fait la doctrine traditionnelle, que de considérer sous cet angle limité et biaisé, les rapports de la formulation d'objectifs avec les normes juridique stricto-sensu et le juge. Dire le droit amène souvent le juge à se poser préalablement la question de savoir pourquoi on a confectionné une règle de droit : si il dispose d'une formulation législative

d'objectifs, son raisonnement l'intégrera naturellement implicitement ou explicitement pour assurer une cohérence entre son jugement, la volonté du législateur et les dispositions techniques normatives.

L'utilité pour le juge d'une formulation d'objectifs est alors si évidente qu'on s'étonne que certains en doutent encore ; cela est encore plus vrai face à l'accroissement des textes législatifs techniques, aux objectifs dissimulés, peu cohérents, mal rédigés. A moins de considérer comme préférable l'attribution au juge du pouvoir de formuler des objectifs qu'il doit déceler...

Le cas de la Loi de 1978 illustre la capacité du juge de considérer les objectifs formulés comme des lignes de force utiles pour combler les lacunes de la Loi ou l'interpréter, régler les incohérences textuelles et structurelles, limiter les conséquences juridiques et pratiques des imperfections législatives. Le juge procède sans complexe, sans état d'âme, sans a priori théorique. Avec bon sens et simplicité, le juge estime que si les déclarations d'objectifs ont un effet utile pour bâtir un raisonnement juridique et dire le droit, elles méritent d'être considérées pour en tirer certaines conséquences. Les objectifs sont intégrés au processus intellectuel ; et il est nullement indispensable de le faire apparaître explicitement.

Par exemple, le Conseil de l'Etat dans l'arrêt C.G.T. c/C.N.I.L. du 12 mars 1982 a annulé la norme simplifiée n° 7 relative à la paie du personnel dans le secteur privé en estimant que sa formulation et sa structuration ne permettaient pas de la regarder comme ne comportant manifestement pas de risque d'atteinte à la vie privée et aux libertés. Le Conseil d'Etat ne se livre pas à une analyse portant uniquement sur la lettre du texte réglementaire : il estime surtout que la norme simplifiée visée ne présente pas un niveau suffisant empêchant manifestement tout risque d'atteinte à la vie privée et aux libertés, alors que telle est sa finalité. L'annulation contentieuse résulte bien du sentiment, en regard des faits, que les objectifs de l'article 1er ne sont pas atteints.

On retrouve une approche identique dans l'arrêt Sieur Keberseli du 5 juin 1987. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat annule un décret créant un traitement automatisé qui a pourtant obtenu un avis positif de la C.N.I.L. Pour le juge, certaines informations, collectées et traitées en mépris de la Loi, font apparaître indirectement l'origine ethnique et les convictions religieuses, ce qui ne permet pas au traitement de répondre aux "objectifs-conditions" de l'article 1er repris pour ce type d'information par l'article 31 de la Loi de 1978.

L'approche téléologique du juge judiciaire est aussi perceptible, notamment pour trancher certaines incertitudes

résultant des défauts structurels ou de rédaction de la Loi. Cette tendance est même dénoncée par quelques rares auteurs refusant une prise en considération effective des objectifs de la Loi, procédant à la seule analyse littérale du texte.

C'est ainsi que le juge a décidé d'appliquer les sanctions pénales prévues à l'article 41 de la Loi en cas de non déclaration d'un traitement automatisé conforme à une norme simplifiée, bien que l'article 41 ne vise pas expressément l'article 17 (T.G.I. de Versailles, 23 décembre 1986) ; décider l'inverse était faire échapper à l'article 41 neuf sur dix des traitements déclarables ! C'est-à-dire, ruiner tout le dispositif de contrôle préalable.

Dans l'affaire Riou, par un raisonnement sous-tendu par les finalités de la Loi, la Cour de cassation, Chambre criminelle, a jugé que l'article 42 prévoyant une sanction pénale, s'appliquait aussi bien aux fichiers manuels qu'automatisés ; l'inverse permettrait de tourner les sanctions applicables aux traitements automatisés en leur substituant des fichiers manuels. Mais dans la même décision du 3 novembre 1987, à propos de la distinction entre fichier et dossier, la Cour abandonne de vue les objectifs de la Loi de 1978 pour adopter un point de vue contestable, déjà remis en cause par d'autres juges ; par contre, la Cour de cassation estime à bon droit - quand on comprend l'objectif des mécanismes de contrôle par rapport à l'article 1er de la Loi - que le délit de non déclaration d'un traitement automatisé de données nominatives est un délit matériel punissable en application de l'article 41.

Dans l'affaire Riou, il suffit de lire le jugement de la Cour de Rennes du 24 juin 1986 qui sera ensuite cassé partiellement pour être convaincu de l'intérêt pour le juge de considérer la formulation d'objectifs. De manière absurde la Cour de Rennes développe une argumentation qui ignore les objectifs, la lettre et l'esprit de la Loi de 1978 ; le juge d'appel substitue de manière étonnante et choquante ses propres objectifs à ceux du législateur pour réécrire la Loi et ne pas l'appliquer.

Si les dispositions de la Loi du 6 janvier 1978 ne sont pas venues encore en discussion devant le Conseil Constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la Loi, il sera intéressant d'observer comment le Conseil Constitutionnel considèrera, le jour venu, la formulation d'objectif de l'article 1er, pour la relier aux objectifs des déclarations de 1789 et de 1946, pour lui donner d'éventuelles conséquences juridiques, l'inscrire dans le système normatif.

A l'évidence, la jurisprudence du Haut Conseil montre son intérêt et sa capacité à traiter les textes formulant des objectifs pour en tirer des principes directeurs et procéder à une évaluation "coût-avantage" de la norme législative. La ressemblance dans la

manière de traiter les "objectifs-principes" entre le Conseil Constitutionnel et la C.N.I.L. est certaine.

Enfin, la présence d'une formulation d'objectifs est fort utile pour inspirer, orienter et encadrer la politique jurisprudentielle menée dans certains secteurs par certaines hautes juridictions. Elle permet d'assurer dans le temps une communauté de pensée entre le législateur et le juge, une relation évolutive entre des principes fondamentaux et des dispositions législatives techniques.

Le rapprochement de l'article 1er avec l'ensemble des dispositions de la Loi du 6 janvier 1978, Informatique, fichiers et libertés, montre les avantages de disposer d'une formulation d'objectifs ; ils l'emportent largement sur les inconvénients.

Mais l'utilité et la fonction de la formulation d'objectifs ne s'apprécient à leur juste valeur que si on considère la norme juridique dans toutes ses dimensions, hors toute idée préconçue. Les analyses classiques montrent leur limite en focalisant par exemple le débat sur la valeur juridique normative des objectifs affichés par le législateur ; pour ce type de dispositions législatives, là n'est pas l'essentiel.

La formulation d'objectifs, en définitive, nous invite à avoir une autre vision de la création et de l'application du Droit, une autre conception de la nature et de l'usage de la règle juridique.

LA FORMULATION DES OBJECTIFS DANS LA CONVENTION DE CHICAGO

Par

Gérard FOUILLOUX

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Expert de l'O.A.C.I.

Pour l'essentiel le droit international de l'aviation civile est aujourd'hui le résultat de la poursuite des objectifs formulés par la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale. Signée par une cinquantaine d'Etats, le 7 décembre 1944, cette Convention est actuellement en vigueur entre cent-soixante-deux Etats.

Indiscuté pendant longtemps le bien-fondé des objectifs fixés par la Convention suscite depuis dix ans des interrogations. Ces interrogations ont été provoquées d'abord par la politique de "déréglementation du transport aérien", entreprise en octobre 1978 par les Etats-Unis d'Amérique du Nord, puis par l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1987, de l'Acte Unique Européen conduisant à la politique communautaire de "libéralisation du transport aérien". La mise en cause des objectifs de la Convention de Chicago par l'émergence des politiques libérales du transport aérien et l'échéance communautaire du 31 décembre 1992 est, à l'évidence, une invitation à l'évaluation des objectifs assignés aux Etats et à l'aviation civile internationale à la fin de 1944. Un tel examen doit nécessairement tenir compte des *conditions* dans lesquelles ces objectifs ont été formulés ainsi que de la *valeur* que les Etats signataires ont entendu leur donner.

La Convention de Chicago est un traité multilatéral négocié par la conférence des représentants des cinquante-deux Etats réunis à l'initiative du gouvernement américain du 1er novembre au 7 décembre 1944. La date de la réunion de la conférence doit être notée. En effet l'élaboration d'un "nouveau code international de l'air" s'effectue alors même que le deuxième conflit mondial n'est pas achevé car la guerre a révélé l'importance de l'avion à la fois comme arme de destruction et

comme moyen de communication d'avenir en raison des progrès techniques qu'elle a permis de réaliser.

Au moment où s'ouvre la négociation les Etats-Unis d'Amérique du Nord assurent pratiquement quatre-vingts pour cent des lignes internationales existantes et savent que, dès la fin de la guerre, ils disposeront d'une flotte importante et perfectionnée défiant toute concurrence dans l'aviation civile commerciale. Tout naturellement les Etats-Unis proposent à la conférence la *liberté totale de l'air*, corollaire de la liberté du commerce et des échanges internationaux, et la création d'une organisation internationale gouvernementale, technique et consultative.

La proposition américaine est loin de faire l'unanimité. La conférence entrevoit et récuse d'avance toute prétention d'un Etat à l'hégémonie et à la maîtrise des airs alors même que les délégations sont parfaitement conscientes que l'aviation civile internationale ne peut plus se satisfaire du principe du ciel fermé né de la "souveraineté complète et exclusive" posé par l'article premier de la *Convention de Paris*, du 13 octobre 1919, portant réglementation de la navigation aérienne.

C'est ainsi que la Nouvelle-Zélande et l'Australie proposèrent la création d'une *autorité internationale* propriétaire et exploitant sous son pavillon les principaux services aériens internationaux tandis que le Canada suggérait des services internationaux, exploités par les Etats, selon une réglementation internationale technique, économique et de police établie par une commission de douze membres. Ces propositions ne pouvaient satisfaire les Etats désireux d'assurer eux-mêmes des services aériens internationaux au mieux de leurs intérêts. La Grande-Bretagne s'opposa au principe de liberté de l'air en faveur du *protectionnisme* tempéré par un contrôle économique et technique exercé par une organisation internationale dotée du pouvoir d'élaborer la réglementation, la charte, de l'aviation civile et commerciale.

Alors que les délégations sont unanimes à vouloir substituer l'unicité de la réglementation de l'aviation civile à la diversité du "provincialisme" antérieur résultant des conventions de Paris, de Madrid (1926), de la Havane (1928), de Buenos Aires (1935) et de Bucarest (1936), ces délégations ont à choisir entre libéralisme et protectionnisme.

La divergence des intérêts en présence montre que la Convention de Chicago ne peut pas être comprise comme une "vereinbarung" par laquelle les Etats signataires veulent pour les mêmes motifs atteindre les mêmes objectifs. La Convention de Chicago est un compromis par lequel pour des motifs divergents les Etats signataires ont fixé des objectifs communs. Dans une

convention la convergence ou la divergence des motifs a pour effet d'élargir ou de restreindre les objectifs à atteindre. La Convention de Chicago ne fait pas exception et la divergence des intérêts en présence lors de la négociation a conduit les rédacteurs non seulement à une formulation tout à fait originale des objectifs effectivement fixés mais encore à leur donner une valeur particulière.

Bien entendu les dispositions de la Convention de Chicago, comme celles de tout traité, sont impératives et lient les parties qui doivent les exécuter de bonne foi sans pouvoir exciper des dispositions contraires de leurs droits internes. Cela signifie que les objectifs spécialement formulés dans les dispositions de cette Convention ont une *valeur normative*. Ces objectifs figurent dans la Convention d'autant plus que, comme dans les lois de l'ordre interne, son objet, le transport aérien international, est considéré à juste titre comme un domaine particulièrement propice aux formulations d'objectifs. Cependant, tandis que la valeur normative des objectifs tient essentiellement à leur formulation dans l'acte unilatéral de réglementation du droit interne, la technique conventionnelle de l'élaboration des traités permet, lorsque les intérêts divergents des Etats sont irréductibles comme à Chicago en 1944, de formuler des objectifs de nature à satisfaire tous les intérêts en présence. Il suffit, non pas de formuler ces objectifs en termes généraux selon une pratique qui n'est pas propre au droit interne, mais de formuler des objectifs à la fois dans le texte de la Convention destinée à devenir la loi commune et dans une ou plusieurs conventions annexes distinctes de la convention commune auxquelles les parties à la convention pourront ou non adhérer. Ce système d'obligations conventionnelles à la carte permet donc de formuler des objectifs communs imposés et des objectifs particuliers facultatifs. Les objectifs communs constituent un minimum conventionnel respectueux de la souveraineté des Etats alors que les conventions annexes à la convention commune élargissent les objectifs au gré de la volonté des Etats. C'est ainsi que les objectifs formulés sont à contenu variable d'autant plus que les conventions annexes peuvent admettre des réserves de nature à permettre aux Etats parties à la convention commune et adhérant aux annexes de nuancer les objectifs qu'ils acceptent. Ces objectifs peuvent être ainsi exactement contraires aux objectifs fondamentaux de la convention commune.

Ces objectifs cumulatifs formulés dans des textes différents soulignent une difficulté propre au droit international public conventionnel. En effet il ne suffit pas de lire les conventions pour relever les objectifs formulés. Il faut encore et surtout connaître l'état des ratifications, adhésions et réserves aux

conventions annexes "entrant en vigueur à la date d'adhésion de chacun des Etats parties" à la convention commune. Ces adhésions et réserves permettent seules de savoir si les objectifs formulés dans les annexes ont une valeur normative autre que purement théorique ou potentielle.

Ces aspects particuliers de la technique conventionnelle ainsi que les difficultés qui peuvent en résulter sont mis en évidence par la Convention de Chicago et éclairent à la fois les objectifs effectivement formulés ainsi que la valeur normative, l'efficacité, qu'il convient de leur reconnaître.

Il faut donc ainsi non seulement apprécier *l'effectivité des objectifs formulés* dans la Convention mais aussi *l'efficacité de ces objectifs*.

I - L'EFFECTIVITE DE LA FORMULATION DES OBJECTIFS DANS LA CONVENTION DE CHICAGO

L'objet déclaré de la conférence de Chicago était d'élaborer, en une réglementation unique, un nouveau droit de l'aviation civile internationale. Les rédacteurs de cette convention, pour guider une pratique uniforme des Etats parties devaient donc délibérément indiquer de façon claire et précise sa finalité. Cette finalité pouvait être exprimée effectivement par les objectifs et les buts à atteindre ainsi que par les principes généraux servant de base à la convention ou par l'énoncé des droits des Etats résultant des uns et des autres. L'irréductibilité des divergences apparues au sein de la conférence autant que le souci de permettre au plus grand nombre d'Etats de devenir parties ont conduit les rédacteurs à des compromis qui expliquent l'originalité de la convention dans *l'expression formelle* et dans la *désignation matérielle* des objectifs fixés.

A - *L'expression formelle des objectifs dans la convention* est destinée à donner satisfaction à tous les intérêts en présence, lors de la négociation comme après l'entrée en vigueur de la convention. Pour cette raison de stratégie diplomatique, la *présentation formelle* de la convention ainsi que le *vocabulaire* employé pour formuler les objectifs témoignent des compromis nécessaires à l'adoption de la convention.

a) La Conférence de Chicago a mis fins à ses travaux par l'adoption le 7 décembre 1944 de quatre textes joints à l'acte final. Le premier de ces quatre textes, instituant l'Organisation Provisoire de l'Aviation Civile Internationale (O.P.A.C.I.), est entré en vigueur le 6 juin 1945 et a cessé de produire ses effets le 4 avril 1947 trente jours après le dépôt du vingt-sixième

instrument de ratification exigé pour l'entrée en vigueur de la *convention relative à l'aviation civile internationale* qui constitue le second texte.

Cette convention, dite de Chicago, n'est pas le texte unique souhaité lors de la réunion de la conférence. Elle est complétée par deux autres textes : *l'accord relatif au transit des services aériens internationaux réguliers* et *l'accord relatif au transport aérien international régulier*. Ces trois conventions, au lieu d'une convention unique, forment cependant un tout car seuls les Etats "membres de l'organisation de l'aviation civile internationale" peuvent signer ces deux derniers accords et adhérer aux objectifs qui y sont formulés, différents ou complémentaires de ceux de la première. De cette manière la Convention de Chicago, parmi ces trois textes, bénéficie, en tant que minimum commun, d'une primauté délibérée. Ce n'est pas sa seule originalité.

En effet cette convention divisée en quatre parties définit le droit international public de l'aviation civile (Parties 1 et 3) et institue l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (O.A.C.I. - Partie 2). Selon des expressions souvent employées mais qui peuvent prêter à confusion cette convention est à la fois un traité-loi et un traité-fondation. "Traité" par la procédure d'élaboration ; "loi" en raison des dispositions communes et obligatoires qu'elle établit pour les parties et "fondation" car elle contient la constitution de l'O.A.C.I. Cette ambivalence de la Convention de Chicago méritait d'être soulignée en raison de son incidence sur la formulation des objectifs énoncés.

L'accord de transit étend aux Etats contractants membres de l'O.A.C.I. les deux premières libertés de l'air : le droit de survol et le droit d'escale technique. L'accord de transport étend aux Etats contractants membres de l'O.A.C.I. les cinq libertés de l'air, la cinquième liberté représentant la liberté totale de l'air pour le transport aérien civil, international et régulier.

Tous les Etats qui disposent d'une aviation civile sont aujourd'hui membres de l'O.A.C.I. L'accord de transit est en vigueur entre cent Etats. L'accord de transport entre onze Etats seulement, bien que ce dernier accord permette expressément à tout Etat contractant (article 4, section 1) "en apportant une réserve au moment d'y adhérer de décider de ne pas accorder et de ne pas recevoir les droits" de cinquième liberté. Une telle réserve permet de supprimer l'objectif essentiel de l'accord de transport : la liberté totale de l'air. Ce droit de réserve n'est prévu ni par l'accord de transit, ni par la Convention de Chicago dont les objectifs présentent une plus grande stabilité. A cet égard il convient cependant de souligner que chacune des trois conventions donne expressément à tout Etat partie, moyennant un

préavis d'un an, le droit de la dénoncer. C'est ainsi que le Canada vient de dénoncer l'accord de transit et que les Etats-Unis, promoteurs de la liberté de l'air à la conférence de Chicago, ont dénoncé l'accord de transport le 25 juillet 1946, comme l'a fait après eux la Suède.

Actuellement les objectifs communs obligatoires formulés par la Convention de Chicago sont effectivement appliqués par cent-soixante-deux Etats. Les objectifs facultatifs de l'accord de transit par une centaine d'Etats à l'exception notamment de l'U.R.S.S., de la Chine et du Canada, et ceux de l'accord de transport par une dizaine d'Etats qui n'ont pas une importance majeure dans le transport aérien international régulier. A l'évidence les Etats refusent la liberté de l'air et montrent peu d'empressement à la poursuite d'un tel objectif. A la différence de la norme du droit interne que nul n'est censé ignorer la norme conventionnelle exige ces précisions quantitatives car les objectifs formulés, les plus larges et les plus contraignants surtout, risquent fort d'être inappliqués même lorsqu'ils sont clairement formulés. Ce qui n'est pas toujours le cas de la norme du droit interne et, à plus forte raison, de la norme conventionnelle issue de compromis laborieux qui conduisent les signataires à formuler les objectifs selon un vocabulaire diplomatique et varié qui n'est pas toujours aussi clair qu'il serait souhaitable.

b) Les termes et les locutions utilisés pour la formulation des objectifs imposés reflètent les divergences qui ont présidé à la rédaction de la convention commune. Ces termes et locutions sont moins variés dans les deux accords annexes que dans la convention commune.

Les verbes, au présent de l'indicatif pour marquer le caractère normatif des objectifs formulés, ont été choisis avec soin, conformément à la tradition diplomatique, lors de la rédaction de la convention commune. Dans les quatre-vingt-seize articles de cette convention, dont moins du quart indiquent des objectifs à atteindre, ces verbes sont au nombre de trois : "reconnaître", "convenir" et "s'engager". Le verbe reconnaître, dans l'expression "les Etats contractants *reconnaissent que*", est employé deux fois. Il signifie, par référence à la réglementation établie par la Convention de Paris de 1919 qu'il s'agit de refaire, que l'objectif formulé est soit identique à celui que d'autres Etats ont déjà établi dans les conventions antérieures relatives à la navigation aérienne, soit conforme à un objectif fixé par les règles du droit international public. "Reconnaître" aux articles 1 et 82 de la convention signifie "réaffirmer". Il est tout à fait remarquable à cet égard d'observer que le nouvel article 3 bis, en cours de ratification, et adopté par l'Assemblée extraordinaire de

l'O.A.C.I. en avril 1984 à la suite de la destruction du Boeing sud-coréen par la chasse soviétique, emploie à nouveau ce terme à propos de l'interdiction du recours à l'emploi des armes contre les aéronefs civils en vol. L'emploi de ce verbe, à deux reprises, dans cet amendement a valeur de condamnation après la violation d'un objectif bien établi de sûreté du transport aérien.

Le verbe "convenir" dans les expressions "les gouvernements étant convenus de" et "*chaque Etat contractant convient que*" est utilisé une fois dans le préambule et trois fois dans les articles 5, 14 et 22 pour indiquer ce qu'il faut faire pour atteindre les objectifs fixés.

Le verbe "s'engager à" dans l'expression "*chaque Etat contractant s'engage à*" apparaît quinze fois. Comme cela est normal dans un texte issu d'un accord de volontés ce verbe marque en même temps l'accord sur un objectif et l'obligation de le réaliser.

Dans les accords annexes de transit et de transport établissant des objectifs limités et précis dans le domaine des libertés de l'air, le même verbe est employé : accorder. Dans ces deux annexes "*l'Etat contractant qui accorde* aux autres Etats contractants" tel ou tel droit de trafic atteint l'objectif fixé par l'une ou l'autre de ces conventions facultatives.

Les substantifs utilisés pour formuler les objectifs sont plus variés. Globalement les trois conventions font référence à des principes, fins, buts, droits, objectifs, fonctions ou missions. Cette diversité résulte de ce que la convention commune contient à la fois la constitution de l'O.A.C.I. dans sa deuxième partie et le droit de la navigation aérienne et du transport aérien international dans la première et la troisième parties.

Les articles 43 à 66 de la convention commune instituent l'organisation que l'article 43 désigne sous le nom d'O.A.C.I. Sous l'intitulé "*Objectifs*" l'article suivant énonce "*les buts et objectifs*" assignés à l'organisation. La réalisation de ces buts et objectifs de l'O.A.C.I., personne morale, est confiée à une Assemblée, à un Conseil, organe permanent, et à "tous autres organes qui pourraient être nécessaires". Par conséquent la réalisation des buts et objectifs de l'Organisation déterminent les *missions* confiées à ces organes, les "obligations et pouvoirs" de l'Assemblée (article 49), les "fonctions obligatoires" du Conseil (articles 54 et 55) et de la Commission de la navigation aérienne (article 57). Ces missions reprennent et explicitent les buts et objectifs de l'Organisation et confient même au Conseil le soin d'en formuler de nouveaux sous la forme de "normes" soumises à l'approbation de la majorité des Etats contractants (articles 54 1 et 90). Ainsi, dans la partie constitutionnelle de la convention commune et obligatoire la formulation des objectifs apparaît dans les missions attribuées aux

organes de l'O.A.C.I. sous des appellations différentes qui ne sont pas celles utilisées dans les parties de la convention relatives à la navigation aérienne et au transport aérien international.

Le chapitre premier de la première partie de la convention est consacré (articles 1 à 5) aux "principes généraux et application de la convention". Ces *principes généraux* ne sont que l'expression des objectifs fondamentaux ou des fins en vue desquelles la convention a été conclue en choisissant ces objectifs parmi ceux qui étaient proposés par les délégations lors de la conférence de Chicago. Cette formulation liminaire des objectifs ne doit cependant pas donner à penser que les dispositions du chapitre premier de la convention sont les seules à fixer des objectifs. Elles ne sont qu'une option déterminante dont découlent naturellement d'autres objectifs formulés dans d'autres dispositions qui les illustrent ou les explicitent et notamment par l'affirmation des *droits* qui en résultent pour leur application.

Dans les deux accords annexes les droits accordés aux Etats contractants formulent ainsi deux et cinq *libertés* de l'air qui sont les objectifs libres de l'idéal souhaitable auxquels les Etats ne sont pas tenus de souscrire et qui, pour les services aériens internationaux réguliers, sont dans ces deux annexes contraires aux objectifs imposés par la convention commune comme minimum indispensable.

La précision des objectifs des accords annexes écarte l'emploi des prépositions et locutions conjonctives ou prépositives qui précisent la finalité de certaines dispositions de la convention commune ou indiquent aux Etats contractants les mesures à prendre *pour*, ou *afin de* ou *de manière* à atteindre les objectifs qu'elle fixe. Mais ce n'est pas souvent le cas et la diversité des termes employés ne sert pas la clarté des objectifs formulés par la convention.

B - La *désignation matérielle* des objectifs dans la convention commune rend compte des difficultés des négociations et du souci des signataires d'assigner aux Etats des objectifs assez généraux pour ne pas compromettre le "développement futur de l'aviation civile internationale" et en même temps suffisamment précis pour que ce développement soit "ordonné et sûr" sans heurter la souveraineté des Etats. La solution de conciliation qui a prévalu, à un moment où personne ne pouvait imaginer ce que serait l'aviation civile internationale cinquante ans plus tard, a conduit à formuler des *objectifs généraux* pour la navigation et le transport aérien et à assigner des *objectifs particuliers* à l'O.A.C.I.

a) Pour déterminer les objectifs généraux de la navigation aérienne et du transport aérien international il fallait choisir avant

toute chose entre protectionnisme et libéralisme, entre la maîtrise de l'air au bénéfice d'un ou plusieurs Etats ou d'une organisation internationale et "l'égalité des chances" des Etats. Ce choix indispensable a été fait d'une manière telle qu'il donne satisfaction aux Etats protectionnistes et aux Etats favorables au libéralisme.

Le préambule de la convention désigne l'objectif général à atteindre : "afin que l'aviation civile internationale puisse se développer d'une manière sûre et ordonnée et que les services internationaux de transport aérien puissent être établis sur la base de l'égalité des chances et exploités d'une manière saine et économique..." les gouvernements soussignés ont conclu la présente convention. Cet objectif est particulièrement large même si les termes discrets "de l'égalité des chances" indiquent le choix du protectionnisme permettant à tout Etat d'établir des services internationaux et de les exploiter. Cet objectif devait être à tout le moins explicité pour réduire les difficultés résultant du protectionnisme et du caractère international inéluctable des services aériens.

C'est ce que fait, sous le titre "principes généraux et application de la Convention", le chapitre premier de la convention à l'article 1. Le premier objectif de la convention est d'assurer le respect de la "souveraineté complète et exclusive" de chaque Etat "sur l'espace aérien au-dessus de son territoire". Cet objectif est *l'objectif principal* dont sont complémentaires les autres objectifs formulés dans la convention commune et auquel s'opposent les objectifs de liberté limitée de l'accord de transit et de liberté totale de l'accord de transport aérien en ce qui concerne le transport international régulier. Les trois conventions, élaborées dans les conditions qui ont été indiquées, établissent des objectifs destinés à satisfaire tous les Etats : pas de liberté de l'air dans la convention commune, liberté limitée et liberté totale dans les accords annexes.

Cet objectif fondamental de la convention commune est précisé par des *objectifs complémentaires* formulés dans le chapitre 2 (articles 5 à 16). Le premier de ces objectifs complémentaires est l'interdiction d'employer l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la présente convention "précisément relative à l'aviation civile internationale" (article 4).

Le second objectif complémentaire est l'interdiction d'exploiter un *service aérien international régulier* "au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un Etat contractant sauf permission spéciale ou autorisation dudit Etat" (article 6). Cette interdiction ne frappe que les services réguliers car par une concession au libéralisme américain les rédacteurs n'ont pas voulu qu'elle s'applique aux *services internationaux non réguliers* qui en 1944

étaient exceptionnels par rapport à ce qu'ils sont aujourd'hui. Ainsi dans la convention le respect de la souveraineté a pour objectif d'obliger les Etats contractants à obtenir, soit par l'octroi unilatéral, soit, le plus souvent, par un accord bilatéral, les droits de trafic nécessaires à l'exploitation des services internationaux réguliers. Lorsqu'il s'agit de l'exploitation des services internationaux non réguliers l'objectif clairement formulé de l'article 5 est de dispenser les Etats contractants d'avoir à obtenir au préalable le droit de survol (1ère liberté) et le droit d'escale technique, non commerciale (2ème liberté) et de leur donner le privilège en observant la réglementation établie, de débarquer (3ème liberté) et d'embarquer (4ème liberté) dans un autre Etat contractant des passagers, des marchandises ou du courrier. Cette distinction de compromis entre libéralisme et protectionnisme est fondamentale et a pour objectif explicite d'attribuer aux services internationaux non réguliers des libertés refusées aux services internationaux réguliers lorsque les Etats contractants n'ont pas adhéré à l'accord de transit (1ère et 2ème libertés) et à l'accord de transport (3ème, 4ème et 5ème libertés), accords concernant exclusivement les services internationaux réguliers. Cette distinction depuis l'avènement des aéronefs gros porteurs est à l'origine du développement actuel des services non réguliers, objectif que n'avait certainement pas l'article 5 !

Le troisième objectif complémentaire est d'assurer le monopole des services aériens internes au bénéfice du souverain territorial. Si le souverain territorial n'assure pas lui-même ces services il ne peut pas accorder "un tel privilège, à titre exclusif, à un autre Etat ou à une entreprise de transport aérien d'un autre Etat" (article 7).

Ces objectifs complémentaires sont clairement formulés et se distinguent assez bien d'autres dispositions de la convention qui se bornent à tirer dans le domaine de l'aviation civile les conséquences de l'objectif principal et général de souveraineté de l'Etat sur l'espace aérien au-dessus de son territoire. C'est le cas des dispositions relatives aux zones interdites de survol (article 9), au droit d'exiger l'atterrissage aux fins d'inspection douanière, de police ou de santé des aéronefs des services réguliers exploités sans l'autorisation préalable du droit de survol (article 10), à l'obligation de respecter les réglementations nationales d'entrée ou de sortie du territoire (article 13), à l'obligation d'acquitter les redevances d'aéroport (article 15), au droit de visite (article 16), à la nationalité des aéronefs (articles 17 à 21) et aux conditions à remplir par les aéronefs (articles 29 à 36).

Cependant, il est quelquefois difficile de distinguer les conséquences de l'objectif de souveraineté d'*objectifs secondaires* qui ne sont pas expressément formulés. Ainsi l'engagement des

Etats contractants "à poursuivre toute personne contrevenant" aux règles de l'air (article 12), ou "à prendre des mesures efficaces pour prévenir la propagation par la navigation aérienne de certaines maladies contagieuses" (article 14) sont-ils l'illustration des compétences du souverain territorial ou ont-ils pour objectifs d'assurer le respect des règles de l'air et d'éviter la propagation des maladies contagieuses ? Il semble bien que l'engagement des Etats implique des objectifs secondaires et précis. Dans ces objectifs secondaires il faut inclure les objectifs généraux de "facilitation", selon l'expression consacrée du transport aérien, et de solidarité résultant des "mesures destinées à faciliter la navigation aérienne" (article 22 à 29 et 68 à 80) en matière de formalités d'immigration, de douane, de détresse et d'accident.

Les objectifs secondaires doivent être déduits parfois de l'ensemble des dispositions de la convention commune dans laquelle ils expriment des objectifs qui ne sont pas propres à cette convention multilatérale qui leur donne cependant un relief particulier. L'objectif protectionniste de souveraineté appelle l'objectif corollaire d'égalité des Etats contractants qu'évoquent les expressions "chaque Etat", "tout Etat contractant". Il en est de même de l'objectif de non discrimination imposé en matière de transport aérien interne (article 7), de limitations de survol (article 9), d'application des règlements de l'air (article 11), de redevances (article 15)... par les expressions "ne pas accorder à titre exclusif", "uniformément", "redevances des mêmes montants pour des services aériens similaires"... Enfin la répétition fréquente d'une obligation à la charge des Etats et de leurs entreprises de transport aérien donne certainement naissance à un nouvel objectif qui peut être qualifié de manière synthétique d'objectif d'information permanente. Cet objectif résulte, par exemple, des obligations de communiquer les zones interdites de survol (article 9), de publier la liste et les caractéristiques des aéroports douaniers (article 10), les redevances (article 15), de fournir des rapports d'immatriculation (article 21), de notifier des différences (article 38), de communiquer rapports de trafic et statistiques (article 67) ou de désigner les itinéraires éventuellement imposés par un Etat pour le survol de son territoire (articles 5, 11 et 68).

Cet objectif d'information permanente est indispensable à la poursuite des objectifs particuliers de sécurité de la navigation aérienne et d'unité de la réglementation spécialement confiés à l'O.A.C.I.

b) Ce dernier objectif d'unité de la réglementation, évoqué par certaines dispositions de la première partie de la convention (articles 12, 23 par exemple) ne peut être atteint qu'à

deux conditions. La première condition tient à l'engagement des Etats contractants à prêter leur "concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, les normes, les procédures... dans toutes les matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne..." (article 37), à dénoncer les conventions antérieures (article 80) réglementant la navigation aérienne et à ne pas conclure d'accords incompatibles avec la nouvelle convention (article 82). La seconde condition tient à l'existence d'une autorité internationale spécialement habilitée (article 37) par les Etats contractants à assurer l'unité de cette réglementation mondiale de l'air par l'adoption selon les nécessités de normes, pratiques recommandées et procédures internationales.

Instituée par la deuxième partie de la convention commune, l'O.A.C.I. "a pour buts et objectifs d'élaborer les principes et les techniques de la navigation aérienne internationale... de manière à promouvoir, en général, le développement de l'aéronautique civile internationale sous tous ses aspects". Ces buts et objectifs énoncés à l'article 44, lettres a) à i), fondent l'O.A.C.I. à intervenir lorsque le développement de l'aéronautique civile est concerné. Il paraît difficile d'envisager, de manière non limitative, un objectif plus large, les termes "d'aéronautique civile" ayant une signification différente de ceux "d'aviation civile" ou de "navigation aérienne" qui, notamment, ne concernent pas la construction aéronautique.

Dans les domaines relevant de sa compétence, l'O.A.C.I. doit avoir pour objectif principal et général d'assurer l'unité de la réglementation technique et économique de l'aéronautique civile. Un tel objectif ne peut être atteint que par l'élimination des compétences concurrentes des Etats contractants, élimination résultant expressément de l'engagement des Etats à aligner leurs réglementations nationales sur la réglementation de l'O.A.C.I. et de l'obligation faite à cette organisation d'adopter et d'amender, en fonction des nécessités, des normes traitant de dix "sujets" précis (énumérés à l'article 37) "et, lorsqu'il paraît approprié de le faire, de tout autre sujet intéressant la sécurité, la régularité et l'efficacité de la navigation aérienne". Cet objectif, qui à l'heure de la déréglementation ou de la libéralisation doit être souligné, par sa réalisation progressive depuis 1947 est la source des dix-huit Annexes contenant les normes de l'aéronautique internationale ainsi que les pratiques recommandées. L'élaboration et la modification des Annexes expliquent les fonctions obligatoires du Conseil (article 54, lettres a) à n)), de la Commission de la navigation aérienne (article 57) et de l'Assemblée (article 49).

L'élaboration des Annexes dans la poursuite permanente "des buts et objectifs" assignés à l'O.A.C.I. résulte-t-elle d'un pouvoir de décision donné au Conseil dans le but de réaliser la plus importante de ses fonctions obligatoires : le Conseil doit "adopter... les Annexes à la présente convention et notifier à tous les Etats contractants les dispositions prises" (article 54, 1) ? Il est assurément essentiel de savoir si l'objectif d'uniformisation de la réglementation assigné à l'Organisation a conduit les rédacteurs de la convention commune à donner à l'organe compétent, le Conseil, le droit et l'obligation "d'adopter" les Annexes. La lecture de l'article 54, 1 peut, dans sa formulation, donner à penser que la constitution de l'O.A.C.I. a eu un tel objectif au bénéfice du Conseil, objectif corollaire de celui d'uniformisation de la réglementation. Un tel objectif conduirait à la reconnaissance, admise trop souvent, d'un pouvoir législatif du Conseil. A la vérité l'obligation faite au Conseil d'adopter les Annexes et de les notifier aux Etats contractants n'a pas pour but de lui donner un tel pouvoir de décision, qui serait par ailleurs surprenant dans une convention dont l'objectif fondamental est le respect de la souveraineté des Etats contractants. Malgré sa rédaction l'article 54, 1 ne donne au Conseil qu'un *moyen* pour réaliser l'uniformisation des règles de l'air. En effet la procédure d'adoption et d'amendement des Annexes n'est pas prévue dans la deuxième partie de la convention, c'est-à-dire dans la constitution de l'O.A.C.I. Cette procédure fait l'objet de l'article 90 dans les dispositions finales qui forment la quatrième partie de la convention. Cet article donne au Conseil le pouvoir d'adopter les Annexes à la majorité des deux-tiers des trente-trois Etats qui le composent et qui sont élus pour trois ans par l'Assemblée. Lorsqu'elles ont été adoptées par le Conseil les "Annexes sont ensuite soumises par le Conseil à chaque Etat contractant. Toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux Etats contractants, ou à la fin d'une période plus longue fixée par le Conseil, à moins qu'entre-temps la majorité des Etats contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil". Le Conseil propose et les Etats contractants disposent. La majorité des Etats a le pouvoir de manifester expressément sa désapprobation ou d'approuver implicitement par le silence gardé pendant le délai de désapprobation fixé. Cette procédure majoritaire, en elle-même remarquable, ne donne pas au Conseil un pouvoir de décision. Le Conseil n'est pas l'organe législatif ayant pour objectif et fonction d'assurer l'uniformisation de la réglementation.

L'uniformisation ou l'unité de la réglementation est donc l'objectif des Etats contractants qui se sont engagés "à prêter leur concours" pour atteindre cet objectif selon "le plus haut degré

réalisable". Cet objectif est considéré comme l'idéal. Il faut bien admettre que l'engagement des Etats à prêter leur concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité représente une obligation relativement imprécise d'autant plus que tout Etat qui estime ne pouvoir se conformer en tous points à l'une quelconque de ces normes et procédures internationales peut marquer sa différence. Tout Etat, qu'il ait gardé le silence pendant le délai fixé ou qu'il "ait fait connaître sa désapprobation" peut échapper à la norme établie. L'objectif d'unité, l'idéal souhaitable, ne risque-t-il pas dès lors de n'avoir pas de portée pratique et de remettre en cause l'efficacité de la Convention de Chicago, convention unique de l'aviation civile internationale ?

II - L'EFFICACITE DE LA FORMULATION DES OBJECTIFS DANS LA CONVENTION DE CHICAGO

Dans tout traité, comme dans tout accord de volontés, la formulation d'objectifs traduit nécessairement la volonté délibérée de ceux qui ont participé à l'élaboration et à l'adoption du texte appelé à devenir la loi des parties. D'où l'importance que le droit international public attache au but du traité, dès sa conclusion, puis lors de son application et de son interprétation. La Convention de Chicago, dans les conditions de sa négociation et des choix qui devaient être faits, se devait de formuler des objectifs délibérés et déterminés en commun. C'est ce que souligne le dernier alinéa du préambule : "en conséquence *les gouvernements soussignés étant convenus de certains principes et arrangements,...* ont conclu la présente convention à ces fins". Le choix du protectionnisme limité au transport aérien international régulier dans la convention commune et l'option acceptée, dans les deux accords annexes facultatifs, d'une liberté limitée et de la liberté totale, imposaient dans la convention commune que la formulation des objectifs soit telle qu'elle permette la claire compréhension du texte par les Etats contractants puis, par les Etats parties après les adhésions et les admissions. De plus, la deuxième partie de cette convention commune instituant l'O.A.C.I., il était indispensable que soient précisés les pouvoirs de l'Organisation en vue de l'objectif d'harmonisation à atteindre : "le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, les normes (et) procédures".

L'efficacité de la convention dans la réalisation de ses objectifs est liée à la volonté délibérée des rédacteurs de faciliter sa *compréhension* par toutes les parties et de promouvoir *l'harmonisation*, la plus large possible, des règlements, normes et procédures applicables à l'aviation civile.

A - A la différence des deux accords annexes qui ont l'un et l'autre un objectif limité, la convention commune s'est spécialement attachée à favoriser la *compréhension* de ses dispositions essentielles par les Etats de manière à éviter toute divergence dans son interprétation et son application. Cette attitude directive des rédacteurs est apparue d'autant plus nécessaire qu'en se donnant pour objectif fondamental le respect de la souveraineté des Etats sur leurs espaces aériens, la convention devait néanmoins promouvoir "le développement sûr et ordonné" de l'aviation civile internationale. Le caractère somme toute contradictoire de ces deux objectifs a conduit les rédacteurs à justifier les options faites et à encadrer le comportement des Etats destinataires de la Convention. La formulation des objectifs a ainsi pour fonctions de servir à l'*explicitation* des choix et à l'*encadrement* des comportements étatiques lors de son application.

a) L'*explicitation* des choix de la convention commune se traduit par le soin apporté à préciser ses objectifs et par l'effort d'*explication* de sa finalité.

Encore que cela soit plus fréquent dans les conventions internationales que dans la réglementation interne, il convient de souligner que la convention commune donne un intitulé à chacun de ses quatre-vingt-seize articles. Il faut voir dans ces intitulés ce qu'il est convenu d'appeler une fonction "d'affichage" destinée à souligner la finalité de chacune des dispositions par ailleurs incluses dans les vingt-deux chapitres et les quatre parties de la convention qui ont aussi des titres précis. A cet égard la différence de présentation des annexes est particulièrement frappante. Bien entendu les intitulés des articles correspondent à leur objet particulier qui n'est qu'exceptionnellement la formulation d'un objectif. Il faut observer cependant que les articles groupés dans le chapitre 1, "Principes généraux et application", ont pour objet d'énoncer certains des objectifs de la convention commune. Dans ce cas, il y a identité d'objet et de but dans ces dispositions, dont l'objet est de formuler, explicitement ou implicitement, des objectifs.

C'est le cas notamment de l'article 1 de la convention commune, sous l'intitulé "souveraineté". A la première place dans la Convention cet article a pour objet de reconnaître la souveraineté préexistante de l'Etat, même non contractant, sur son espace aérien et pour objectif d'obliger les Etats contractants à la respecter à l'occasion du survol de son territoire conformément, par exemple, à l'article 6 pour les services réguliers. Cet article 1 exprime également l'objectif principal de la Convention : ne pas affirmer la liberté de survol, ce qui est l'objet et l'un des objectifs des accords annexes. En choisissant le protectionnisme, à

lui seul, cet article explique toute la Convention, dont il est la clef de voûte. Certains articles de la Convention, formulant ou non des objectifs complémentaires ou secondaires, ne font que préciser ou expliciter la portée de cet objectif principal dans le domaine de la navigation aérienne et du transport aérien.

Il en est ainsi des deux articles commençant par l'expression "aux fins de la présente convention..." (articles 2 et 96). Ces articles explicitent et clarifient le sens de l'article premier, qui aura ainsi une signification précise et imposée pour tous les Etats parties. L'article 2, pour délimiter la souveraineté sur l'espace aérien, explique, par le biais d'une clause territoriale, ce que, "aux fins de la présente convention, il faut entendre par territoire d'un Etat". La définition qui suit n'est pas particulièrement originale par rapport aux règles du droit international public général, mais il convient d'observer qu'elle n'est pas celle qui est donnée dans l'accord annexe de transport pour l'exercice des 3ème, 4ème et 5ème libertés où la notion de territoire de l'Etat est beaucoup plus restrictive. De même l'article 96 donne du service aérien international une définition conforme à l'article 1 mais différente de celle retenue (article 1, parag. 2) par la Convention de Varsovie de 1929 qui est toujours en vigueur. Ces deux exemples manifestent à l'évidence la volonté des rédacteurs d'imposer une compréhension commune et unique de la Convention. La même observation pourrait être faite pour tous les articles qui comportent des définitions en relation avec l'objectif principal de souveraineté de l'article 1 : aéronef civil et aéronef d'Etat (article 3), service non régulier (article 5), cabotage (article 6), immatriculation et nationalité (articles 17-20), etc...

La même volonté d'explicitation de l'objectif fondamental apparaît dans la partie de la Convention instituant l'O.A.C.I. Les objectifs de l'O.A.C.I. sont énoncés, immédiatement après la disposition qui l'institue, de façon particulière. En effet l'article 44 décide que l'Organisation a pour buts et objectifs d'élaborer les principes et les techniques de la *navigation aérienne* internationale et de promouvoir la planification et le développement du *transport aérien* international". Ces objectifs sont les plus larges qui se puissent concevoir. Cependant le texte précise la finalité de la mission impartie à l'O.A.C.I. en énumérant huit domaines d'intervention privilégiés : développement mondial et pacifique de l'aviation civile, des routes, installations et services, d'un transport sûr, régulier, efficace et économique, sur la base de l'égalité des droits des Etats contractants. Ces domaines d'intervention particuliers étant énoncés, le texte en ajoute un dernier : "promouvoir en général le développement de l'*aéronautique civile* internationale sous tous ses aspects". Ce curieux énoncé des objectifs de l'O.A.C.I. a deux

fonctions. La première est de préciser les objectifs de l'O.A.C.I. dans les domaines de la navigation aérienne (première partie de la Convention) et du transport aérien international (troisième partie de la Convention), c'est-à-dire dans des domaines relevant des parties de la Convention où la souveraineté des Etats contractants aurait pu entrer en conflit avec les compétences de l'O.A.C.I. La seconde fonction consiste à donner à l'O.A.C.I. des compétences d'attribution largement énoncées à la fois en matière de navigation aérienne et de transport aérien international et sur tous les aspects de l'aéronautique civile. Cette compétence est susceptible de donner une base conventionnelle à toutes les interventions de l'O.A.C.I. dans tout domaine non expressément prévu par l'article 44 et concernant l'aéronautique civile.

Ainsi la formulation des objectifs entend concilier la souveraineté des Etats sur leurs espaces aériens et les missions de l'Organisation. Pour qu'une telle conciliation soit efficace, il fallait encore, au-delà de "l'affichage" et de l'explicitation de ses objectifs, que la convention commune oriente l'action des Etats parties et celle de l'Organisation.

b) Il y a dans la Convention une série de dispositions qui ont pour objet d'indiquer ce que, dans l'application de la Convention, les Etats parties et l'Organisation peuvent ou doivent faire et comment ils doivent le faire.

En ce qui concerne la navigation aérienne et le transport aérien international la convention commune impose des droits et devoirs ou, au contraire, suggère certains comportements aux Etats. Dans la rédaction ces deux manières de fixer la compréhension de la Convention apparaissent dans les expressions : chaque Etat contractant "convient" ou "doit" et chaque Etat contractant "a le droit" ou "peut".

Dans une Convention "applicable uniquement aux aéronefs civils" dont l'objectif est le développement de cette aviation civile, il pouvait paraître inutile de prévoir pour l'interdire un usage indu de l'aviation civile. C'est ce que fait cependant l'article 4 : "chaque Etat contractant convient de ne pas employer l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention". L'usage indu de l'aéronef civil ne saurait être présumé et doit être prouvé notamment par l'exercice du droit d'exiger l'atterrissage aux fins d'inspection (articles 5, 9 et 10). L'Etat contractant peut réglementer les services non réguliers (article 5), permettre ou autoriser les services réguliers (article 6), le survol des aéronefs sans pilote (article 8), réglementer l'utilisation des appareils émetteurs ou photographiques (articles 30 et 36) librement dans l'exercice de sa souveraineté sur son espace aérien.

Plus fréquemment la convention commune indique les conditions dans lesquelles les Etats contractants doivent exercer les droits découlant de leur souveraineté. Il en est ainsi en matière de cabotage (article 7), de zones interdites de survol (article 9), de règles de l'air (article 12) et de redevances d'aéroport, installations et services de la navigation aérienne (article 15). Dans ces hypothèses la convention indique le comportement que doit observer l'Etat contractant lorsqu'il décide d'exercer les droits qui lui sont reconnus. Le but de ces dispositions est d'encadrer la pratique des Etats et d'imposer une application uniforme de la Convention.

Il faut ajouter à ce régime de liberté dirigée et surveillée les dispositions de la Convention qui paraissent donner toute liberté aux Etats contractants dans les domaines qui relèvent également de la compétence de l'Organisation et qui sont énoncés à l'article 37. Ainsi, par exemple, l'article 19 dispose que "l'immatriculation ou le transfert d'immatriculation d'aéronefs dans un Etat contractant s'effectue conformément à ses lois et règlements" alors que l'article 37 prévoit l'existence de normes O.A.C.I. en ce domaine. La liberté de réglementation de l'immatriculation des aéronefs est aujourd'hui plus apparente que réelle depuis l'adoption de l'Annexe 7. La même observation doit être faite pour la délivrance et la validation des certificats de navigabilité (article 31 et Annexe 1)... et donne tout son sens à l'expression employée dans d'autres dispositions de la Convention : "chaque Etat contractant peut, sous réserve des dispositions de la présente Convention..." (article 11, 68).

Ces dispositions ont entraîné depuis son entrée en vigueur une interprétation et une application uniformes voulues par la Convention et renforcées et élargies par l'intervention de l'Organisation instituée dans sa deuxième partie.

En instituant l'O.A.C.I. la Convention a désigné les organes et fixé les objectifs à atteindre. Elle a aussi déterminé les compétences de l'Assemblée et du Conseil. C'est sur ce point que la Convention est la plus originale. En effet en confiant au Conseil, organe permanent, le soin de réaliser les objectifs de l'Organisation, la Convention distingue parmi les fonctions de cet organe les fonctions obligatoires des fonctions facultatives. L'énoncé des fonctions obligatoires du Conseil traduit la volonté des rédacteurs de la Convention d'obliger l'Organisation à accomplir ses missions. La plus importante des fonctions obligatoires du Conseil est "d'adopter ... des normes et des pratiques recommandées internationales ; pour des raisons de commodité, les désigner comme *Annexes* à la présente Convention et notifier à tous les Etats contractants les dispositions prises" (article 54, 1). L'objet des Annexes est indiqué à l'article 37 par

lequel des Etats contractants s'engagent à prêter leur concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, normes et procédures. Pour mener à bien cette tâche le Conseil doit exercer d'autres fonctions obligatoires et, notamment, demander, réunir et publier les renseignements utiles. Plus remarquables encore, pour l'adoption des Annexes, deux autres fonctions obligatoires : instituer une Commission de navigation aérienne (article 54, e) et examiner les recommandations de cette Commission tendant à amender les Annexes et prendre toutes mesures utiles prévues à l'article 90 pour l'adoption des Annexes (article 54, m). Ainsi non seulement le Conseil doit adopter les Annexes mais il doit être assisté d'une Commission qu'il doit instituer et dont les fonctions, définies à l'article 57, consistent à recommander au Conseil des amendements aux Annexes et à lui donner des avis sur les renseignements utiles au progrès de la navigation aérienne qu'il convient de prendre et de collecter. Enfin le Conseil doit également nommer un Comité de transport aérien parmi ses membres et définir ses fonctions (article 54, d). De cette manière, en obligeant le Conseil à désigner deux organes subsidiaires dont les fonctions de l'un sont fixées par elle, la Convention instaure une collaboration forcée qui garantit que le Conseil mènera à bien la principale de ses fonctions obligatoires : l'adoption des Annexes.

En raison de cet encadrement imposé le Conseil depuis 1947, réalisant l'objectif assigné à l'O.A.C.I., adopte et amende, selon les nécessités, les normes, pratiques recommandées et procédures internationales qui constituent aujourd'hui les dix-huit Annexes assurant l'harmonisation des règles de l'aviation civile internationale.

B - L'harmonisation des règles de l'aviation civile internationale est l'objectif particulier que la Convention assigne à l'O.A.C.I. et qui lui permet de réaliser les buts et objectifs énoncés à l'article 44. Cet objectif, fonction obligatoire du Conseil, n'est pas défini dans la partie consacrée à l'Organisation mais, comme cela a été indiqué, dans la première partie de la Convention sous le titre "Navigation aérienne", car il fallait concilier la souveraineté des Etats et la nécessité d'une réglementation internationale impliquant l'existence d'une autorité mondiale de l'air. C'est la raison pour laquelle cet objectif ne peut être réalisé qu'avec le "concours" des Etats selon l'expression de l'article 37. Ce concours des Etats parties en 1989 à la convention commune doit se manifester nécessairement à deux niveaux. Au niveau de l'*élaboration* et de l'adoption des normes internationales à défaut desquelles il n'y a pas d'harmonisation possible. Au niveau aussi

de l'*application* des normes sans laquelle l'harmonisation réalisée ne serait qu'un leurre. C'est seulement dans la mesure où les Etats prêtent leur concours à l'élaboration et à l'application des normes que la Convention et les Annexes peuvent être le creuset dans lequel les réglementations nationales s'allient à la réglementation internationale.

a) L'élaboration des Annexes à la Convention est un objectif qui ne peut être atteint que par la mise en oeuvre d'une procédure originale à laquelle participent les Etats membres de l'O.A.C.I. et par leurs représentants élus au Conseil et de manière individuelle, c'est-à-dire hors de l'Assemblée "qui se réunit au moins une fois tous les trois ans". Cette participation des Etats correspond à l'engagement qu'ils ont pris de prêter leur concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité. Cet engagement met à leur charge une obligation de moyen peu propice à la réalisation de l'objectif fixé à l'article 37. Dans la pratique, bien que le Conseil ne soit pas doté d'un pouvoir législatif comme cela a été souligné, le mécanisme d'adoption des Annexes à la majorité des deux-tiers permet d'atteindre l'objectif fixé.

En effet le Conseil composé, comme il est dit à l'article 50, de manière à assurer d'abord la représentation des "Etats d'importance majeure dans le transport aérien", puis celle des "Etats qui contribuent le plus à fournir des installations et services pour la navigation aérienne civile internationale" et des Etats représentant toutes les grandes régions géographiques du monde, ne peut pas adopter des Annexes ou amendements à des Annexes qui ne correspondraient pas à des besoins précis de l'aviation civile internationale. En raison, par exemple, de la pénurie de pilotes dans le monde le Conseil a adopté une nouvelle Annexe 1 (Licences), entrée en vigueur le 16 novembre 1989, pour tenir compte de la situation à laquelle est confrontée l'aviation civile internationale. Dans ces conditions l'adoption à la majorité des deux-tiers ne soulève généralement pas de difficultés. Après leur adoption par le Conseil la notification des Annexes ou amendements aux Annexes aux Etats membres a peu de chances de susciter, dans le délai imparti, la désapprobation expresse de la majorité de ces Etats. D'autant plus que l'article 38 permet à "tout Etat qui estime ne pouvoir se conformer en tous points à l'une quelconque de ces normes et procédures internationales" de "notifier immédiatement à l'Organisation les *différences* entre ses propres pratiques et celles qui sont établies par la norme internationale. Comme "en pareil cas, le Conseil notifie immédiatement à tous les autres Etats" ces différences il en résulte que la notification des différences, outre qu'elle évite

la désapprobation des Annexes, n'intervient que pour des motifs sérieux, à titre temporaire, ou ne porte que sur des points de détails. De plus pour qu'une Annexe soit acceptée par le plus grand nombre d'Etats membres possible, aux fins d'unité et d'harmonisation de la réglementation applicable à l'aviation civile internationale, le Conseil adopte des normes considérées comme le minimum nécessaire en matière de sécurité, de régularité et d'efficacité. Sauf à perdre toute crédibilité un Etat membre hésitera avant de notifier une différence qui, connue de tous les autres Etats, aurait tôt fait de compromettre l'avenir des services aériens assurés sous son pavillon. En revanche, la réglementation nationale peut être plus sévère que la norme internationale mais avec le risque d'un "détournement" du trafic international vers d'autres Etats qui appliquent la norme internationale !

Enfin il faut souligner que les Annexes imposent "le minimum" et indiquent "le mieux" qui est souhaitable dans la distinction des normes, imprimées en caractères romains, et des pratiques recommandées. Il est incontestable que "le mieux recommandé" pendant un certain nombre d'années prépare l'adoption et l'entrée en vigueur de nouvelles normes plus adaptées aux progrès et aux développements de l'aviation civile et plus facilement acceptées par les Etats.

Cette procédure, conciliant les impératifs de souveraineté et la nécessaire harmonisation des règles de l'aviation civile permet au Conseil d'atteindre les objectifs fixés à l'O.A.C.I. par la Convention. Cette procédure aboutit, en fait, à donner au Conseil un pouvoir que la Convention ne lui reconnaît pas. Cela revient à dire que l'harmonisation est assurée par des normes élaborées en vertu de l'objectif fixé à l'O.A.C.I. sans emprunter la voie plus contraignante du commandement issu d'un pouvoir supranational aussi difficile aujourd'hui qu'hier à établir au plan mondial. En l'absence d'un tel pouvoir supranational l'harmonisation et l'unité du droit de l'aviation civile internationale peuvent-elles être également assurées dans l'application volontaire des normes internationales ?

b) De l'application de la Convention de Chicago et de ses Annexes dépend l'efficacité pratique des normes internationales. L'objectif conventionnel ne peut être atteint que si les Etats parties sont unanimes à appliquer, lorsqu'ils les ont implicitement approuvées, les normes internationales. La poursuite permanente de l'objectif d'harmonisation est liée à l'attitude des Etats. A cet égard cette attitude des Etats membres de l'O.A.C.I., en ce qui concerne par exemple les normes relatives au bruit des aéronefs (Annexe 16) ou à la sûreté (Annexe 17), est révélatrice et pose la question de savoir si les dispositions conventionnelles fixant les

objectifs de l'O.A.C.I. sont assorties de dispositions de même nature établissant les moyens à mettre en oeuvre pour les atteindre ?

Cette question revêt un intérêt particulier et actuel qui résulte de ce que les Etats membres de l'O.A.C.I., organisation à vocation universelle, sont également membres d'organisations régionales de coopération ou d'intégration fondées à intervenir dans le domaine de l'aviation civile internationale. Sur ce point les objectifs formulés dans la Convention de Chicago ont-ils pour fonction d'assurer l'unité du droit de l'aviation civile et la primauté des normes O.A.C.I. ?

Les moyens conventionnels à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs de la convention commune font l'objet de dispositions qui nuancent les obligations des Etats car elles établissent quelquefois des obligations de moyens.

Dans la première partie de la Convention les dispositions établissant des obligations de moyens sont relativement nombreuses. Ainsi, à propos des règles de l'air qu'il appartient à chaque Etat d'adopter et de faire respecter l'article 12 dispose que "... chaque Etat contractant s'engage à maintenir ses règlements dans ce domaine conformes, *dans toute la mesure du possible*, à ceux qui pourraient être établis en vertu de la présente Convention...". En matière d'accidents, "l'Etat dans lequel l'accident s'est produit ouvrira une enquête sur les circonstances de l'accident, en se conformant, *dans la mesure où ses lois le permettent*, à la procédure qui pourra être recommandée par l'O.A.C.I."... (article 26). Pour la fourniture d'installations et services de navigation aérienne "chaque Etat contractant s'engage, *dans la mesure où il le juge réalisable...*" (article 23 et 25, 28). Depuis l'entrée en vigueur de la Convention le Conseil a élaboré dans ces matières des Annexes aujourd'hui applicables : Annexe 2, Règles de l'Air, Annexe 13, Enquêtes sur les accidents d'aviation, par exemple. Concessions à la souveraineté en 1944, ces obligations de moyens étaient peu favorables à la poursuite des objectifs que la Convention assigne à l'Organisation. Toutefois les Etats ayant "prêté leur concours" à l'adoption des normes et procédures internationales" l'existence d'annexes applicables transforme l'obligation de moyen initiale en obligation de résultat soit de désapprobation expresse de ces Annexes soit en obligation d'exécuter. A défaut de désapprobation expresse ou de notification des différences il appartient au Conseil dans l'exercice d'une fonction obligatoire "de signaler aux Etats contractants toute infraction à la présente convention, ainsi que tout cas de non application de ses recommandations ou décisions" (article 54, j) et "d'examiner toute question relative à la Convention dont il est saisi par un Etat contractant" (article 54,

n). Si un désaccord surgit alors à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses Annexes qui ne peut être réglé par voie de négociation le Conseil statue à la requête de tout Etat impliqué dans le désaccord. Dans l'exercice de cette fonction juridictionnelle, tout à fait originale dans le droit des organisations internationales, la décision du Conseil est susceptible d'appel devant un tribunal d'arbitrage ad hoc ou devant la Cour Internationale de Justice (article 84). Le règlement juridictionnel a finalement pour effet de donner au Conseil intervenu dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle les moyens conventionnels d'atteindre les objectifs assignés à l'O.A.C.I.

Par voie de conséquence les dispositions d'objectifs et de moyens donnent un effet direct non seulement à la Convention mais aussi aux Annexes qui apparaissent comme les textes d'application des objectifs fixés à l'Organisation dans les domaines énoncés à l'article 37, c'est-à-dire finalement et selon les nécessités, dans tout domaine intéressant la sécurité, la régularité et l'efficacité de l'aviation civile internationale. De cette manière les objectifs formulés dans la Convention assurent l'unité d'application des règles O.A.C.I. et des autres règles de l'aviation civile issues des droits internes ou de conventions multilatérales régionales.

Dans l'ensemble, les droits internes concernant l'aviation civile sont des *droits dérivés* de la Convention et des normes de ses Annexes. Comme cela a été souligné la liberté d'action des législateurs nationaux est plus apparente que réelle soit en raison de l'obligation de notifier les différences soit en raison des difficultés pratiques que peut soulever l'adoption de normes nationales plus sévères que les normes minimales O.A.C.I. Mais sur ce point il faut tenir compte de l'objet de l'Annexe. Ainsi l'Annexe 17 relative à la sûreté peut facilement édicter des normes pour imposer un programme national, un programme aéroport et un programme exploitant à tout Etat membre. En revanche, elle ne peut que recommander des modifications des structures aéroportuaires ou l'utilisation de matériels onéreux et sophistiqués de détection qui ne peuvent être d'ailleurs vraiment efficaces que dans un ensemble aéroportuaire clos. Il en est de même de l'Annexe 16 (1ère partie - Bruit des avions). Les normes sont susceptibles de varier avec l'évolution des techniques de motorisation. Les exploitants des pays industrialisés peuvent les respecter plus facilement que ceux des Etats à développer qui ne disposent pas des moyens financiers nécessaires à la "remotorisation" ou, à plus forte raison, au renouvellement de leurs flottes constituées d'aéronefs d'occasion et âgés. A leur intention et à leur demande l'application des normes nouvelles du

17 novembre 1988 a été reportée, mais ces normes sont maintenues pour les Etats industrialisés et les P.A.D. qui se sont engagés à modifier progressivement la composition de leurs flottes. L'objectif d'uniformité est maintenu. L'application de la norme est temporairement reportée pour quelques Etats.

L'effet direct de la Convention et de ses annexes dans les droits internes peut cependant soulever des difficultés d'application lorsque les Etats membres de l'O.A.C.I. sont également membres d'organisations régionales intéressant l'aviation civile. Ces difficultés ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'organisations de coopération ou d'intégration créées par des conventions multilatérales entrées en vigueur depuis 1944 étant donné la rédaction de l'article 82 : "Les Etats contractants reconnaissent que la présente Convention abroge toutes les obligations et ententes entre eux qui sont incompatibles avec ses dispositions et s'engagent à ne pas contracter de telles obligations ni conclure de telles ententes..."

En ce qui concerne les organisations de coopération régionale de l'aviation civile la Convention de Chicago a prévu à l'article 65 les relations qu'elle peut établir avec elles par l'intermédiaire du Conseil pour les personnels et les services communs. C'est ainsi que la *Commission Européenne de l'aviation civile* (C.E.A.C.) a donné lieu à un arrangement conclu avec le Conseil approuvé par l'Assemblée de l'O.A.C.I. Par sa constitution la C.E.A.C. "maintient une liaison étroite avec l'O.A.C.I. afin de favoriser, par une coopération régionale, la réalisation des buts et objectifs de celle-ci. Elle a recours, dans la mesure du possible, aux services du secrétariat de l'O.A.C.I.". Créée en 1968 pour "apporter une contribution réelle au travail normal de l'O.A.C.I." il ne saurait y avoir d'incompatibilité entre les dispositions de sa constitution et la Convention de Chicago et ses Annexes. La même observation doit être faite pour la *Commission Africaine de l'Aviation Civile* (C.A.F.A.C.) créée dans le cadre de l'O.U.A., le 17 janvier 1969, sa Constitution lui faisant obligation de travailler en consultation et coopération étroite avec l'O.A.C.I. (articles 4 et 12) et pour la *Commission Latino-Américaine de l'Aviation civile* (C.L.A.C.), instituée le 14 décembre 1973, qui doit entretenir "des rapports étroits avec l'O.A.C.I. afin d'assurer l'harmonisation et la coordination de ses activités avec les objectifs et plans de l'O.A.C.I." (article 6). Ces trois organisations décentralisées sont des relais régionaux de l'O.A.C.I. qui ont des fonctions purement consultatives et le même objet que l'O.A.C.I. qui coopère avec elles par ses bureaux régionaux déconcentrés.

Il n'en est pas de même des organisations régionales d'intégration économique. Elle ont un objet plus large que celui de l'O.A.C.I. et disposent d'un pouvoir propre de décision qui, en

matière de navigation aérienne et d'aviation civile, pourrait imposer aux Etats membres des obligations incompatibles avec celles de l'O.A.C.I. Ces organisations d'intégration sectorielle existent dans toutes les régions du monde. Parmi elles la *Communauté Economique Européenne* pose à l'aviation civile des problèmes particuliers en raison de la politique de libéralisation du transport aérien. Cette politique communautaire décidée, depuis l'entrée en vigueur le 1er juillet 1987 de l'Acte Unique Européen, à la majorité qualifiée du Conseil est obligatoire pour les Etats membres. Les règlements, directives et décisions intervenant en matière d'aviation civile et établissant un marché intérieur unique du transport aérien avant le 1er janvier 1993 peuvent-ils porter atteinte à l'uniformité des règles de l'aviation civile mondiale et faire échec aux objectifs de l'O.A.C.I. ?

La réponse à la question ainsi posée conduit à distinguer parmi les obligations conventionnelles des Etats membres celles qui résultent du traité de Rome et de la réglementation communautaire de celles qui résultent des accords bilatéraux conclus pour l'échange des droits de trafic nécessaires aux services aériens réguliers internationaux.

Par l'article 82 de la Convention de Chicago les Etats contractants se sont engagés "à ne pas contracter d'obligations incompatibles avec ses dispositions". Cette obligation demeure tant que les Etats contractants ne dénoncent pas, dans les conditions prévues à l'article 95, la Convention de Chicago ou ne perdent pas la qualité de membres de l'O.A.C.I. (articles 93 et 94)... Cela signifie que le traité de Rome de 1957 n'ayant pas été conclu pour le même objet par les mêmes parties ne saurait être considéré comme une convention multilatérale emportant abrogation implicite de la Convention de Chicago. De ce point de vue le droit communautaire ne peut être qu'un droit dérivé de la Convention et de ses Annexes. C'est ce qu'illustre parfaitement la directive du Conseil du 20 décembre 1979, modifiée le 21 avril 1983, "relative à la limitation des émissions sonores des aéronefs subsoniques" qui adopte une limitation "basée sur les normes spécifiées en la matière par l'O.A.C.I."

Les accords bilatéraux conclus par les *Etats* membres de la C.E.E. avec des Etats tiers, en application de l'article 6 de la Convention de Chicago, doivent être exécutés jusqu'au terme qui a pu être prévu. En cas de besoin ils peuvent être dénoncés si l'une de leurs dispositions le permet expressément ou renégoiés si l'autre partie l'accepte. Il s'agit là de règles fondamentales du droit des traités qui expliquent l'article 234 du traité de Rome : "les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent traité entre un ou plusieurs Etats membres d'une part, et un pour plusieurs Etats

tiers d'autre part, *ne sont pas affectés par les dispositions* du présent traité." Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les Etats membres en cause *recourent à tous les moyens appropriés* pour éliminer les incompatibilités constatées". Cet article 234, parag. 2 énonce une obligation de moyen. Pour éliminer de telles incompatibilités dans un accord en vigueur qui ne contient pas de clause de dénonciation il faut en effet l'accord de l'autre partie.

Dans les relations entre Etats membres l'obligation d'exécuter le traité et le droit communautaire né de son application emporte abrogation des accords antérieurs bilatéraux incompatibles avec la réglementation communautaire et nullité des accords postérieurs conclus en violation du droit communautaire. Le marché intérieur unique par la suppression des frontières affectera le cabotage (article 7) et le monopole du transport aérien domestique, dans la mesure prévue par la réglementation communautaire, en substituant un espace aérien communautaire aux espaces aériens des Etats membres. Dans la Convention de Chicago la souveraineté de l'Etat sur son espace aérien est indépendante de l'étendue de cet espace et de la forme, unitaire ou de type fédéral, de l'Etat.

La C.E.E., avant comme après le marché intérieur unique, ne peut pas porter atteinte à l'harmonisation du droit international de l'aviation civile tant que les Etats membres de la Communauté n'ont pas dénoncé la Convention de Chicago. Ce qui est inconcevable étant donné l'importance et les enjeux de cette Convention.

L'exemple de la Convention de Chicago révèle finalement, à la différence de la réglementation interne, que plus l'enjeu d'une convention internationale est important plus elle doit préciser ses objectifs. Il s'agit là d'une conséquence de la technique conventionnelle qui, pour concilier leurs intérêts divergents, conduit les Etats à exprimer avec soin les objectifs qu'ils se proposent d'atteindre et qui servent de fondement aux obligations qu'ils souscrivent et doivent exécuter.

**CONVENTION RELATIVE
A L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE**
Signée à Chicago le 7 décembre 1944
Entrée en vigueur le 4 avril 1947

PREAMBULE

Considérant que le développement futur de l'Aviation Civile internationale peut grandement aider à créer et à préserver entre les nations et les peuples du monde l'amitié et la compréhension, alors que tout abus qui en serait fait peut devenir une menace pour la sécurité générale,

Considérant qu'il est désirable d'éviter toute mésentente entre les nations et les peuples et de promouvoir entre eux la coopération dont dépend la paix du monde,

En conséquence, les Gouvernements soussignés étant convenus de certains principes et arrangements, afin que l'aviation civile internationale puisse se développer d'une manière sûre et ordonnée et que les services internationaux de transport aérien puissent être établis, sur la base de l'égalité des chances et exploités d'une manière saine et économique,

ont conclu la présente Convention à ces fins.

**PREMIERE PARTIE
NAVIGATION AERIENNE**

**CHAPITRE I
PRINCIPES GENERAUX ET APPLICATION
DE LA CONVENTION**

40 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

c) Aucun aéronef d'Etat d'un Etat contractant ne peut survoler le territoire d'un autre Etat ou y atterrir, sauf autorisation donnée par voie d'accord spécial ou de toute autre manière et conformément aux conditions de cette autorisation.

d) Les Etats contractants s'engagent à tenir dûment compte de la sécurité de la navigation des aéronefs civils lorsqu'ils établissent des règlements pour leurs aéronefs d'Etat.

Article 3 Bis *

a) Les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat doit s'abstenir de recourir à l'emploi des armes contre les aéronefs civils en vol et qu'en cas d'interception, la vie des personnes se trouvant à bord des aéronefs et la sécurité des aéronefs ne doivent pas être mises en danger. Cette disposition ne saurait être interprétée comme modifiant de quelque manière que ce soit les droits et obligations des Etats en vertu de la Charte des Nations Unies.

b) Les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, est en droit d'exiger l'atterrissage, à un aéroport désigné, d'un aéronef civil qui, sans titre, survole son territoire ou s'il y a des motifs raisonnables de conclure qu'il est utilisé à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention il peut aussi donner à cet aéronef toutes autres instructions pour mettre fin à ces violations. A cet effet, les Etats contractants peuvent recourir à tous moyens appropriés compatibles avec les règles pertinentes du droit international, y compris les dispositions pertinentes de la présente Convention, spécifiquement l'alinéa a) du présent article. Chaque Etat contractant convient de publier ses règlements en vigueur pour l'interception des aéronefs civils.

c) Tout aéronef civil doit respecter un ordre donné conformément à l'alinéa b) du présent article. A cette fin, chaque Etat contractant prend toutes les mesures nécessaires dans ses lois ou règlements nationaux pour faire obligation à tout aéronef immatriculé dans ledit Etat ou utilisé par un exploitant qui a le siège principal de son exploitation ou sa résidence permanente dans ledit Etat de se

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 41

CHAPITRE II VOL AU-DESSUS DU TERRITOIRE DES ETATS CONTRACTANTS

Article 5 - Droits des aéronefs n'assurant pas de service régulier. Chaque Etat contractant convient que tous les aéronefs des autres Etats contractants qui n'assurent pas de services aériens internationaux réguliers ont le droit, à la condition que soient respectés les termes de la présente Convention, de pénétrer sur son territoire, de le traverser en transit sans escale et d'y faire des escales non commerciales sans avoir à obtenir une autorisation préalable, sous réserve du droit pour l'Etat survolé d'exiger l'atterrissage. Néanmoins, pour des raisons de sécurité de vol, chaque Etat contractant se réserve le droit d'exiger que les aéronefs qui désirent survoler des régions inaccessibles ou dépourvues d'installations et services de navigation aérienne adéquats suivent les itinéraires prescrits ou obtiennent une autorisation spéciale.

Si lesdits aéronefs assurent le transport de passagers, de marchandises ou de courrier contre rémunération ou en vertu d'un contrat de location en dehors des services aériens internationaux réguliers, ils auront aussi le privilège, sous réserve des dispositions de l'article 7, d'embarquer ou de débarquer des passagers, des marchandises ou du courrier, sous réserve du droit pour l'Etat où a lieu l'embarquement ou le débarquement d'imposer telles réglementations, conditions ou restrictions qu'il pourra juger souhaitables.

Article 6 - Services aériens réguliers. Aucun service aérien international régulier ne peut être exploité au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un Etat contractant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit Etat et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation.

Article 9 - Zones interdites.

a) Chaque Etat contractant peut, pour des raisons de nécessité militaire ou de sécurité publique, restreindre ou interdire uniformément le vol au-dessus de certaines zones de son territoire par les aéronefs d'autres Etats, pourvu qu'il ne soit fait aucune distinction à cet égard entre les aéronefs dudit Etat qui assurent des services aériens internationaux réguliers et les aéronefs des autres Etats contractants qui assurent des services similaires. Ces zones interdites doivent avoir une étendue et un emplacement raisonnables afin de ne pas gêner sans nécessité la navigation aérienne. La définition desdites zones interdites sur le territoire d'un Etat contractant et toute modification ultérieure seront communiquées dès que possible aux autres Etats contractants et à l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale.

b) Chaque Etat contractant se réserve également le droit, dans des circonstances exceptionnelles, en période de crise ou dans l'intérêt de la sécurité publique, de restreindre ou d'interdire temporairement et avec effet immédiat les vols au-dessus de tout ou partie de son territoire, à condition que cette restriction ou interdiction s'applique, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les autres Etats.

c) Chaque Etat contractant peut, selon des règlements qu'il a la faculté d'édictier, exiger que tout aéronef qui pénètre dans les zones visées aux alinéas a et b ci-dessus, atterrisse dès que possible sur un aéroport désigné à l'intérieur de son territoire.

Article 10 - Atterrissage sur un aéroport douanier. Sauf dans le cas où, aux termes de la présente Convention ou d'une autorisation spéciale, il est permis à des aéronefs de traverser le territoire d'un Etat contractant sans y atterrir, tout aéronef qui pénètre sur le territoire d'un Etat contractant doit, si les règlements dudit Etat l'exigent, atterrir sur un aéroport désigné par cet Etat aux fins d'inspection douanière et autres. En quittant le territoire d'un Etat contractant, ledit aéronef doit partir d'un aéroport douanier désigné aux mêmes fins. Les caractéristiques de tous les aéroports douaniers désignés doivent être publiées par

ainsi que tout aéronef portant la marque de sa nationalité, en quelque lieu qu'il se trouve, se conforment aux règles et règlements en vigueur en ce lieu pour le vol et la manoeuvre des aéronefs. Chaque Etat contractant s'engage à maintenir ses règlements dans ce domaine conformes, dans toute la mesure du possible, à ceux qui pourraient être établis en vertu de la présente Convention. Au-dessus de la haute mer, les règles en vigueur sont les règles établies en vertu de la présente Convention. Chaque Etat contractant s'engage à poursuivre toute personne contrevenant aux règlements applicables.

Article 13 - Règlements d'entrée et de congé. Les lois et règlements d'un Etat contractant concernant l'entrée ou la sortie de son territoire des passagers, équipages ou marchandises des aéronefs, tels que les règlements relatifs à l'entrée, au congé, à l'immigration, aux passeports, à la douane et à la santé, doivent être observés à l'entrée, à la sortie ou à l'intérieur du territoire de cet Etat, par lesdits passagers ou équipages, ou en leur nom, et pour les marchandises.

Article 14 - Prévention de la propagation des maladies. Chaque Etat contractant convient de prendre des mesures efficaces pour prévenir la propagation, par la navigation aérienne, du choléra, du typhus (épidémique), de la variole, de la fièvre jaune, de la peste, ainsi que de toute autre maladie contagieuse que les Etats contractants décident de désigner le cas échéant et, à cette fin, les Etats contractants se tiendront en étroite consultation avec les institutions chargées des règlements internationaux relatifs aux mesures sanitaires applicables aux aéronefs. Une telle consultation ne préjuge en rien l'application de toute convention internationale existant en la matière et à laquelle les Etats contractants seraient parties.

Article 15 - Redevances d'aéroport et droits similaires. Tout aéroport situé dans un Etat contractant et ouvert aux aéronefs de cet Etat aux fins d'usage public est aussi, sous réserve des dispositions de l'article 68, ouvert dans des conditions uniformes aux aéronefs de tous les autres Etats contractants. De

44 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

contractant intéressé, les redevances imposées pour l'utilisation des aéroports et autres installations et services sont soumises à l'examen du Conseil, qui fait rapport et formule des recommandations à ce sujet à l'attention de l'Etat ou des Etats intéressés. Aucun Etat contractant ne doit imposer de droits, taxes ou autres redevances uniquement pour le droit de transit, d'entrée ou de sortie de son territoire de tout aéronef d'un Etat contractant, ou de personnes ou biens se trouvant à bord.

Article 16 - Visite des aéronefs. Les autorités compétentes de chacun des Etats contractants ont le droit de visiter, à l'atterrissage et au départ, sans causer de retard déraisonnable, les aéronefs des autres Etats contractants et d'examiner les certificats et autres documents prescrits par la présente Convention.

CHAPITRE III NATIONALITE DES AERONEFS

Article 17 - Nationalité des aéronefs. Les aéronefs ont la nationalité de l'Etat dans lequel ils sont immatriculés.

Article 18 - Double immatriculation. Un aéronef ne peut être valablement immatriculé dans plus d'un Etat, mais son immatriculation peut être transférée d'un Etat à un autre.

Article 19 - Lois nationales régissant l'immatriculation. L'immatriculation ou le transfert d'immatriculation d'aéronefs dans un Etat contractant s'effectue conformément à ses lois et règlements.

Article 20 - Port des marques. Tout aéronef employé à la navigation aérienne internationale porte les marques de nationalité et d'immatriculation qui

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 45

CHAPITRE IV MESURES DESTINEES A FACILITER LA NAVIGATION AERIENNE

Article 22 - Simplification des formalités. Chaque Etat contractant convient d'adopter, par la promulgation de règlements spéciaux ou de toute autre manière, toutes mesures en son pouvoir pour faciliter et accélérer la navigation par aéronef entre les territoires des Etats contractants et éviter de retarder sans nécessité les aéronefs, équipages, passagers et cargaisons, particulièrement dans l'application des lois relatives à l'immigration, à la santé, à la douane et au congé.

Article 23 - Formalités de douane et d'immigration. Chaque Etat contractant s'engage, dans la mesure où il le juge réalisable, à établir des règlements de douane et d'immigration intéressant la navigation aérienne internationale, conformément aux pratiques qui pourraient être établies ou recommandées en vertu de la présente Convention. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme empêchant la création d'aéroports francs.

Article 24 - Droits de douane.

a) Au cours d'un vol à destination ou en provenance du territoire d'un autre Etat contractant au transitant par ce territoire, tout aéronef est temporairement admis en franchise de droits, sous réserve des règlements douaniers de cet Etat. Le carburant, les huiles lubrifiantes, les pièces de rechange, l'équipement habituel et les provisions de bord se trouvant dans un aéronef d'un Etat contractant à son arrivée sur le territoire d'un autre Etat contractant et s'y trouvant encore lors de son départ de ce territoire, sont exempts des droits de douane, frais de visite ou autres droits et redevances similaires imposés par l'Etat ou les autorités locales. Cette exemption ne s'applique pas aux quantités ou aux objets déchargés, à

46 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

disparus collaborera aux mesures coordonnées qui pourraient être recommandées en vertu de la présente Convention.

Article 26 - Enquête sur les accidents. En cas d'accident survenu à un aéronef d'un Etat contractant sur le territoire d'un autre Etat contractant et ayant entraîné mort ou lésion grave ou ayant révélé de graves déficiences techniques de l'aéronef ou des installations et services de navigation aérienne, l'Etat dans lequel l'accident s'est produit ouvrira une enquête sur les circonstances de l'accident, en se conformant, dans la mesure où ses lois le permettent, à la procédure qui pourra être recommandée par l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale. Il est donné à l'Etat dans lequel l'aéronef est immatriculé la possibilité de nommer des observateurs pour assister à l'enquête et l'Etat procédant à l'enquête lui communique le rapport et les constatations en la matière.

Article 27 - Exemption de saisie en cas de contestation sur les brevets d'invention.

a) Lorsqu'un aéronef d'un Etat contractant est employé à la navigation aérienne internationale, l'entrée autorisée sur le territoire d'un autre Etat contractant ou le transit autorisé à travers le territoire dudit Etat, avec ou sans atterrissage, ne donne lieu ni à saisie ou à rétention de l'aéronef, ni à réclamation à l'encontre de son propriétaire ou exploitant, ni à toute autre intervention de la part ou au nom de cet Etat ou de toute personne qui s'y trouve, du fait que la construction, le mécanisme, les pièces, les accessoires ou l'exploitation de l'aéronef porteraient atteinte aux droits afférents à tout brevet, dessin ou modèle dûment délivré ou déposé dans l'Etat sur le territoire duquel a pénétré l'aéronef, étant convenu que, dans cet Etat, il n'est exigé en aucun cas un dépôt de garantie en raison de l'exemption de saisie ou de rétention de l'aéronef visé ci-dessus.

b) Les dispositions du paragraphe a) du présent article s'appliquent aussi à l'entreposage des pièces et du matériel de rechange pour les aéronefs, ainsi qu'au

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 47

a) à fournir sur son territoire, des aéroports, des services radio-électriques et météorologiques et d'autres installations et services de navigation aérienne afin de faciliter la navigation aérienne internationale, conformément aux normes et pratiques qui pourraient être recommandées ou établies en vertu de la présente Convention ;

b) à adopter et mettre en oeuvre les systèmes normalisés appropriés relatifs aux procédures de communications, aux codes, au balisage, à la signalisation, aux feux et aux autres pratiques et règles d'exploitation qui pourraient être recommandés ou établis en vertu de la présente Convention ;

c) à collaborer aux mesures internationales destinées à assurer la publication de cartes et plans aéronautiques, conformément aux normes qui pourraient être recommandées ou établies en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE V CONDITIONS A REMPLIR EN CE QUI CONCERNE LES AERONEFS

ARTICLE 29 - Documents de bord des aéronefs. Tout aéronef d'un Etat contractant employé à la navigation internationale doit, conformément aux conditions prescrites par la présente Convention, avoir à bord les documents suivants :

- a) son certificat d'immatriculation ;
- b) son certificat de navigabilité ;
- c) les licences appropriées pour chaque membre de l'équipage ;
- d) son carnet de route ;
- e) s'il est muni d'appareils radio-électriques, la licence de la station radio de l'aéronef ;
- f) s'il transporte des passagers, la liste de leurs noms et lieux d'embarquement et de destination ;

48 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

Article 31 - Certificats de navigabilité. Tout aéronef employé à la navigation internationale doit être muni d'un certificat de navigabilité délivré ou validé par l'Etat dans lequel il est immatriculé.

Article 32 - Licences du personnel.

a) Le pilote de tout aéronef et les autres membres de l'équipage de conduite de tout aéronef employé à la navigation internationale doivent être munis de brevets d'aptitude et de licences délivrés ou validés par l'Etat dans lequel leur aéronef est immatriculé.

b) Chaque Etat contractant se réserve le droit de ne pas reconnaître, pour le survol de son propre territoire, les brevets d'aptitude et les licences accordés à l'un de ses ressortissants par un autre Etat contractant.

Article 33 - Reconnaissance des certificats et licences. Les certificats de navigabilité, ainsi que les brevets d'aptitude et les licences délivrés ou validés par l'Etat contractant dans lequel l'aéronef est immatriculé, seront reconnus valables par les autres Etats contractants si les conditions qui ont régi la délivrance ou la validation de ces certificats, brevets ou licences sont équivalentes ou supérieures aux normes minimales qui pourraient être établies conformément à la présente Convention.

Article 34 - Carnets de route. Pour chaque aéronef employé à la navigation internationale, il est tenu un carnet de route sur lequel sont portés les renseignements relatifs à l'aéronef, à l'équipage et à chaque voyage, sous la forme qui pourrait être prescrite en vertu de la présente Convention.

Article 35 - Restrictions relatives à la cargaison.

a) Les munitions de guerre et le matériel de guerre ne peuvent être transportés à l'intérieur ou au-dessus du territoire d'un Etat à bord d'aéronefs employés à la navigation internationale, sauf permission dudit Etat. Chaque Etat

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 49

Article 36 - Appareils photographiques. Tout Etat contractant peut interdire ou réglementer l'usage d'appareils photographiques à bord des aéronefs survolant son territoire.

CHAPITRE VI NORMES ET PRATIQUES RECOMMANDEES INTERNATIONALES

Article 37 - Adoption de normes et procédures internationales. Chaque Etat contractant s'engage à prêter son concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité dans les règlements, les normes, les procédures et l'organisation relatifs aux aéronefs, au personnel, aux voies aériennes et aux services auxiliaires, dans toutes les matières pour lesquelles une telle uniformité facilite et améliore la navigation aérienne.

A cette fin, l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale adopte et amende, selon les nécessités, les normes, pratiques recommandées et procédures internationales traitant des sujets suivants :

- a) systèmes de communications et aides à la navigation aérienne, y compris le balisage au sol ;
- b) caractéristiques des aéroports et des aires d'atterrissage ;
- c) règles de l'air et pratiques de contrôle de la circulation aérienne ;
- d) licences et brevets du personnel technique d'exploitation et d'entretien ;
- e) navigabilité des aéronefs ;
- f) immatriculation et identification des aéronefs ;
- g) collecte et échange de renseignements météorologiques ;
- h) livres de bord ;
- i) cartes et plans aéronautiques ;
- j) formalités de douane et d'immigration ;
- k) aéronefs en détresse et enquêtes sur les accidents ;

50 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

tous les autres Etats la différence existant entre un ou plusieurs points de la norme internationale et la pratique nationale correspondante de l'Etat en question.

Article 39 - Annotation des certificats et licences.

a) Tout aéronef ou élément d'aéronef au sujet duquel il existe une norme internationale de navigabilité ou de performance et qui n'a pas satisfait sur un point quelconque à cette norme lors de l'établissement de son certificat de navigabilité, doit avoir sous forme d'annotation sur son certificat de navigabilité, ou en annexe à celui-ci, l'énumération complète des détails sur lesquels l'aéronef ou l'élément d'aéronef s'écartait de cette norme.

b) Tout titulaire d'une licence qui ne satisfait pas entièrement aux conditions imposées par la norme internationale relative à la classe de la licence ou du brevet qu'il détient doit avoir sous forme d'annotation sur sa licence, ou en annexe à celle-ci, l'énumération complète des points sur lesquels il ne satisfait pas auxdites conditions.

Article 40 - Validité des certificats et des licences annotés. Aucun aéronef ou membre du personnel dont le certificat ou la licence a été ainsi annoté ne peut participer à la navigation internationale si ce n'est avec la permission de l'Etat ou des Etats sur le territoire desquels il pénètre.

L'immatriculation ou l'emploi d'un tel aéronef ou d'un élément certifié d'aéronef dans un Etat autre que celui où il a été certifié à l'origine est laissée à la discrétion de l'Etat dans lequel cet aéronef ou élément est importé.

Article 41 - Reconnaissance des normes de navigabilité existantes. Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent ni aux aéronefs ni au matériel d'aéronefs des types dont le prototype a été soumis aux autorités nationales compétentes pour homologation avant l'expiration des trois années qui suivent la date d'adoption d'une norme internationale de navigabilité pour ce matériel.

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 51

DEUXIEME PARTIE L'ORGANISATION DE L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE

CHAPITRE VII L'ORGANISATION

Article 43 - Nom et composition. Il est institué par la présente Convention une organisation qui portera le nom d'*Organisation de l'Aviation Civile Internationale*. Elle se compose d'une Assemblée, d'un Conseil et de tous autres organes qui pourraient être nécessaires.

Article 44 - Objectifs. L'organisation a pour buts et objectifs d'élaborer les principes et les techniques de la navigation aérienne internationale et de promouvoir la planification et le développement du transport aérien international de manière à :

- a) assurer le développement ordonné et sûr de l'Aviation Civile Internationale dans le monde entier ;
- b) encourager les techniques de conception et d'exploitation des aéronefs à des fins pacifiques ;
- c) encourager le développement des voies aériennes, des aéroports et des installations et services de navigation aérienne pour l'Aviation Civile Internationale ;
- d) Répondre aux besoins des peuples du monde en matière de transport aérien sûr, régulier, efficace et économique ;
- e) prévenir le gaspillage économique résultant d'une concurrence déraisonnable ;
- f) assurer le respect intégral des droits des Etats contractants et une possibilité équitable pour chaque Etat contractant d'exploiter des entreprises de trans-

52 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

nombre des suffrages ainsi fixé ne sera pas inférieur aux trois cinquièmes du nombre total des Etats contractants.*

Article 46 - Première session de l'Assemblée. La première session de l'Assemblée sera convoquée par le Conseil intérimaire de l'Organisation provisoire précitée dès l'entrée en vigueur de la présente Convention et se tiendra à la date et au lieu que fixera le Conseil intérimaire.

Article 47 - Capacité juridique. Sur le territoire de chaque Etat contractant, l'Organisation jouit de la capacité juridique nécessaire à l'exercice de ses fonctions. La pleine personnalité juridique lui est accordée partout où elle est compatible avec la Constitution et les lois de l'Etat intéressé.

CHAPITRE VIII L'ASSEMBLEE

*Article 48 - Sessions de l'Assemblée et vote.***

a) L'Assemblée se réunit au moins une fois tous les trois ans et est convoquée par le Conseil en temps et lieu utiles. Elle peut tenir une session extraordinaire à tout moment sur convocation du Conseil ou sur requête adressée au Secrétaire Général par un nombre d'Etats contractants égal au cinquième au moins du nombre total de ces Etats.

b) Tous les Etats contractants ont un droit égal d'être représentés aux sessions de l'Assemblée et chaque Etat contractant a droit à une voix. Les délégués représentant les Etats contractants peuvent être assistés de conseillers techniques, qui peuvent participer aux séances mais n'ont pas droit de vote.

c) La majorité des Etats contractants est requise pour constituer le quorum lors des réunions de l'Assemblée. Sauf dispositions contraires de la présente

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 53

c) examiner les rapports du Conseil, leur donner la suite qui convient et statuer sur toute question dont elle est saisie par le Conseil ;

d) établir son propre règlement intérieur et instituer les commissions subsidiaires qu'elle pourra juger nécessaires ou souhaitables ;

e) voter des budgets annuels et déterminer le régime financier de l'Organisation, conformément aux dispositions du chapitre XII ;*

f) examiner les dépenses et approuver les comptes de l'Organisation ;

g) renvoyer, à sa discrétion, au Conseil, aux commissions subsidiaires ou à tout autre organe, toute question de sa compétence ;

h) déléguer au Conseil les pouvoirs et l'autorité nécessaires ou souhaitables pour l'exercice des fonctions de l'Organisation et révoquer ou modifier à tout moment ces délégations de pouvoirs ;

i) donner effet aux dispositions appropriées du chapitre XIII ;

j) examiner les propositions tendant à modifier ou à amender les dispositions de la présente Convention et, si elle les approuve, les recommander aux Etats contractants conformément aux dispositions du chapitre XXI ;

k) traiter de toute question relevant de la compétence de l'Organisation et dont le Conseil n'est pas expressément chargé.

CHAPITRE IX LE CONSEIL

*Article 50 - Composition et élection du Conseil.***

a) Le Conseil est un organe permanent responsable devant l'Assemblée. Il se compose de trente-trois Etats contractants élus par l'Assemblée. Il est procédé à une élection lors de la première session de l'Assemblée et ensuite tous les trois ans ; les membres du Conseil ainsi élus restent en fonctions jusqu'à l'élection suivante.

54 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

c) Aucun représentant d'un Etat contractant au Conseil ne peut être activement associé à l'exploitation d'un service aérien international ou avoir des intérêts financiers dans un tel service.

Article 51 - Président du Conseil. Le Conseil élit son Président pour une période de trois ans. Celui-ci est rééligible. Il n'a pas droit de vote. Le Conseil élit parmi ses membres un ou plusieurs Vice-Présidents, qui conservent leur droit de vote lorsqu'ils remplissent les fonctions de Président. Le Président n'est pas nécessairement choisi parmi les représentants des membres du Conseil mais, si un représentant est élu, son siège est réputé vacant et l'Etat qu'il représentait pourvoit à la vacance. Les fonctions du Président sont les suivantes :

- a) convoquer le Conseil, le Comité du Transport Aérien et la Commission de Navigation Aérienne ;
- b) agir comme représentant du Conseil ;
- c) exercer au nom du Conseil les fonctions que celui-ci lui assigne.

Article 52 - Vote au Conseil. Les décisions du Conseil sont prises à la majorité de ses membres. Le Conseil peut déléguer ses pouvoirs, pour tout sujet déterminé, à un comité composé de membres du Conseil. Les décisions de tout comité du Conseil peuvent être portées en appel devant le Conseil par tout Etat contractant intéressé.

Article 53 - Participation sans droit de vote. Tout Etat contractant peut participer, sans droit de vote, à l'examen par le Conseil ainsi que par ses comités et commissions de toute question qui touche particulièrement ses intérêts. Aucun membre du Conseil ne peut voter lors de l'examen par le Conseil d'un différend auquel il est partie.

Article 54 - Fonctions obligatoires du Conseil. Le Conseil doit :

- a) soumettre des rapports annuels à l'Assemblée ;
- b) exécuter les instructions de l'Assemblée et s'acquitter des fonctions et

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 55

tionaux, y compris des renseignements sur les coûts d'exploitation et sur le détail des subventions versées aux entreprises de transport aérien et provenant de fonds publics ;

j) signaler aux Etats contractants toute infraction à la présente Convention, ainsi que tout cas de non-application de recommandations ou décisions du Conseil ;

k) rendre compte à l'Assemblée de toute infraction à la présente Convention, lorsqu'un Etat contractant n'a pas pris les mesures appropriées dans un délai raisonnable après notification de l'infraction ;

l) adopter, conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Convention, des normes et des pratiques recommandées internationales ; pour des raisons de commodité, les désigner comme Annexes à la présente Convention et notifier à tous les Etats contractants les dispositions prises ;

m) examiner les recommandations de la Commission de Navigation Aérienne tendant à amender les Annexes et prendre toutes mesures utiles conformément aux dispositions du chapitre XX ;

n) examiner toute question relative à la Convention dont il est saisi par un Etat contractant.

Article 55 - Fonctions facultatives du Conseil. Le Conseil peut :

a) s'il y a lieu et lorsque cela se révèle souhaitable à l'expérience, créer, sur une base régionale ou autre, des commissions de transport aérien subordonnées et définir des groupes d'Etats ou d'entreprises de transport aérien avec lesquels ou par l'intermédiaire desquels il pourra s'employer à faciliter la réalisation des fins de la présente Convention ;

b) déléguer des fonctions à la Commission de Navigation Aérienne en sus de celles que prévoit la Convention et révoquer ou modifier à tout moment ces délégations de pouvoirs ;

c) mener des recherches sur tous les aspects du transport aérien et de la navigation aérienne qui sont d'importance internationale, communiquer les résultats de ses recherches aux Etats contractants et faciliter l'échange, entre Etats

CHAPITRE X
LA COMMISSION DE NAVIGATION AERIENNE

Article 56 - Nomination de la Commission. La Commission de la Navigation Aérienne se compose de quinze membres nommés par le Conseil parmi des personnes proposées par des Etats contractants. Ces personnes doivent posséder les titres et qualités ainsi que l'expérience voulus en matière de science et de pratique de l'aéronautique. Le Conseil invite tous les Etats contractants à soumettre des candidatures. Le Président de la Commission de Navigation Aérienne est nommé par le Conseil.*

Article 57 - Fonctions de la Commission. La Commission de Navigation Aérienne doit :

- a) examiner et recommander au Conseil, pour adoption, des modifications aux Annexes à la présente Convention ;
- b) instituer des sous-commissions techniques, auxquelles tout Etat contractant peut être représenté, s'il le désire ;
- c) donner des avis au Conseil sur la collecte et la communication aux Etats contractants de tous les renseignements qu'elle juge nécessaires et utiles au progrès de la navigation aérienne.

CHAPITRE XI
PERSONNEL

Article 58 - Nomination du personnel. Sous réserve des règles établies par l'Assemblée et des dispositions de la présente Convention, le Conseil détermine le mode de nomination et de cessation d'emploi, la formation et les

Article 60 - Immunités et privilèges du personnel. Chaque Etat contractant s'engage, dans la mesure où son régime constitutionnel le permet, à accorder au président du Conseil, au secrétaire général et aux autres membres du personnel de l'Organisation les immunités et privilèges accordés au personnel correspondant d'autres organisations internationales publiques. Si un accord international général sur les immunités et privilèges des fonctionnaires internationaux intervient, les immunités et privilèges accordés au Président du Conseil, au Secrétaire général et aux autres membres du personnel de l'Organisation seront les immunités et privilèges accordés aux termes de cet accord international général.

CHAPITRE XII
FINANCES

Article 61 - Budget et répartition des dépenses. Le Conseil soumet à l'Assemblée des budgets annuels, ainsi que des états de comptes et des prévisions de recettes et dépenses annuelles. L'Assemblée vote les budgets en y apportant les modifications qu'elle juge à propos et, exception faite des contributions fixées en vertu du chapitre XV à l'égard des Etats qui y consentent, répartit les dépenses de l'Organisation entre les Etats contractants sur la base qu'elle détermine en tant que de besoin.*

Article 62 - Suspension du droit de vote. L'Assemblée peut suspendre le droit de vote à l'Assemblée et au Conseil de tout Etat contractant qui ne s'acquitte pas, dans un délai raisonnable, de ses obligations financières envers l'Organisation.

Article 63 - Dépenses des délégations et autres représentants.
Chaque Etat contractant doit être représenté dans les réunions de l'Assemblée.

58 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

appropriés avec toute organisation générale établie par les nations du monde pour préserver la paix.

Article 65 - Arrangements avec d'autres organismes internationaux. Le Conseil peut, au nom de l'Organisation, conclure avec d'autres organismes internationaux des accords en vue d'entretenir des services communs au sujet du personnel et peut, avec l'approbation de l'Assemblée, conclure tous autres arrangements de nature à faciliter le travail de l'Organisation.

Article 66 - Fonctions relatives à d'autres accords.

a) L'Organisation exerce également les fonctions que lui confèrent l'Accord relatif au Transit des services aériens internationaux et l'Accord relatif au Transport aérien international, établis à Chicago le 7 décembre 1944, conformément aux dispositions desdits accords.

b) Les membres de l'Assemblée et du Conseil qui n'ont pas accepté l'Accord relatif au Transit des services aériens internationaux ou l'Accord relatif au Transport aérien international, établis à Chicago le 7 décembre 1944, n'ont pas droit de vote sur les questions soumises à l'Assemblée ou au Conseil en vertu des dispositions de l'Accord en cause.

TROISIEME PARTIE TRANSPORT AERIEN INTERNATIONAL

CHAPITRE XIV RENSEIGNEMENTS ET RAPPORTS

Article 67 - Communication de rapports au Conseil. Chaque Etat contractant s'engage à ce que ses entreprises de transport aérien international

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 59

et services de navigation aérienne d'un Etat contractant, y compris ses services radioélectriques et météorologiques, ne suffisent pas à assurer l'exploitation sûre, régulière, efficace et économique des services aériens internationaux existants ou projetés, il consulte l'Etat directement en cause et les autres Etats intéressés afin de trouver le moyen de remédier à la situation et il peut formuler des recommandations à cet effet. Aucun Etat contractant n'est coupable d'infraction à la présente Convention s'il omet de donner suite à ces recommandations.

Article 70 - Financement des installations et services de navigation aérienne. Un Etat contractant peut, dans les circonstances envisagées à l'article 69, conclure un arrangement avec le Conseil afin de donner effet à de telles recommandations. L'Etat peut choisir de prendre à sa charge tous les frais résultant dudit arrangement ; dans le cas contraire, le Conseil peut accepter, à la demande de l'Etat, de pourvoir à la totalité ou à une partie des frais.

Article 71 - Fourniture et entretien d'installations et services par le Conseil. Si un Etat contractant le demande, le Conseil peut accepter de fournir, pourvoir en personnel, entretenir et administrer en totalité ou en partie les aéroports et autres installations et services de navigation aérienne, y compris les services radio-électriques et météorologiques requis sur le territoire dudit Etat pour l'exploitation sûre, régulière, efficace et économique des services aériens internationaux des autres Etats contractants, et peut fixer des redevances justes et raisonnables pour l'utilisation des installations et services fournis.

Article 72 - Acquisition ou utilisation de terrain. Lorsqu'un terrain est nécessaire pour des installations et services financés en totalité ou en partie par le Conseil à la demande d'un Etat contractant, cet Etat doit, soit fournir lui-même ce terrain, dont il conservera la propriété s'il le désire, soit en faciliter l'utilisation par le Conseil à des conditions justes et raisonnables et conformément à ses lois.

60 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

services, ainsi que le paiement, par prélèvement sur les revenus d'exploitation de ces aéroports et autres installations et services, des frais d'exploitation desdits aéroports et autres installations et services et des charges d'intérêt et d'amortissement.

Article 75 - Reprise des installations et services fournis par le Conseil. Un Etat contractant peut à tout moment se dégager de toute obligation contractée par lui en vertu de l'article 70 et prendre en charge les aéroports et autres installations et services établis par le Conseil sur son territoire en vertu des dispositions des articles 71 et 72, en versant au Conseil une somme, qui, de l'avis du Conseil, est raisonnable en l'occurrence. Si l'Etat estime que la somme fixée par le Conseil n'est pas raisonnable, il peut appeler de la décision du Conseil à l'Assemblée et l'Assemblée peut confirmer ou modifier la décision du Conseil.

Article 76 - Restitution de fonds. Les fonds réunis par le Conseil par voie de remboursement effectué en vertu de l'article 75 et provenant de paiements d'intérêts et d'amortissement en vertu de l'article 74 sont, dans le cas des avances financées à l'origine par les Etats en vertu de l'article 73, restitués aux Etats pour lesquels des contributions ont été fixées à l'origine, proportionnellement à leurs contributions, selon la décision du Conseil.

CHAPITRE XVI ORGANISATIONS D'EXPLOITATION EN COMMUN ET SERVICES EN POOL

Article 77 - Organisations d'exploitation en commun autorisées. Aucune disposition de la présente Convention n'empêche deux ou plusieurs Etats

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 61

gements de pool par l'intermédiaire soit de son gouvernement, soit d'une ou plusieurs compagnies de transport aérien désignées par son gouvernement. Ces compagnies peuvent, à la discrétion exclusive de l'Etat intéressé, être propriété d'Etat, en tout ou partie, ou propriété privée.

QUATRIEME PARTIE DISPOSITIONS FINALES

CHAPITRE XVII AUTRES ACCORDS ET ARRANGEMENTS AERONAUTIQUES

Article 80 - Conventions de Paris et de La Havane. Chaque Etat contractant s'engage à dénoncer, dès l'entrée en vigueur de la présente Convention, la Convention portant réglementation de la Navigation aérienne, signée au Paris le 13 octobre 1919, ou la Convention relative à l'Aviation commerciale, signée à La Havane le 20 février 1928, s'il est partie à l'une ou l'autre de ces Conventions. Entre Etats contractants, la présente Convention remplace les Conventions de Paris et de La Havane ci-dessus mentionnées.

Article 81 - Enregistrement des accords existants. Tous les accords aéronautiques existants au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention entre un Etat contractant et tout autre Etat, ou entre une entreprise de transport aérien d'un Etat contractant et tout autre Etat ou une entreprise de transport aérien de tout autre Etat, doivent être enregistrés immédiatement au Conseil.

Article 82 - Abrogation d'arrangements incompatibles. Les Etats contractants reconnaissent que la présente Convention abroge toutes les obligations et ententes entre eux qui sont incompatibles avec ses dispositions et

Article 83 Bis - Transfert de certaines fonctions et obligations.

a) Nonobstant les dispositions des articles 12, 30, 31 et 32 a), lorsqu'un aéronef immatriculé dans un Etat contractant est exploité en vertu d'un accord de location, d'affrètement ou de banalisation de l'aéronef, ou de tout autre arrangement similaire, par un exploitant qui a le siège principal de son exploitation, ou à défaut sa résidence permanente dans un autre Etat contractant, l'Etat d'immatriculation peut, par accord avec cet autre Etat, transférer à celui-ci tout ou partie des fonctions et obligations que les articles 12, 30, 31 et 32 a) lui confèrent, à l'égard de cet aéronef, en sa qualité d'Etat d'immatriculation. L'Etat d'immatriculation sera dégagé de sa responsabilité en ce qui concerne les fonctions et obligations transférées.

b) Le transfert ne portera pas effet à l'égard des autres Etats contractants avant que l'accord dont il fait l'objet ait été enregistré au Conseil et rendu public conformément à l'article 83, ou que l'existence et la portée de l'accord aient été notifiées directement aux autorités de l'Etat ou des autres Etats contractants intéressés par un Etat partie à l'accord.

c) Les dispositions des alinéas a) et b) ci-dessus sont également applicables dans les cas envisagés à l'article 77.*

CHAPITRE XVIII DIFFERENDS ET MANQUEMENTS

Article 84 - Règlement des différends. Si un désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et de ses Annexes ne peut être réglé par voie de négociation, le Conseil statue à la requête de tout Etat impliqué dans ce désaccord. Aucun membre du Conseil ne peut voter lors de l'examen par le Conseil d'un différend auquel il est partie. Tout Etat contractant peut, sous réserve de l'article 85, appeler de la décision du Conseil à un tribunal d'arbitrage ad hoc établi en accord avec les autres parties au différend ou à la Cour Permanente de Justice

tribunal d'arbitrage, chacun des Etats contractants parties au différend désigne un arbitre et ces arbitres désignent un surarbitre. Si l'un des Etats contractants parties au différend n'a pas désigné d'arbitre dans les trois mois à compter de la date de l'appel, un arbitre sera choisi au nom de cet Etat par le président du Conseil sur une liste de personnes qualifiées et disponibles tenue par le Conseil. Si, dans les trente jours, les arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur un surarbitre, le président du Conseil désigne un surarbitre choisi sur la liste susmentionnée. Les arbitres et le surarbitre se constituent alors en tribunal d'arbitrage. Tout tribunal d'arbitrage établi en vertu du présent article ou de l'article précédent détermine ses règles de procédure et rend ses décisions à la majorité des voix, étant entendu que le Conseil peut décider des questions de procédure dans le cas d'un retard qu'il estimerait excessif.

Article 86 - Appels. A moins que le Conseil n'en décide autrement, toute décision du Conseil sur la question de savoir si l'exploitation d'une entreprise de transport aérien international est conforme aux dispositions de la présente Convention conserve son effet, tant qu'elle n'a pas été infirmée en appel. Sur toute autre question, les décisions du Conseil sont suspendues en cas d'appel, jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel. Les décisions de la Cour permanente de Justice Internationale et celles d'un tribunal d'arbitrage sont définitives et obligatoires.

Article 87 - Sanctions à l'encontre d'une entreprise de transport aérien qui ne conforme pas aux dispositions prévues. Chaque Etat contractant s'engage à ne pas permettre, dans l'espace aérien au-dessus de son territoire, l'exploitation d'une entreprise de transport aérien d'un Etat contractant si le Conseil a décidé que cette entreprise ne se conforme pas à une décision définitive rendue conformément aux dispositions de l'article précédent.

Article 88 - Sanctions à l'encontre d'un Etat qui ne se conforme pas aux dispositions prévues. L'Assemblée suspend le droit de vote à

CHAPITRE XX
ANNEXES

Article 90 - Adoption et amendement des Annexes.

a) L'adoption par le Conseil des Annexes visées à l'alinéa 1) de l'article 54 requiert les voix des deux tiers du Conseil lors d'une réunion convoquée à cette fin, et lesdites Annexes sont ensuite soumises par le Conseil à chaque Etat contractant. Toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux Etats contractants, ou à la fin d'une période plus longue fixée par le Conseil, à moins qu'entre-temps la majorité des Etats contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil.

b) Le Conseil notifie immédiatement à tous les Etats contractants l'entrée en vigueur de toute Annexe ou de tout amendement à une Annexe.

CHAPITRE XXI
RATIFICATIONS, ADHESIONS, AMENDEMENTS
ET DENONCIATIONS

Article 91 - Ratification de la Convention.

a) La présente Convention est soumise à la ratification des Etats signataires. Les instruments de ratification sont déposés dans les archives du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, qui notifie la date du dépôt à chacun des Etats signataires et adhérents.

b) Dès que la présente Convention aura réuni les ratifications ou adhésions de vingt-six Etats, elle entrera en vigueur entre ces Etats le trentième jour après le dépôt du vingt-sixième instrument. Elle entrera en vigueur, à l'égard de chaque Etat qui la ratifiera par la suite, le trentième jour après le dépôt de son instrument

monde pour préserver la paix, être admis à participer à la présente Convention par un vote des quatre cinquièmes de l'Assemblée, dans les conditions que l'Assemblée pourra prescrire, étant entendu que dans chaque cas, l'assentiment de tout Etat envahi ou attaqué au cours de la présente guerre par l'Etat qui demande son admission sera nécessaire.

*Article 93 bis - **

A) Nonobstant les dispositions des articles 91, 92 et 93 ci-dessus,

1. Tout Etat dont le gouvernement fait l'objet, de la part de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies, d'une recommandation tendant à le priver de sa qualité de membre d'institutions internationales, établies par l'Organisation des Nations Unies ou reliées à celle-ci, cesse automatiquement d'être membre de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale ;

2. Tout Etat qui est exclu de l'Organisation des Nations Unies cesse automatiquement d'être membre de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, à moins que l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies joigne à son acte d'exclusion une recommandation contraire.

B) Tout Etat qui cesse d'être membre de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, en application des dispositions du paragraphe A) ci-dessus, peut, avec l'accord de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies, être admis à nouveau dans l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale sur sa demande, et avec l'approbation du Conseil votée à la majorité.

C) Les membres de l'Organisation qui sont suspendus de l'exercice des droits et privilèges inhérents à la qualité de membre de l'Organisation des Nations Unies, sont, à la requête de cette dernière, suspendus des droits et privilèges inhérents à la qualité de membre de la présente Organisation.

Article 94 - Amendement de la Convention.

a) Toute proposition d'amendement à la présente Convention doit être soumise par les députés de l'Assemblée et être mise en vigueur à l'égard de

66 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

ment des Etats-Unis d'Amérique, qui en informe immédiatement chacun des Etats contractants.

b) La dénonciation prend effet un an après la date de réception de la notification et ne vaut qu'à l'égard de l'Etat qui a effectué la dénonciation.

CHAPITRE XXII DEFINITIONS

Article 96 - Aux fins de la présente Convention :

- a) "Service aérien" signifie tout service aérien régulier assuré par aéronef pour le transport public de passagers, de courrier ou de marchandises ;
- b) "Service aérien international" signifie un service aérien qui traverse l'espace aérien au-dessus du territoire de deux ou plusieurs Etats ;
- c) "Entreprise de transport aérien" signifie toute entreprise de transport aérien offrant ou exploitant un service aérien international ;
- d) "Escale non commerciale" signifie un atterrissage ayant un but autre que l'embarquement ou le débarquement de passagers, de marchandises ou de courrier.

Signature de la Convention

En foi de quoi, les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés, signent la présente Convention au nom de leurs gouvernements respectifs aux dates figurant en regard de leur signature.

Fait à Chicago le septième jour du mois de Décembre 1944, en langue anglaise. Les textes de la présente Convention rédigés dans les langues française, anglaise, espagnole et russe font également foi. Ces textes seront

O.N.U. ET INSTITUTIONS SPECIALISEES 67

ETATS PARTIES A LA CONVENTION RELATIVE A L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE

Signée à Chicago le 7 Décembre 1944 *

Les instruments de ratification, ou d'adhésion (A), ont été déposés par les Etats suivants aux dates indiquées en regard :

AFGHANISTAN	4 avril 1947
AFRIQUE DU SUD	1 mars 1947
ALGERIE	7 mai 1963 (A)
ALLEMAGNE (Rép. Féd.)	9 mai 1956 (A)
ANGOLA	11 mars 1977 (A)
ANTIGUA et BARBUDA	10 novembre 1981 (A)
ARABIE SAOUDITE	19 février 1962 (A)
ARGENTINE	4 juin 1946 (A)
AUSTRALIE	1 mars 1947
AUTRICHE	27 août 1948 (A)
BAHAMAS	27 mai 1975 (A)
BAHREIN	20 août 1971 (A)
BANGLADESH	22 décembre 1972 (A)
BARBADE	21 mars 1967 (A)
BELGIQUE	5 mai 1947
BENIN	29 mai 1961 (A)
BIRMANIE	8 juillet 1948 (A)
BOLIVIE	4 avril 1947
BOTSWANA	28 décembre 1978 (A)
BRESIL	

80 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

ACCORD RELATIF AU TRANSPORT AERIEN INTERNATIONAL Signé à Chicago le 7 décembre 1944

Les Etats qui, étant membres de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, signent le présent accord sur le Transport Aérien International et y adhèrent, sont convenus de ce qui suit :

Article premier -

Section 1. Chaque Etat contractant accorde aux autres Etats contractants, en ce qui concerne les services aériens internationaux réguliers, les libertés de l'air suivantes :

- 1) Le droit de traverser son territoire sans atterrir ;
- 2) Le droit d'atterrir pour des raisons non commerciales ;
- 3) Le droit de débarquer des passagers, du courrier et des marchandises embarquées sur le territoire de l'Etat dont l'aéronef possède la nationalité ;
- 4) Le droit d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination du territoire de l'Etat dont l'aéronef possède la nationalité ;
- 5) Le droit d'embarquer des passagers, du courrier et des marchandises à destination de tout autre Etat contractant et le droit de débarquer des passagers, du courrier et des marchandises en provenance de tout autre Etat contractant.

Pour ce qui concerne les droits prévus aux paragraphes 3), 4) et 5) de la présente section, l'engagement de chaque Etat contractant ne vise que les services directs sur une route constituant un itinéraire raisonnablement direct, en provenance ou à destination du territoire métropolitain de l'Etat dont l'aéronef possède la nationalité.

Les droits visés par la présente section ne vaudront pas pour les aéroports utilisés à des fins militaires, à l'exclusion de tout service aérien international régulier.

72 ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

ACCORD RELATIF AU TRANSIT DES SERVICES AERIENS INTERNATIONAUX Signé à Chicago le 7 décembre 1944

Les Etats qui, étant membres de l'Organisation Internationale de l'Aviation Civile, signent le présent accord sur le transit des services aériens internationaux et y adhèrent, sont convenus de ce qui suit :

Article premier-

Section 1. Chaque Etat contractant accorde aux autres Etats contractants, en ce qui concerne les services aériens internationaux réguliers, les libertés de l'air suivantes :

- 1° Le droit de traverser son territoire sans atterrir ;
- 2° Le droit d'atterrir pour des raisons non commerciales.

Les droits visés à la présente section ne vaudront pas pour les aéroports utilisés à des fins militaires, à l'exclusion de tout service aérien international régulier. Dans les zones où se déroulent des hostilités ou qui font l'objet d'une occupation militaire et, en temps de guerre, le long des routes de ravitaillement conduisant à ces zones, l'exercice des deux droits ci-dessus sera subordonné à l'approbation des autorités militaires compétentes.

Section 2. L'exercice des droits susmentionnés sera conforme aux dispositions de l'accord intérimaire sur l'aviation civile internationale et, lorsqu'elle entrera en vigueur, aux dispositions de la convention relative à l'Aviation Civile Internationale, tous deux signés à Chicago le 7 décembre 1944.

Section 3. Un Etat contractant qui accorde aux entreprises de transport aérien d'un autre Etat contractant le droit de faire escale pour des raisons non

LES FORMULATIONS D'OBJECTIFS ET L'INTERPRETATION DE LA LOI EN ANGLETERRE

Par

Françoise GRIVART de KERSTRAT
*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science
Politique d'Aix-Marseille*

INTRODUCTION

"Les formulations d'objectifs ne se retrouvent pas avec la même fréquence dans tous les domaines du droit", écrit M. Delcamp, au début du rapport qu'il présente de l'enquête menée par le Sénat au sujet des formulations d'objectifs dans la loi française.

Un peu de la même façon, ayant à traiter des formulations d'objectifs, dans la loi anglaise, je dirai qu'elles ne se retrouvent pas avec la même fréquence dans tous les systèmes de droit. J'avoue qu'avant même d'avoir amorcé la moindre recherche il me semblait que ma récolte risquait d'être maigre et que la plupart des rubriques du questionnaire ne trouveraient pas de réponse intéressante ou bien significative.

Et puis, lisant l'article : "Principles, Purposes and Rules" que Sir William Dale (1), j'ai extrait la phrase, qui va suivre, et que je tiens à insérer ici dans sa forme originale, car je pense qu'elle permettra bien à chacun -et spécialement à ceux qui lisent la langue anglaise- de mesurer la différence que présente le terrain de recherche, quand elle est située sur le terrain du droit anglais.

(1) Dale (Sir William), Principles, Purposes and Rules, Stat. L.R., sept. 1988, p. 15.

Voici ce qu'écrit Sir William :

"Whereas our whole system of case law is founded on the development of principle on the basis of particular decisions, an analogous process is virtually absent from legislative activity.

The judge is always looking for a principle the legislator, it seems, hardly ever".

"Alors que tout notre système jurisprudentiel repose sur l'élaboration de principes édiflés à partir de solutions d'espèces, c'est en vain que l'on chercherait un processus analogue dans la démarche du législateur.

Si le juge est toujours à la recherche du principe (gouvernant la matière), le législateur, quant à lui, ne paraît presque jamais s'en préoccuper".

Je serais tentée de m'arrêter là, car il me paraîtrait hasardeux d'aller plus loin et tenter de pourchasser la formulation d'objectifs sur un terrain dont M. Dale, en connaisseur averti, nous dit qu'elle ne fait pas partie des préoccupations normales du législateur anglais.

Pourtant, bien qu'il me soit difficile d'envisager d'arriver à des conclusions différentes de celles du spécialiste de la rédaction des lois anglaises qu'est M. W. Dale, j'ai tenté de faire une petite excursion, sous forme de test, au pays des lois anglaises afin de voir s'il me serait possible d'y détecter, sinon de véritables formulations d'objectifs, du moins des éléments qui puissent de loin ou de près s'y apparenter.

J'ai donc conduit ma recherche sur deux années de lois telles qu'elles sont présentées dans les Current Law Statutes Annotated pour les années 1979 et 1980 (chacune a un numéro et est désignée comme composant un chapitre du Recueil). J'ai trouvé 60 chapitres dans le recueil de l'année 1979 et 67 dans celui de l'année 1980. Après avoir examiné chacun de ces chapitres un à un, j'ai arrêté l'expérience, estimant que cet échantillonnage était une illustration suffisamment convaincante du bien fondé de la remarque de M. Dale. Comme ce dernier, je dirai simplement que deux à trois fois pour chacune des années examinées, il m'a semblé qu'un début de section pouvait de loin s'apparenter à quelque chose ayant certain points communs avec une formulation d'objectifs.

Ainsi, par exemple, en 1979, la loi n° 11 est relative à la distribution de l'électricité en Ecosse ; dans sa section 4 (2) sont

(2) General duties in exercising functions :

4. - In exercising and performing their functions the Boards shall, subject to and in accordance with any directions given by the Secretary of State under section 33. -

(a) promote the use of all economical methods of generating, transmitting and distributing electricity ;

énoncés les objectifs généraux à poursuivre par l'organisme établi en vertu des sections 1 et 2. La loi, de la même année, qui porte le numéro 36 est une loi établissant un Conseil National des professions d'infirmière, de sage-femme et de visiteur médical. Si la première section de cette loi établit le Conseil, la section 2 énonce les éléments essentiels de la mission de ce Conseil : le contrôle, la surveillance et le recrutement des professions en question ainsi que des activités professionnelles (3).

Pour l'année 1980 j'ai retenu trois lois.

La première, portant le numéro 5, est relative aux obligations des autorités locales en matière de sauvegarde de l'enfance. Dans sa première section elle énonce ce que doivent être les préoccupations générales des autorités locales en cette matière (4).

- (b) secure so far as practicable, the development, extension to rural areas and cheapening of supplies of electricity ;
- (c) avoid undue preference in the provision of such supplies ;
- (d) promote the simplification and standardisation of methods of charge for such supplies ;
- (e) promote the standardisation of systems of supply and types of electrical fittings ;
- (f) promote the welfare, health and safety of persons in their employment and in consultation with any organisation appearing to them to be appropriate make provision for advancing the skill of persons employed by them and for improving the efficiency of their equipment and of the manner in which that equipment is to be used, including provision by them, and the assistance of the provision by others, of facilities for training and education ;
- (g) conduct research into matters affecting the supply of electricity and assist other persons conducting such research.

(3) Functions of Council :

- 2. - (1) The principal functions of the Central Council shall be to establish and improve standards of training and professional conduct for nurses, midwives and health visitors.
- (2) The Council shall ensure that the standards of training they establish are such as to meet any Community obligation of the United Kingdom.
- (3) The Council shall by means of rules determine the conditions of a person's being admitted to training, and the kind and standard of training to be undertaken, with a view to registration.
- (4) The rules may also make provision with respect to the kind and standard of further training available to persons who are already registered.
- (5) The powers of the Council shall include that of providing, in such manner as it thinks fit, advice for nurses, midwives and health visitors on standards of professional conduct.
- (6) In the discharge of its functions the Council shall have proper regard for the interests of all groups within the professions, including those with minority representation.

(4) Duty of local authorities to promote welfare of children :

- 1. - (1) It shall be the duty of every local authority to make available such advice, guidance and assistance as may promote the welfare of children by diminishing the need to receive children into or keep them in care under this Act or to bring children before a juvenile court ; and any provisions made by a local authority under this subsection may, if the local authority think fit, include provision for giving assistance in kind or, in exceptional circumstances, in cash.
- (2) In carrying out their duty under subsection (1) above, a local authority may make arrangements with voluntary organisations of other persons for the provision by those organisations of other persons of such advice, guidance or assistance as is mentioned in that subsection.

La seconde loi porte le numéro 20 et a trait à l'expression du choix des préférences par les parents d'élèves au sujet des écoles où ils envoient leurs enfants. L'expression de ce choix doit, selon la section 6 de la loi, être encouragée et recueillie par les autorités administratives compétentes en matière d'éducation nationale (5).

La troisième loi retenue pour l'année 1980, porte le numéro 44 et est la soeur jumelle de la précédente en ce sens qu'elle porte sur le même sujet, mais concerne l'Ecosse. Elle comporte dans la section 1 paragraphe 1 l'énoncé d'un principe général (6).

En outre, je préciserai qu'il existe le plus souvent en tête des lois anglaises ce qui est désigné par l'expression : *long title*. Ce n'est pas une déclaration d'objectifs au sens où nous avons retenu cette expression, puisque en fait il s'agit de présenter l'objet de la loi. Cependant, dans ce "*long title*" on peut parfois relever certaines formules s'apparentant à une déclaration d'objectif. Par exemple, pour l'année 1980, je signale les "*long title*" des trois lois suivantes :

- loi n° 21 relative à la suppression de la Commission des prix et à l'établissement d'un organisme de contrôle de la concurrence (7) ;

(5) Duty of education authorities to secure provision of education :

1. - (1) Subject to subsection (2) below, it shall be the duty of every education authority to secure that there is made for their area adequate and efficient provision of school education and further education.

(2) The duty imposed on an education authority by subsection (1) above shall not include the provision of school education in nursery schools and nursery classes, but an education authority shall have power to provide for their area school education in nursery schools and nursery classes.

(3) Every education authority :

(a) shall have power to secure for their area, and

(b) without prejudice to the duty imposed on them by subsection

(1) above, shall be under a duty to secure for pupils in attendance at schools in their area,

the provision of adequate facilities for social, cultural and recreative activities and for physical education and training.

(4) The facilities for further education that may be provided by an education authority shall include facilities for vocational and industrial training.

(6) Parental preferences

6. - (1) Every local education authority shall make arrangements for enabling the parent of a child in the area of the authority to express a preference as to the school at which he wishes education to be provided for his child in the exercise of the authority's functions and to give reasons for his preference.

(2) Subject to subsection (3) below, it shall be the duty of a local education authority and of the governors of a county of voluntary school to comply with any preference expressed in accordance with the arrangements.

(7) An Act to abolish the Price Commission ; to make provision for the control of anti-competitive practices in the supply and acquisition of goods and the supply and securing of services ; to provide for references of certain public bodies and other persons to the Monopolies and Mergers Commission ; to provide for the investigation of prices and charges by the Director General of Fair Trading ; to provide for the making of grants to certain bodies ; to amend and provide for the amendments with

- loi n° 51 relative au logement (8) ;
- loi n° 65 ayant pour objet de réduire le contrôle sur les autorités locales (9).

Ces "*long titles*" ne devraient normalement pas être mentionnés ici puisque les consignes délimitant l'objet de l'étude avaient expressément écarté textes annexes, exposés des motifs, titres, etc. ...

Si j'ai voulu néanmoins en donner ces trois échantillons, c'est parce que, au même titre que la "*General Note*", qui les suit immédiatement, et précède le texte proprement dit de la loi, il peut être pris en considération par l'interprète, alors que l'histoire du texte et l'ensemble des travaux parlementaires qui concerne la loi, ne le peuvent pas. Comme l'indique Mme Kinder-Gest "En Angleterre, on n'utilise pas les travaux préparatoires, sauf s'il s'agit d'une loi établissant une règle de droit international (...) ; les seuls aides à l'interprétation permis sont ces éléments qui font partie du texte législatif tels :

- le titre long, le préambule,
- les intitulés,
- les schedules (annexes),

mais non les notes marginales, ni la ponctuation" (10).

L'on mesurera la faible proposition des lois qui ont pu être retenues comme contenant quelque chose qui puisse être mis en parallèle avec la formulation d'objectifs. Et il faudra bien reconnaître que la moisson est plus que modeste.

respect to the Restrictive Trade Practices Act 1976 ; to repeal th remaining provisions of the Counter-Inflation Act 1973 ; and for purposes connected therewith. (3rd April 1980).

(8) An Act to give security of tenure, and the right to buy their homes, to tenants of local authorities and other bodies ; to make other provision with respect to those and other tenants ; to amend the law about housing finance in the public sector ; to make other provision with respect to housing ; to restrict the discretion of the court in making orders for possession of land ; and for connected purposes. (8th August 1980).

(9) An Act relax controls over local and certain other authorities ; to amend the law relating to the publication of information, the undertaking of works and the payment of allowances by local authorities and other bodies ; to make further provision with respect to rates and to grants for local authorities and other persons and for controlling the expenditure of local authorities ; to amend the law relating to planning ; to make provision for a register of public land and the disposal of land on it ; to repeal the community Land Act 1975 ; to continue the Land Authority for Wales ; to make further provision in relation to land compensation, development land, derelict land and public bodies' acquisitions and disposals of land ; to amend the law relating to town development and new towns ; to provide for the establishment of corporations to regenerate urban areas ; to make further provision in relation to gipsies and their caravan sites ; to abolish the Clean Air Councils and certain restrictions on the Greater London Council ; to empower certain further authorities to confer honorary distinctions ; and for connected purposes. (13th November 1980).

(10) Kinder-Gest (P.), *Le Droit anglais*, L.G.D.J. 1989, p. 236.

Aussi, m'a-t-il paru intéressant de tenter de présenter ici quelques observations qui me semblent pouvoir expliquer le caractère exceptionnel des formulations d'objectifs, dans les lois anglaises. Ou, si l'on veut rester plus près de la formule de M. Dale : pourquoi est-ce le juge et non le législateur qui se préoccupe de la formulation de principes ? Pour y parvenir, l'on tentera d'examiner quels rapports entretiennent entre eux les autorités que sont respectivement le législateur et le juge à propos de l'élaboration de la règle de droit ; et, quelle approche a le juge de la loi, lorsqu'il lui incombe de l'interpréter.

I. - EMERGENCE DU JUGE DE COMMON LAW, INTERPRETE DES MOTS DE LA LOI

Pourquoi les lois anglaises ne contiennent qu'exceptionnellement des formulations d'objectifs ? Pourquoi le législateur ne se soucie-t-il pas d'exprimer des principes lorsqu'il légifère ?

Pour moi, c'est naturellement l'Histoire du Droit Anglais qu'il faut explorer pour tenter de donner une réponse à ces questions. Et il m'est aisé de justifier cette démarche si je songe aux savants auteurs qui ont exposé aux juristes français les subtilités du droit anglais dans le passé ; je n'en citerai que deux, les professeurs Levy-Ulmann (11) et René David (12). C'est bien de l'Histoire qu'ils ont tiré l'essentiel de leur réflexion, permettant de retrouver la logique d'un système juridique si différent du nôtre, à maints égards.

Pour l'essentiel, ce que je vais dire s'inspire des travaux du célèbre historien du droit anglais qu'est Plucknett.

Cet auteur dont les ouvrages bien connus couvrent divers domaines de l'histoire du droit, a consacré une attention particulière au problème de l'interprétation des lois (13).

Ainsi, c'est Plucknett (14) qui nous renseigne sur le fait que le phénomène de législation remonte en Angleterre au moins aux années 600 et n'a pas cessé de se manifester depuis.

Lorsque les rois normands prirent le relais des rois saxons, la procédure législative et le rôle des acteurs ne changèrent guère de ce qu'ils étaient sous les rois saxons ; à savoir, le Roi entouré d'un petit groupe de conseillers, débattait de l'utilité d'adopter telle ou telle loi (statute), faisant appel plus à la persuasion qu'à l'autorité ; un peu -dit Plucknett- comme on adopte aujourd'hui aux Etats-Unis d'Amérique un code uniforme. C'est notamment

(11) Levy-Ulmann (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928.

(12) David (R.), Gutteridge (H.C.), Wortley (B.A.), *Introduction à l'Etude du Droit privé de l'Angleterre*, Sirey 1948.

(13) Plucknett, *Statutes and their Interpretation*.

(14) Plucknett, *A Concise History of English Law*.

de cette façon que devait être adoptée en 1100, sous le règne d'Henry 1er, troisième fils de Guillaume le Conquérant, une Charte des Libertés, Charte donc antérieure à la très célèbre Magna Carta, regardée comme le premier grand texte constitutionnel anglais.

Mais la première grande période d'activité législative attendit le règne d'Henry II pour se manifester ; l'on vit alors apparaître, sous le règne de ce Souverain, une régularité dans la fréquence de l'adoption des textes législatifs. Celle ne fera que s'intensifier sous le règne exceptionnellement long d'Henry III.

Comment est élaborée cette législation.

Dans une première période il apparaît que les textes adoptés le sont en général au nom du Roi et du Parlement représentant l'assemblée des Lords et l'assemblée des Communes ; en fait ces textes sont préparés par les membres du Conseil du Roi, dont faisaient alors partie les juges de *Common Law*.

Pour ce qui est du choix des questions sur lesquelles il était légiféré et du contenu de cette législation, jusqu'au XIV^e siècle, les membres du Parlement, alertés par la population, n'avaient pas beaucoup plus qu'un rôle de suggestion ou de proposition, la décision étant, en fait, prise par le Roi en son Conseil, mais promulguée au nom du Roi en son Parlement.

Cette pratique cependant devait susciter les protestations des membres du Parlement qui se plaignaient que certaines de leurs suggestions soient laissées sans suite ou que des lois adoptées au nom du Parlement diffèrent substantiellement par leur contenu, de ce qui avait été discuté au Parlement.

A partir du XV^e siècle, une nouvelle procédure devait se mettre en place, grâce à laquelle, quand un texte législatif était adopté par le Parlement, la formulation précise du texte avait été mise au point dans le cadre des débats au Parlement, ce dernier se muant de ce fait en un véritable organe législatif. En outre, à partir de cette époque, il devint de pratique courante d'adopter des lois dont le texte était rédigé en Anglais et non plus en Français comme c'était le cas jusqu'au XIV^e siècle et en latin au XIII^e siècle.

A l'époque Tudor, on vit se manifester un double phénomène. D'une part apparaît la préoccupation de limiter le pouvoir d'intervention et d'initiative du juge, notamment en l'obligeant à mettre en oeuvre effectivement les textes de loi adoptés par le Parlement. Ceci conduisit à faire prévaloir un style de rédaction des lois peu pratiqué jusqu'alors : style très détaillé et très précis, écartant toute possibilité pour le juge de s'évader de son champ d'application. Aussi, pour parvenir à ce résultat, le législateur ne craignait pas d'élaborer des textes longs, remplis d'énumérations et d'exceptions, s'efforçant de prévoir toutes les

hypothèses concrètes dans lesquelles la loi pourrait avoir à s'appliquer.

Apparaît en outre de la part du Roi un autre souci : celui de faire précéder les textes législatifs, de préambules "vigoureux et polémiques", exposant avec force devant l'opinion publique, ses projets et desseins, en y faisant ressortir les avantages et aspects positifs de sa politique. En quelque sorte, ce préambule était l'instrument de promotion et de publicité des lois auprès du public ; cela d'autant plus que désormais les lois ne vont plus être données seulement par proclamation orale, mais aussi parfois, pour les textes importants, sous forme écrite et publiées dans la presse. Il est à remarquer, par exemple, que même si un Roi à la fois aussi autoritaire et aussi populaire qu'Henry VIII a fait en sorte que le plus souvent le Parlement lui soit favorable, il n'en reste pas moins que, en plus d'une occasion, il dut s'y reprendre à plusieurs fois avant de réussir à faire voter un texte de loi par le Parlement.

Dès l'origine, le problème de l'interprétation des lois a suscité semble-t-il, des controverses avant d'être résolu en faveur du pouvoir judiciaire : le mot lui-même "d'interprétation" était symbole d'usurpation de fonction, quand il s'agissait de l'interprétation des lois, car dès le XIV^e siècle, il est apparu que l'interprète jouait un rôle stratégique pour déterminer la portée réelle et la signification véritable de la loi.

Après une période marquée par l'hésitation, la solution reconnaissait que le juge est le mieux placé et le plus qualifié pour accomplir la tâche d'interprète de la loi :

"La principale raison du triomphe de la solution actuelle (sur ce point) peut être recherchée dans l'histoire du Parlement. L'élaboration de la loi était l'oeuvre d'un petit groupe de conseillers et de juges qui restaient en contact étroit avec le Roi ; il était donc aisé d'avoir recours à ce groupe de personnes lorsqu'on avait besoin d'une interprétation" (15).

Plusieurs exemples de cas sont donnés dans lesquels le juge, lors d'une plaidoirie comportant une discussion relative à l'interprétation d'une loi coupe court à la discussion en affirmant que ce genre d'argumentation est parfaitement inutile puisque lui, en tant que juge, est mieux informé que quiconque de ce qu'il faut entendre comme étant le sens de la loi puisqu'il a été de ceux qui l'ont rédigée.

Les juges vont progressivement se détacher du Conseil du Roi pour former des entités différentes, désignées par le terme

(15) Plucknett, *Concise History of English Law*, p. 330.

"Court" auquel va bientôt s'ajouter la détermination du lieu où est fixé le siège londonien de ces cours, à savoir : *Westminster*.

A partir de là, naturellement les juges vont devoir cesser de se considérer comme étant législateurs en même temps que juges. Mais ce qui va en résulter au point de vue de l'attitude des juges vis-à-vis de la loi, lorsqu'une difficulté d'application se présente, est capital. Désormais les juges considèrent que la loi, émane d'un organe étranger ("*alien*") à eux-mêmes ; que son inspiration lui est inconnue, comme l'est aussi son intention pour autant que cette intention n'ait pas été expressément et directement inscrite dans la loi. Aussi, le texte de loi est appréhendé comme un objet composé de mots dont le sens est le plus littéral que peuvent avoir ces mots dans le contexte le plus ordinaire d'un texte écrit quelconque. La tâche du juge par conséquent, lorsqu'il lui incombe d'appliquer une loi, sera de prendre le texte avec le sens qu'il a, compte tenu de ce critère.

On fera ici une observation d'ordre terminologique. Il faut préciser qu'un mot du vocabulaire juridique anglais décrit à la fois le pouvoir exercé par le juge et donne la mesure de ce pouvoir : c'est le mot *discretion*. Généralement ce mot est précédé de l'adjectif "*judicial*" lequel précise qu'il s'agit bien de ce pouvoir qui appartient en propre au juge dans l'exercice de sa fonction. D'une certaine manière, il semble possible de dire que la prise de connaissance du droit anglais, c'est un peu la découverte du sens profond de cette formule : "*the judicial discretion*". On peut dire aussi que le droit anglais a émergé en quelque sorte, au cours des siècles, grâce à et à force d'exercice du pouvoir traduit dans la notion de *judicial discretion* ; il faut également s'en souvenir, il y a des limites formelles à ce pouvoir et, pour comprendre ce qui signifie "*judicial discretion*", il faut en saisir le sens précis.

Les limites commencent à se mettre en place à partir du XIV^e siècle, lorsque les juges, cessant d'être directement associés à l'activité législative, se voient tenus d'appliquer les textes de loi, non pas comme les indications d'une orientation de portée générale, mais des dispositions contenant des solutions précises voulues par le Roi et le Parlement et que les juges ne sont pas libres d'ignorer.

Puis lors des luttes violentes que traversèrent les relations entre Parlement et pouvoir royal -après la fin du règne des Tudor et l'avènement des Stuarts-, le pouvoir judiciaire, quant à lui, ayant bénéficié de l'appui du Parlement dans sa résistance à l'envahissante concurrence de la justice du Chancelier, se sortit de la tourmente sans avoir rien perdu de ses prérogatives. Et le calme revenu, les juges reprirent leur tâche d'édification de la *Common Law* ; mais ils s'arrangèrent toujours pour n'accepter de

partage avec quiconque, dans leur rôle d'interprète de "*Statutes*", conscients qu'ils étaient que là résidait l'essentiel du pouvoir en matière judiciaire ; conscients aussi sur ce que cela signifiait pour garder le contrôle sur l'évolution de la *Common Law*.

Cette tâche d'interprètes exclusifs de la loi, les juges vont s'en acquitter avec une diligence et une habileté telles que leur intermédiaire apparaîtra à la fois indispensable et insusceptible d'être effectué par aucun autre.

Ce faisant les juges continuent à exercer le pouvoir qui a toujours été le leur : celui de créer des règles de droit nouvelles chaque fois que la solution d'un litige ne peut être trouvée dans la lettre même de la loi ou dans la jurisprudence passée.

II - LE JUGE INTERPRETE LA LETTRE DU STATUTE N'EST PAS L'INTERPRETE DE SON ESPRIT

Il faut maintenant examiner plus attentivement ce qui revient à chacun, dans ce système de séparation des pouvoirs, non pas encore théorisé, mais effectivement mise en oeuvre ; en effet les pouvoirs législatif et judiciaire n'ont obtenu, respectivement, la reconnaissance de leur rôle que petit à petit alors que le Roi quant à lui, au moins depuis le début des Rois Normands, s'est efforcé d'apparaître comme un monarque respectueux des traditions et soucieux conformément à celles-ci, de faire participer les sujets du royaume à la gestion des affaires publiques.

Ce tableau mis en place, on a un peu envie de dire que dans le processus d'émergence des pouvoirs, le juge est parti avec une longueur d'avance sur le législateur ; en effet, il a été pendant la première période juge et législateur alors que le législateur i.e. le Parlement d'une part est devenu législateur sans avoir été juge, d'autre part n'est devenu législateur véritablement autonome vis-à-vis du Roi que lentement et finalement assez tardivement en comparaison de l'époque d'acquisition de son autonomie par le juge.

Cela conduit à voir le législateur handicapé par quelque chose qui pourrait ressembler à une sorte de complexe d'infériorité vis-à-vis du juge du point de vue de la formulation de la règle de droit.

En effet le droit anglais, est considéré comme étant d'abord l'oeuvre des juges alors que le législateur, comme prenant le train déjà en marche, se voit assigner un rôle de second plan pour modifier et compléter sur des points particuliers la *Common Law* déjà existante.

Pendant cette première période les décisions du Roi étaient désignées par des termes très divers, parmi lesquels l'on

trouvait "order" ou "ordination", mais on trouve aussi "constitutio", "statum" et aussi "carta", c'est-à-dire "charte", au sens proche de celui de contrat (*agreement*), unissant le Roi et les notables.

Il n'est pas certain que des effets différents aient été attachés à ces différentes sortes de décisions royales même si quelqu'un comme Edward Coke devait soutenir au XVII^e siècle qu'il s'agissait effectivement de choses différentes. De toute façon, l'un des problèmes essentiels, qui se posait à leur sujet alors, était celui de leur publication et de leur diffusion ; ou plutôt, le plus souvent de l'absence de connaissance qu'en avaient les intéressés, c'est-à-dire les professionnels du droit et les justiciables.

En effet, les premiers recueils de lois ne parurent pas -et de façon non officielle- avant la fin du XV^e siècle (16), tandis que les recueils officiels ne paraissaient pas avant le XIX^e siècle. Le défaut de publication officielle des lois a favorisé, semble-t-il, le développement d'une attitude soupçonneuse et condescendante de la part du juge ; en effet C.K. Allen cite des cas, semble-t-il pas exceptionnels encore au XIX^e siècle, où les juges et les avocats discutent doctement de l'application de textes de lois, en fait abrogés alors qu'ils en discutent ; ou encore de lois abrogées plusieurs fois consécutivement à quelques années d'intervalle (17). Les conditions très défectueuses de la connaissance des lois dans le public et même parmi les juristes eurent pour conséquence de renforcer la défiance des juges à l'égard du droit législatif chaque fois que la règle à appliquer ne résultait pas d'une déclaration solennelle émanant directement du Souverain lui-même. Ces circonstances favorisèrent le développement, auprès de certains juges, d'une théorie contestant la force obligatoire des lois anciennes et mal connues dans la mesure où elles dérogeaient aux règles bien établies de la *Common Law*.

Si c'est à partir de la fin du XV^e siècle que s'établit le principe de la suprématie du Parlement entraînant l'obligation pour le juge d'obéir aux lois du pouvoir législatif, en réalité certaines formes de refus, de la part du juge, de reconnaître le caractère absolu de l'autorité du législateur se manifestèrent dans la pratique jusqu'au XVIII^e siècle. Cette contestation consistait à ne pas admettre que le législateur puisse vouloir adopter une loi méconnaissant une règle fondamentale de la *Common Law*.

Mais même après le moment où la suprématie du Parlement ne fut plus l'objet de discussion, on ne peut nier, de nos jours encore, que la *Common Law* exerce un certain "contrôle" sur les *statutes*.

En quel sens faut-il comprendre cette affirmation ?

(16) Allen (C.K.), *Law in the Making*, 7^e éd., p. 432.

(17) Allen (C.K.), *Law in the Making*, 7^e éd., p. 438.

Certes, la *Common Law* ne peut se dresser contre un *statute* clair et précis même si la règle qu'il établit apporte une solution d'une rigueur exceptionnelle. Incontestablement, les juges sont tenus d'appliquer cette règle.

Cependant, le "contrôle" peut être exercé grâce à l'interprétation car une règle implicite reste toujours présente à l'esprit des juges : celle-ci est que la "*Common Law* est plus vaste et plus fondamentale que le *Statute* ; de telle sorte que dans toute la mesure du possible, une règle législative doit être interprétée comme s'harmonisant avec les principes bien établis de la *Common Law*, plutôt que de façon antagoniste avec ces mêmes principes" (18).

C.K. Allen poursuit, précisant que cette solution découle logiquement d'une présomption générale d'intention que l'on prête au législateur ; en effet le législateur a en principe pour objectif de faire en sorte que la règle nouvelle s'insère dans la *Common Law* de telle manière qu'elle s'y intègre sans provoquer plus de changement qu'il n'est strictement nécessaire, pour faire sa place à la règle nouvelle. Sans doute, cette règle fondamentale a suscité parfois quelques difficultés et même quelques réserves de la part de certains juristes. Néanmoins, elle est indispensable, estime-t-on en général, car, sans elle, le développement du droit serait gravement compromis. De nos jours, cette règle trouve son expression dans la formule suivante : "les *statutes* qui dérogent à la *Common Law* doivent être interprétées de façon stricte".

Bien qu'il puisse sembler difficile de concilier cela avec le principe de suprématie et de souveraineté du Parlement, les juges anglais sont sans hésitation, lorsqu'il s'agit de présumer qu'ils connaissent mieux le droit que le Parlement. Il est vrai qu'en général, en abordant l'interprétation d'une loi le juge présume que le législateur connaissait le droit du domaine de cette loi dans son état avant l'adoption de la loi. Mais en réalité, dans bien des cas, il apparaît de manière certaine, que le Parlement en était très mal informé. En outre, on peut ajouter que pour peu qu'ils trouvent une excuse raisonnable, les juges ont tendance à ignorer délibérément l'intention probable du législateur s'ils estiment que celle-ci est en contradiction évidente avec les principes de la *Common Law*.

En somme, conclut Allen, comme les lois doivent être appliquées par les juges, leur sens et leurs effets deviennent largement le "produit" de l'interprétation judiciaire ("*Statute has to be applied by the courts, and its purport and effect therefore become largely the product of judicial interpretation*" (19)).

(18) Allen (C.K.), *Law in the Making*, 7^e éd., p. 456.

(19) ALlen (C.K.), *Law in the Making*, 7^e éd., p. 608.

Dans cette tâche d'accoucheur du sens de la loi, le juge fait porter son effort primordial sur l'analyse littérale et grammaticale des termes et formules du texte de la loi.

Si les difficultés d'interprétation de la loi existent toujours et partout, ce qui est considéré comme la règle d'or (*Golden Rule*) de l'interprétation en Angleterre, est qu'elle doit servir à dégager la signification (*purport*) générale de la loi. L'expression de volonté du législateur ne doit pas être considérée isolément, c'est-à-dire séparément des conséquences naturelles qui vont en découler. En toute hypothèse, il appartient au juge de s'efforcer de trouver le point d'équilibre entre, d'une part le sens objectif et rigoureux des expressions employées par le législateur -sens qu'il ne peut écarter quand il est clair et impératif- et d'autre part une interprétation pratique, raisonnable et juste de la loi, prise dans sa totalité. Autrement dit le juge doit tenir compte de l'objectif global de la loi, bien qu'il ne doive pas examiner les éléments extrinsèques de la loi que sont, notamment, les avatars résultant du processus parlementaire antérieurs à la promulgation du texte de loi.

Selon une règle ancienne mais toujours en vigueur, exprimée dans la décision du *Heydon's Case*, le juge doit rechercher :

- a) quel était l'état de la *Common Law* sur le point en question, avant l'adoption de la loi ;
- b) quelle est la modification qu'on a entendu introduire dans la *Common Law* au moyen de la loi ;
- c) enfin, quelle est la nature du correctif que la loi a voulu apporter ;
- d) ainsi que les motifs de l'introduction de ce correctif.

Lorsque les éléments d'une espèce ne sont pas expressément visés dans les termes de la loi, il est admis que les juges recourent à une règle qu'ils élaborent en se mettant à la place du législateur s'il avait envisagé le cas ; mais en réalité, il est souvent difficile de dire ce qu'aurait été la volonté du législateur s'il avait tenu compte de circonstances, qu'en fait il n'a pas prévues ; aussi le juge est obligé -il le fait fréquemment- de régler le cas non prévu (*casus omissus*) en exerçant son pouvoir discrétionnaire (*his own discretion*) afin de découvrir la solution juste et conforme aux principes généraux de la logique et de la politique sociale dont il a l'expérience. Une grande part de l'effectivité du droit législatif est ainsi tributaire de l'exercice de son pouvoir par le juge, qui l'exerce -sans complexe- chaque fois que la formulation employée dans la loi est ambiguë ; et comme, en fait, il arrive souvent que le langage employé dans les lois soit imparfait, il est tout compte fait préférable, estiment en générale les juristes anglais, que les principes généraux relatifs aux droits

et aux devoirs soient développés, dans le cadre de la *Common Law*, plutôt qu'en vertu des formules à la fois rigides et ambiguës que l'on trouve souvent dans les lois du Parlement.

En conclusion, je me bornerai à une réflexion que m'a inspirée la lecture dans cette Revue (20), d'une analyse de M. E. Putman, à propos d'une thèse intitulée "Recherche sur l'interprétation juridique" par M. Yann Paclot : "Toute la thèse de Yann Paclot est de nous montrer une double démarche interprétative à l'oeuvre quotidiennement, dans l'application du droit, écrit M. Putmann. L'interprétation, nous dit-il, est tantôt déclarative, découverte du sens de l'objet interprété, conforme à l'intention originelle, qu'elle soit intention législative ou commune intention des parties ; et tantôt elle se fait constructive, élaboration d'un sens en fonction d'intérêts à satisfaire que l'auteur de l'objet interprété n'eût pas toujours prévus. L'interprétation juridique peut donc être aussi bien selon les nécessités de la cause exercice de littéralité ou exercice de liberté".

Si j'appliquais cette jolie formule au travail d'interprète de la loi anglaise, je serais tentée de dire que dans la cornue du juge de *Common Law*, l'opération d'interprétation se fait d'autant plus exercice de littéralité qu'elle veut préserver une place essentielle à l'exercice de liberté.

ESSAI DE SYNTHÈSE

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Des formulations d'objectifs dans les textes législatifs..., il y en a !!

Et pourtant, on dénonce souvent, en France, les textes qui formulent des intentions ou des objectifs que certains qualifient d'assemblages de "neutrons législatifs... dont la charge juridique est nulle" (1). Le Conseil constitutionnel a jugé la réforme de la planification opérée en 1982 "dépourvue de tout effet juridique" et "inopérante", tout en ne la censurant pas (2) ; à propos de l'article 1er de la loi n° 85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie, il a considéré que ce texte "se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle" (3). Kelsen écrivait qu'une loi qui se limite à des recommandations n'est pas une loi mais "quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique" (4).

Les pouvoirs publics, quant à eux, semblent opposés à l'énoncé des objectifs poursuivis par le législateur, dans les textes

(1) J. Foyer, J.O. Déb. A.N., 21 juin 1982, p. 3667, à propos de la loi d'orientation de la recherche.

(2) 82-142 D.C. du 27 juillet 1982, C.C.F., 23, p. 278 ; v° D. Broussole, "Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel", R.D.P. 1985, 751.

(3) 85-196 D.C. du 8 août 1985. v° supra J.P. Richard, p. 785.

(4) H. Kelsen, "Théorie pure du droit", Dalloz 1962, p. 72 ; en ce sens, v° P. Avril et J. Gicquel, "Droit parlementaire", Montchrestien, 1988, p. 129.

législatifs eux-mêmes. La circulaire du Premier Ministre du 25 mai 1988 "relative à la méthode de travail du Gouvernement" en témoigne lorsqu'elle énonce parmi les "formes néfastes" de la production des normes juridiques "les dispositions sans contenu normatif n'ayant leur place que dans les exposés des motifs ou les débats" (5).

Dans certains pays, en revanche, l'expression formelle de ses objectifs, dans le corps de la loi, est chose courante, voire recommandée ou obligatoire. Il en est ainsi en Suisse, par exemple. Dans la plupart des droits anglo-saxons, les "préambules", voire les titres ("long title" ou même "short title") font partie de la loi et servent à son interprétation, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une valeur normative propre (F. Grivart de Kerstrat, *supra* p. 961).

Certains auteurs considèrent, en outre, que les objectifs doivent figurer dans la loi elle-même, que leur déclaration expresse dans les textes relève du "processus de l'action finalisée", qu'elle procède de "la rationalité intrinsèque de la norme juridique" car le droit se mesure désormais à son efficacité. Ils admettent ainsi que "les objectifs sont des normes... des normes déontiques, par opposition aux normes axiologiques ou anthropologiques" (C.A. Morand, *supra* p. 853). Il apparaît enfin que "plus l'enjeu d'une convention internationale est important, plus elle doit préciser ses objectifs" servant de fondement aux obligations souscrites et assumées par les parties (G. Fouilloux, *supra* p. 919).

Une étude prospective et méthodologique des formulations d'objectifs dans les textes législatifs, même si elle porte sur les lois françaises, ne peut donc pas se limiter à un simple constat de la pratique législative "franco-française".

En effet, en dépit de nombreuses appréciations défavorables, on rencontre en droit français beaucoup de lois destinées à consacrer des objectifs ou qui en formulent parmi leurs dispositions.

Au-delà de la description de ces formulations d'objectifs (I), il faut réfléchir à leurs fonctions (II).

(5) J.O. 27 mai 1988, p. 7381, v° aussi, Circulaire Mauroy, n° 1794 S.G. du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de lois.

I - DESCRIPTION DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Le phénomène des formulations d'objectifs s'apprécie d'abord matériellement, selon le type de lois et les matières dans lesquelles on les rencontre (A). Il s'exprime, en outre, sous des formes diverses (B). Les mots et les choses, ici aussi, semblent indissociables.

A - Description matérielle

La présence de formulations d'objectifs dans la loi est d'abord inhérente à *certain types de textes*. Il en est ainsi de la *loi de plan* et des *lois d'orientation* qui énoncent naturellement des intentions ou des objectifs et que certains auteurs qualifient de "résolutions déguisées" (6).

Il en est de même dans les *lois de programmation*.

La loi de plan comporte expressément une loi d'objectif et une loi de moyens. Selon la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, une "première loi de plan définit pour une durée de cinq ans les choix stratégiques et les objectifs..." (art. 3) et une "seconde loi de plan définit les mesures juridiques, financières et administratives à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs de la première loi de plan" (art. 4).

Quant aux lois d'orientation, que M. J. Foyer décrit comme "un projet dont chaque article est constitué par un morceau d'exposé des motifs", elles ont pour vocation d'établir, pour l'ensemble d'une matière, une politique globale à réaliser en une période déterminée. Au-delà des dispositions législatives nécessaires à cette fin qui s'y trouvent déjà incluses, elles comportent évidemment de nombreuses déclarations d'intention.

Les lois de programmation, si elles déterminent les objectifs des actions de l'Etat, semblent davantage se préoccuper d'organisation concrète. On a observé, à propos des lois successives de programmation militaire, qu'elles peuvent se limiter à des objectifs ou ne leur réserver qu'une part très modeste.

Quant aux *autres lois* qui n'ont pas, par nature, à énoncer expressément leurs objectifs, on constate que, tandis que bon nombre de lois ordinaires comportent des déclarations d'intention, les lois organiques, les lois portant ratification ou approbation de traités et conventions internationales et les lois de finances semblent ne jamais en contenir (J.-P. Richard, *supra* p. 785).

(6) P. Avril et J. Gicquel, *op. cit.*, p. 129.

Cela montre combien le procédé de la formulation d'objectifs se rattache aussi à certaines matières plutôt qu'à d'autres.

En effet, il apparaît que, pour des raisons évidemment différentes, on trouve peu de déclarations d'objectifs dans les textes techniques et dans les lois de forte inspiration idéologique. Les premiers, en matière fiscale ou commerciale, par exemple, ne comportent généralement que des règles précises, des prescriptions, des prohibitions, des principes ou des modalités d'organisation... dont les finalités sont connues ou apparemment indifférentes et pour lesquels toute formulation d'objectifs serait difficile et inutile. Quant aux lois de caractère idéologique, comme en matière de nationalisation ou de privatisation notamment, le débat politique auquel elles ont donné lieu suffit le plus souvent à les caractériser.

De plus, qu'il s'agisse de matières techniques ou de la mise en oeuvre d'orientations politiques fortes, le titre de la loi qui n'a pas de valeur normative directe en droit français suffit à la caractériser.

Il est, en revanche, des secteurs dans lesquels, le domaine de la loi au sens strict étant limité par la Constitution aux "principes fondamentaux" d'une matière, le législateur n'a pas à établir de règles techniques et a davantage tendance à s'en tenir à des orientations et à définir des finalités. Il en est de même lorsqu'il s'agit de promouvoir des "droits nouveaux" comme le "droit à l'habitat", à "une communication audio-visuelle libre et pluraliste", au transport (7) ou de développer l'intervention du droit dans des fiefs inhabituels tels que l'environnement, les activités physiques, sportives, artistiques... La formulation des objectifs dans les lois relatives à l'éducation, sous toutes ses formes, n'est, dès lors, pas surprenante. Elle se conçoit aussi quand la loi a pour objet de déléguer le pouvoir normatif du législateur, en particulier à des autorités administratives indépendantes que la loi se borne à créer, en leur assignant des missions déterminées (8).

La diversité des occasions et des domaines dans lesquels la loi énonce des objectifs se traduit par la multiplicité des formes qu'emprunte leur formulation.

(7) "Consécration et usage de droits nouveaux", Colloque du C.E.R.C.R.I.D. (mai 1985), Univ. de St Etienne, 1987.

(8) "Les autorités administratives indépendantes", Colloque Paris I, 1987, sous la direction de C.A. Colliard et G. Timsit, Ed. P.U.F., 1988.

B - Description formelle

Toute systématisation paraît ici impossible, tant les formes employées varient et paraissent improvisées. Si des lois utilisent parfois le mot "objectif", pour définir leurs finalités, elles emploient aussi bien des termes comme "principe", "objet" ou "mission". Elles se contentent parfois de signaler le but poursuivi par des verbes (p. ex. : "concourir à...") ou par de simples locutions, telle que "afin de..." ou "en vue de..." (J.-P. Richard, supra p. 785).

Il est des cas dans lesquels la formulation d'objectifs dans la loi n'exprime pas directement les objectifs de la loi mais ressemble à une règle de droit classique ou à une simple directive. Il en est aussi pour la consécration du "droit fondamental à l'habitat" par l'article 1er de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, repris dans la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, sous la forme du "droit au logement" (art. 1er).

Il en est de même quand la loi crée une nouvelle institution, en explicite l'objet et lui assigne une mission et des compétences précises. Mais il est clair, généralement, que la règle édictée, le droit consacré ou les objectifs de l'organisme créé expriment l'objectif poursuivi par le législateur. L'exemple de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (C.N.I.L.), autorité administrative indépendante instituée par la loi du 6 janvier 1978, est à cet égard significatif (J. Frayssinet, supra p. 903). Pour être indirectes, ces formulations d'objectifs n'en sont pas moins explicites.

A côté de formulations d'objectifs proprement dites, à caractère directement explicatif, M. Delcamp distingue donc, à juste titre, "les dispositions à contenu finalisé" relatives aux compétences des organismes ou institutions créés, des sortes de définitions fonctionnelles d'activités ou d'organes et des recommandations adressées au juge, au pouvoir réglementaire ou à d'autres organismes (A. Delcamp, supra p. 767).

Le recensement des formulations d'objectifs dans les textes législatifs est néanmoins plus difficile et plus incertain du fait de leurs diversités, alors qu'il serait aisé de les identifier si elles se conformaient à un modèle déterminé. Or, même leur place dans la loi n'est pas absolument constante. Certes, les formulations d'objectifs, quand il y en a, sont le plus souvent en tête des lois ou de leurs différents titres. Il arrive même que l'on reprenne dans les premiers articles, sous forme de dispositions formellement normatives, l'intitulé même d'une loi. Mais, il se peut aussi que des déclarations d'intention soient disséminées dans un texte en raison de son hétérogénéité ou du fait d'un

phénomène de stratification législative, lorsqu'une loi initiale absorbe avec le temps diverses additions, suppressions ou modifications, si bien que le puzzle qu'elle constitue a du mal à rester formellement harmonieux.

Même la typologie des formulations d'objectifs a, dès lors, quelque chose d'arbitraire. Plus exactement, plusieurs typologies sont possibles selon les critères qui les inspirent. C'est probablement là, la marque la plus évidente de la difficulté de ce problème encore trop inexploré.

Alliant les critères matériels et les critères formels, Mme Priéto et M. Putman ont tenté, grâce à une analyse fouillée des textes, une typologie panoramique des formulations d'objectifs. Ils distinguent selon que ces formulations correspondent à "la vocation de la loi", à son "explication" ou à "l'attribution d'une mission par la loi" (v° le sujet, supra p. 879). Cette classification paraît séduisante même si elle n'épuise pas le sujet.

Mais, pour la méthodologie législative, ce qui compte le plus, c'est de préciser les ingrédients de la loi et la qualité qu'ils lui donnent. Si l'on sait un peu mieux comment se présentent les formulations d'objectifs, il faut encore résoudre les questions de savoir s'il est bon d'en inclure dans les textes législatifs, où il en faut et où il n'en faut pas, dans quel but les prévoir ou les exclure et quels effets doivent leur être attachés. Il faut alors essayer de préciser leurs fonctions.

II - FONCTIONS DES FORMULATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Comme on l'a bien défini pour les titres des lois, les formulations d'objectifs dans les textes législatifs ont diverses fonctions qui peuvent se regrouper autour de trois idées : fonction symbolique, fonction informative et fonction interprétative (9).

A - La fonction symbolique

Par les formulations d'objectifs, le législateur entend compléter le message législatif par un message politique: Il recherche alors un effet "d'affichage" d'une politique déterminée ou de la finalité des textes. Selon les cas, il s'agit pour lui d'une proclamation idéologique liée à des engagements électoraux, de l'affirmation de principes incontestés destinés à justifier les

(9) A. Viandier, "Recherche de légistique comparée", Ed. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New-York, 1988, n° 173 et s.

mesures parfois impopulaires qu'ils abritent ou d'un "effet d'annonce" pour orienter l'action future des pouvoirs publics, des citoyens, des interprètes... La formulation d'objectifs forme alors le frontispice de la loi. L'article 1er de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 "relative au revenu minimum d'insertion" illustre parfaitement cette fonction symbolique.

B - La fonction informative et pédagogique

Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs représentent une sorte de "pédagogie" de l'explication, déjà inspirée par Platon, dans son traité des "Lois" (10).

On a parfois souligné que le législateur, "dévoilant ses mobiles, faisant luire ses fins... s'explique lui-même... C'est intermédiaire entre l'apologétique et la paranèse, entre la justification des dispositions et l'exhortation à s'y soumettre, un morceau éminemment pédagogique, qui tend à convaincre intimement l'élève, à provoquer la fusion de sa propre raison avec la ratio legis (11).

En quelque sorte, "la loi explique la loi". En énonçant expressément ses objectifs, elle tend à éduquer le citoyen en certains domaines, par exemple sur la protection de la nature, ou à inspirer les auteurs des textes réglementaires à intervenir auxquels il incombe d'appliquer les finalités de la loi. Les formulations d'objectifs sont alors le creuset dans lequel se fondent les normes d'application de la loi. Elles ont un rôle franchement directif en ce sens qu'elles commandent la compréhension de l'application des textes grâce à l'information qu'elles communiquent aux citoyens, aux autorités administratives, et même au juge ou au législateur lui-même sur son esprit, ses buts et son contenu. La loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, celle du 5 janvier 1988 "relative au patrimoine monumental" ou celle du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature fournissent de merveilleux exemples de telles entreprises. Il en est bien d'autres du même ordre : l'article 1er de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 paraît à cet égard spécialement topique.

C - La fonction interprétative

La valeur interprétative des titres a été discutée dans le passé dans les pays du Common Law : "On the influence which the title ought to have in construing the enacting clauses, much

(10) "Lois", Ed. Diès IV, 719-733, IX 857b-859d.

(11) J. Carbonnier, "Variations sur la loi pédagogique", in "Flexible droit", 6e éd., p. 153.

has been said... Neither party contends that the title of an act can control plain words in the body of the statute ; and neither denies that, taken with other parts, it may assist in removing ambiguities" (12).

De même, en droit français, on conteste généralement toute normativité réelle aux formulations d'objectifs, alors même qu'elles sont inscrites dans le texte de la loi et qu'elles sont donc formellement des normes. Il semble pourtant naturel que le juge définisse le sens des dispositions de la loi à la lumière de la ratio legis qu'expriment les formulations d'objectifs qui y sont introduites. Ne pas le faire serait méconnaître la loi, alors que le juge ou les autorités administratives ont pour mission de l'observer. Il est, dès lors, inconcevable que l'interprétation de la loi se dérobe aux directives données à cette interprétation par le législateur lui-même. L'influence sur la jurisprudence de l'article 1er de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 proclamant, quant aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, "le droit fondamental à l'habitat" (13) ou de l'article 1er de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, par exemple, est ou devrait être flagrante.

Les formulations d'objectifs dans la loi, en dépit des critiques qui leur sont faites, bien souvent, peuvent avoir un effet de clarification appréciable et constituer un mode utile de communication du droit au public. Elles sont, en outre, essentielles chaque fois que la loi institue une autorité administrative indépendante et lui délègue un certain pouvoir normatif qu'il faut impérativement cantonner et encadrer.

CONCLUSION

Les formulations d'objectifs peuvent, en définitive, servir de critère de contrôle juridictionnel de l'activité étatique, permettant au juge constitutionnel d'apprécier la conformité des normes techniques aux objectifs des lois qui les édictent (J.-Y. Chérot, supra p. 895), et guider l'interprétation des règles précises établies par le législateur. Dès qu'elles comportent un degré suffisant de précision et à condition de ne pas se limiter à de simples vœux pieux, les déclarations d'objectifs incluses dans le dispositif de la loi peuvent constituer de véritables normes. La méthodologie législative peut atteindre plus de clarté et de

(12) Opinion du juge Marschall, rapportée par A. Viandier, op. cit., n° 176.

(13) Civ. 3, 29 novembre 1983, Bull. civ. III, n° 242, p. 184.

cohérence grâce à des textes finalisés (C.A. Morand, supra p. 853).

L'évolution du droit vers des actions finalisées faisant appel, au-delà des règles de droit classiques, à des considérations et des procédés extrajuridiques impose de développer des ensembles normatifs qui, sans oublier les exigences impérieuses de leur conformité à l'ordre juridique existant, mettent en oeuvre des mécanismes parfois complexes et diversifiés, assurant au système juridique et à l'action législative l'efficacité dont ils ont besoin. Il est des indéterminations qui, loin d'être sources d'insécurité, sont facteurs d'adaptation du droit. De nombreux auteurs préconisent maintenant d'introduire une part "d'indétermination" et de "variabilité" dans le processus d'élaboration des normes. Les notions "floues" ou à contenu variable, le "flou du droit" ou l'idée de "normativité relative", émancipés de la logique purement formelle et de la définition kelsénienne de la norme, émergent aujourd'hui dans les esprits les plus avertis (14). On peut aisément admettre que le caractère plus ou moins contraignant d'une norme se mesure à son degré de détermination ou d'indétermination et que l'action finalisée du législateur s'appuie à la fois sur des formulations d'objectifs à caractère normatif mais relativement imprécises et des normes contraignantes classiques qui en constituent les règles d'exécution. Si la méthodologie législative s'en trouve quelque peu renouvelée, elle n'en sera pas pour autant dévalorisée...

(14) V° par ex. M. Delmas-Marty, "Le flou du droit", Ed. P.U.F. 1986 ; M. Van de Kerchove et F. Ost, "Le système juridique", "entre ordre et désordre", Ed. P.U.F., 1988, p. 134, par ex. ; G. Timsit, "Sur l'engendrement du droit", R.D.P. 1988, p. 39 et s.

ANNEXES

**COMPTE - RENDUS
DES REUNIONS
DE L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE
D'AIX - MARSEILLE**

NOMS DES PARTICIPANTS

MM., Mmes ou Mlles :

**Atias (Christian), Baldous (André), Bergel (Jean-Louis),
Bleuchot (Jérôme), Champy (Guillaume), Chérot (Jean-Yves),
Citron (François), Côté (Pierre-André), Coupet (Louis),
Delcamp (Alain), Di Marino (Gaëtan), Flory (Maurice),
Fouilloux (Gérard), Frayssinet (Jean), Gassin (Raymond),
Giovannangeli (Christian), Grivart de Kerstrat (Françoise),
Morand (Charles-Albert), Négrin (Jean-Paul), Priéto (Catherine),
Putman (Emmanuel), Savelli (Benoît).**

REUNION DU 13 NOVEMBRE 1987

... Monsieur Bergel rappelle que, lors de la création (en 1985) de l'Atelier de Méthodologie Juridique, il avait été décidé de travailler sur certains aspects de la méthodologie des textes législatifs et réglementaires et qu'il avait alors été convenu de consacrer ses premiers travaux, d'abord, aux définitions dans les textes, qui ont fait l'objet de ses recherches en 1985-1986 et en 1986-1987, puis à "l'expression liminaire d'intention dans les textes".

Il est décidé, pour cette année, de consacrer les travaux de l'Atelier à ce sujet dont l'étude se poursuivra probablement en 1988-1989.

Une discussion s'instaure sur la détermination du sujet ou, plus précisément, de son intitulé, certains textes tels que des lois de programmation ou d'orientation n'étant que des déclarations d'intention sans valeur normative.

L'intention des participants est de traiter les déclarations d'objectifs exprimées, même de manière non liminaire, dans des articles de lois (quelles qu'elles soient) et d'exclure du champ de leurs recherches les préambules (sauf peut-être dans la constitution si, l'on décide ultérieurement de l'inclure dans les textes étudiés), les exposés de motifs, les titres.

Il est donc décidé, pour l'instant, d'intituler les recherches envisagées de la manière suivante :

"Les déclarations d'objectifs dans les textes législatifs"

Dans l'immédiat, il est convenu que chacun réfléchira d'ici la prochaine réunion à la grille d'analyse qui avait été mise au point en 1985.

Il est convenu aussi que chacun adressera à M. Bergel, d'ici la prochaine réunion, la liste des textes qu'il aura recensés et dans lesquels se trouvent des déclarations d'objectifs afin de parvenir à une première liste de dispositions à étudier.

REUNION DU 15 JANVIER 1988

Monsieur Frayssinet ayant établi un premier inventaire (ci-joint) de textes paraissant comporter des "déclarations d'objectifs" et M. Bergel ayant également regroupé quelques textes qui semblent en contenir, la discussion porte sur leur analyse.

Il s'avère difficile de circonscrire avec certitude les cas où l'on se trouve en présence de déclarations d'objectifs, ceux où il s'agit de règles de droit générales et ceux où il peut ne s'agir que de définitions.

On observe que les textes retenus se bornent souvent à déterminer les finalités d'institutions ou les missions de certains organismes plutôt que de proclamer expressément les objectifs poursuivis par le législateur (ex. ord. n° 58-1360 du 22 déc. 1958 sur le Conseil Economique et Social, loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 sur le Plan, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 sur l'informatique) ; d'autres consacrent un droit, dit "fondamental", qu'ils ont pour objet principal d'établir et de défendre, sans se présenter formellement comme des déclarations d'objectifs (ex. loi n° 82-526 du 22 juin 1982 : Loi Quilliot art. 1°).

On remarque cependant que si les textes fixent ainsi des objectifs assignés à des institutions ou des droits essentiels, ce sont les objectifs de la loi que de mettre en oeuvre, par ses dispositions, les finalités énoncées.

Par ailleurs, la consécration d'un droit, comme le droit fondamental à l'habitat de la loi Quilliot, si elle apparaît comme une règle de droit plus que comme une déclaration d'objectif, en constitue néanmoins une, car on sait que l'exposé des motifs, par les travaux préparatoires et par la substance même de la loi que le législateur a ainsi manifesté l'objectif qu'il a voulu poursuivre.

Quel est alors le critère des textes que l'on retiendra comme constituant des déclarations d'objectifs ?

On a déjà décidé d'exclure de cette étude tout ce qui n'est pas exprimé dans un article de loi.

Il faut également observer que le phénomène étudié, les déclarations d'objectifs dans les lois, ne doit pas être confondu avec les méthodes d'expression utilisées par le législateur et que celles-ci ne doivent pas masquer la réalité de cette déclaration d'objectifs.

On pourrait, semble-t-il, à cet égard, écarter systématiquement les règles de droit qui poursuivent des finalités de simple technique juridique (ex. loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 sur les S.E.M. locales (art. 1) ; loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 sur la répartition des compétences (art. 1)) et retenir, au contraire,

certaines règles de droit qui expriment l'objectif de politique juridique que poursuit le législateur par la loi considérée (ex. art. 1, loi Quilliot).

On retient alors également comme "déclarations d'objectifs" les articles 1 à 10 de la loi Royer du 27 décembre 1973, l'article 1° de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, les articles 1 et 2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

On se pose la question de savoir si les "principes directeurs du procès" dans le nouveau Code de procédure civile qui sont un condensé des intentions du législateur mais ne sont peut-être pas des déclarations d'objectifs, en tout cas en la forme, entrent ou non dans le champ de notre étude.

On observe en outre que les grands textes récents sur le droit patrimonial de la famille, la loi du 23 décembre 1985, la loi sur la transmission des entreprises, la loi sur le mécénat ne comportent pas de déclaration d'intention.

Les principaux textes examinés au cours de cette réunion sont joints avec d'autres documents à ce compte rendu.

Il faudrait que chacun y réfléchisse pour la prochaine réunion et en recense d'autres.

Il faudra se poser notamment au cours de nos travaux ultérieurs les deux questions suivantes :

Est-ce délibérément que le législateur exprime les déclarations d'objectifs ? Est-ce pour encadrer le juge et la pratique ? Est-ce pour des raisons politiques, philosophiques ou idéologiques ?

Quels sont les effets qui s'attachent à l'existence de déclarations d'objectifs ?

La jurisprudence les applique-t-elle directement ? Les utilise-t-elle pour guider l'interprétation des textes ? Ces déclarations d'objectifs ne risquent-elles pas d'avoir des effets pervers en orientant des interprétations contraires aux vœux du législateur ?

Quelles sont les difficultés et les risques inhérents à l'expression de ses objectifs par le législateur ?

REUNION DU 12 FEVRIER 1988

1) Un rapide examen de divers textes de droit anglais communiqués par Melle Grivart de Kerstrat montre que l'objet du "statute" y est exprimé dans le titre et qu'il n'y a pas de déclarations d'objectifs qui soient incluses dans le texte même de la loi.

2) M. Putman présente certaines observations à propos des textes de droit commercial.

- On note que c'est le plus souvent l'absence de déclaration d'objectif dans les textes qui est significative. En particulier, les grands textes intervenus en 1987 n'en comportent pas. Si cela n'est pas étonnant lorsque ces textes se limitent à une "toilette" de lois antérieures, c'est plus frappant pour des textes nouveaux ayant un but et une portée politiques, comme, par exemple, pour la loi sur l'action en justice des associations de consommateurs.

- On observe que, lorsqu'il existe une déclaration d'objectif dans le texte, comme dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, la jurisprudence ne se fonde pas sur elle pour appliquer et interpréter le texte : sur le problème de la nécessité de la période d'observation, on avait évoqué les principes généraux et les exigences de la sauvegarde de l'entreprise qui est devenue l'objectif primordial des textes. Mais, alors que les tribunaux les avaient visées, la Cour de cassation s'est référée non à l'article 1, al. 1, mais à l'alinéa 2 (Com. 4 nov. 1986, Bull. civ. IV n° 198, p. 172). Il n'est cependant pas sans importance que les juges du fond aient fait référence à ces principes.

- A défaut de déclarations d'objectifs, on trouve, dans les lois commerciales, des définitions que le législateur semble préférer aux déclarations d'intention (ainsi, les textes sur l'artisanat définissant le compagnon, le titre d'artisan...) ou une détermination de l'objectif de la loi dans son titre et non une proclamation de principe dans le texte lui-même (loi du 17 juin 1938 sur les commerçants étrangers, loi de 1982 sur les nationalisation p. ex.). Le législateur se borne aussi souvent à énoncer le domaine du texte (ex. : art. 1 loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public).

- Il faut souligner enfin que les textes ont plutôt pour habitude de définir les objectifs des institutions ou des règles qu'ils établissent. Il en est ainsi de la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération (art. 1 définissant les coopératives par leurs objets) ou de la loi du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale (art. 1 al. 1

définissant les sociétés coopératives artisanales par leurs objets ; v° aussi loi de 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles).

3) Diverses observations doivent être formulées quant à la détermination du domaine de notre recherche.

- Selon MM. Gassin, Flory et Coupet, la question doit être posée de savoir qui est destinataire de ces "déclarations d'objectifs". Est-ce le juge ? l'Administration ? Ces déclarations d'objectifs n'ont-elles pour but que de s'adresser aux parlementaires, pour les inciter à voter le texte, si bien qu'elles n'auraient qu'un rôle purement politique ?

Ne sont-elles pas, d'ailleurs, plus fréquentes dans des périodes "révolutionnaires", au sens large, de changement de régime ou de majorité ?

Certains textes n'y sont-ils pas plus propices que d'autres ? L'histoire de l'élaboration du Code civil ou, au contraire, l'absence de dispositions générales et de principe dans la loi du 17 mars 1791 ne permettent pas de répondre nettement à ces questions.

On a observé que "la tradition législative de la IIIème République visait à la simplicité" en l'opposant à "des habitudes récentes selon lesquelles les textes étaient encombrés de proclamations de principe sans portée normative" (R. Drago, "Le conseil de la concurrence", J.C.P. 1987.I.3.300, n° 3).

- A propos des cas où les textes se bornent à définir les objectifs des organismes ou des institutions qu'ils créent, il faut distinguer *les cas où ces organismes ou institutions constituent l'objet même de la loi, s'identifient à son objet, si bien que la définition de leur propre objet correspond au sujet de notre recherche* et ceux où l'organisme défini par son objet n'est qu'un rouage technique d'un texte d'ampleur plus large et pour lesquels cette détermination d'objet n'intéresse pas nos réflexions actuelles.

- Quant aux *déclarations d'intention dites "politiques"*, il en est qui, au-delà de cet aspect politique, ont une portée normative et d'autres qui n'en ont pas. Ce qui nous intéresse, c'est le cas où les textes établissent des principes auxquels les juges doivent se rattacher, que cela recouvre ou non une intention politique.

- On peut *distinguer les objectifs et l'objet de la loi* : l'idée d'objectif recouvre une (ou des) finalités.

Ainsi, dans l'avant-projet de loi sur les télécommunications, l'article 1 correspond à des définitions mais l'article 2 fixe des principes. Mais le critère de l'intérêt des principes généraux, déclarations d'objet ou d'objectif, pour notre recherche, c'est *leur caractère finaliste ou non*.

- Notre préoccupation est juridique : *Si les déclarations d'objectifs sont de caractère normatif, qu'elles soient d'inspiration politique ou non, elles intéressent notre recherche.*

Si elles sont politiques mais non normatives, elles en sont exclues.

- Il est parfois difficile de distinguer les définitions finalistes et les déclarations d'objectifs.

- Nous souhaitons avoir une *approche fonctionnelle des déclarations d'objectifs.*

Il nous faut rechercher quand elles sont utiles ou inutiles, dans quelles matières elles interviennent, à quoi elles servent, quels sont leurs effets.

(Il semble que certains thèmes, comme celui des droits de l'homme soient porteurs. Il faudrait, par exemple, savoir quelle est leur importance en droit pénal).

Ainsi ces observations, ainsi que les critères déterminés dans nos précédentes réunions, nous permettent de mieux cerner le champ de la recherche que nous poursuivons.

4) Il est décidé que M. Bergel se livrera à une enquête auprès de personnalités parlementaires et de la Haute administration pour connaître leur opinion et leur attitude concernant cet aspect de la méthodologie juridique.

REUNION DU 18 MARS 1988

M. Bergel communique la lettre qu'il a reçue du Directeur général des services législatifs du Sénat lui communiquant une brochure qui a été diffusée à l'intention des administrateurs du Sénat et qui a été établie par MM. Delcamp et Richard eux-mêmes administrateurs au Sénat, à la suite du colloque sur les définitions dans les textes qui s'est tenu à Aix en septembre 1987. Ce document très détaillé exprime l'intérêt que les services législatifs portent à nos travaux dont il souligne l'importance.

M. Bergel indique que, conformément aux souhaits manifestés lors de la dernière réunion de l'Atelier, le 12 février, il a demandé à diverses personnalités du Parlement, de la Haute Administration et des plus hautes Juridictions de nous faire connaître leur position concernant "les déclarations d'objectifs dans les textes législatifs". Il est convenu que l'on interrogera aussi les présidents des quatre sections administratives du Conseil d'Etat.

Quant au *champ de nos recherches*, il est précisé que le caractère "normatif" des déclarations d'objectifs envisagées s'entend de leur "normativité formelle", autrement dit, que seules sont concernées des déclarations d'objectifs incluses dans un article de loi et que sont exclues celles qui figurent dans l'exposé des motifs, dans les titres ou les préambules.

Leur "normativité matérielle", autrement dit leur force obligatoire et leur portée à l'égard du juge, fera l'objet de nos recherches et peut s'avérer très variable. Il est indiqué qu'en droit public, le critère de l'applicabilité de telles dispositions par le juge réside dans leur degré de précision ou d'imprécision, les notions indéterminées ne pouvant avoir de véritable normativité matérielle, alors qu'en droit privé et dans la jurisprudence judiciaire, le problème ne se pose pas en ces termes, des notions indéterminées pouvant parfaitement être interprétées et appliquées par le juge judiciaire.

Les objectifs, formulés ou non, des textes qui intéressent notre recherche sont *aussi bien des objectifs généraux que des objectifs particuliers* qui s'imposent alors, s'ils sont exprimés dans la loi, avec plus de force ou de précision.

Il apparaît que les "lois de programme" ou les "lois d'orientation" doivent entrer certainement dans le champ de notre recherche. Elles semblent exprimer formellement des objectifs.

Pour les autres textes, la formulation d'objectifs est plus ambiguë et emprunte des formes très variables.

On a admis que lorsqu'un texte définit une institution ou un organe par son objectif, il doit être retenu si cet organe ou

cette institution est l'objet principal du texte car son objectif s'identifie alors à celui du texte lui-même.

Quant au titre, de notre recherche, il semble donc nécessaire de lui apporter une nouvelle modification pour le rendre plus conforme à son domaine.

On intitulera cette recherche : "La *formulation* d'objectifs dans les textes législatifs", étant entendu que ne seront étudiées que les formulations incluses dans le texte lui-même ("normativité formelle" : v° supra).

On écartera ainsi le terme de "déclaration" qui implique une grande généralité et qui, techniquement, s'applique à des textes fondamentaux ou internationaux.

Pour certains participants à cette réunion, le droit ne doit pas être téléologique : le but serait hors du droit. Cette position est l'expression d'une certaine conception du droit, d'une certaine philosophie. On ne saurait ici trancher un tel débat ; pourtant, l'admission ou le rejet d'une telle conception peut conduire à admettre ou, au contraire, à rejeter, pour des raisons fondamentales et de principe, les formulations d'objectifs dans les textes.

REUNION DU 6 MAI 1988

Cette réunion est d'abord consacrée à l'analyse des réponses déjà reçues de certaines autorités parlementaires ou administratives qui ont été interrogées sur l'importance, le rôle et l'opportunité des formulations d'objectifs dans le dispositif des textes de lois.

La discussion porte en particulier sur la réponse très documentée de M. Pierre Mazeaud, Président de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale. Celui-ci constate que ces formulations d'intention figurent le plus souvent dans les premiers articles de certains types de textes traitant de la politique de l'enseignement, de l'audiovisuel, de l'environnement, tandis que d'autres textes comme les lois de finances, les modifications du Code civil, du Code pénal, du droit des sociétés n'en comportent pas.

Il est plutôt opposé à l'introduction de telles formulations dans les textes eux-mêmes car il considère que "la loi doit être aussi simple, claire et concise que possible et ne contenir que des dispositions normatives". Il lui paraît dès lors "inutile de la surcharger avec des dispositions dont la nécessité n'est pas évidente".

Néanmoins, l'insertion dans certains textes législatifs de déclarations d'objectifs lui paraît résulter d'une volonté délibérée du législateur, plus pour faire connaître à l'opinion publique l'option ou la volonté qu'il manifeste que pour conférer à ces déclarations une véritable portée juridique.

M. Mazeaud observe pourtant que la valeur juridique de ces formulations d'objectifs est "directement fonction de leur contenu" : alors que les simples "déclarations juridiques générales" n'ont que des effets juridiques très limités (ex. : loi du 4 décembre 1985 sur la protection de la forêt (art. 1)), celles qui s'apparentent davantage à des définitions de missions ou de droits ont une réelle valeur juridique (p. ex. : loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire).

M. Denoix de Saint Marc, Secrétaire général du Gouvernement, considère que les déclarations d'objectifs dans les textes ont principalement pour objet "la recherche d'un effet d'affichage" et répondent donc à des motifs politiques. Il déconseille fortement leur utilisation dans les textes. Il pense que leur portée juridique dépend de leur contenu et de leur rédaction et qu'elles ont principalement pour effet d'orienter l'interprétation des dispositions normatives ambiguës. Il ne croit pas cependant que l'utilisation des formulations dans les textes corresponde à une stratégie rationnelle et déterminée.

Enfin, le Président de la Commission des Lois et le Directeur général des services législatifs du Sénat ont bien voulu confier à MM. Delcamp et Richard, Administrateurs au Sénat, le soin d'aider nos travaux grâce à une enquête au sein des services de cette assemblée et à une documentation qui seront pour nous de la plus haute utilité. M. Delcamp participera à une de nos prochaines réunions.

Il est observé au cours de cette réunion que certains sujets "neufs", comme la communication, l'environnement, le développement d'activités diverses... se prêtent spécialement à des formulations d'objectifs.

Il est également souligné que notre recherche ne doit pas omettre les textes européens lorsqu'ils sont d'application directe dans les pays de la C.E.E. et qu'il existe des cascades de textes, un texte ultérieur s'appuyant sur les déclarations d'intention des textes initiaux.

Enfin, il faudrait rechercher la genèse de certains textes particulièrement typiques, soit pour retrouver à partir des projets ou propositions de lois des "formulations d'objectifs" figurant dans les textes définitifs, soit pour savoir si de telles formulations, initialement prévues, ont été délibérément éliminées, par le Conseil d'Etat ou le Parlement, et, dans l'affirmative, quand, comment et pourquoi.

La discussion porte ensuite sur la mise à jour de la grille de travail initiale sur les formulations d'intention dans les textes dont l'état actuel, tel qu'il résulte de cette réunion, est annexé à ce compte-rendu.

REUNION DU 24 JUIN 1988

M. Bergel accueille à cette séance, au nom des membres de l'Atelier, le Professeur Pierre-André Côté, Professeur à l'Université de Montréal, Vice-Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique et auteur, en particulier, d'un important ouvrage sur l'interprétation des lois.

1 - Il fait le point sur divers éléments importants pour nos travaux survenus depuis la réunion du 6 mai.

En particulier, la "Circulaire Rocard du 25 mai 1988", relative à la méthode de travail du gouvernement" (annexée à ce compte-rendu), comporte des indications importantes sur la stratégie législative et réglementaire et spécialement, quant à la forme des textes, l'exclusion de certaines "formes néfastes" telles que... "les dispositions sans contenu normatif n'ayant leur place que dans les exposés des motifs ou les débats".

Il communique, en outre, la note et le questionnaire très remarquables qu'ont établis les services législatifs du Sénat, au vu des documents qui leur ont été communiqués, sur notre recherche actuelle, et qu'ils ont diffusés dans les services et auprès des personnes intéressées (annexés à ce compte-rendu). Tous les participants soulignent l'importance de cette contribution du Sénat à cette recherche, l'intérêt de cette collaboration entre les services législatifs et l'Université, l'utilité concrète de nos travaux.

Ils remercient tous ceux qui collaborent à cette enquête et, au premier chef, MM. Larché, Retournard, Delcamp et Richard des efforts qu'ils veulent bien y consacrer et se félicitent de pouvoir, grâce à eux, disposer d'outils de travail qui seront pour nous du plus haut intérêt.

La définition du domaine de notre recherche et le questionnaire ainsi établis constitueront, avec la grille de travail élaborée au sein de l'Atelier, le cadre dans lequel se situeront nos travaux dans l'avenir.

2 - Une discussion s'instaure ensuite, sur la base de ces documents, à propos des formulations d'objectifs dans les textes.

Notamment, M. P.-A. Côté observe qu'il existe au Québec de nombreuses formulations d'objectifs dans les dispositions de fond et beaucoup de réglementations par objectifs comportant un choix explicite des moyens. Il en est de même, dans le droit du marché commun, pour les directives communautaires et pour les circulaires des administrations communautaires.

On observe par ailleurs, en France, que les textes sur l'autorité parentale comportent des objectifs donnés au juge qui

doit tenir compte de critères ou de concepts souples qui, bien que très flexibles, s'imposent à lui et ont ainsi, pour lui, une véritable valeur normative.

En droit public, lorsque la loi fixe des objectifs ayant un caractère normatif, ces objectifs s'imposent à l'Administration qui commet, si elle ne les respecte pas, un détournement de pouvoir.

Certains textes, par ailleurs, en se référant à d'autres textes de caractère normatif, comportant des formulations d'objectifs, les leur emprunte indirectement. Il y a aussi des "directives", au sens du droit administratif interne qui, contrairement aux circulaires, peuvent être invoquées devant le juge, ce qui renverse la charge de la preuve, et qui peuvent être invoquées contre l'Administration.

On évoque d'ailleurs les pouvoirs des autorités administratives indépendantes qui existent par le fait de textes comportant des déclarations d'objectifs.

Ainsi, on fait des textes normatifs en se raccrochant à ces "directives".

Il faut, de plus, distinguer le domaine du droit administratif et celui du droit privé : l'Administration est en situation de dépendance par rapport à la loi et on lui fixe naturellement des objectifs. Les citoyens, en revanche, sont indépendants et libres, en principe, par rapport à la loi qui ne leur assigne pas facilement des objectifs.

On observe qu'au Canada, la loi sur la radiodiffusion fixe des objectifs à atteindre. En France, le juge administratif applique la loi Royer, particulièrement son article 3 (M. Chérot communiquera à l'Atelier de la jurisprudence sur ce point). De même, le Conseil Constitutionnel a déterminé des objectifs constitutionnels (M. Chérot fournira des éléments sur ce point).

Quant à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987, "relative au service public pénitentiaire" (J.C.P. 1987.III.60297), elle prévoit (art. 1) que "le service pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique. Il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire. Il est organisé de manière à assurer l'individualisation des peines".

Même quand la loi fixe elle-même les objectifs, il est utile de disposer des travaux préparatoires pour interpréter les objectifs qu'elle détermine.

On observe cependant que la formulation d'objectifs dans les textes risque de les figer.

Mais, les principes fixant les objectifs sont généralement inclus dans les premiers articles. Il en est ainsi, par exemple, dans le traité de Rome.

Les formulations d'objectifs doivent être appliquées par le juge. La jurisprudence peut alors en faire une application directe ou ne les utiliser que pour l'interprétation du texte, par référence.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel procède à des "interprétations sous réserve" dans lesquelles on fait référence aux travaux préparatoires, pour orienter l'interprétation ultérieure du texte.

3 - Quant à la suite de nos travaux et à la détermination de l'objet des diverses contributions qui seront publiées, on observe qu'il ne saurait être question, ici, d'envisager des articles par matières spécialisées mais, plutôt, de regrouper dans des thèmes transversaux de grandes questions qui pourraient être traitées à plusieurs.

Il sera également utile d'établir et de développer quelques "points-phares", portant sur un aspect particulier, comme, par exemple, la "Circulaire Rocard", "le service pénitentiaire"...

Enfin, il y aura un rapport de synthèse à établir.

REUNION DU 18 NOVEMBRE 1988

On observe que l'actualité doctrinale en France et à l'étranger démontre l'intérêt et l'actualité de l'étude de la formulation d'objectifs dans les textes législatifs à laquelle l'Atelier consacre actuellement ses travaux. Des publications récentes telles que l'article J.-B. Auby dans la R.D.P., intitulé "Prescription juridique et production juridique" ou des publications américaines ainsi que le choix de ce thème pour le 2e Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique qui aura lieu en 1990 en Belgique le démontrent.

La remarquable enquête réalisée par les services législatifs du Sénat comporte un important recensement des formulations d'objectifs dans la loi, effectué par commission et par matières, ainsi qu'une exploitation systématique de leur fréquence, de leur présentation, de leur typologie, de leur origine, de leur finalité, de leurs effets et des conceptions de la loi qu'elles manifestent. Elle fournit à nos réflexions un document de travail extrêmement important.

Il faut alors déterminer comment on va l'utiliser en fonction des orientations déjà établies au sein de l'Atelier.

Lors de notre réunion du 24 juin 1988, il avait été convenu que :

"Quant à la suite de nos travaux et à la détermination de l'objet des diverses contributions qui seront publiées, on observe qu'il ne saurait être question, ici, d'envisager des articles par matières spécialisées mais, plutôt, de regrouper dans des thèmes transversaux de grandes questions qui pourraient être traitées à plusieurs.

Il sera également utile d'établir et de développer quelques "points-phares", portant sur un aspect particulier, comme, par exemple, la "Circulaire Rocard", "le service pénitentiaire"... Enfin, il y aura un rapport de synthèse à établir".

Du point de vue méthodologique, en partant de "points-phares" (tels que l'étude de la fréquence des formulations d'objectifs dans les textes sur l'éducation et de leur absence dans les textes fiscaux ou en matière de ratification de traités, par exemple, où les objectifs ne semblent débattus qu'au cours des débats politiques et ne sont pas énoncés dans le corps des textes) ou à partir de l'étude d'un texte particulier ou encore par des études transversales, il faudrait *parvenir à une sorte de "Mode d'emploi" de la formulation d'objectifs dans la loi.*

Pour cela, il faut tenter de répondre par des contributions écrites qui seront publiées dans le Cahier de Méthodologie Juridique n° 4 (en décembre 1989) aux questions suivantes :

Pourquoi établir ou, au contraire, éviter des déclarations d'objectifs dans la loi ?

(constat de l'intention qui les justifie et conséquences recherchées ou écartées de telles formulations)

Comment établir de telles formulations dans les textes ?

(analyse des formulations rencontrées et des modalités qu'elles pourraient ou devraient emprunter)

Quelles conséquences les formulations d'objectifs dans la loi entraînent-elles ?

(effets recherchés, effets pervers...)

Comment apparaissent ou sont écartées les déclarations d'objectifs ?

(dans un projet de loi, dans l'itinéraire administratif de son élaboration, en commission, lors des débats, devant quelle assemblée...).

Il serait intéressant que, pour répondre à ces questions, il y ait à la fois une ou des études ponctuelles et une approche plus globale.

Il serait par exemple utile d'analyser le parcours d'un texte nouveau comportant un objectif formulé dès son avant-projet initial, puis de suivre sa gestation administrative et parlementaire jusqu'à son adoption définitive, pour voir si la formulation subsiste, si elle est l'objet de discussions ou de modifications particulières. Une expérience de ce genre peut être tentée si on peut obtenir des informations suffisantes du secrétariat général du Gouvernement ou du Conseil d'Etat.

Il serait intéressant aussi d'examiner les effets des formulations d'objectifs (la reconnaissance de leur valeur normative, par exemple) des points de vue (probablement différents) du Conseil Constitutionnel, du Conseil d'Etat, des juges judiciaires.

Il serait utile aussi d'étudier les liens (d'exclusion, de cumul, d'articulation...) entre les formulations d'objectifs dans l'exposé des motifs, les travaux parlementaires, l'intitulé de la loi, le corps de la loi (qui seul nous intéresse à titre principal) pour voir la pratique et la stratégie de l'élaboration législative.

REUNION DU 2 DECEMBRE 1988

M. Bergel accueille M. Alain Delcamp, responsable du secrétariat de la Commission des Lois du Sénat, qui a largement contribué à la remarquable enquête effectuée par les services du Sénat sur les formulations d'objectifs dans les textes législatifs. Après s'être vivement félicité de la collaboration fructueuse qui s'est établie depuis plus de deux ans entre les services législatifs du Sénat et l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille, M. Bergel le remercie chaleureusement au nom de l'Atelier de sa participation essentielle à ses travaux et de sa présence à cette réunion.

M. Delcamp se livre à une présentation générale des recherches effectuées par les services législatifs du Sénat et émet un certain nombre d'observations importantes que les résultats de ce travail suscitent de sa part. Le contenu de son intervention est annexé à ce compte rendu.

Une discussion s'instaure ensuite sur divers points.

- On note d'abord l'importance des formulations d'objectifs dans les textes législatifs pour le contrôle de constitutionnalité des lois.

En effet, le Conseil Constitutionnel, confronté à une formulation expresse d'objectifs, a d'abord la possibilité soit de consacrer le principe affiché ou de le sanctionner. Il peut aussi sanctionner les dispositions de la loi qui lui sont contraires.

On observe alors que ces formulations d'objectifs ont une valeur juridique réelle. Mais ce n'est probablement pas délibérément que le législateur introduit dans la loi le moyen de contrôler sa constitutionnalité.

Mais il semble aussi que, même en l'absence d'objectifs clairement affichés, le Conseil Constitutionnel se soit parfois efforcé de les découvrir en les induisant des dispositions législatives.

- Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs sont souvent devenues des techniques de délégation du pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes, si bien que l'Administration classique et le juge administratif se trouvent dans une certaine mesure dessaisis de leurs missions traditionnelles.

On observe, en effet, que la norme classique n'est souvent plus considérée comme apte à saisir tout le réel. On est conduit à inclure dans les formulations d'objectifs les missions confiées à un organisme que la loi a pour principal objet d'instituer. L'exemple de la C.N.I.L. est à cet égard significatif. C'est alors à

cet organisme que l'on confie le soin de préciser la norme au gré du quotidien. Autrement dit, en créant un organisme, on affiche la politique suivie ou recherchée et c'est cet organisme qui produit des normes nécessaires à sa mise en oeuvre, si bien que l'Administration n'a plus à réglementer, comme elle devrait le faire normalement. Cela limite considérablement le rôle du pouvoir réglementaire qui se trouve "coincé" entre la loi et l'organisme qu'elle a créé.

Cela dépouille en quelque sorte le juge administratif d'une partie de son rôle de contrôle de la légalité des règlements et le Conseil d'Etat manifeste la plus grande réticence à l'égard des "autorités administratives indépendantes". Il en est d'autant plus ainsi que, contrairement au juge judiciaire qui a maintenant tendance à intervenir immédiatement pour interpréter la loi, le juge administratif ne se reconnaît pas directement un tel pouvoir et ce, d'autant moins, que des formulations d'objectifs vagues ou de simples déclarations d'intention n'ont pas, pour lui, de véritable valeur normative.

- On découvre ainsi une sorte de mutation des fonctions législatives actuelles. Il semble que le législateur, "au lieu de se contenter de décrire ce qui est, dise de plus en plus ce qui doit être" et que, par une sorte de métalangage, il précise en outre ce qu'il veut dire. Cela tient peut-être au fait qu'il hésite à définir une règle brute tout en craignant de ne pas savoir le faire et à son obligation accrue de rassurer le corps social qui veut de plus en plus de textes. Il intervient alors de plus en plus et manifeste son autorité à tous propos, ce qui traduit une société "en voie de normalisation" ; mais, en même temps, comme il légifère souvent de manière vague (notamment avec des déclarations d'objectifs), il doit faire confiance au juge (plus particulièrement au juge judiciaire) qui doit intervenir d'autant plus que la loi est vague et imprécise, même si elle multiplie ainsi les recommandations qu'elle lui adresse.

- On observe parfois que, quand il y a eu un large débat politique, il ne serait plus nécessaire d'inclure dans la loi elle-même de formulation d'objectifs. Cela impliquerait que dans bien des textes à forte charge idéologique, il n'y ait pas de formulations d'objectifs.

Cette observation semble devoir être nuancée. En effet, la loi du 22 juin 1987 sur le service public pénitentiaire, bien qu'elle ait été l'objet d'un débat très idéologique, comporte une importante formulation d'objectifs, son article 1° étant d'ailleurs d'origine parlementaire (Sénat). On peut alors peut-être se

demander si les déclarations d'objectifs ne sont pas parfois un moyen d'afficher un objet différent du contenu réel du texte...

- Il faudra comparer l'inventaire des formulations d'objectifs fait par les services du Sénat et celui fait au sein de l'Atelier. En particulier, il faut inclure dans l'inventaire de ces formulations la loi Savary et la loi sur l'accès-aux documents administratifs et la C.A.D.A. De plus, il faudra vérifier que la qualification de "formulations d'objectifs" y est uniforme.

REUNION DU 13 JANVIER 1989

M. Bergel accueille M. Alain Delcamp qui se joint une nouvelle fois à notre groupe de travail et M. le Professeur Charles-Albert Morand, Président du département de Droit public de la Faculté de Droit de Genève, et les remercie de leur présence à cette réunion.

Une discussion s'instaure, à la suite de la réunion du 2 décembre 1988 et du compte-rendu qui en a été fait, à propos de l'influence de la création d'autorités administratives indépendantes sur le rôle du pouvoir réglementaire "classique" et l'importance du juge administratif et de son rôle de contrôle de la légalité des règlements.

Les réticences observées en France à leur égard ne se retrouvent pas, semble-t-il, dans les pays anglo-saxons où l'on trouve de nombreuses commissions administratives indépendantes dotées de pouvoirs législatifs, exécutifs et juridictionnels propres. L'approche française de ce phénomène semble liée à notre conception de la séparation des pouvoirs car ces autorités administratives indépendantes semblent relever d'un autre mode de répartition des pouvoirs, par matières et non par autorités. On observe également que les sections administratives du Conseil d'Etat ne peuvent pas préparer directement les textes ou contrôler leur élaboration quand il s'agit, non de textes réglementaires classiques, mais de normes produites pour les besoins de leur mission par des autorités administratives indépendantes.

De telles autorités, comme la C.O.B. ou la C.N.I.L. conduisent souvent en outre à "judiciariser" des domaines importants car la loi donne souvent compétence au juge judiciaire dans les matières relevant de leurs attributions. On peut même reconnaître à de telles autorités un pouvoir juridictionnel propre comme, par exemple, à la commission de la concurrence.

M. Morand souligne plus généralement que ces phénomènes correspondent à une "rationalité de l'action finalisée" qui tend à se substituer à la rationalité syllogistique classique : le droit renvoie de plus en plus à d'autres systèmes destinés à une rationalité d'action finalisée. Il indique qu'il existe, en Suisse, une obligation de consacrer un article dans les textes à l'indication de leur objectif. Ceci étant, il ne suffit pas de voir de l'extérieur les objectifs formulés ; il faut aussi analyser ce qu'ils deviennent. Les moyens de réaliser un objectif tendent à devenir eux-mêmes des

objectifs dont la réalisation suppose d'autres moyens, et ainsi de suite, si bien que les objectifs se multiplient, en cascade...

A côté des objectifs déclarés, il y en a beaucoup qui ne le sont pas. C'est par les moyens utilisés que l'on découvre souvent les objectifs réels d'un texte. Une étude de l'application de la loi sur l'acquisition des immeubles par les étrangers en Suisse dont les objectifs sont très vagues montre que son contenu implique des objectifs plus précis, non formulés, comme la volonté de lutter contre un accaparement du sol helvétique par des étrangers. Une approche sociologique est indispensable pour saisir la réalité.

La détermination des formulations d'objectifs dans les textes n'est d'ailleurs pas chose facile. Ainsi, l'analyse de l'article 1er de la loi du 1er décembre 1988 "relative au revenu minimum d'insertion" montre la difficulté de délimiter exactement le ou les objectifs formulés. Il faut faire attention, dans cette recherche, à ne pas confondre les mots et les choses. Ce sont les choses (les formulations d'objectifs) qui comptent plus que les termes utilisés pour les exprimer.

Quant au contenu du "Cahier de Méthodologie Juridique n° 4" qui devra paraître en décembre 1989 et qui sera consacré aux "formulations d'objectifs dans les textes législatifs", il comportera, outre l'enquête réalisée par les services législatifs du Sénat et les compte-rendus des réunions de l'Atelier de Méthodologie Juridique, un certain nombre d'articles développant et exploitant, sur des problèmes généraux ou des applications spéciales, l'apport de ces recherches. Ces articles devront être remis au plus tard début octobre 1989....

REUNION DU 28 AVRIL 1989

... A la suite de la réunion précédente, une discussion s'instaure sur la distinction des objectifs de la loi et de son objet et sur celle des objectifs de la loi et des moyens de les réaliser.

Cette dernière distinction des objectifs formulés et des moyens mis à leur service est particulièrement nette dans la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 "relative au service public pénitentiaire" (art. 1) : la réinsertion sociale des personnes peut y être considérée comme un objectif de l'individualisation de la peine comme un moyen technique.

Il faut également, dans cette perspective, bien distinguer l'objectif final et principal de la loi et les objectifs intermédiaires. Ceux-ci sont parfois difficiles à distinguer des moyens.

Il peut alors être utile d'avoir recours à une approche praxéologique. La praxéologie, science ou théorie de l'action, ou connaissance des lois de l'action humaine conduisant à des conclusions opératoires, permet de distinguer les buts et les moyens à travers une grille qui fournit une bonne analyse des textes de lois. Il y a une sorte de phénomène en cascade des objectifs généraux à des objectifs intermédiaires et à des moyens successifs.

Sur le plan méthodologique, l'examen des fonctions des formulations d'objectifs dans les textes doit conduire à une question essentielle : dans quels textes faut-il ou peut-on formuler des objectifs ? Dans quels textes ne faut-il pas formuler d'objectifs ?

Le domaine d'élection des formulations d'objectifs semble être celui des lois d'orientation, de programmation et de planification.

La loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 "portant réforme de la planification" prévoit que "le plan détermine les choix stratégiques et les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la nation ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre" (art. 1). Elle fait la distinction nette entre deux lois différentes : "La première loi de plan définit... les choix stratégiques et les objectifs..." (art. 3). "La seconde loi de plan définit les mesures juridiques, financières et administratives à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs de la première loi de plan" (art. 4). Il y a donc en ce domaine une distinction systématique entre une loi d'objectifs et une loi de moyens. Mais cela suscite de nombreuses questions : Que se passe-t-il en cas de contradiction entre ces deux lois ? La loi de moyens a-t-elle valeur obligatoire s'il n'y a pas eu de loi d'objectifs ou,

inversement, la loi d'objectifs est-elle obligatoire par elle-même, en l'absence de loi de moyens ?

Il y a en tous cas, en ce domaine, une méthode légale de fabrication des lois de plans.

On peut se demander si, par analogie avec les directives communautaires, de telles lois ne seraient pas dotées d'une sorte d'effet direct, même quand elles ne sont pas suivies de textes d'application. On peut également se demander si les textes contraires à de telles lois pourraient être annulés et si des textes antérieurs qui leur seraient contraires ne seraient pas l'objet d'une abrogation tacite, au moins quand ces lois sont impératives, ce qui semble rare, toutefois. Enfin, on peut se demander si des lois d'objectifs existent par elles-mêmes ou si elles ont besoin de mesures d'application pour pouvoir être effectives.

Lors de la prochaine réunion, on poursuivra l'examen des types de lois qui doivent ou peuvent contenir des formulations d'objectifs et de celles où il n'en faut pas.

**TEXTES DIVERS AYANT FAIT
L'OBJET DE DISCUSSIONS PARTICULIERES
LORS DES TRAVAUX DE
L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE**

**Circulaire du 25 mai 1988
relative à la méthode de travail du Gouvernement**

NOR : PRMG8800029C

(Extraits)

Paris, le 25 mai 1988.

*Le Premier ministre à Mesdames et Messieurs
les ministres et secrétaires d'Etat*

Il n'est pas d'usage qu'un Premier ministre s'adresse aux membres de son Gouvernement sous la forme que j'ai choisie ici.

Sa gamme d'expression habituelle ne connaît guère en effet de formules intermédiaires entre la déclaration politique et la classique circulaire.

Mais notre pays se trouve assailli de trop de difficultés, notre appareil d'Etat est devenu trop distant de la société civile, pour dédaigner, ici comme ailleurs, les démarches nouvelles.

Donner aux multiples aspirations émanant des différents secteurs de la société l'occasion de s'exprimer, de se confronter et, si possible, de s'harmoniser est notre commune ambition. Mais cela impose au Gouvernement une organisation, une démarche et des méthodes permettant de concilier le souci du dialogue et le maintien de l'autorité de l'Etat.

Le programme du Gouvernement présentera, le moment venu, les voies et moyens d'une telle action.

La présente circulaire comporte d'ores et déjà des instructions sur la manière d'agir qui devra être la nôtre.

Celles-ci ont été regroupées sous cinq têtes de chapitre : respect de l'Etat de droit ; respect du législateur ; respect de la société civile ; respect de la cohérence de l'action gouvernementale ; respect de l'administration.

Cette liste n'épuise pas un sujet dont les aspects multiples se révéleront à chaque instant de votre action ministérielle. Certains de ces aspects ont d'ailleurs fait l'objet de circulaires de mes prédécesseurs, dont la liste figure en annexe et auxquelles vous voudrez bien vous reporter.

Je vous demande cependant de voir dans les instructions qui suivent, au-delà du simple rappel de règles de bonne administration dont l'énoncé rend souvent le son de l'évidence, un code de déontologie de l'action gouvernementale.

J'ai souhaité y rendre perceptibles l'esprit et la méthode qui doivent désormais inspirer nos travaux.

Aussi ai-je voulu que cette circulaire soit un des premiers actes du Premier ministre désigné le 10 mai 1988 et qu'elle soit publiée au *Journal officiel* de la République française.

Je compte sur chacune et chacun d'entre vous pour la mettre en œuvre, tout comme vous pourrez compter sur moi pour y être attentif.

1. *Respect de l'Etat de droit*

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour. Cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable.

Je considère en effet comme de l'honneur du Gouvernement de ne porter aucune atteinte, fût-elle mineure et sans sanction, à l'Etat de droit.

Je vous demande à cette fin :

- de faire étudier attentivement par vos services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration et de saisir le secrétariat général du Gouvernement suffisamment à l'avance pour lui permettre de se livrer également à cette étude ;

- de prévoir un calendrier des travaux préparatoires laissant au Conseil d'Etat le temps de procéder à un examen approfondi du projet. Sauf urgence, la transmission du projet au Conseil d'Etat par les soins du secrétariat général du Gouvernement devra précéder d'au moins quatre semaines sa présentation au conseil des ministres. Vous ne devez pas hésiter à exposer au Conseil d'Etat les questions de constitutionnalité que vous avez rencontrées au cours de l'élaboration du projet qui lui est soumis ;

- de tenir informé le secrétariat général du Gouvernement des amendements susceptibles de poser des questions de constitutionnalité, afin d'organiser en tant que de besoin des réunions interministérielles de mise au point pour conjurer tout risque. Cette précaution vaut tant pour les amendements adoptés en commission que pour les amendements déposés et adoptés en séance.

2. *Respect du législateur*

Le vote de la loi est l'acte fondamental de la vie de la démocratie.

Aussi attacherai-je le plus grand prix à ce que vous suiviez les instructions suivantes dans vos relations avec le Parlement :

a) Vous consacrez tout le soin qui s'impose à votre participation au débat parlementaire.

Présenter un projet de loi au Parlement constitue en effet, pour un membre du Gouvernement, un honneur beaucoup plus qu'une charge.

En outre, l'expérience montre que le débat parlementaire, contrairement à une idée encore trop répandue, contribue de façon décisive à la maturation d'un texte.

b) Vous veillerez, dans l'accomplissement de cette fonction, à prendre la position qui, eu égard à l'évolution du débat, est la plus conforme à l'esprit des délibérations interministérielles préalables au dépôt du texte.

Je vous demande en particulier de ne vous écarter d'une position que j'aurai arrêtée au cours des travaux interministériels préparatoires que si une raison sérieuse le justifie et après avoir recueilli mon accord.

c) La durée de vie des lois est en constant raccourcissement, soit que, adoptées dans des conditions inutilement conflictuelles, elles sont remises en cause politiquement, soit que, débattues avec une hâte excessive, les malfaçons dont elles sont porteuses imposent des rectifications. Vous vous efforcerez donc, ce point est capital et je me permets d'y insister, de laisser au Parlement le temps de débattre et de faire adopter les textes par la majorité la plus large.

Sauf urgence avérée, vous devrez prévoir des délais d'examen par le Parlement sensiblement plus importants que ceux qui ont été observés au cours des années passées. A cet égard, il ne doit plus être considéré comme anormal qu'un texte soit déposé au cours d'une session et adopté lors de la session suivante.

De même, en vue d'aboutir au vote d'un texte par une majorité plus importante que celle qui se réclame habituellement de l'action du Gouvernement, vous ne négligerez d'utiliser aucune procédure de concertation, vous ne refuserez d'explorer aucune voie de compromis acceptable, c'est-à-dire aucune solution techniquement réaliste et compatible avec les engagements fondamentaux du Gouvernement. Tout infléchissement de la position du Gouvernement qui pourrait utilement y contribuer recueillera mon accord.

Vous pourrez demander au ministre chargé des relations avec le Parlement tout réaménagement de l'ordre du jour permettant au débat parlementaire d'évoluer dans le sens d'une plus ample adhésion.

3. *Respect de la société civile*

Si la finalité de notre action est l'amélioration des conditions de vie de nos concitoyens, elle n'est certainement pas de leur façonner un mode de vie dont ils ne voudraient pas. Aussi devons-nous être constamment à l'écoute des aspirations et contribuer, si faire se peut, à leur réalisation.

a) La société civile admettra d'autant mieux l'autorité de l'Etat que celui-ci se montrera capable de la comprendre.

Il vous faudra pour cela pousser les administrations placées sous votre autorité à se rendre plus disponibles aux citoyens, qu'il s'agisse de faciliter aux usagers l'accès aux services publics (heures d'ouverture, accueil aux guichets, personnalisation du contact administratif...) ou, de façon plus ambitieuse, d'identifier, d'analyser et de prévenir le mécontentement social. Il conviendra à cet effet de combattre la tendance qui est celle de toute institution, lorsqu'elle a pris les dimensions de notre appareil d'Etat, à perdre la conscience des intérêts en vue desquels elle a été créée pour y substituer ses intérêts propres.

b) Il vous faudra également dissiper l'illusion qui voit dans l'intervention de l'Etat la solution de tous les maux, en vous efforçant de modeler, dans chaque domaine, sans parti pris ni dans un sens ni dans l'autre, ce que doit être le « juste Etat ». Il faut pour cela assigner à l'action de l'Etat un début et une fin, de sorte que l'on sache quand son intervention n'est plus nécessaire dans un domaine et doit en revanche se redéployer dans un autre.

c) Il conviendra, en outre, de tirer parti, dans la formation de vos projets, des initiatives, des bonnes volontés et des idées dont est riche la société civile. Au fur et à mesure que les acteurs sociaux, économiques et culturels se révèlent aptes à se saisir de tâches d'intérêt général, l'action de l'Etat doit passer de la gestion directe au « faire faire », du « faire faire » à l'incitation et de l'incitation à la définition des règles du jeu.

d) Nous devons préférer, toutes les fois que c'est possible, aux arguments d'autorité, des négociations réelles, loyales, méthodiques et, s'il y a lieu, formalisées par des conventions. A cet égard, il vous reviendra en propre de conduire, avec les organisations représentatives relevant de votre secteur de compétences, les concertations qui s'imposent. Je ne devrai intervenir dans ces contacts qu'à titre exceptionnel.

e) La société civile peut être justement irritée par le nombre et la complexité des règles que l'Etat lui impose, ainsi que par la difficulté d'y avoir accès.

Le volume des textes normatifs composant notre ordonnancement juridique connaît en effet un accroissement continu dont l'étude détaillée révèle le caractère excessif.

Je combattrai, dans son principe même, l'excès de législation ou de réglementation, tout particulièrement lorsqu'il apparaîtra qu'un allègement des contraintes de droit écrit permettrait, grâce à la négociation sociale et à la responsabilité individuelle, d'obtenir des résultats au total plus satisfaisants pour la collectivité.

En outre, là même où l'intérêt général justifie l'édition de nouvelles règles ou la modification des règles existantes, la production de normes juridiques peut revêtir des formes néfastes dont il convient de corriger les effets : dispositions nouvelles se superposant, sans s'y insérer de façon claire, aux dispositions existantes ; textes obscurs suscitant toutes sortes de difficultés d'interprétation et d'application ; procédures inutilement complexes portant en germe des développements contentieux ; dispositions sans contenu normatif n'ayant leur place que dans les exposés des motifs ou les débats ; recours à un langage codé connu des seuls initiés, donnant à l'administration et à quelques spécialistes un monopole d'interprétation.

Je vous demande en conséquence :

- de vérifier, avant de préparer une nouvelle norme juridique, que le problème ne peut pas être résolu par d'autres voies : actions d'information ou de persuasion, négociation avec les partenaires sociaux, conventions, meilleure organisation de vos services. Une interrogation, à cet égard, doit rester présente en permanence à nos esprits : les dispositions existantes ne constituent-elles pas un cadre juridique suffisant ?

- s'agissant plus particulièrement des projets de loi, de ne proposer de faire figurer au programme de travail du Gouvernement que les textes dont le contenu est intégralement législatif et dont l'intervention est absolument nécessaire soit à la mise en œuvre des priorités gouvernementales, soit au traitement de questions techniques qui ne pourraient trouver autrement leur solution. Je n'accepterai d'inscrire à l'ordre du jour prioritaire du Parlement que les projets de loi répondant à ces exigences :

- de vous efforcer de débarrasser notre ordonnancement juridique de règles devenues désuètes ou inutilement contraignantes, tout en favorisant la connaissance et la lisibilité d'un droit que nul n'est censé ignorer. La codification offre à cet égard un cadre privilégié pour rassembler un corps de règles jusque-là éclaté, tout en modernisant et en simplifiant le fond du droit. Je vous invite en conséquence à mettre en œuvre les instructions contenues dans la circulaire de mon prédécesseur, relative à la codification, en date du 15 juin 1987.

f) Enfin, la société civile peut à bon droit exiger de l'Etat un meilleur « bilan coût/efficacité ».

Le coût des services publics a tendance à s'élever plus vite que la production nationale. Il n'est ni acceptable que leur qualité baisse, ni prévisible que leur demande diminue.

Qui plus est, le poids des prélèvements obligatoires a atteint, dans notre pays comme chez nos voisins et partenaires européens, un seuil préoccupant.

En conséquence, la légitimité comme l'efficacité de l'intervention de l'Etat exigent désormais, de façon urgente, d'améliorer la productivité et la qualité des services publics. Je vous demande donc de poursuivre les efforts faits dans ce sens par mes prédécesseurs et d'engager de nouvelles actions dans le même but.

Circulaire n. 1794/SQ du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi.

(extraits)

Le Premier Ministre

à

Mesdames et Messieurs
les ministres et secrétaires
d'Etat.

(1)

Le Président de la République a demandé récemment au Gouvernement d'améliorer la rédaction des projets de loi. Il a présenté à ce sujet des observations que rejoignent celles que les présidents des assemblées et le vice-président du Conseil d'Etat ont formulées à plusieurs reprises.

Les critiques portent, dans l'ensemble, sur la longueur excessive des textes, que ne justifie pas toujours le contenu des dispositions à prendre. Les travaux du Parlement s'en trouvent inutilement alourdis et les lois qui en sont issues restent souvent marquées par les défauts des projets.

La présente circulaire se propose de fixer certaines lignes directrices concernant la conception même du travail législatif et les techniques de rédaction des textes.

I - Les projets de loi doivent correspondre à une véritable nécessité juridique.

Il va d'abord de soi que toute tentation d'élaborer un texte de principe, qui ne modifierait pas substantiellement les dispositions en vigueur et n'aurait pour raison d'être que de traduire une inspiration générale différente, doit être repoussée. Une nouvelle orientation ne justifie un projet de loi que si elle a pour conséquence de remettre en cause l'état de droit existant.

S'il est à peine nécessaire de rappeler cette première règle, maints exemples dans la législation récente montrent la nécessité d'en souligner une seconde assez voisine : il faut éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte.

En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. Les raisons pour lesquelles elles sont soumises au Parlement, l'esprit dont elles procèdent, les objectifs qu'elles se fixent, relèvent de l'exposé des motifs, des explications à fournir au Parlement et au public, voire des commentaires que les ministres responsables doivent en donner après

leur promulgation, notamment dans les circulaires. Non seulement, en effet, l'énoncé des principes généraux alourdit le débat, mais une fois adopté, il peut créer des difficultés juridiques : la portée de ces principes reste incertaine pour le juge chargé d'interpréter la loi ou pour l'autorité réglementaire chargée d'élaborer les décrets d'application. La question de savoir si de telles déclarations sont bien respectées risque donc d'alimenter un contentieux inutile.

Les rédacteurs des projets doivent également observer la règle de l'économie des moyens. Elle doit les conduire à modifier les textes existants plutôt qu'à les refaire, et ne leur apporter que les modifications strictement nécessaires. Quand il s'agit des décrets, la démarche doit être inverse : lorsque les transformations atteignent un certain degré, il convient de procéder à une réécriture, complète. Pour les lois, au contraire, il y a des inconvénients sérieux, à la fois pour le Parlement et le Gouvernement, à faire entrer dans les projets des dispositions qui existaient déjà et qu'on ne modifie pas.

**DIVERS TEXTES PARAISSANT COMPORTER
DES DECLARATIONS D'OBJECTIFS**

**Code de l'Urbanisme (Ed. Litec)
et Commentaires de Bouyssou et Hugot**

Article L. 110 (L. n° 83-8, 7 janv. 1983) - Le territoire français et le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace.

Malgré son caractère très général et son apparence purement introductive, cet article pourra donner prise à un contrôle juridictionnel, en particulier en cas de dérogation au principe d'inconstructibilité du sol hors plan d'occupation des sols (V. ci-après art. L. 111-1-2 et L. 111-1-3).

De même, ce texte facilite le contrôle de la légalité, par le Commissaire de la République, des actes des autorités locales en matière d'urbanisme.

Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985

*Relative à la définition et à la mise en oeuvre
de principes d'aménagement (J.O. 19 juillet, p. 8152)*

Titre 1er - Principes de l'aménagement

Déclaration d'objectif - Art. 1er - En tête du Livre III de la première partie (Législative) du Code de l'urbanisme sont insérés quatre articles ainsi rédigés : "Art. L. 300-1 - Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en oeuvre une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

Simple définition - "L'aménagement, au sens du présent code, désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations définies dans l'alinéa précédent et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations.

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985
relative au redressement et à la liquidation
judiciaires des entreprises
(J.O. 26 janvier 1985)

Art. 1. - Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif.

N° 49. Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978
portant diverses mesures d'amélioration des relations
entre l'administration et le public et
diverses dispositions d'ordre administratif social et fiscal ;
modifiée par L. du 11 juillet 1979 (extraits)

TITRE PREMIER
DE LA LIBERTE D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Art. 1. - Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non normatif.

Sont considérés comme documents administratifs au sens du présent titre tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives.

N° 196. Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982
sur la communication audio-visuelle (extraits)

TITRE PREMIER
PRINCIPES GENERAUX

Art. 1. - La communication audiovisuelle est libre.

Au sens de la présente loi, la communication audiovisuelle est la mise à la disposition du public, par voie hertzienne ou par câble, de sons, d'images, de documents, de données ou de messages de toute nature.

Art. 2. - Les citoyens ont droit à une communication audiovisuelle libre et pluraliste.

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973
d'orientation du commerce et de l'artisanat (extraits)
 (J.O. 30 décembre 1973)

TITRE PREMIER
 PRINCIPES D'ORIENTATION

CHAPITRE PREMIER

Orientations économiques et formation professionnelle

Art. 1. La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale.

Le commerce et l'artisanat ont pour vocation de satisfaire les besoins des consommateurs, tant au niveau des prix que de la qualité des services et des produits offerts. Ils doivent contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie, à l'animation de la vie urbaine et rurale et accroître la compétitivité de l'économie nationale.

Les pouvoirs publics veillent à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat permette l'expansion de toutes les formes d'entreprises, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux.

Art. 2. Pour rendre effective la liberté d'entreprendre, les pouvoirs publics, dans le cadre des enseignements scolaires et universitaires et de l'apprentissage, organisent la formation initiale de ceux qui se destinent à l'exercice d'une profession commerciale ou artisanale. Cette formation a pour objet de dispenser les connaissances de base et les éléments d'une culture générale incluant les données scientifiques et techniques, de préparer à une qualification et à son perfectionnement ultérieur.

Facteur d'amélioration de la compétitivité et des services rendus, la formation continue des commerçants et artisans doit leur permettre d'actualiser, d'adapter et de perfectionner leurs connaissances, de tenir compte de l'évolution des conditions du marché, des méthodes de commercialisation et de gestion et d'assurer leur promotion économique et sociale. A cet effet, l'État, les collectivités locales, les établissements publics, les établissements d'enseignement, les associations, les organisations professionnelles et les entreprises concourent soit par une assistance technique et financière, soit en tant que dispensateur de formation, à cette formation continue.

Art. 3. Les implantations d'entreprises commerciales et artisanales doivent s'adapter aux exigences de l'aménagement du territoire, notamment à la rénovation des cités, au développement des agglomérations et à l'évolution des zones rurales et de montagne.

Les pouvoirs publics favorisent, par leur concours technique et financier, la première installation des jeunes commerçants et artisans ainsi que la conversion des commerçants et artisans atteints par les mutations économiques.

Art. 4. Les pouvoirs publics facilitent le groupement d'entreprises commerciales et artisanales et la création de services communs permettant d'améliorer leur productivité et leur compétitivité et de faire éventuellement bénéficier leur clientèle de services complémentaires.

CHAPITRE II
 Orientation fiscale

Art. 5. Le rapprochement du régime de l'impôt sur le revenu applicable aux artisans et aux commerçants avec celui applicable aux salariés sera poursuivi, à l'occasion de chaque loi de finances, en tenant compte, en particulier, des progrès constatés dans la connaissance des revenus. Ce rapprochement devra aboutir à l'égalité entre ces catégories de contribuables.

L'équité fiscale à l'égard des diverses formes d'entreprises sera instaurée.

Le gouvernement étudiera les moyens d'améliorer la connaissance des revenus, ainsi que les mesures propres à favoriser le rapprochement des régimes fiscaux visés au premier alinéa ci-dessus, en vue d'aboutir à l'égalité fiscale au 1^{er} janvier 1978. Le rapport élaboré à cet effet par le gouvernement sera déposé sur le bureau des assemblées parlementaires avant le 1^{er} janvier 1975.

Art. 6. Si aucun membre de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires n'appartient à la profession exercée par le contribuable dont la situation est examinée, celui-ci peut demander que l'un des commissaires soit remplacé par un représentant de l'une des organisations professionnelles dont il fait partie.

Art. 7. Les forfaits doivent tenir compte des réalités des petites entreprises et, en particulier, de l'évolution des marges dans l'activité considérée et de celle des charges imposées à l'entreprise. Ils sont, sous réserve d'une adaptation à chaque entreprise, établis sur la base des monographies professionnelles nationales ou régionales, élaborées par l'administration et communiquées aux organisations professionnelles qui peuvent présenter leurs observations.

Art. 8. Le gouvernement déposera avant le 31 décembre 1973 un projet de loi portant réforme de la contribution des patentes et définissant la ressource locale appelée à la remplacer. Cette dernière tiendra compte de la situation particulière de certaines entreprises artisanales exonérées à la date de promulgation de la présente loi.

Les modalités d'assiette des contributions pour frais de chambres de commerce et d'industrie et chambres de métiers seront également aménagées, après consultation des organismes en cause, dans le cadre du texte visé au premier alinéa.

En ce qui concerne les dispositions de la loi du 16 juin 1948 relatives à la taxe pour frais de chambres de métiers applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, elles seront adaptées, après consultation des chambres de métiers concernées, pour tenir compte de la définition de la ressource locale appelée à remplacer la contribution des patentes.

Ces dispositions entreront en vigueur le 1^{er} janvier 1975.

CHAPITRE III

Orientation sociale

9. En matière de sécurité sociale, les régimes dont bénéficient les commerçants et artisans seront progressivement harmonisés avec le régime général en instituant une protection sociale de base unique dans le respect de structures qui leur soient propres.
Cette harmonisation devra être totale au plus tard le 31 décembre 1977.
10. Un aménagement de l'assiette des charges sociales sera recherché tenant compte de l'ensemble des éléments d'exploitation de l'entreprise.
Cet objectif devra être atteint au plus tard le 31 décembre 1977.

3. LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE

N° 232. Charte sociale européenne du 18 octobre 1961

PARTIE I

Les parties contractantes reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants :

1. Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris.
 2. Tous les travailleurs ont droit à des conditions de travail équitables.
 3. Tous les travailleurs ont droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail.
 4. Tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant.
 5. Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux.
 6. Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement.
 7. Les enfants et les adolescents ont droit à une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux auxquels ils sont exposés.
 8. Les travailleuses, en cas de maternité, et les autres travailleuses, dans des cas appropriés, ont droit à une protection spéciale dans leur travail.
-

Coopération transfrontalière

Cette forme très originale de coopération de collectivités territoriales avec les institutions analogues étrangères établies le long des frontières françaises a été adoptée en ce qui concerne les régions, en 1982 (L. 5 juillet 1972 mod. par L. 2 mars 1982, art. L. II. V. n° 102).

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, a été adoptée une convention - cadre européenne concernant la coopération transfrontalière des collectivités et autorités décentralisées. Une loi n° 83-1132 du 23 décembre 1983 (J.O. 21 décembre) a autorisé l'approbation de cette convention.

N° 118. Convention - cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales

Préambule. Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Convention,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres et de promouvoir la coopération entre ceux-ci ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du Statut du Conseil de l'Europe, ce but sera poursuivi notamment par la conclusion d'accords dans le domaine administratif ;

Considérant que le Conseil de l'Europe tend à assurer la participation des collectivités ou autorités territoriales de l'Europe à la réalisation de son but ;

Considérant l'importance que peut revêtir pour la poursuite de cet objectif la coopération des collectivités ou autorités territoriales frontalières dans des matières telles que le développement régional, urbain et rural, la protection de l'environnement, l'amélioration des infrastructures et des services offerts aux citoyens et l'entraide en cas de sinistre ;

Considérant qu'il découle de l'expérience acquise que la coopération des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe est de nature à permettre une meilleure exécution de leur mission, qu'elle est susceptible en particulier de contribuer à la mise en valeur et au développement des régions frontalières :

Résolus à favoriser autant que possible cette coopération et à contribuer ainsi au progrès économique et social des régions frontalières et à la solidarité qui unit les peuples européens,

Sont convenus de ce qui suit :

Art. 1. Chaque partie contractante s'engage à faciliter et à promouvoir la coopération transfrontalière entre les collectivités ou autorités territoriales relevant de sa juridiction et les collectivités ou autorités territoriales relevant de la compétence d'autres parties contractantes. Elle s'efforcera de promouvoir la conclusion des accords et arrangements qui s'avéreront nécessaires à cette fin dans le respect des dispositions constitutionnelles propres à chaque partie.

Art. 2. 1. Est considérée comme coopération transfrontalière, au sens de la présente Convention, toute concertation visant à renforcer et à développer les rapports de voisinage entre collectivités ou autorités territoriales relevant de deux ou plusieurs parties contractantes, ainsi que la conclusion des accords et des arrangements utiles à cette fin. La coopération transfrontalière s'exercera dans le cadre des compétences des collectivités ou autorités territoriales, telles qu'elles sont définies par le droit interne. L'étendue et la nature de ces compétences ne sont pas affectées par la présente Convention.

Loi n° 82-526 du 22 juin 1982
relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs
 (J.O. 23 juin 1967)

TITRE PREMIER - PRINCIPES GENERAUX

Art. 1. - Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales.

Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.

Cass. Civ. 3° N° 242 - Baux à loyer (Loi du 22 juin 1982)
Domaine d'application - Exclusion - Résidences secondaires

Le droit fondamental à l'habitat, affirmé par l'article 1er de la loi du 22 juin 1982, ne concernant pas les résidences secondaires, une cour d'appel qui retient souverainement qu'un immeuble donné en location constituait pour les preneurs une telle résidence en déduit exactement que ceux-ci ne peuvent demander, sur le fondement de l'article 72 de la loi du 22 juin 1982, le bénéfice des dispositions de ladite loi.

29 novembre 1983

Rejet

Sur le moyen unique :

Attendu que les époux Brie, occupants d'un immeuble à usage d'habitation appartenant à M. Lavollée, font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 25 octobre 1982 en vue d'invoquer le bénéfice de cette loi, retenu que les lieux litigieux constituaient pour eux une résidence secondaire et qu'en conséquence, ils ne les habitaient pas effectivement, alors, selon le moyen, "que les locaux à usage d'habitation qui servent de résidence secondaire ne sont pas exclus du champ d'application de la loi du 22 juin 1982 et que l'article 72 de ladite loi qui impose une habitation effective pour que la bonne foi soit reconnue ne précise pas que celle-ci doit être permanente, qu'en l'espèce, la Cour d'appel, qui a écarté les occupants des résidences secondaires du bénéfice de l'art. 72 de la loi du 22 juin 1982, a violé les articles 2 et 72 de la loi du 22 juin 1982 ; Mais attendu que le droit fondamental à l'habitat, affirmé par l'article 1er de la loi du 22 juin 1982, ne concerne pas les résidences secondaires ; que la Cour d'appel qui a souverainement retenu que l'immeuble litigieux constituait pour les époux Brie

une telle résidence, en a exactement déduit que leur demande, fondée sur l'article 72 de cette loi, devait être rejetée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 25 octobre 1982 par la Cour d'appel de Paris.

N° 83-10.063

Epoux Brie contre M. Lavollée

Président : M. Léon - Rapporteur : M. Francon - Avocat général : M. Rocca - Avocat : M. Boullez

Loi n° 76-629 du 10 juillet 1978
relative à la protection de la nature
(J.O. 13 juil., p. 4203)

Art. 1. - La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres bio-logiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général.

Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences.

La réalisation de ces objectifs doit également assurer l'équilibre harmonieux de la population résidant dans les milieux urbains et ruraux.

Art. 2. - Les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique ou qui nécessite une autorisation ou une décision d'approbation ainsi que les documents d'urbanisme doivent respecter les préoccupations d'environnement.

Les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leur incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, doivent comporter une étude d'impact permettant d'en apprécier les conséquences.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article.

Loi de programme n° 88-12 du 5 janvier 1988
relative au patrimoine monumental
(J.O. 6 janvier 1988)

Art. 1. - La présente loi a pour objet de permettre :

1°) La restauration et la mise en valeur de monuments classés ou inscrits sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, ainsi que des objets mobiliers qu'ils contiennent, dont l'état nécessite des travaux importants : édifices civils, militaires et religieux, en particulier les cathédrales, parcs et jardins historiques ;

2°) La mise en valeur de grands sites archéologiques classés ou inscrits.

Elle doit également permettre d'engager et de poursuivre les programmes généraux de travaux sur les monuments classés ou inscrits et sur le patrimoine rural non protégé.

Loi du 9 avril 1898

*relative aux chambres de commerce et aux chambres consultatives
des arts et manufactures*

(Chambres collectives des arts et manufactures, terme supprimé
par L. du 17 août 1950)

TITRE PREMIER

ORGANISATION DES CHAMBRES DE COMMERCE

Art. 1. - Les chambres de commerce sont, auprès des pouvoirs publics, les organes des intérêts commerciaux et industriels de leur circonscription.

Elles sont des établissements publics.

(Déc. n° 64-1110 du 4 nov. 1964) "Il y a au moins une chambre de commerce par département. Toutefois, la circonscription d'une chambre de commerce et d'industrie peut s'étendre à plusieurs départements lorsque la situation économique le justifie".

Loi n° 83-660 du 21 juillet 1983

*relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses
dispositions de la L. du 1er août 1905*

(J.O. 22 juil. 1983)

CHAPITRE PREMIER

MESURES RELATIVES A LA SECURITE DES CONSOMMATEURS

Art. 1. - Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes.

Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947
portant statut de la coopération

TITRE PREMIER
DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1. - Les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont :

1 - De réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient.

2 - D'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs.

Les coopératives exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine.

Art. 2. - Les coopératives sont régies par la présente loi et par des lois particulières à chaque catégories d'entre elles, dans la mesure où ces lois n'y contredisent pas.

Loi n° 83-657 du 20 juillet 1983
relative au développement de certaines activités d'économie sociale

TITRE PREMIER

STATUT DES COOPERATIVES ARTISANALES ET DE LEURS UNIONS

Chapitre premier - Définition et forme juridique

Art. 1. - Les sociétés coopératives artisanales ont pour objet la réalisation de toutes opérations et la prestation de tous services de contribuer, directement ou indirectement, au développement des activités artisanales de leurs associés ainsi que l'exercice en commun de ces activités.

Les associés se choisissent librement et disposent de droits égaux quelle que soit l'importance de la part du capital social détenue par chacun d'eux. Il ne peut être établi entre eux de discrimination suivant la date de leur admission.

Par la souscription ou l'acquisition d'une part sociale, l'associé s'engage à participer aux activités de la société coopérative ; les statuts peuvent déterminer le nombre de parts à souscrire ou à acquérir par chaque associé en fonction de son engagement d'activité.

Loi n° 75-534 du 30 juin 1975
d'orientation en faveur des personnes handicapées
(J.O. 1er juil., p. 6596 ; R., J.O. 18 juil., p. 7372)

Art. 1. - La prévention et le dépistage des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale.

Les familles, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations, les groupements, organismes et entreprises publics et privés associent leurs interventions pour mettre en oeuvre cette obligation en vue notamment d'assurer aux personnes handicapés toute l'autonomie dont elles sont capables.

A cette fin, l'action poursuivie assure, chaque fois que les aptitudes des personnes handicapées et de leur milieu familial le permettent, l'accès du mineur et de l'adulte handicapés aux institutions ouvertes à l'ensemble de la population et leur maintien dans un cadre ordinaire de travail et de vie.

L'Etat coordonne et anime ces interventions par l'intermédiaire du comité interministériel de coordination en matière d'adaptation et de réadaptation, assisté d'un conseil national consultatif des personnes handicapées dont la composition et le fonctionnement seront déterminés par décret et comprenant des représentants des associations et organismes publics et privés concernés.

Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 (1)*Orientation de l'enseignement supérieur*

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont teneur suit :

TITRE PREMIER**MISSION DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR**

Article premier - Les universités et les établissements auxquels les dispositions de la présente loi seront étendues ont pour mission fondamentale l'élaboration et la transmission de la connaissance, le développement de la recherche et la formation des hommes.

Les universités doivent s'attacher à porter au plus haut niveau et au meilleur rythme de progrès les formes supérieures de la culture et de la recherche et à en procurer l'accès à tous ceux qui en ont la vocation et la capacité.

Elles doivent répondre aux besoins de la nation en lui fournissant des cadres dans tous les domaines et en participant au développement social et économique de chaque région. Dans cette tâche, elles doivent se conformer à l'évolution démocratique exigée par la révolution industrielle et technique.

A l'égard des enseignants et des chercheurs, elles doivent assurer les moyens d'exercer leur activité d'enseignement et de recherche dans les conditions d'indépendance et de sérénité indispensables à la réflexion et à la création intellectuelle.

A l'égard des étudiants, elles doivent s'efforcer d'assurer les moyens de leur orientation et du meilleur choix de l'activité professionnelle à laquelle ils entendent se consacrer et leur dispenser à cet effet, non seulement les connaissances nécessaires, mais les éléments de la formation.

Elles facilitent les activités culturelles, sportives et sociales des étudiants, condition essentielle d'une formation équilibrée et complète.

(1) Demeurent applicables :

1° Les articles 46 à 62 organisant le troisième cycle des études médicales ;

2° Certaines dispositions de cette loi, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 83-165 du 20 janvier 1984, J.O. du 21 janvier 1981 ayant déclaré non conforme l'article instaurant le collège électoral unique pour les élections aux conseils des universités ainsi que l'abrogation de cette loi dont «certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles» qui n'ont pas été remplacées dans la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984, ci-après ;

3° L'ensemble de la loi, pendant une période transitoire nécessaire à la mise en place des modalités de la nouvelle loi.

Elles forment les maîtres de l'Education nationale, veillent à l'unité générale de cette formation -sans préjudice de l'adaptation des diverses catégories d'enseignants à leurs tâches respectives- et permettent l'amélioration continue de la pédagogie et le renouvellement des connaissances et des méthodes.

INTERVENTIONS ECONOMIQUES DE L'ADMINISTRATION

1. PLANIFICATION NATIONALE

N° 152 - Loi n° 82-653 du 29 juillet
portant réforme de la planification

TITRE PREMIER - LE PLAN DE LA NATION

Art. 1. - Le plan détermine les choix stratégiques et les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la nation ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre.

Le Gouvernement associe le Conseil économique et social, les partenaires sociaux et économiques et les régions à son élaboration dans les conditions définies par la présente loi.

Art. 2.- I.- Il est constitué dans chacune des assemblées du parlement une délégation parlementaire pour la planification composée de quinze membres.

II - Ces délégations parlementaires sont chargées d'informer l'assemblée dont elles sont issues sur l'élaboration et l'exécution des plans. A cette fin, le Gouvernement leur communique tout document nécessaire à l'accomplissement de leur mission.

III - Les membres des délégations sont désignés en leur sein pour chacune des deux assemblées.

Chapitre Premier - Le contenu du plan de la nation

Art. 3. - La première loi de plan définit pour une durée de cinq ans les choix stratégiques et les objectifs ainsi que les grandes actions proposées pour parvenir aux résultats attendus.

Elle comporte l'approbation d'un rapport préparé par le Gouvernement sur la base des travaux et consultations auxquels a procédé la commission prévue à l'article 6.

Ce rapport indique les domaines dans lesquels il est recommandé que s'engagent des négociations entre partenaires sociaux et économiques en fonction des objectifs du plan.

En outre, il mentionne les domaines où, et les Etats avec lesquels, il serait souhaitable d'engager des négociations en vue de la conclusion d'accords ou de programmes de coopération, en tenant compte de l'action des communautés européennes.

Art. 4. - La seconde loi de plan définit les mesures juridiques, financières et administratives à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs de la première loi de plan.

Elle prévoit l'évolution de certaines dépenses ou recettes publiques et indique les moyens indispensables au financement d'actions nouvelles et tout spécialement les redéploiements nécessaires.

Elle définit, pour la durée du plan, des programmes prioritaires d'exécution auxquels correspondent notamment les autorisations de programme votées dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances.

Elle fixe les orientations de certaines interventions publiques, notamment en matière de prélèvements et de transferts sociaux.

Elle indique l'objet et la portée des contrats de plan que l'Etat se propose de souscrire avec les régions conformément aux dispositions du chapitre III du présent titre.

Elle précise les conditions d'intervention économique des communes, des départements et des régions conformément aux articles 5, 48 et 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

Elle peut être modifiée, après deux années d'exécution du plan, par une loi de plan rectificative préparée et adoptée dans les mêmes conditions.

Art. 5. - Avec, éventuellement, les adaptations nécessaires pour la rendre conforme aux objectifs du Plan, toute loi de programme à caractère sectoriel est intégrée dans la plus prochaine seconde loi de plan ou, le cas échéant, la plus prochaine loi de plan rectificative.

Loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988
relative au revenu minimum d'insertion

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE 1^{er}

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1^{er}. - Toute personne qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation de l'économie et de l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. L'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté constitue un impératif national. Dans ce but, il est institué un revenu minimum d'insertion mis en œuvre dans les conditions fixées par la présente loi. Ce revenu minimum d'insertion constitue l'un des éléments d'un dispositif global de lutte contre la pauvreté tendant à supprimer toute forme d'exclusion, notamment dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la formation, de la santé et du logement.

Les Français établis hors de France en difficulté au sens du présent article sont pris en compte dans la définition de la politique de lutte contre la pauvreté et d'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté. Ils bénéficient à cet égard de secours et d'aides prélevés sur les crédits d'assistance du ministère des affaires étrangères et d'autres mesures appropriées tenant compte de la situation économique et sociale du pays de résidence. Le Conseil supérieur des Français de l'étranger et, dans chaque pays considéré, les comités consulaires compétents sont consultés sur cette politique.

Art. 2. - Toute personne résidant en France dont les ressources, au sens des articles 9 et 10, n'atteignent pas le montant du revenu minimum défini à l'article 3, qui est âgée de plus de vingt-cinq ans ou assume la charge d'un ou plusieurs enfants et qui s'engage à participer aux actions ou activités définies avec elle, nécessaires à son insertion sociale ou professionnelle, a droit, dans les conditions prévues par la présente loi, à un revenu minimum d'insertion.

Art. 3. - Le revenu minimum d'insertion varie dans des conditions fixées par voie réglementaire selon la composition du foyer et le nombre de personnes à charge. Son montant est fixé par décret et révisé deux fois par an en fonction de l'évolution des prix.

Art. 4. - Le bénéficiaire du revenu minimum d'insertion a droit à une allocation égale à la différence entre le montant du revenu minimum défini à l'article précédent et les ressources définies selon les modalités fixées aux articles 9 et 10.

Art. 5. - Le financement de l'allocation est à la charge de l'Etat.

TITRE II

ALLOCATION DE REVENU MINIMUM D'INSERTION

Chapitre 1^{er}

Conditions d'ouverture du droit à l'allocation

Art. 6. - Si les conditions mentionnées à l'article 2 sont remplies, le droit à l'allocation est ouvert à compter de la date du dépôt de la demande.

Art. 7. - Les personnes ayant la qualité d'élève, d'étudiant ou de stagiaire ne peuvent bénéficier de l'allocation sauf si la formation qu'elles suivent constitue une activité d'insertion prévue dans le contrat d'insertion mentionné à l'article 36.

Art. 8. - Les étrangers titulaires de la carte de résident ou du titre de séjour prévu au troisième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, ou encore d'un titre de même durée que ce dernier et conférant des droits équivalents, sous réserve d'avoir satisfait sous ce régime aux conditions prévues au premier alinéa de l'article 14 de ladite ordonnance, ainsi que les étrangers titulaires d'un titre de séjour prévu par les traités ou accords internationaux et conférant des droits équivalents à ceux de la carte de résident, peuvent prétendre au revenu minimum d'insertion.

Pour être pris en compte pour la détermination du montant du revenu minimum d'insertion, les enfants étrangers âgés de moins de seize ans doivent être nés en France ou être entrés en France avant la publication de la présente loi ou y séjourner dans des conditions régulières à compter de la publication de la présente loi.

Communication de M. Jean FRAYSSINET
15 janvier 1988

LES DECLARATIONS D'OBJECTIFS DANS LES TEXTES LEGISLATIFS

Pour effectuer le recensement des textes, nous avons dépouillé le code de Droit public de J.-M. Auby et de J.-B. Auby (Prat. Europa. Vuibert - 1985) et utilisé le Code Administratif Dalloz.

Nous avons relevé très peu de textes où la déclaration d'objectif apparaît de manière directe et distincte des principes juridiques opérationnels.

Il semble exister surtout une zone intermédiaire, aux limites floues ; nombre de règles de droit expriment en fait une intention qui n'est pas expressément déclarée.

Il semble exister une sorte d'échelle composée de degrés.

Quelques exemples :

- Loi n° 78-727 du 11 juillet 1978 ou loi de programme sur les musées

Art. 1. - La politique des musées a pour objet de préserver et de mettre en valeur les différentes composantes du patrimoine artistique, archéologique et historique de la France et d'en assurer le libre accès au public (...).

- Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

Art. 1. - Le Conseil économique et social est auprès des pouvoirs publics une assemblée consultative.

Par la représentation des principales activités économiques et sociales, le Conseil favorise la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles et assure leur participation à la politique économique et sociale du gouvernement (...).

- Convention - cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales - Conseil de l'Europe - 21 mai 1980).

Voir le préambule de la Convention

- Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification.

Art. 1. - Le plan détermine les choix stratégiques et les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la Nation ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre (...).

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Art. 1. - 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.

- Charte des Nations Unies signée le 26 juin 1945.

Voir le préambule

Voir l'article 1 "Les buts des Nations Unies sont les suivants :

1) Maintenir la paix et la sécurité internationale...

2) Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples...

3) Réaliser la coopération internationale...

4) Etre un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes.

- Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

- Traité sur l'espace extra-atmosphérique du 27 janvier 1967.

Art. 1. - L'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit le stade de leur développement économique ou scientifique ; elles sont l'apanage de l'humanité toute entière (...).

- Charte sociale européenne du 18 octobre 1961

Les parties contractantes reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants.

(suivent les droits concernés).

- Traité instituant la Communauté économique européenne, Rome, 25 mars 1957.

Art. 2. - La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit.

**Exemples de textes paraissant à exclure
du cadre de notre recherche**

**Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983
relative aux sociétés d'économie mixte locales
(J.O. 8 juillet)**

Art. 1. - Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général : lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

Les assemblées délibérantes des communes, des départements, des régions et de leurs groupements peuvent, à cet effet, acquérir des actions, ou recevoir, à titre de redevance, des actions d'apports, émises par ces sociétés.

Les prises de participation sont subordonnées aux conditions suivantes :

1° La société revêt la forme de société anonyme régie par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales, sous réserve des dispositions de la présente loi.

2° Les communes, les départements, les régions et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants.

Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983
complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la
répartition de compétences entre les communes, les départements,
les régions et l'Etat (J.O. 23 juil., p. 2286)

**TITRE PREMIER - DES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DES MODALITES
DES TRANSFERTS DE COMPETENCE**

Section I - Des principes fondamentaux

Art. 1er. - Les transferts de compétences prévus par la présente loi s'effectuent dans le respect des principes définis par la loi n° 82-213 modifiée du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et conformément aux dispositions des titres I et III de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

**TABLES GENERALES DE
L'ANNEE 1989**



TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

Françoise THIBAUT, Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom.....	17
Gérard MEMETEAU, Recherche irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des Comité d'Ethique ou : l'Iroquois sur le sentier des Comités d'Ethique.....	59
Geneviève KOUBI, Droit et nature humaine : De la difficulté d'être "femme" ou l'impossible égalité des sexes	99
Antoine LECA, Le référent antique dans l'Italie fasciste	125
Anne ENSMINGER, Les versifications du Code Civil : un paroxysme de nomophilie.....	145
Kingué NGANDO, Les lacunes du contrôle juridictionnel sur l'Administration en France : Tour de Babel ou peau de chagrin.....	179
Marie-José CHIDIAC, Pour une Cour d'arbitrage moins adulée et plus adulte ou vers une redéfinition de ses prérogatives	209
Alain HERVIEU, Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle	257
David ANNOUSSAMY, Le droit musulman dans les anciens établissements français de l'Inde.....	323
Olivier LALIGANT, La Révolution française et le droit d'auteur.....	343
Gérard BARBEROUX, Les pièges de l'ouverture : l'accès du notariat au "grand marché juridique".....	395
Manuel RIO, Grotius et l'égalité dans les contrats à titre onéreux	433
Election à la Présidence de la République (1988) La campagne présidentielle de M. François MITTERRAND et de M. Jean-Marie LE PEN.....	479
Jean-Christophe GALLOUX, De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant	521
Wolfgang GRAF VITZTHUM, L'intégration de l'Europe et le fédéralisme en Allemagne	553
Françoise RINGEL, Le consentement des époux dans la procédure de la requête conjointe	571
Olivier LALIGANT, Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur	587
Anne ENSMINGER, Un refrain des rues et des lois : les disques privés de stationnement interdit	639
Jean-Claude RICCI, Laïcité, vieux débat ou question	

nouvelle ? Les rapports Eglise-Etat en France.....	705
Mamiko UENO, Les droits de l'homme et le régime parlementaire démocratique - Les dispositions de la Constitution japonaise et la réalité.....	723
Alain DELCAMP, Présentation et commentaire du travail effectué par les services des Commissions du Sénat sur les formulations d'objectifs dans les textes législatifs.....	767
Jean-Paul RICHARD, Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs.....	785
Charles-Albert MORAND, Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires.....	853
Emmanuel PUTMAN et Catherine PRIETO, Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs.....	879
Jean-Yves CHEROT, Les formulations d'objectifs dans le contrôle de la constitutionnalité des lois en France (Note sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel).....	895
Jean FRAYSSINET, L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.....	903
Gérard FOUILLOUX, Les formulations d'objectifs dans la Convention de Chicago.....	919
Françoise GRIVART de KERSTRAT, Les formulations d'objectifs et l'interprétation de la loi en Angleterre.....	961
Jean-Louis BERGEL, Essai de synthèse.....	975

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient
aux pages)

- Administration, 179
- Anthropologie, 499
- Antiquité, 125
- Circulation routière
 - Stationnement, 679
- Code civil, 145
- Conseil Constitutionnel, 895
- Conseil d'Etat, 179
- Contrat, 433
- Contrôle de la constitutionnalité, 895
- Contrôle juridictionnel, 179
- Convention de Chicago, 919
- DEBBASCH R., 229
- Divorce,
- Droit aérien, 919
- Droit comparé, 323
 - Droit anglais, 961
 - Droit musulman, 323
 - Droit hindou, 334
 - Droit d'Allemagne Fédérale, 553
- Droit constitutionnel, 209
 - Belgique, 209
 - République Fédérale d'Allemagne, 553
 - Japon, 723
- Droit d'auteur, 343
 - Oeuvres protégées, 346, 587
 - Droit de reproduction, 370
 - Droit de représentation, 380
 - Droit moral, 388
- Droits de l'homme, 723
- Droit professionnel,
 - Notaires, 395
 - Avocats, 412
 - Conseils juridiques, 412
- DUMAS R., 229
- EDELMAN B., 232
- Egalité, 99
- Eglise, 705
- Europé, 553
- Ethique, 59
- Fascisme, 125
- Fédéralisme, 553
- Génétique, 521
- GROTIUS, 433
- HERMITTE M.A., 232
- Informatique, 903
- Jurisprudence, 257
- Justice constitutionnelle, 209
- Laïcité, 705
- LE PEN J.M., 479
- LEVENEUR L., 751
- Loi, 767, 785, 853, 879, 885, 903, 951, 961
- MERLE R., 223
- Méthodologie, 765 et s.
- MITTERRAND Fr., 479
- Nom, 17
- OST Fr., 239
- PACLOT Y., 747
- Parfum, 587
- Philosophie du droit, 433
- Rétroactivité, 257
- ROULAND N., 499
- Science politique, 479
- Sociologie du droit, 639
- TINLAND Fr., 235
- TOUSCOZ J., 227
- VAN de KERCHOVE M., 239

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

ANNOUSSAMY David, 343
BERGEL Jean-Louis, 975
BARBEROUX Gérard, 395
CHEROT Jean-Yves, 895
CHIDIAC Marie-Josée, 209
DELCAMP Alain, 767
ENSMINGER Anne, 145 et 639
FOUILLOUX Gérard, 919
FRAYSSINET Jean, 903
GALLOUX Jean-Christophe, 521
GRAF VITZTHUM Wolfgang, 553
GRIVART de KERSTRAT
Françoise, 961
HERVIEU Alain, 257
KOUBI Geneviève, 99
LALIGANT Olivier, 343 et 587
LECA Antoine, 125
NGANDO Kingué, 179
MEMETEAU Gérard, 59
MORAND Charles-Albert, 853
PRIETO Catherine, 879
PUTMAN Emmanuel, 879
RICHARD Jean-Paul, 785
RICCI Jean-Claude, 705
RIO Manuel, 433
RINGEL Françoise, 571
THIBAUT Françoise, 17
UENO Mamiko, 723

N° I S S N 0249-8731